

Riesgo durante la lactancia natural y trabajadora especialmente sensible.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: *La sentencia comentada aborda una cuestión novedosa en relación con la aplicación de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural pues, para concluir que hay ese riesgo, no solo considera la existencia de riesgos objetivos en el puesto de trabajo, también se considera la condición particular de la trabajadora.*

Palabras clave: *Riesgos laborales. Lactancia natural. Especial sensibilidad a determinados riesgos.*

Abstract: *The ruling discussed addresses a novel issue regarding the application of the suspension of employment contracts due to risk during breastfeeding. To conclude that such a risk exists, the court considers not only the objective risks in the workplace but also the worker's particular circumstances.*

Keywords: *Occupational risks. Breastfeeding. Special sensitivity to certain risks.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00689

I. Introducción

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, y en especial esta última, han sido dos instituciones de prevención de riesgos laborales muy maltratadas.

Desconocidas históricamente en nuestro ordenamiento laboral y de Seguridad Social, vinieron impuestas por el derecho comunitario. Sin embargo, el poder legislativo español se resistió a la transposición de una manera totalmente injustificada, y acaso con un trasfondo de prejuicios de género debido a su titularidad exclusivamente femenina en una conducta incumplidora de los mandatos comunitarios que, atendiendo a las categorías actualmente imperantes, se podría calificar como discriminación institucional económica.

Con traspiés y mucha demora, se han ido resolviendo esas carencias normativas, aunque aún se mantengan algunas. Ello ha determinado una doctrina judicial no muy acertada en unos iniciales momentos de aplicación del riesgo durante la lactancia natural.

Afortunadamente, la jurisprudencia ha rectificado y ahora su rumbo es más acorde con el significado de ambas instituciones. Tal nuevo rumbo le ha permitido abordar

casos nuevos con soluciones acordes con el significado del riesgo durante la lactancia natural.

En esta línea, se inscribe la sentencia objeto de comentario. La novedad aquí se encuentra en que el riesgo deriva tanto de una circunstancia del trabajo (prestación de servicios durante 24 horas continuadas, incluyendo en consecuencia horas nocturnas) como de una condición particular de la propia trabajadora (mastectomizada de un pecho).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 877/2025, de 2 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2306/2024.

ECLI: ES:TS:2025:4322.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Isabel Olmos Parés.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la prestación de servicios a turnos de 24 horas (2 o 3 salidas por turno que duran entre 4 y 5 horas), seguido de 3 o 4 días de descanso supone una situación de riesgo durante la lactancia natural. La sentencia de contraste respondió afirmativamente, mientras lo contrario la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina, que es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022, que resolvió el formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Uno de Cuenca 100/2022, de 20 de junio, recaída en autos 103/2022, seguidos a instancia de doña Custodia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Mutua Midat Cyclops (Mutua MC Mutua) Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Número 1 y UTE Ambulancias Cuenca, SL (Nuevas Ambulancias Soria, SL y Consorci del Transport Sanitari Regio Girona, SA).

IV. Posición de las partes

La trabajadora recurrente alega, conforme a la sentencia de contraste, que debe considerarse acreditada la existencia de riesgo para la lactancia porque lo fundamental es que la trabajadora tiene que realizar jornadas laborales de 24 horas, unido a que solamente dispone de una mama (la derecha), pues la izquierda fue sometida a mastectomía, con lo cual parece evidente, a su juicio, que durante 24 horas no puede atender al bebé.

El INSS impugna y, en relación a la infracción alegada de adverso, se remite a la sentencia recurrida, destacando que, en el caso de trabajo con horarios o jornadas que impidan la alimentación regular del menor, será necesario tomar en consideración, la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna, lo que ha sucedido en el caso concreto.

La Mutua codemandada impugna y alega que en el presente caso se ha aplicado la jurisprudencia porque consta probada «la efectiva puesta a disposición de la

trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna».

V. Normativa aplicable al caso

— Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

— Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 26.

