

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi García Viña (España), José Luis Gil y Gil (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Maddalena Magni (Italia), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Francesco Nespoli (Italia), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

# Medidas de prevención de riesgos laborales y de protección social en mujeres embarazadas y en periodo de lactancia\*

Belén del Mar LÓPEZ INSUA\*\*

**RESUMEN:** Si ser mujer trabajadora es objeto de estudio crítico, mucho más lo son los estados biológicos, de embarazo y lactancia natural, que inciden en el empleo de la mujer. Y es que, lamentablemente, tanto el riesgo durante el embarazo, como durante la lactancia natural no han estado siempre protegidos por la normativa de prevención de riesgos laborales y de seguridad social. La constante lucha por la salvaguarda de los derechos fundamentales de la mujer (principalmente, a la vida y a la integridad física y psíquica) ha sido base en este punto para un avance en la materia. Aparte, la constante judicialización que sufren sendos riesgos ha determinado que se aclaren o, incluso, mejoren los mecanismos protectores previstos para estos supuestos. Sin embargo, ¿realmente se protegen de manera suficiente los riesgos durante el embarazo y la lactancia? Sinceramente, opino que queda mucho trabajo por avanzar, tal y como se tratará de esbozar en este estudio.

**Palabras clave:** Riesgo, embarazo, lactancia, prevención de riesgos laborales, despido, protección social.

**SUMARIO:** 1. Mujer y prevención de riesgos laborales: puntos críticos y problemáticos. 2. Situaciones y marco protector de la mujer trabajadora en la normativa de prevención de riesgos laborales. 3. Vaivenes jurisprudenciales en torno al riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. 4. Bibliografía.

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2022-137171OB-I00, *La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género* (PRL-TRANSYDES), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FEDER, UE, e incluido en la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

\*\* Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).



## Prevention of Occupational Risks and Social Protection Measures for Pregnant Women and Breastfeeding Mothers

---

**ABSTRACT:** If being a working woman is the subject of critical study, so much more are the biological states, pregnancy and lactation, which affect women's employment. Unfortunately, both the risks during pregnancy and during breastfeeding have not always been protected by the regulations on prevention of occupational risks and social security. The constant struggle to safeguard women's fundamental rights (mainly, to life and physical and mental integrity) has been the basis for progress in this area. In addition, the constant judicialization of these risks has led to clarification or even improvement of the protective mechanisms provided for them. However, are the risks during pregnancy and lactation really sufficiently protected? Frankly, I think there is a lot of work to be done, as I will try to outline in this study.

*Key Words:* Risk, pregnancy, lactation, prevention of occupational risks, dismissal, social protection.

*El predominio del poder organizado sobre el poder desorganizado es el predominio del hombre que posee realmente una espada, pero bien afilada y dispuesta en todo momento, sobre aquellos que poseen varias, pero sin filo y que han de buscarlas cuando las necesitan y no saben manejarlas*

J.L. MONEREO PÉREZ, *Estudio preliminar sobre «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho»*, en R. VON IHERING, *El fin en el derecho*, Comares, 2011, p. 155

## 1. Mujer y prevención de riesgos laborales: puntos críticos y problemáticos

La configuración jurídica de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural está planteando, hoy en día, múltiples controversias debido quizás a su compleja e inacabada estructura. Ciertamente, se tratan de dos prestaciones que responden a una situación de riesgo derivada de contingencias profesionales y que exigen, por ende, una evaluación específica de acuerdo con lo que determina la normativa de prevención de riesgos laborales (esto es, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales – LPRL). Por supuesto, en este contexto, se habrán de tener en cuenta las características personales del sujeto a proteger, ya sea la trabajadora embarazada o el menor lactante de nueve meses. Y es que, un mismo puesto de trabajo puede o no entrañar riesgos dependiendo de las características personales de la trabajadora embarazada y del bebé. Por tanto, se entrecruzan aquí tres esferas o ámbitos jurídicos, a saber: la contractual, la preventiva y la de protección pública a través del sistema de seguridad social.

Las posibilidades que ofrece el ordenamiento laboral para hacer frente a estos riesgos no sólo son generales, sino también exclusivos en cuanto que deberán responder a un concreto estado de carencia que se plantea en relación con el puesto de trabajo efectivo que desarrolla la mujer trabajadora durante el periodo de embarazo y/o lactancia natural<sup>1</sup>. En cualquier caso, resultará sumamente indispensable demostrar el riesgo real «para la seguridad y salud o su posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia». Por lo que una vez detectado el factor que precipita la alteración de la salud, deberá el empresario 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» (art. 26.1 LPRL). En otras

---

<sup>1</sup> Ver la STSJ Murcia 21 septiembre 2009 (JUR 461555): en un supuesto de riesgo para el embarazo, «lo decisivo es que el riesgo exista realmente en el puesto de trabajo ocupado».

palabras, no se exige al empresario la alteración de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo –mandato imperativo<sup>2</sup>– de acuerdo con lo previsto por el art. 45.1.e del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el art. 26 LPRL, sino sólo la protección del sujeto ante un riesgo específico.

En este sentido, la jurisprudencia viene exigiendo que además del riesgo concurrente en el desempeño del puesto de trabajo, éste sea también relevante, o sea, incompatible con la salud de la madre y/o el lactante. A este respecto, las últimas intervenciones del Tribunal Supremo (TS) se están planteando en el ámbito profesional médico y educativo, siendo la respuesta del alto tribunal sorprendente y negativa en muchos casos.

No cabe duda de que al complejo cauce procedimental a seguir, debe sumarse el padecimiento de los riesgos genéricos asociados al puesto de trabajo y previstos en la evaluación de riesgos laborales, lo cual no resulta siempre fácil de demostrar. La tónica actual tiende a equiparar los supuestos de riesgos durante el embarazo a aquellos que se producen durante la lactancia natural, olvidando por consiguiente el contenido de la acción protectora, el procedimiento a seguir y la correcta evaluación que de los riesgos específicos ha de realizarse. No obstante, llaman poderosamente la atención –en este apartado– otros supuestos relevantes que se plantean en relación con el personal de cabina o azafatas en compañías aéreas.

