

Prestación por riesgo durante la lactancia natural para animadora sociocultural. Deficiente evaluación de riesgos y valoración de la prueba desde la doble perspectiva de género y del interés superior del menor.

STSJ de Canarias-SOC núm. 1339/2019, de 17 de diciembre.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Conciliación de la vida familiar y laboral. Discriminación por razón de género. Exégesis normativa desde la perspectiva de género y del interés superior del menor. Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Animadora sociocultural municipal. Existencia de riesgos. Carga de la prueba. Riesgos a proteger.*

Palabras clave: *Riesgo lactancia natural. Prestación. Perspectiva de género. Interés superior del menor.*

Abstract: *Work life balance. Discrimination based on gender. Assessing legislation with gender perspective and primary consideration of the best interests of the child. Risk during Breastfeeding benefit. Sociocultural animator. Safe workplace. Burden of proof. Workplace risks assessment.*

Keywords: *Risk during breastfeeding, Benefit, Gender perspective. Child's best interests.*

I. Introducción

Una trabajadora solicita la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le es denegada por la Mutua encargada de la cobertura de las contingencias profesionales. Tras agotar la vía administrativa previa y obtener en la instancia una sentencia desfavorable, la actora recurre en suplicación, aduciendo que la existencia de riesgos perjudiciales para la lactancia materna se deduce claramente de la evaluación de riesgos laborales del puesto de trabajo que ejerce como animadora sociocultural, consistentes en riesgos por agentes químicos, por factores psicosociales, fatiga mental y física, etc. En particular, en este caso concreto, el amamantamiento se ve obstaculizado por el estrés psicosocial y la influencia de los tiempos de trabajo, al tener dificultades para la extracción y conservación de la leche materna. Añade que la Mutua, que es a quien corresponde la carga de la prueba, no ha desvirtuado dicha afirmación. Por su parte, la parte demandada se opone alegando que no consta la exposición de la trabajadora a una sustancia particular, sino que únicamente se establece de forma genérica la exposición a pinturas, barnices y disolventes, etc., sin que figure el grado y duración a la exposición a esa sustancia, apoyándose en la STS de 21 de marzo de 2013 en la se establece la necesidad de que los riesgos se conozcan con detalle, extensión, características y tiempo de exposición al riesgo.

Precisamente, la clave del caso está en que la evaluación de riesgos laborales efectuada por la Mutua es de carácter genérico e indeterminado, sin que haya verdadera especificación actualizada sobre los efectos sobre la salud de la madre o del lactante, como exige la Directiva 92/85. Se trata, además, de una controversia que tiene un impacto de género incuestionable, por cuanto la necesidad protegible es exclusiva de las madres trabajadoras, lo que obliga para la resolución del litigio a integrar la perspectiva de género, así como también la valoración del interés superior del menor lactante.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de las Islas Canarias.

Número de resolución judicial y fecha: 1339/2019, de 17 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 860/2019.

ECLI::ES:TSJICAN:2019:2578.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Gloria Poyatos Matas.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La parte actora es una trabajadora que ha venido prestando servicios como animadora sociocultural en un Centro municipal de atención al Discapacitado. Es madre de dos hijos, el menor de los cuales está recibiendo lactancia materna. La actora, que con anterioridad percibió la prestación por riesgo durante el embarazo, solicitó prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, petición que fue desestimada por la Mutua colaboradora que cubre las contingencias profesionales.

Consta que el puesto de trabajo de la actora se halla afecto a los siguientes riesgos laborales: golpes; caídas al mismo nivel; accidente de tráfico en misión; atropellos o golpes con vehículos; contacto eléctrico por operaciones elementales (conexión y desconexión de equipos); cortes; caída de objetos manipulados; contacto con productos químicos y agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 (pinturas, barnices, disolventes, etc.), siendo el tipo de exposición inhalatoria; sobreesfuerzos por manipulación manual de cargas por manejo de personas en sillas de ruedas para ayudarlas en el traspaso al baño por manejo repetitivo de pesos, arrastre y empuje, con cargas de 80 kg más de cinco veces al día; subir y bajar escaleras más de diez veces; flexionar tronco y trabajo en cuclillas en un porcentaje equivalente al 20% de la jornada; bipedestación mantenida durante 6 horas de la jornada; disconfort ambiental por temperaturas extremas (frío o calor) de 30° para trabajos sedentarios con 4 horas diarias de exposición y 40° en trabajos no sedentarios con 4 horas diarias de exposición y ruido superior a 80 dB (A) con tiempo de exposición de 5 horas al día; sobreesfuerzo derivado del uso continuo y mantenido de la voz; alto nivel de exposición social (atención a terceros) de forma permanente o muy frecuente sin ayudas suficientes (apoyos, pausas, etc.) que puedan dar lugar a situaciones de tensión/dificultades de control elevadas/estrés que provoquen perturbaciones o malestar significativo (con agresiones o golpes involuntarios).