VI. Doctrina básica

A los efectos de la evaluación de los riesgos durante la lactancia natural, se deben considerar tanto los eventuales riesgos derivados de las circunstancias objetivas del puesto de trabajo como las circunstancias individuales de la trabajadora (en el caso enjuiciado, la mastectomía de un pecho) en la medida en que puedan afectar a esa situación de riesgo.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado ... en nombre y representación de doña Custodia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Cuenca 100/2022, de 20 de junio, recaída en autos 103/2022, seguidos a instancia de doña Custodia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Mutual Midat Cyclops (Mutua MC Mutual) Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Número 1 y UTE Ambulancias Cuenca, SL (Nuevas Ambulancias Soria, SL y Consorci del Transport Sanitari Regio Girona, SA). (2) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022 y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debemos estimar el recurso de dicha clase interpuesto por la demandante inicial y revocar la sentencia de instancia, estimando así la demanda y declarando el derecho de la actora a lucrar la prestación por riesgo durante la lactancia natural con efectos desde el 30 de diciembre de 2021 hasta el 10 de mayo de 2022, con una base reguladora de 62,02 euros día. (3) Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

No consta acreditada que la Evaluación de los riesgos incluyera un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual (mastectomía en el año 2012), sino que, por el contrario, el Informe de Evaluación se limita a concluir que: «la nocturnidad a la que está expuesta en su puesto de trabajo durante un día no es un riesgo subsidiario de lactancia natural y, el hecho de tener jornadas laborales de un día le permite el descanso posterior de 72-96 horas continuadas por lo que no afecta a la producción de la leche materna» y, por otro lado: «el puesto está adaptado porque permite la extracción de leche en la zona habilitada para el descanso en el centro base (Centro Médico ...) en condiciones higiénicas e instalaciones adecuadas y la posterior conservación hasta la finalización del turno».

De este modo, no es acogible la conclusión del Informe de Evaluación de que no se puede considerar como riesgo la ordenación del tiempo de trabajo a efectos de lactancia, ya que se hace sin motivación alguna en relación a la circunstancia concreta de que la actora haya padecido una mastectomía de mama izquierda, esto es, sin basarse en un examen específico que tuviese en cuenta esta concreta situación individual ni, tampoco, en el hecho de que durante los turnos de 24 horas, pueden

existir desplazamientos de hasta 4 o 5 horas, siendo ella la que conduce sola la ambulancia, con una media de 2 a 3 desplazamientos por turno, lo que repercute claramente en la necesaria regularidad en la extracción de leche en ese turno y, altera el ritmo natural de su producción, lo que no siempre se compensará en los sucesivos días de descanso, debido a la simultánea alteración del ritmo del sueño o ritmo circadiano, que dura aproximadamente 24 horas, y regula el ciclo de sueño y vigilia, la secreción de hormonas o la temperatura corporal.

No se sustenta la afirmación del Informe de Evaluación de que la prestación de servicios durante 24 horas continuadas, seguida de varios días de descanso, no afecta a la producción de leche, ya que también se ha probado que la actora no permanece en el centro base durante todo su turno, sino que realiza desplazamientos ella sola, que pueden durar hasta 4 o 5 horas (con una media de 2 a 3 asistencias por turno) y, es notorio que la producción de la leche materna se reduce en los casos en que la extracción no pueda efectuarse con la frecuencia necesaria, es decir, la producción puede disminuir por falta de estimulación, sin olvidar la dificultad del mantenimiento de la lactancia a largo plazo en atención a estas circunstancias. Además, la imposibilidad de realizar extracciones o tomas regulares puede llevar a problemas como la congestión mamaria o la mastitis y, todo ello, en un caso en el que la lactancia se realiza con un solo pecho, al haber sufrido la trabajadora una mastectomía en el año 2012. En fin, por todo lo que se acaba de exponer, debemos declarar que es la sentencia de contraste la que ofrece una solución acomodada a Derecho.