Una de las cuestiones que más se lamenta al estudiar esta materia es, precisamente, la falta de una actualización o mejora en la materia. Ciertamente, el legislador parece haber olvidado que se trata ésta de una cuestión importante que está sometida a una constante judicialización. La razón de ese constante tira y afloja por vía jurisprudencial trae su causa en la legislación tan genérica y obsoleta que se encuentra al respecto.

Durante la pandemia del Covid-19, por ejemplo, en las empresas (tanto públicas, como privadas), aparte de las reglas que ya dispone la normativa de prevención de riesgos laborales, se aplicó –muy especialmente– la guía del Ministerio de Sanidad (que se actualizaba periódicamente) sobre *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV2*. Esta guía fue libro cabecero para muchas empresas, hasta el punto de olvidar –como ya ocurrió con las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia– los mecanismos de prevención que dispone la LPRL. Ello supuso un fragante atentado contra la protección de los derechos base (a la vida y a la integridad física y psíquica) de la mujer

---

<sup>2</sup> A este respecto, expone la doctrina que este mandato de naturaleza imperativa no sólo afecta al empresario, sino también a la trabajadora afectada I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *Riesgo específico y subsidio por riesgo durante la lactancia*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 116, p. 155.

embarazada y en periodo de lactancia y, porqué no hablar también, de las reglas de jerarquía normativa u orden de prioridad que establece el ordenamiento jurídico. Rompiéndose así cualquier lógica y coherencia jurídica.

Durante la pandemia del Covid-19 fueron pocas las resoluciones que resultaron innovadoras y protectoras con la situación de la mujer embarazada, a buen ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Social n. 2 de Albacete 4 marzo 2021. Justo, en este Auto, el Juez denuncia la lamentable «falta de literatura científica existente en la 3ª edición de la Guía de Ayuda para la Valoración del Riesgo Laboral durante el embarazo, editada por el INSS», en donde se obvia lo dispuesto por el art. 26, apartado 3, LPRL. Y es que, cuando no cabe la modificación de trabajo y/o el cambio de puesto de la mujer trabajadora se debe conceder la prestación por riesgo durante el embarazo, actuándose así de manera anticipada<sup>3</sup>. Resulta muy interesante este pasaje que añade el Juez para justificar su decisión de protección de la mujer gestante:

Respecto al *periculum in mora*. Es evidente que la situación en que nos encontramos derivada de la crisis sanitaria consecuencia de la pandemia producida por el COVID19, puesta en relación con el trabajo de la actora como médico de puerta de urgencias, la fase del embarazo en que se encuentra y las contradicciones de la vacuna en su estado, justifican la concurrencia de dicho requisito por el peligro que podría entrañar para el feto y la propia embarazada la continuación en la prestación del servicio en dichas condiciones, máxime cuando desde el propio Servicio de Prevención requiere que, en su estado, evite tareas que precisen el uso de equipos de protección respiratoria consistente en FFP2 y FFP3.

Por todo ello, el Juez acuerda la suspensión inmediata del contrato de trabajo de la actora y el derecho a percibir la prestación por riesgo durante el embarazo.

---

<sup>3</sup> Recuerda, en este punto, el Juez que «El riesgo durante el embarazo no está previsto para proteger la situación derivada de riesgo o patología que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto cuando no esté relacionado con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñados por la trabajadora (artículo 31.2 del RD 295/2009). Si la trabajadora no puede, por su estado de salud, prestar servicios y esta imposibilidad nada tiene que ver con el trabajo que desarrolla, habrá que solicitar la baja por incapacidad temporal o, en su caso, si lo desea comenzar, el disfrute del permiso de maternidad».

## 2. Situaciones y marco protector de la mujer trabajadora en la normativa de prevención de riesgos laborales

En el actual contexto social, europeo e internacional, el principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres se alza como una realidad insoslayable. Sin embargo, y más allá de esta mera proclamación formal, lo cierto es que todavía en la sociedad contemporánea no se ha conseguido una fuerte equiparación laboral entre ambos sexos.

Durante siglos el trabajo que ha realizado la mujer ha sido de menor consideración y protección. Las razones de esta diferenciación han sido y son claramente sociales. Y es que, desde siempre, el papel que la sociedad ha atribuido al género femenino se ha vinculado al ámbito familiar-privado y, por tanto, al cuidado del hogar y de los hijos. De ahí que, en ese proceso de identidades, el factor de inferioridad y sumisión de la mujer al hombre quedara supeditado a una relación de resultados. En efecto, la mujer ha sido entregada como esclava al hombre, al cual no podía oponerse por razón de la inferioridad de su fuerza física<sup>4</sup> y de su supuesto deficiente intelecto.

El proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha sido arduo y, especialmente, ha venido marcado por las desigualdades entre hombres y mujeres. Ello ha provocado, al tiempo, una flagrante desigualdad de condiciones u oportunidades que se han proyectado directamente en el terreno jurídico. Avanzar en pro a una igualdad no ha sido tarea fácil. Menos aún, la protección de los riesgos específicos derivados de los estados biológicos naturales de embarazo y lactancia natural. Por lo que, si queremos avanzar en materia de igualdad, el legislador habrá de introducir la perspectiva de género también en materia de prevención de riesgos laborales. En efecto, la protección de los riesgos específicos derivados de los estados de embarazo y lactancia determinan que el modo de desempeño de la actividad profesional y de las condiciones laborales sean distintas en mujeres y hombres. De ahí que la protección especial que reciba la mujer embarazada y en periodo de lactancia natural determinen que, en un entorno laboral, se tengan en cuenta aspectos tales como: la actividad a

---

<sup>4</sup> Ver A. MONTOYA MELGAR, *Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, n. 129, p. 5 ss. Este A. pone de manifiesto algunos ejemplos históricos de este hecho, así, por ejemplo, el filósofo Aristóteles decía que «de distinta forma manda el libre al esclavo, que el macho a la hembra y que el hombre a su hijo [...]. Porque el esclavo carece completamente de la facultad deliberativa; la mujer la tiene, pero carece de seguridad». Platón, por su parte, afirmaba que «todos los oficios pertenecen en común a ambos, sólo que en todos ellos la mujer es inferior al hombre». Montesquieu, sin embargo, admiraba a las mujeres orientales porque eran apartadas de la vida social.

desarrollar, la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos.