Una vez agotada la vía administrativa previa, presentó demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 3 de las Palmas de Gran Canaria, en sentencia dictada el 20 de febrero de 2019. Frente a la misma, la demandante interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado por la Entidad Colaboradora con la Seguridad Social.

La demandante solicita, en un primer motivo, la revisión de los hechos probados al amparo del art. 193 b) LRJS, para añadir un nuevo párrafo en relación con los riesgos laborales del puesto de trabajo con el tenor literal siguiente: *“El plan de prevención de riesgos laborales: Evaluación de puesto de Animador sociocultural establece 10. Trabajadores especialmente sensibles:*

-Existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en Lactancia: Sí”.

Pese a la oposición de la parte impugnante a la modificación propuesta, la misma es estimada por el órgano de suplicación por los siguientes motivos: en primer lugar, porque el párrafo que se pretende añadir al listado de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora tiene incidencia directa respecto a la prestación solicitada (riesgo durante la lactancia natural), como así se dice literalmente en el citado documento. En segundo lugar, porque se extrae de forma nítida, clara y directa del propio Plan de Prevención de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora en su centro de trabajo, siendo además su contenido incontrovertido al estar contenido este documento en la prueba documental de la Mutua impugnante. En tercer lugar, porque tal adición no constituye una cuestión nueva o que genere indefensión a la parte contraria, al estar incluido en el plan de prevención de riesgos, conocido por la Mutua, que, además, lo incluyó en su propia prueba documental.

En el segundo motivo de censura jurídica, la recurrente solicita el examen de las normas sustantivas que considera infringidas, fundamentalmente, el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); arts. 188 y 189 LGSS; arts. 45.1 d) y 48.5 ET; D.A. 11.7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH); Directiva 92/85 del Consejo, de 19 octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; RD 295/2009, de 6 de marzo, sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

IV. Posición de las partes

En el litigio se enfrentan una trabajadora y la Entidad Colaboradora que asume la cobertura de las contingencias profesionales.

La trabajadora reclama la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada por la Mutua responsable. Tras agotar la vía administrativa previa y obtener en la instancia una sentencia desfavorable a su pretensión, la actora recurre en suplicación donde plantea que la existencia de riesgos perjudiciales para la lactancia materna se deduce claramente de la evaluación de riesgos laborales del puesto de trabajo que ejerce como animadora sociocultural, consistentes en riesgos por agentes químicos, riesgos por factores psicosociales, fatiga mental y física, etc. En particular, en su caso concreto, el amamantamiento se ve obstaculizado por el estrés psicosocial y la influencia de los tiempos de trabajo, al tener dificultades para la extracción y conservación de la leche materna. Añade que la Mutua, que es a quien corresponde la carga de la prueba, no ha desvirtuado dicha afirmación.

Por su parte, la Mutua demandada se opone a la petición formulada por la trabajadora alegando que no consta la exposición de la misma a una sustancia particular, sino que únicamente se establece de forma genérica la exposición a pinturas, barnices y disolventes, etc., sin que conste el grado y duración de la exposición a esa sustancia, apoyándose en la STS de 21 de marzo de 2013 en la que establece la necesidad de que los riesgos se conozcan con detalle, extensión, características y tiempo de exposición al riesgo.

V. Normativa aplicable al caso

El marco jurídico de referencia para la resolución del caso es amplio y se articula en el triple nivel internacional, europeo e interno.

1. En el ámbito internacional, se aportan dos Convenios de la ONU, uno de la OIT y la Carta Social Europea del Consejo de Europa. Concretamente:

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujeres, de Naciones Unidas (CEDAW), ratificado por España en 1980 (BOE., núm. 69, de 21 de marzo de 1984): art. 11: Los Estados parte tomarán las medidas apropiadas para (...) asegurar a la mujer (...) f): “El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”; art. 2 c): “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; art. 5: “Los Estados parte tomarán las medidas apropiadas para (...) b): Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social (...).

- Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre de 1989, ratificada por España (BOE nº 313, de 31 diciembre de 1990), en cuyo art. 3.1 y 2 se dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”.

- Convenio nº 183 de la OIT sobre protección de la maternidad (2000), que dedica los arts. 10 y 11 a las madres lactantes, reconociendo que “la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo”.

- Carta Social Europea de 1961, del Consejo de Europa, ratificada por España en 1980 (BOE., núm. 153, de 26 de junio de 1980): arts. 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y art. 17 (derechos de las madres y los niños a una protección social y económica).

2. En el ámbito de la Unión Europea (UE), destacan las siguientes disposiciones:

- Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE (2000), en cuyo art. 24.2 se recuerda que: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

- 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 periodo de lactancia. En lo que concierne a la evaluación de riesgos y a la información sobre dicha evaluación, el art. 4 dispone: “Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el art. 7 de la Directiva 89/391, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras (...), para poder: apreciar cualquier riesgo para la seguridad o salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras (...). De otro lado, en relación con las consecuencias de la evaluación de los riesgos, el art. 5, establece que si los resultados de esta revelaran un riesgo o repercusión en el embarazo o la lactancia de la trabajadora y el “cambio de puesto no resulta técnica u

objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo...”.

- Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), en especial, su art. 2, en el que se define la discriminación indirecta, y, sobre todo, el art. 19.1 sobre inversión de la carga de la prueba y acceso a la justicia, el cual establece que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (...)”.

3. Derecho interno

En lo que se refiere al Derecho español, además de la Constitución Española (arts. 9.2 y 39.1), las principales normas jurídicas aplicadas al caso han sido las siguientes:

- La LOIEMH (LO 3/2007)- que fue la norma que introdujo precisamente en nuestro ordenamiento jurídico la prestación por riesgo durante la lactancia natural- arts. 4, que establece la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas; art. 8 (discriminación indirecta por razón de sexo) y art. 15: “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos (...)”

- LGSS (RDLeg 8/2015): arts. 188 y 189, que regulan la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

- RD 295/2009, de 6 de marzo, sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (art. 49 a 51).

- LPRL (Ley 31/1995): art. 26.4 en relación con los apartados 1 y 2 en los que se regula la evaluación de riesgos laborales y su repercusión sobre el embarazo o lactancia natural.

- arts. 45.1 d) ET (RDLeg. 2/2015), que regula la situación de riesgo durante la lactancia natural entre las causas de suspensión del contrato.

- Ley 36/2001, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS): art. 96.1, en relación con la carga de la prueba en casos de discriminación, señala: “(...) corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

VI. Doctrina básica

En la Sentencia objeto de comentario se plantean interesantes problemas sustantivos y procesales como son: la revisión de hechos probados; la evaluación de los riesgos laborales para la lactancia natural, y la exégesis normativa desde la perspectiva de género y del interés superior del menor.

1. Sobre la revisión de hechos probados

En el caso enjuiciado se solicita por la parte actora la revisión de los hechos probados al amparo del art. 193 b) LRJS, para añadir un nuevo párrafo en relación con los riesgos laborales del puesto de trabajo con el tenor literal siguiente: “El plan de prevención de riesgos laborales: Evaluación de puesto de Animador sociocultural establece 10. Trabajadores especialmente sensibles: Sí”.

Como recuerda el Tribunal de suplicación, los requisitos necesarios para que prospere la revisión del hecho probado son los siguientes:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007).
- Se trata de fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- Debe citarse concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la totalidad de los elementos probatorios (STS de 18 noviembre 1999).
- Deben precisarse los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento.
- Es necesario que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues en otro caso, devendría inútil la variación.

2. Sobre la evaluación de riesgos laborales para la lactancia materna

La situación protegida por la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, incorporada al catálogo de prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social por la LOIEMH, es el periodo de suspensión del contrato 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 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 188 LGSS). Dicha prestación se extingue cuando el menor cumple nueve meses de edad.

Según el art. 26.4 LPRL, lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el periodo de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el *artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores*, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo".