IX. Comentario

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural son dos instituciones de prevención de riesgos laborales previstas en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. A pesar de la obligación de transposición de la norma comunitaria, su implantación en nuestro país ha sido dificultosa, se podría incluso calificar de traumática en perspectiva legal y jurisprudencial, y además sin llegar ni aún hoy a una correcta implantación. Hagamos un poco de historia para fundamentar esta afirmación y también para contextualizar la sentencia objeto de comentario, y el avance que representa.

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural eran dos instituciones desconocidas en nuestro derecho hasta la obligada transposición de la normativa comunitaria. No quiere ello decir que no se produjeran situaciones de riesgo. Lo que quiere decir es que, si se daban esas situaciones, «se ha resuelto (la cuestión) en la práctica, mal que bien y al menos en los supuestos llamativos, entre las trabajadoras afectadas, los empresarios y, eventualmente, los médicos de la Seguridad Social»^[1].

Previsiblemente, esta carencia se debía resolver con la trasposición de la Directiva 92/85/CEE que nuestro poder legislativo acometió juntamente con la trasposición de toda la normativa comunitaria sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la Ley 31/1985, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales realizó una transposición muy defectuosa de la Directiva^[2]. Y la mayor discordancia normativa entre la norma comunitaria y la española fue que en el artículo 26 de la LPRL no se contemplaba la posibilidad de dispensa de trabajo del artículo 5.3 de la Directiva, lo que provocó una reacción doctrinal muy potente que apuntaba a cubrir la laguna por aplicación del efecto directo vertical o la aplicación de la deuda de seguridad genérica del artículo 14 de la LPRL, aunque las dudas surgían en torno a si la suspensión se debía cubrir a través de una remuneración a cargo de la empresa o a través de una prestación de Seguridad Social^[3].

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, asumió la resolución de la laguna de transposición. Pero de nuevo lo hizo de modo incompleto (1) porque no se contemplaba la protección de la lactancia natural, (2) porque, estando ante una

prestación vinculada al trabajo, se calificaba como contingencia común, (3) porque no se contemplaba un subsidio del 100% del salario regulador, y (4) porque se imponían demasiadas exigencias burocráticas. Muchas fueron las críticas^[4], y en particular con respecto al olvido de la lactancia natural^[5].

Vamos a tener que esperar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para ver nacer en nuestras leyes la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y la prestación social consiguiente, que, junto con la prestación derivada del riesgo durante el embarazo, se calificará como prestación de tipo profesional, con una cuantía del 100% de la base reguladora del 100%.

Sin embargo, los problemas no acabarán aquí. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y la prestación social consiguiente se limitan temporalmente a los 9 meses del menor, y de esa limitación temporal no hay rastro en la Directiva, salvo que consideremos que la definición de trabajadora en periodo de lactancia contemplada en su artículo 2 c) permite a las legislaciones y/o prácticas nacionales establecer esa limitación (lo que no parece que sea así, y en todo caso es muy dudoso).

Además, y muy probablemente por el defectuoso entendimiento de una institución novedosa, la jurisprudencia, en un momento inicial, avaló, tanto la laxitud de los planes de prevención de riesgos laborales que no contenían evaluación de los puestos de trabajo en relación con los riesgos durante la lactancia natural, o si la contenían era para negar el riesgo sin mayores justificaciones, como la exigencia de las mutuas patronales de que, para acceder a la prestación social, la trabajadora debía de acreditar la situación de riesgo. Tal planteamiento judicial fue objeto de rectificación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 19.10.2017, Caso Otero Ramos, C-531/15 (planteada por el TSJ/Galicia, en auto del que quien escribe fue ponente), en doctrina reiterada en la STJUE de 19.9.2018, Caso González Castro, C-41/17 (también planteada por el TSJ/Galicia)^[6].

Después de esta tortuosa evolución, la legislación todavía presenta algunas lagunas con respecto a la normativa comunitaria (la limitación temporal que, si la legislación no la resuelve, puede, en cualquier momento, ser objeto de cuestionamiento ante el TJUE), y en la práctica a veces aún encontraremos malos entendimientos del riesgo durante la lactancia natural (por ejemplo, la limitación de la adaptación del puesto de trabajo a la instalación de una neverita para la recogida de la leche materna, evitando así la suspensión del contrato).