El embarazo no es una enfermedad, sino un aspecto de la vida cotidiana ligado directamente a la mujer. La gestación y el trabajo no son incompatibles, pero hay que tener en consideración que, debido a los cambios fisiológicos, anatómicos y psicológicos que tienen lugar en el organismo femenino durante el embarazo, la mujer trabajadora adquiere especial sensibilidad ante condiciones y factores de riesgo de su puesto de trabajo que en otras circunstancias serían considerados como aceptables. Siempre que las condiciones laborales sean las adecuadas y no entrañen ningún riesgo para la madre y/o el hijo, las mujeres pueden trabajar durante el embarazo o reanudar su actividad laboral durante la lactancia<sup>5</sup>.

La falta de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito normativo, hay que sumar todas aquellas lagunas y contradicciones jurisprudenciales que se producen en la praxis ordinaria. Lo que lleva al establecimiento de una serie de discriminaciones indirectas e implícitas que no satisfacen, en absoluto, los intereses de todas esas mujeres en situación de vulnerabilidad y, por ende, de precariedad laboral<sup>6</sup>.

No ha sido hasta la incorporación de España a la CEE cuando, en el ordenamiento jurídico, se han creado normas protectoras del “sexo débil” (entendiéndose, por tal, a la mujer). Y aunque, inicialmente, muchas de estas normas suponían una discriminación respecto a los hombres (por ejemplo: que limitaban su permanencia en la empresa, salarios diferentes, condiciones de trabajo desiguales, etc.), lo cierto es que, poco a poco, hemos ido avanzando<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver CCOO, *Jurisprudencia sobre la prestación de riesgo por embarazo y lactancia*, 2014.

<sup>6</sup> Ver B.M. LÓPEZ INSUA, *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Laborum, 2017, pp. 221-223.

<sup>7</sup> La OIT ha sido la entidad que con mayor claridad la ha denunciado la situación que sufría la mujer trabajadora embarazada y lactante, de ahí los convenios que ha creado con regulaciones específicas para estas situaciones, como por ejemplo: Convenio n. 3 de 1919, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto; Convenio n. 4 de 1919, sobre el trabajo nocturno de las mujeres; Convenio n. 45 de 1935, sobre el trabajo de las mujeres en los trabajos subterráneos de todo tipo de minas; Convenio n. 103 de 1952, relativo a la protección de la maternidad (revisado); Recomendación n. 12 de 1921, relativa a la protección de la maternidad en la agricultura; Recomendación n. 95 de 1952, sobre protección de la maternidad, que establece por primera vez determinadas medidas dirigidas a la protección de la salud de la mujer embarazada durante la prestación de trabajo; Recomendación n. 128 de 1967, sobre el peso máximo (transporte manual de carga); Convenio n. 148 de 1977, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones); Recomendación n. 177 de 1990, sobre los productos químicos. En el

Las prestaciones sociales por riesgo durante el embarazo y lactancia se introdujeron en el ordenamiento español muy tardíamente. De un lado, la prestación por riesgo durante el embarazo se incluyó en el sistema jurídico gracias a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL)<sup>8</sup>. Normativa esta que consideraba como situación protegida, a efectos de suspender la relación laboral, la de la mujer trabajadora que con motivo de su estado no pueda desarrollar su actividad profesional, debiendo ser movida a otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud (y todo ello de conformidad con el art. 26 LPRL). En este sentido, cuando objetiva o técnicamente no fuese posible dicho cambio el empresario habrá de suspender la relación laboral<sup>9</sup>. De otro lado, la prestación por riesgo durante la lactancia natural apareció con motivo de la aprobación de la LO 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI), mediante la cual se buscaba favorecer con carácter general la integración de la mujer en el ámbito laboral, permitiendo aún mismo tiempo la conciliación de su vida profesional con la personal y familiar<sup>10</sup>. Gracias a la LOI se modificó el art. 26 LPRL, al disponer la protección de las trabajadoras y del hijo recién nacido frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo (véase el apartado 4 del art. 26 LPRL). La LOI venía así a completar el cuadro de protección de la mujer trabajadora en situación de embarazo o del feto, siendo así la única normativa prevista en España hasta el 2007 en materia de seguridad social. Y es que, hasta ese momento y sorprendentemente, el sistema de protección social había dejado fuera de tutela las situaciones de incompatibilidad entre la lactancia natural y el trabajo. De manera que esta

---

año 2000 se adopta el Convenio n. 183, sobre protección de la maternidad, que revisaba el Convenio n. 103 de 1952, que, desde una perspectiva integradora, incluye medidas garantistas para la trabajadora que se encuentra en cualquier situación biológica relacionada con la maternidad. Ese mismo año se publica también la Recomendación n. 191, sobre la protección de la maternidad.

<sup>8</sup> Un primer paso, tras la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre del 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).

<sup>9</sup> Ver S. OLARTE ENCABO, *El riesgo durante el embarazo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, 2008, pp.136-137.

<sup>10</sup> De este modo, ambas normativas, cumplen efectivamente con las exigencias impuestas por el ordenamiento comunitario a través de la citada Directiva 92/85/CEE.

incompatibilidad, a la que podía darse una cierta respuesta en el ámbito exclusivamente preventivo (mediante la aplicación directa de la Directiva 89/391/CEE, que sí hacía mención expresa al periodo de riesgo durante el embarazo y lactancia natural), no encontraba en el terreno de la seguridad social una protección equivalente o, al menos, un reconocimiento como contingencias protegidas por la Ley General de Seguridad Social (LGSS)<sup>11</sup>.