El Reglamento de los Servicios de Prevención, en su artículo 3, define la evaluación de los riesgos laborales como el proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para así poder decidir sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse. La identificación de los riesgos laborales es obligación de los servicios de prevención.

Lo articulado en esta materia se encuentra en consonancia con la normativa comunitaria, en particular, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 (DOCE L 28.11.92) y también con lo previsto en el Convenio 183 de la OIT (2000).

En lo que se refiere a la evaluación de los riesgos laborales para la lactancia natural incluidos en el Anexo de la Directiva 92/85, resulta bastante ilustrativo el Informe elaborado para el INSS por la Asociación Española de Pediatría (AEP)^[1].

De dicho documento se extrae que, en principio, no todos los riesgos incluidos y que pueden suponer un riesgo para el embarazo representan también una amenaza para la lactancia natural. Así sucede con algunos agentes físicos como el ruido, las vibraciones, las cargas físicas o las posturas forzadas, etc., aunque sí las radiaciones ionizantes para el personal sanitario en zonas de riesgo elevado. En particular, se consideran nocivos para la lactancia materna casi todos los agentes de tipo químico (mercurio, plomo, cadmio, manganeso, benceno, pesticidas, Citotóxicos, ribavarina, pentaminidina, las tres últimas sustancias para el personal sanitario, de laboratorios y farmacia hospitalaria). También son perjudiciales los agentes biológicos (como el virus del SIDA), los ambientales como el trabajo en el interior de las minas, y los riesgos psicosociales como el estrés.

De forma complementaria al citado documento y, basándose en el conocimiento científico actual, el Comité de Lactancia Materna de la AEP declara en un Informe de 2010^[2] que, además de los riesgos físicos, químicos y biológicos ya ampliamente expuestos y comentados en su anterior informe, “el mayor riesgo al que se exponen una mujer lactante, su criatura, su familia y el resto de la sociedad, es la pérdida o la menor duración de la lactancia”.

Según este informe actualizado, la duración de la lactancia materna en mujeres trabajadoras se relaciona más con las condiciones de su puesto de trabajo en la empresa que con el tipo de trabajo que realicen, especialmente en relación con los siguientes factores:

- Número de horas de separación entre madre y lactante. Puesto que se recomienda la lactancia exclusiva y a demanda durante los primeros seis meses de edad, y continuar la lactancia hasta los 2 años a demanda junto con otros alimentos (Recomendaciones de Salud Pública para toda la UE), la separación entre madre y lactante por periodos superiores a unas horas dificulta extraordinariamente estas recomendaciones. En casos de separación de días (caso de auxiliares de vuelo, pilotos, visitadoras comerciales, etc.), debe contemplarse la reubicación de la trabajadora, pues si no resulta imposible mantener la lactancia.
- Facilidades para que la mujer pueda extraer y conservar su leche en las mejores condiciones.
- La fatiga y el estrés. La fatiga se considera el factor externo más perjudicial para la producción de leche. El tipo de jornada (las largas jornadas como las guardias, o como resultado de la realización de horas extraordinarias, etc.), el turno y la nocturnidad pueden imposibilitarla. De hecho, ya la OIT, en su Recomendación 95/1952, contempla la prohibición de que la mujer lactante realice trabajos nocturnos y horas extraordinarias. Respecto al estrés, se ha descrito que la lactancia materna se mantiene mejor cuando la mujer no está sometida a situaciones estresantes o que le generen ansiedad.

El informe concluye señalando que “es responsabilidad de las empresas y de las mutuas facilitar en lo posible las condiciones laborales de la mujer que amamanta y adaptar horario y turnos y faciliten y no entorpezcan el derecho de cada mujer y cada hijo a la lactancia materna al menos durante los dos primeros años de vida, teniendo en cuenta además los importantes beneficios que las mujeres que crían hijos sanos ofrecen a nuestra sociedad”. Mantener la lactancia durante el mayor tiempo posible contribuye a “un fomento de la salud en general, a una mayor rentabilidad y a un menor gasto sanitario”.