Frente a estos aspectos todavía mejorables, el Tribunal Supremo demuestra, con la sentencia objeto de nuestro comentario, que cita ampliamente sentencias anteriores donde se rectificó la doctrina después de Otero Ramos y González Castro, que ha asumido el significado de la dispensa de trabajar por riesgo durante la lactancia natural y eso le permite enfrentarse con solvencia a nuevas situaciones, como la resuelta en que, al lado de circunstancias objetivas del puesto de trabajo, la existencia del riesgo también obliga a valorar las condiciones subjetivas de la trabajadora, en este caso el estar mastectomizada.

Si bien se mira, estamos ante una aplicación combinada del artículo 26 de la LPRL (protección de la maternidad) con el artículo 25 (protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos). Una aplicación combinada que puede ser clave para resolver otras situaciones como la existencia de un embarazo de riesgo que, obviamente, no es un riesgo durante el embarazo, pero que, por ser una circunstancia subjetiva de la trabajadora, en aquellos casos individualizados en que esa circunstancia concorra en la constitución de la situación de riesgo, debería ser considerado para apreciar esa situación.

X. Apunte final

Permítaseme decirlo desde una visión meramente personal (que el lector o lectora podrá corroborar solo viendo los estudios que he dedicado a esta cuestión): la defectuosa trasposición de las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, y su defectuosa aplicación, me ha acompañado desde 1995 hasta la actualidad, y aún ello no se ha acabado, acaso todavía me acompañe hasta la jubilación. Buena prueba de lo mucho que tarda en conseguirse la igualdad entre mujeres y hombres.

Por ello, Sentencias como la aquí comentada, que es demostrativa del rumbo tomado por el Tribunal Supremo, me congratulan pues son avances hacia una buena aplicación.

Referencias:

1. ^ En palabras de Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ: «La aplicación de la Directiva 92/85 en España», dentro del libro *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral* (coordinador: Jesús CRUZ VILLALÓN), Editorial Aranzadi (Pamplona, 1997), pág. 268.
2. ^ Me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, a la Directiva 92/85 de 19 de octubre del Consejo de Ministros de la Unión Europea», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-325, tomo 5 (LA LEY 12044/2001), y «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XLIV, pág. 703 a 726, tomo 3 (LA LEY 2562/2001).
3. ^ Además de la propia opinión del comentarista (en los dos artículos recién citados), ver: Alfredo MONTOYA MELGAR: *Curso de seguridad y salud en el trabajo* (coescrito con Jaime PIZÁ GRANADOS), Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1996), pág. 120; Josep MORENO GENÉ – Ana ROMERO BURILLO – Agnès PARDELL VEÀ: «La protección de la maternidad: De la Directiva 92/85 a la Ley 3/95 de Prevención de Riesgos Laborales», *Aranzadi Social*, Tomo V, 1997, págs. 477 a 499; Rosa Isabel SANTOS FERNÁNDEZ: «Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo», *Revista Técnico Laboral*, núm. 72, págs. 255 a 270; Juan GORELLI HERNÁNDEZ: *La protección por maternidad*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 305 y 306; y Luis Enrique NORES TORRES: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1998, págs. 301 a 317.
4. ^ Me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al Derecho comunitario», *Aequalitas*, número 4, 2000, páginas 16 a 19, y a mi libro *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer – Gobierno de España (Madrid, 2002), páginas 86 a 90.
5. ^ La crítica doctrinal al respecto fue unánime. Para no eternizar las citas, me remito a la excelente monografía de Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS: *El riesgo durante el embarazo*, Editorial Aranzadi (Navarra, 2002).
6. ^ Me permito de nuevo remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «Seguridad Social Pública y discriminación sexista en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su aplicación en España», en *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de*

Justicia de la Unión Europea en materia social (coordinadora: Arántzazu VICENTE PALACIO), Editorial Atelier (Barcelona, 2023).