Actualmente, estas prestaciones aparecen configuradas en los Capítulos VIII y IX del vigente RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS. Así pues, la prestación por riesgo durante el embarazo aparece configurada en los arts. 186 y 187, mientras que la prestación por riesgo durante la lactancia se recoge en los arts. 188 y 189 LGSS. Ahora bien, cabe también tener en cuenta aquí el RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas en el sistema de seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En consonancia con la LGSS, el art. 26 LPRL establece el marco protector que habrá de seguirse para sendas contingencias al decir que «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». En caso de que tras la evaluación resultara un riesgo para la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada o del lactante, el empresario deberá entonces adoptar las medidas que resulten necesarias para eliminar la exposición a dicho riesgo.

A continuación, el apartado 2 del art. 26 LPRL establece que cuando no fuese posible la adaptación de las condiciones al puesto de trabajo o, a pesar del cambio, la actividad profesional pudiera influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del menor lactante y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) o de las Mutuas, con el informe del médico que asista a la trabajadora en el Servicio Nacional de Salud, entonces el empresario tendrá que encomendar a la empleada hacia un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Este cambio deberá operar de acuerdo con las reglas aplicables a la movilidad funcional<sup>12</sup> y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su

---

<sup>11</sup> Ver S. BARCELÓN COBEDO, *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 5, p. 1 (versión digital).

<sup>12</sup> Se podrá, incluso, cambiar a la trabajadora a «un puesto no correspondiente a su grupo o categoría» (STS 21 septiembre 2011, rec. 2342/2010).

reincorporación al anterior puesto. Únicamente cuando el cambio en el puesto de trabajo no sea posible, ya sea por razones de embarazo o de lactancia natural, la protección a la mujer quedará dispensada a través del sistema de seguridad social mediante la suspensión del contrato de trabajo (medida transitoria) y la concesión de una prestación que quedará dentro de su manto protector (último eslabón o medida). En este último caso, la suspensión se mantendrá sólo en tanto desaparezca la situación de riesgo que amenaza a la salud de la trabajadora o del menor. De igual modo, para el caso de prestaciones por riesgo durante la lactancia, este supuesto suspensivo finalizará cuando el menor cumpla nueve meses<sup>13</sup> o, bien, cuando la madre se haya incorporado con anterioridad a otros puestos compatibles con su situación (art. 48.5, RDL 2/2015).

La contingencia protegida por las prestaciones durante el embarazo y lactancia consiste en la suspensión del contrato de trabajo derivada de la necesidad de proteger la salud, ya sea de la trabajadora, feto y/o del menor de 9 meses, a causa de la especial situación en la que se encuentra la trabajadora en la empresa (razón de riesgo motivada por razones profesionales)<sup>14</sup>. Por tanto, aun cuando no se trate de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, lo que está claro es que su tratamiento es consecuencia directa de su relación con el trabajo. Ello no significa que la seguridad social no ejerza una función reparadora, sino que a ella se añaden las medidas de seguridad y salud que prevé la LPRL. Por tanto, se abrirá la vía de protección del sistema social público sólo cuando el riesgo se haya actualizado y las medidas previstas para evitar el riesgo (adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, traslado de la trabajadora) no sean suficientes para garantizar el estado de salud de la trabajadora o del lactante. Aquí, precisamente, radica una de las más importantes diferencias entre la función preventiva de la LPRL y la protectora reparadora de la seguridad social. Y es que, en este último caso,

---

<sup>13</sup> Establecer una limitación del tiempo de suspensión del contrato en función de la edad del menor puede suponer una desprotección para el recién nacido. Y es que, debería considerarse que fuese el facultativo médico que asiste al menor el que determine el plazo de duración de la suspensión. A favor, I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *op. cit.*, p. 158; con otro punto de vista, S. GONZÁLEZ ORTEGA, J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, 1996.

<sup>14</sup> Ver, en relación con el riesgo durante el embarazo, la STSJ Madrid 8 julio 2002: «se trata de prevenir cualquier tipo de riesgo, de evitar la exposición de la mujer o, en situación de parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto –igualmente, del lactante–, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico». En esta misma línea, STSJ Aragón 18 noviembre 2002, STSJ Navarra 30 abril 2002 (rec. 141/2002), STSJ Navarra 27 marzo 2002, así como STSJ País Vasco 11 septiembre 2011.

la protección social pública tratará de amparar situaciones que podían haber sido previstas por el empresario y, para ello, suspenderá la relación laboral de la trabajadora cuando la empresa se vea impedida a llevar a cabo una reorganización de su actividad productiva<sup>15</sup>. De modo que, la definición de contingencia protegida no queda delimitada por el campo de la seguridad social, sino que ésta hace un reenvío delimitador al ámbito de la prevención de riesgos e, indirectamente, al ET y a la LCVFL<sup>16</sup>.

Empero a lo anterior, la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha introducido modificaciones significativas que debemos aquí destacar.

En este sentido, en lo que se refiere a la mujer embarazada el legislador establece ahora una “especial” protección cuando el estado de gestación llegue a la semana 39, a saber:

Se considerará también situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena (art. 169.1.a).

A lo que, el art. 173.2 LGSS añade lo siguiente:

en la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse.

De este modo, se podrá considerar causa de incapacidad temporal (IT) el acercamiento de la fecha probable de parto, salvo cuando la mujer ya estuviera percibiendo una prestación por “riesgo durante el embarazo”, en cuyo caso el tránsito hacia la maternidad se hará desde esta última contingencia y no desde la IT<sup>17</sup>.

Por otra parte, respecto al periodo de cotización, el artículo indica que únicamente se exigirá el periodo previo de cotización cuando se trata de una enfermedad común, pero no cuando se trata de un accidente de trabajo, una enfermedad común y una enfermedad profesional (art. 178.1.a LGSS).

<sup>15</sup> Ver S. BARCELÓN COBEDO, *op. cit.*, p. 4.

<sup>16</sup> Ver S. OLARTE ENCABO, *op. cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> Para un conocimiento más exhaustivo, ver B.M. LÓPEZ INSUA, *Derecho a trabajar “sin dolor”: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2023, n. 2.