3. Exégesis normativa con perspectiva de género y teniendo en cuenta el interés superior del menor

La perspectiva de género constituye una metodología de impartición de justicia equitativa, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 4 y 15 de la LOIEMH^[3]. Así,

como ha puesto de relieve la doctrina judicial en numerosas sentencias anteriores^[4], en los supuestos en que concurren relaciones asimétricas o estereotipos de género, es imprescindible integrar la perspectiva de género tanto en la interpretación de normas procesales, como sustantivas, así como en la valoración de la prueba. Asimismo, el “interés superior del niño” constituye un criterio hermenéutico derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 noviembre de 1950 (arts. 8, en relación con el 14) y del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vinculante para los Estados, y que ha sido utilizado como canon interpretativo por el Tribunal Supremo, por ejemplo, para el reconocimiento del derecho a las prestaciones de maternidad y paternidad en supuestos de maternidad subrogada, pese a la ilicitud de dicha situación de acuerdo con el Derecho español^[5].

VII. Parte dispositiva

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 3 de las Palmas de Gran Canaria, que revoca, reconociendo el derecho de la actora a acceder a las prestaciones por riesgo durante la lactancia a cargo de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social.

VIII. Pasajes decisivos

*“(…) nos hallamos ante una controversia que afecta a una prestación de género (riesgo durante la lactancia natural). Se trata de una situación de necesidad protegible exclusiva de las madres trabajadoras, lo que debe llevarnos a extremar las cautelas interpretativas en cumplimiento del principio de diligencia debida vinculante para los poderes públicos (incluido el judicial). Se trata de no incurrir en discriminación directa de la trabajadora actora a través de una interpretación restrictiva que dificulte el acceso de las mujeres a la justicia (Recomendación no33 del Comité de la CEDAW) integrando la **perspectiva de género como metodología de impartición de justicia equitativa**, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 4 y 15 de la LOIEMH”.*

*“Además (...) existe otro impacto sobre el niño/a (lactante), que se ve privado de su derecho a la alimentación natural, en una fase vital esencial en su corta vida (...). Por ello también debe tenerse presente el **"interés superior del niño" como criterio jurídico hermenéutico** derivado del art. 3.1 de la Convención internacional sobre los Derechos del niño (...).”*

“(…) ha resultado probada la existencia de diferentes riesgos laborales que pueden influir negativamente en la lactancia natural, no solo porque así se recoge de forma explícita en el Plan de Prevención de riesgos del puesto de trabajo de la actora (folio 84 de autos), sino también porque se hace referencia entre los diversos riesgos, a los productos químicos y agentes biológicos por inhalación, así como a los factores de riesgo psicosocial (situaciones de tensión/dificultades de control elevadas/estrés, malestar significativo)”.

“(…) el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

“En el caso que nos ocupa, sí se ha efectuado la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la actora a través del plan de prevención de riesgos (...) pero de forma global, abstracta y no individualizada, (...). Es decir, que se ha realizado una valoración genérica, sesgada, no actualizada e incompleta al no especificarse con mayor o mejor precisión los productos químicos o agentes biológicos de exposición inhalatoria que maneja la actora ni tampoco se detallan los concretos "agentes, procedimientos y condiciones" que pueden influir negativamente en la lactancia”.

“Por tanto, la evaluación de riesgos en la que se ha basado la Mutua codemandada para denegar el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia, no cumple con las directrices que sirven de guía a la Directiva 92/85”.

IX. Comentario

La sentencia resuelve el litigio que enfrenta a una trabajadora a la que se le deniega por parte de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, que cubre las contingencias profesionales, la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Para alcanzar un pronunciamiento que le permita impartir justicia de forma equitativa, tiene en cuenta el doble impacto de las prestaciones de esta naturaleza no solo respecto a la madre trabajadora sino también con respecto al niño/a lactante.

En el presente caso, considera probada la existencia de diferentes riesgos laborales que pueden influir negativamente en la lactancia natural, no solo porque así se recoge de forma explícita en el Plan de Prevención de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora, sino también porque se hace referencia entre los diversos riesgos a los productos químicos y agentes biológicos por inhalación, así como a los factores de riesgo psicosocial (situaciones de tensión, dificultades de control elevadas, estrés, malestar significativo).