Sorprende, enormemente, este precepto en tanto que viene a reconocer como causa de IT algo que ya, en la práctica diaria, venía haciéndose por el personal sanitario ante la falta de cobertura del legislador para estas situaciones. Lógicamente, los facultativos médicos no alegaban la causa de embarazo “a término” para justificar una IT, sino que justificaban otras causas (a saber: problemas de espalda como la lumbalgia o la cervicgia, etc.) para conceder a la mujer gestante una IT por contingencias comunes.

Ahora bien, lo más grave de esta precisión es el retroceso que la regulación de los derechos se concede. Y es que, recordemos que ya con la Ley de Bases del Sistema de Seguridad Social el embarazo era equiparado a la IT, algo que realmente resultaba denigrante y que ha costado mucho superar. Una mujer embarazada no puede nunca ser considerada como una enferma, pese a las molestias e incomodidades que sufra, pues la capacidad laboral queda inalterada. Incluso, nos encontramos casos de mujeres que en la semana 40 de gestación se mantienen aún en sus puestos de trabajo, cumpliendo efectivamente sus funciones. Por esta razón, no se entiende cómo el legislador ha vuelto a equilibrar ambas situaciones. Se trata éste de un resquicio ya superado. Aparte, habrá que estar al caso concreto.

Opino que, toda medida política que se adopte para proteger a las mujeres debe ser bien recibida. Ahora bien, teniendo el legislador la posibilidad de mejorar esta situación, lo que no se entiende es como no ha albergado esta nueva causa “especial” dentro de la prestación por riesgo durante el embarazo y como una contingencia especial “por embarazo a término”. Y, es más, incluso habría que haber ampliado el manto protector a la semana treinta seis de embarazo que es cuando, realmente, la ciencia médica considera un embarazo a término. De nada sirve hablar ahora de la semana 39 de gestación, cuando ya en muchas empresas les concedía a las mujeres gestantes –por parte de las Mutuas colaboradoras con la seguridad social– la baja por riesgo durante el embarazo entre la semana 37-38 de embarazo y siempre que el embarazo no sufra complicaciones anteriores. Creo que, en esta tercera causa (al igual que en la primera de las enumeradas, esto es, la referida a las reglas dolorosas), el legislador debería reflexionar más y dejarse asesorar por buenos profesionales jurídicos y de la ciencia médica<sup>18</sup>.

Hay que tener en cuenta, además, que en el caso del personal funcionario existe un tipo de permiso en la DA 16ª de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que resulta mucho más beneficioso que el “supuesto” mecanismo protector que prevé, en 2023, la LGSS. En este sentido, la mayor parte de las funcionarias embarazadas suelen acogerse al

---

<sup>18</sup> *Idem.*

«permiso retribuido de la semana 37», pues el mismo le permite figurar en activo, aunque trabajen desde su casa. Al tiempo que podrán, sin tener que enviar ninguna justificación adicional, ausentarse del puesto de trabajo para acudir a los reconocimientos médicos.

### 3. Vaivenes jurisprudenciales en torno al riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

El factor determinante de la alteración de la salud y, por consiguiente, del nacimiento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural es un riesgo específico. En este sentido, se puede calificar a este concreto lance como realizada dimensión subjetiva, en cuanto que queda vinculado específicamente a la trabajadora embarazada, a sus características personales y a las de su embarazo, así como a la lactancia natural y a la salud del menor de nueve meses. Por lo que no se está ante un riesgo abstracto, sino individualizado y *ad hoc*<sup>19</sup>.

Dada la situación de riesgo laboral, el empresario estará obligado a llevar a cabo una evaluación inicial de los riesgos (art. 16 LPRL) teniendo en cuenta aquellos que puedan afectar, específicamente, a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural (art. 26, apartados 1, 3 y 4, LPRL). La evaluación se realizará de manera exhaustiva y precisa «teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad» (art. 16.2.a LPRL); incluyéndose así todos los riesgos asociados al puesto de trabajo y medidas a adoptar en el plan de prevención de riesgos laborales. De los resultados de la evaluación se dará conocimiento a la trabajadora, haciendo especial hincapié en aquellos que pudieran afectar de manera determinante a la situación de maternidad y/o lactancia natural (art. 18.1 LPRL). En este último punto es en donde más dificultades pueden originarse, pues ante todo la trabajadora conserva su derecho a la intimidad. Lo que implica, que

---

<sup>19</sup> Ver S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Seguridad Social y riesgo durante el embarazo*, en J. LÓPEZ LÓPEZ (coord), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Marcial Pons, 2001, pp. 93-128.

no está obligada a informar a la empresa sobre su estado de embarazo o de lactancia. Ahora bien, en ese caso y como es lógico, cuando la trabajadora guarde silencio la empresa no podrá adoptar medidas preventivas, ya que la protección a la que se refiere normativa de prevención de riesgos laborales sólo se activa ante una situación de riesgo específico real y conocido<sup>20</sup>.

El derecho a la prestación nace no sólo si concurren riesgos propios o exclusivos de las trabajadoras lactantes, sino también generales (que puedan afectar a cualquier trabajador/a) que se vean agravados durante el embarazo o el periodo de lactancia. De ahí que, la normativa determine que se trate de una contingencia asociado a «un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia» (art. 26.1 LPRL). Por tanto, no sólo cabe hablar de un riesgo real, sino que también deberá el empresario actuar en aquellas situaciones en las que sólo existen indicios de que el mismo pueda producirse<sup>21</sup>. Recuerda, en este punto, la jurisprudencia que «tanto la prestación de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo, como el riesgo por lactancia natural suponen una suspensión del contrato de trabajo [...]—se trata ésta— de una medida subsidiaria o de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo»<sup>22</sup>.

A este respecto, el objeto del conflicto se conecta con el alcance del derecho a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia en sintonía con la determinación del riesgo específico. Y, por tanto, de la existencia de una situación que incida o repercuta negativamente en las personas protegidas desde el punto de vista de la seguridad social, esto es, la madre o el menor lactante. Así pues, la jurisprudencia ha entendido que habrá un riesgo específico cuando: 1) se presente con mayor intensidad en la concreta actividad que desarrolle la mujer trabajadora; 2) afecte de manera relevante a la salud de la mujer o a la situación de lactancia natural, para lo cual se habrá de tener en cuenta la naturaleza del riesgo, el grado y el tiempo de exposición al mismo. En definitiva, no basta con la existencia de ciertos riesgos, ni tampoco con la apreciación subjetiva de la entidad<sup>23</sup> para la que presta servicios la trabajadora, sino que es preciso que aparezcan de forma clara y precisa en el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo. Por lo que, si se dan estas variables, la acción inmediata del

---

<sup>20</sup> Ver STSJ Madrid 18 mayo 2000.

<sup>21</sup> Ver I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *op. cit.*, p. 159.

<sup>22</sup> Ver STS 6 febrero 2019 (rec. 4016/2017).

<sup>23</sup> El art. 26, apartados 2 y 4, LPRL establece que la certificación de la situación de riesgo corre a cargo del Servicio Médico del INSS o de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, mientras que el informe corresponde al Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora. Ahora bien, en el riesgo durante la lactancia.

empresario debe ser la adopción de «las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora»<sup>24</sup>.

En concreto, deberán cumplirse dos importantes requisitos para que pueda concederse la prestación por riesgo durante la lactancia natural y entenderse que subsiste un “riesgo específico” en el desempeño del concreto puesto de trabajo, a saber:

- a. las condiciones de trabajo ha de influir negativamente sobre la salud de la mujer trabajadora, así como sobre la salud de su hijo o hija;
- b. deberá resultar imposible o poco factible la adaptación del puesto de trabajo, así como el cambio a otro puesto compatible con esa situación<sup>25</sup>.

«No cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia», toda vez que «ello impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del art. 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el art. 48.5 ET»<sup>26</sup>.

Importante, indica el TS que para que proceda el disfrute de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y/o lactancia deberá existir una evaluación previa y específica de los riesgos. Ahora bien, ¿a quién corresponde la carga de la prueba?

Este aspecto de la inexistencia de específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde “en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va a afectar tal vicisitud de la relación laboral” [...] y que esa distribución del gravamen probatorio supone que es a la parte actora quien debe “desvirtuar las causas de denegación de la prestación”<sup>27</sup>.

La identificación del riesgo específico constituye una tarea ardua que varía en función del puesto de trabajo y la exposición del trabajador a agentes biológicos, químicos, cancerígenos y radiaciones ionizantes, por lo que no siempre resultará objetivable y general la determinación del riesgo

<sup>24</sup> STS 22 noviembre 2011 (RJ 1467).

<sup>25</sup> Cfr. STSJ Navarra 30 abril 2002, cit., y STSJ Andalucía 21 febrero 2013 (rec. 506/2012).

<sup>26</sup> STS 6 febrero 2019, cit.

<sup>27</sup> STS 26 junio 2018 (rec. 1398/2016).

específico. No obstante, lo que sí está claro es que, deberán aportarse informes específicos sobre el estado de salud de la trabajadora y/o lactante y su incidencia ante una situación de riesgo<sup>28</sup>.

Un ejemplo relevante, en este punto, ha sido la sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Albacete 17 enero 2023, en donde a una trabajadora (auxiliar de enfermería) se le reconoce la prestación por riesgo durante el embarazo a partir de las 12 semanas de gestación. El Juez evidencia que, por la actividad específica de la mujer trabajadora, no resulta posible la adaptación de puesto de su trabajo para que resulte compatible con el embarazo. Uno de los datos más llamativos, que constata la exposición a riesgos específicos, es que la trabajadora estaba en contacto directo con personas con deficiencia intelectual grave, razón por la cual no resultaba posible establecer medidas de prevención eficaces.

No es suficiente con alegar una exposición a unos riesgos genéricos, sino que resultará precisa una evaluación específica que determine el alcance, la naturaleza, el grado y la duración de la exposición<sup>29</sup>. Se trata éste de un tema muy peliagudo, que sitúa a los agentes encargados de la certificación en una tesitura muy compleja que no resulta nada fácil de esclarecer. Por lo que, si no se han identificado, ciertamente, los riesgos específicos asociados al puesto de trabajo, lo más probable es que acabe el empresario denegando la suspensión de la relación laboral. En cuyo caso, le corresponderá a la trabajadora rebatir dicho posicionamiento y demostrar los efectos negativos que sobre su salud o la del lactante puedan originar<sup>30</sup>. Para una mayor comprensión del problema jurídico-práctico, se examinarán sucintamente algunas de las últimas sentencias del Supremo. En concreto, llaman la atención tres sentencias: la primera es la STS 24 abril 2012 (rec. 818/2011), la segunda es la STS 13 mayo 2015 (rec. 3114/2013) y, finalmente, cabe citar la STS 21 julio 2015 (rec. 189/2014).

Los hechos que describe la STS 24 abril 2012 son los siguientes. La trabajadora (azafata de vuelo) prestaba sus servicios para la compañía aérea Easyjet Airline Spain y había disfrutado de una prestación por riesgo durante el embarazo, la cual le había sido reconocida por parte de la Mutua colaboradora con la seguridad social (Ibermutuamur). En el certificado emitido por la mencionada Mutua constaban los efectos negativos que sobre la salud de la trabajadora podían incidir en el desempeño de su actividad profesional. Se hizo constar así que los riesgos asociados al «trabajo en atmósfera de presión sobreelevada, fatiga mental y física, trabajo

<sup>28</sup> Ver I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *op. cit.*, pp. 159-161.

<sup>29</sup> «Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia de este» (STS 21 septiembre 2011).