Con amparo en un amplio marco normativo, de orden internacional, europeo e interno, sobre igualdad de trato y protección de la maternidad, entre otras materias, y asumiendo la doctrina del TJUE sobre la carga de la prueba en caso de riesgos que puedan redundar negativamente en la lactancia natural^[6], considera que el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en periodo de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del art. 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En lo que se refiere a la valoración de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia, tiene en cuenta que en la STJUE, de 19 octubre de 2017 (Caso C-531/15, Otero Ramos), el Abogado General señaló que la inexistencia de dicha evaluación del riesgo “debe considerarse un trato menos favorable vinculado al embarazo o a la maternidad” en el sentido de la Directiva 2006/54, y, por tanto, “una discriminación directa por razón de sexo”. A este respecto, se señala que no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario. Ello es así porque cuando los riesgos no han sido evaluados con arreglo a las exigencias de la Directiva 92/85, se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que exige la Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada.

En este caso concreto sí que se había realizado una evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de la actora, pero dicha evaluación no cumple con las directrices que sirven de guía a la Directiva 92/85, por ser aquella excesivamente genérica, sesgada, e incompleta, al no especificarse con mayor o menor precisión los productos químicos o agentes biológicos de exposición inhalatoria que maneja la actora ni detallarse tampoco los concretos “agentes, procedimiento y condiciones que pueden influir negativamente en la lactancia”. A ello hay que añadir que no se ha efectuado una valoración actualizada teniendo en cuenta “los peligros específicos derivados de su nuevo estado biológico de la actora en periodo de lactancia, al tratarse de una situación dinámica que requiere de un tratamiento específico, siguiendo la jurisprudencia europea”.

En definitiva, la falta de un informe médico preciso y actualizado del puesto de trabajo de la actora y teniendo en cuenta el doble interés jurídico protegido por esta prestación, que no es solo la integridad física de la mujer trabajadora, sino también la salud del recién nacido, la sentencia de suplicación resuelve en sentido favorable a la actora, reconociendo su derecho a percibir las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural durante el periodo legalmente establecido en el art. 189 LGSS.

X. Apunte final

En la línea de otras sentencias dictadas por la misma Sala- como la STSJ Canarias de 20 de julio de 2016 (Rec. 506/2016)- ante una controversia que afecta a una prestación con un claro impacto de género, como es el caso de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, por ser exclusiva de las madres trabajadoras, el órgano judicial trata de extremar las cautelas interpretativas en cumplimiento del principio de diligencia debida (recogido en el art. 2 de la CEDAW de las Naciones Unidas) para no incurrir en discriminación directa de la trabajadora a través de una interpretación restrictiva que dificulte el acceso de las mujeres a la justicia (Recomendación nº 33 de Comité de la CEDAW), integrando la perspectiva de género y el interés superior del niño, como cánones interpretativos para la impartición de justicia equitativa, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 4 y 15 LOIEMH, en relación con el art. 1, 9.2, 10.2 y 96 CE.

La ausencia de una prueba contundente por parte de la Mutua responsable acerca de la ausencia de riesgos específicos en el puesto de trabajo de la actora, a través de un informe de evaluación preciso y actualizado, resulta decisiva y lleva al Tribunal a otorgar protección a la recurrente, favoreciendo la lactancia natural, como “periodo de la vida en el que la madre ofrece al recién nacido un alimento adecuado a sus necesidades, la leche materna, no solo considerando su composición sino también en el aspecto emocional, ya que el vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé constituyen una experiencia especial, singular y única”.

Referencias:

1. ^ AEP, *Orientaciones para la valoración del riesgo durante la lactancia natural*, <https://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113410.pdf>, pp. 14-68.
2. ^ *Información Complementaria al Documento Orientaciones para la Valoración del Riesgo Laboral durante la Lactancia Natural*, Comité Lactancia Materna, Asociación Española de Pediatría (www.aeped.es).
3. ^ Para mayor desarrollo sobre este aspecto, véase nuestro comentario “Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social”, en R JL 2/2020, pp. 7-8.
4. ^ Entre otras, STS-SOC de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009; STS-SOC de 26 enero de 2011, recurso 4587/2009; STS-SOC de 13 de noviembre de 2019; STSJ Canarias Rec. 1027/2016; STSJ Canarias Rec. 1596/2018; STSJ Canarias Rec. 369/2019.
5. ^ STS- Soc. 881/2016, de 25 de noviembre de 2016, Rec. casación 3818/2015.
6. ^ Entre otras, STJUE 19 octubre 2017 (Asunto C-531/15, caso Otero Ramos); STJUE 30 septiembre 2010, (C-104/09, caso Roca Álvarez).