<sup>30</sup> Ver I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *op. cit.*, p. 161.

a turnos, nocturnos y trabajos irregulares, así como el estrés profesional» resultaban perjudiciales para la salud de la trabajadora embarazada, así como para el feto, por lo que le fue reconocida finalmente una prestación por riesgo durante el embarazo. Concluido su periodo de maternidad y tras haber disfrutado de su periodo de vacaciones, la trabajadora solicitó que le fuese reconocida la prestación por riesgo durante la lactancia. Para ello alegó la “cuestión del tiempo de trabajo” como un obstáculo o riesgo psicosocial que le impedía compatibilizar el trabajo a turnos con los períodos regulares de alimentación de su bebé.

Previamente, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid había entendido que el sistema de trabajo a turnos al que se encontraba sometida la trabajadora, así como las dificultades para extraer la leche materna, debido a la falta de tiempo y de espacio en debidas condiciones de higiene (y posibilidades de conservación), no sólo suponía una incomodidad, sino asimismo una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones laborales. Claramente, ello estaba repercutiendo negativamente sobre la salud del hijo menor de nueve meses.

El TS, en este punto, supera no sólo la problemática del riesgo específico (reafirmando, por ello, en la posición previa del TSJ y manteniendo una visión amplia del concepto de riesgo), sino que además entra a valorar la falta de inactividad de la empresa en cuanto a las medidas preventivas adoptadas (omisión evidente del deber empresarial de llevar a cabo una correcta política de prevención de riesgos laborales)<sup>31</sup>. En este sentido, afirma que, «dado que la empresa no ha ofrecido un puesto alternativo con condiciones exentas de riesgo, se colige que el mismo no existía y, por ende, inadmisiblemente se estaba obligando a la trabajadora a seguir trabajando en situación de riesgo. Lo que irremediamente debía haber conducido a la suspensión del contrato de trabajo como medida última para la salvaguarda de su salud o del lactante». Ciertamente, esta sentencia supone un punto de ruptura con la anterior doctrina que hasta el momento venía manteniendo la doctrina del Alto Tribunal, aunque, también cabe señalar que las condiciones ambientales y los riesgos asociados no tenían nada que ver con los presentes, ya que quedaban vinculados al ámbito profesional de los centros sanitarios.

En contra de esta doctrina amplia, el Supremo conoce en sus citadas Sentencias de 13 de mayo y de 21 de julio –ambas de 2015– de dos casos

---

<sup>31</sup> «El derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o a la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas» (STS 18 marzo 2011, RJ 5812).

diferentes, pero que sin embargo tienen en común el mismo fallo o pronunciamiento desestimatorio de la pretensión solicitada. En la STS 13 mayo 2015, la trabajadora prestaba sus servicios como educadora en un Centro de menores:

su trabajo consistía en realizar tareas de intervención directa con los menores, siendo la responsable de la formación integral de los que están a su cargo. En el desarrollo de tales tareas concurre el riesgo de agresión por parte de algún usuario del Centro [...] y/o posible transmisión de enfermedades infecto-contagiosas (tales como hepatitis B, SIDA o tuberculosis).

Por obra de la Mutua Fremap se le reconoce la prestación por riesgo durante el embarazo, pero sin embargo se le deniega posteriormente la de lactancia. A este respecto, los hechos que describe la citada STS 21 julio 2015 son parecidos, pero en este caso la trabajadora tiene la categoría de técnico en transporte sanitario-auxiliar. Las tareas que componen la profesional habitual de la actora consisten, básicamente, en las siguientes:

– Tareas auxiliares y complementarias relacionadas con el vehículo y el enfermo y/o accidentado necesarias para la correcta prestación del servicio. – Mantener preventivamente el vehículo sanitario y controlador materialmente la dotación del mismo. – Realizar atención básica sanitaria en el entorno prehospitalario. – Prestar al paciente soporte vital básico y apoyo al soporte vital avanzado. – Trasladar al paciente al centro sanitario útil. – Prestar atención sanitaria inicial en incidentes con múltiples víctimas. – Aplicar técnicas de apoyo psicológico y social en situaciones de crisis, bien al paciente, bien a su entorno familiar y social. – Seguir las indicaciones del Centro de Coordinación en materia de cobertura y asistencia sanitaria de primera respuesta con Soporte Vital Básico. – Garantizar una correcta transferencia del paciente al Centro Hospitalario receptor y proporcionar al profesional sanitario de “puerta” la información referente a signos vitales, síntomas y acciones realizadas antes y durante el traslado. – Realizar el mantenimiento y limpieza de bases, vehículos y dotación material de los mismos. – Reponer el material sanitario utilizado durante el servicio y realizar la correspondiente limpieza y desinfección según instrucción de empresa. – Notificar al responsable que corresponda las posibles contingencias que surjan durante el servicio. – Colaborar en la recogida de datos para el diagnóstico de necesidades de formación. – Participar activamente en las acciones formativas organizadas por la empresa. – Participar en la elaboración de los planes formativos. – Aplicar en el servicio las habilidades o competencias adquiridas en las diferentes acciones formativas (apartado primero, antecedentes de hecho).

A diferencia de la STS 13 mayo 2015, la empresa sí disponía (véase la citada STS 21 julio 2015) de una evaluación de riesgos que refleja la presencia de agentes químicos y biológicos que podían causar efectos nocivos para la salud de la trabajadora a la hora del desempeño del puesto de trabajo habitual (principalmente porque existía un alto riesgo de contagio a través del contacto casual de sangre y/o fluidos), además de la existencia de turnos de nocturnidad y trabajo a turnos. No obstante, el problema era que «no existía en materia preventiva, a diferencia de los que ocurre en el embarazo, restricciones para trabajadoras en proceso de lactancia en todos aquellos casos de puestos de trabajo expuestos por necesidad de actividad asistencial». Este dato es más frecuente en la práctica de lo que se piensa, siendo extensible a un amplio abanico de colectivos<sup>32</sup>.

En ambos pronunciamientos, el TS centra toda su atención en torno a la falta de concreción e identificación de «un riesgo específico debidamente valorado y acreditado» (tal y como se desprende del tenor literal de los arts. 16 y 26.1 LPRL) que repercuta negativamente sobre el sujeto protegido y que, por consiguiente, guarde relación con la lactancia. Por esta razón, «la sustancial analogía del supuesto resuelto en la doctrina de mérito con el que contempla la recurrida hace que aquella deba ser de aplicación al no existir nuevas razones que aconsejen su modificación, máxime cuando la situación de riesgo no es coincidente con la de embarazo, procediendo la desestimación del recurso»<sup>33</sup>.

Constituye una criticable práctica habitual en la mayoría de las empresas la de denegar las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural, por lo que al final la trabajadora acaba optando por solicitar la baja por enfermedad común (IT) ante las dificultades –fácticas y técnicas– de poder rebatir el posicionamiento empresarial. Este hecho coloca, lamentable, en una situación de desprotección no sólo a las mujeres embarazadas en situación de riesgo, sino también a los lactantes menores de nueve meses. Por lo que, al término, se concede una mayor preferencia a los intereses empresariales antes que a los de prevención de riesgos y conveniente suspensión del contrato de trabajo (vía preventiva/reparadora). Con todo, la falta de una cultura preventiva se hace patente, una vez más, en un terreno en donde entran en escena colectivos vulnerables y necesitados de un mayor amparo y salvaguarda. La concurrencia de un “riesgo específico” constituye una situación jurídica (verificable, comprensible y razonable) merecedora de la pertinente

---

<sup>32</sup> Ver STS 17 marzo 2011 (RJ 3421).

<sup>33</sup> Véase el Fundamento de Derecho Tercero de la STS 13 mayo 2015 citada en texto.

protección normativa que, desgraciadamente, se convierte a menudo en la práctica en un escollo ineludible que olvida proteger los intereses jurídicamente dignos de tutela.

En el año 2019, el TSJ se pronunció en esta materia<sup>34</sup> al reconocer, a una trabajadora animadora sociocultural de un centro de discapacitados, la prestación por riesgo durante la lactancia. El caso es muy llamativo, pues no sólo se alude a la LPRL, sino, más aún, al “interés superior del menor” y en las repercusiones que en ausencia de una evaluación de riesgos individualizada pueda, un determinado riesgo biológico, afectar a la leche materna. Evidentemente, en esta sentencia cobró un valor probatorio importante el certificado médico expedido a la trabajadora.

En las direcciones provinciales del INSS en las que no se disponga de servicios médicos propios, la certificación médica prevista para la IT y riesgo durante el embarazo y el subsidio por riesgo durante la lactancia natural (arts. 39, 47 y 51, RD 295/2009) será expedida por la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de las comunidades autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria<sup>35</sup>.

Para el caso Régimen Especial de los Trabajadores del Mar se encuentran algunos Institutos Sociales de la Marina que no disponen de servicios médicos propios, por lo que la certificación médica habrá de ser expedida por los médicos del INSS o, en su caso, por la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Aparte del certificado médico que deberá tener, tanto la trabajadora como la empresa, la entidad gestora o colaboradora podrá solicitar una evaluación inicial del riesgo del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo (tal y como indica el apartado 2 de los arts. 16 y 26 LPRL).

#### 4. Bibliografía

ÁLVAREZ DE LA ROSA M. (1995), *La incapacidad temporal y la maternidad*, en *Tribuna Social*, n. 53, pp. 7-18

BARCELÓN COBEDO S. (2012), *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 1-10 (versión digital)

---

<sup>34</sup> Ver STSJ Canarias 17 diciembre 2019 (rec. 860/2019).

<sup>35</sup> Ver STS 14 febrero 2014 (rec. 1212/2013).

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I. (2012), *Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia*, en *Temas Laborales*, n. 116, pp. 153-170
- CCOO (2014), *Jurisprudencia sobre la prestación de riesgo por embarazo y lactancia*
- FERNÁNDEZ PRATS C. (2011), *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la seguridad social*, Tirant Lo Blanch
- GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED A C. (2017), *La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente*, en F. ORTIZ CASTILLO (dir.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum
- GARCÍA NINET J.I. (1993), *La prestación complementaria de la I.L.T., invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992*, en ASOCIACIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ C. (2019), *Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, pp. 2-49
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (2001), *Seguridad Social y riesgo durante el embarazo*, en J. LÓPEZ LÓPEZ (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Marcial Pons
- GONZÁLEZ ORTEGA S., APARICIO TOVAR J. (1996), *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta
- GOÑI SEIN J.L. (1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas
- LÓPEZ INSUA B.M. (2012), *La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia o ajena: aspectos laborales y de seguridad social*, en *Justicia Laboral*, n. 52, pp. 31-50
- LÓPEZ INSUA B.M. (2014), *La incapacidad temporal en el sistema de seguridad social*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2017), *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Laborum
- LÓPEZ INSUA B.M. (2018), *Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I). Incapacidad para trabajar*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA, (dirs.), *El trabajo decente*, Comares
- LÓPEZ INSUA B.M. (2023), *Derecho a trabajar "sin dolor": la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, pp. 42-59

- LÓPEZ INSUA B.M. (2023), *Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares
- LÓPEZ RUBIA M.E. (2015), *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Aranzadi
- MALDONADO MOLINA J.A. (2010), *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *Género y derechos fundamentales*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L. (2011), *Estudio preliminar sobre «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho»*, en R. VON IHERING, *El fin en el derecho*, Comares
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 177, pp. 27-72
- MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2016), *Protección social de la maternidad: análisis jurídico-crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora*, en R. MOYA AMADOR (dir.), *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi
- MONTOYA MELGAR A. (2006), *Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 129, pp. 5-30
- MUÑOZ MOLINA J. (2005), *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Aranzadi
- OLARTE ENCABO S. (2008), *El riesgo durante el embarazo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares
- SALA FRANCO T. (2005), *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant lo Blanch
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (2002), *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de seguridad social*, Aranzadi
- TORTUERO PLAZA J.L. (1987), *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid
- TOSCANI GIMÉNEZ D. (2009), *La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos*, en *Capital Humano*, n. 235, pp. 120-122

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternational.it](mailto:redaccion@adaptinternational.it).

