

### Presunción de lactancia natural cuando concurre al solicitar la prestación por riesgo

STS-SOC núm. 323/2019, de 24 de abril

Carmen Sánchez Trigueros

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

**Resumen:** *Presupuesto de la suspensión contractual por causa de "riesgo durante la lactancia" y del subsidio que la acompaña es que la trabajadora amamante a su bebé. Ante el silencio normativo, y saliendo al paso de la interpretación asumida por el INSS, la STS 323/2019 considera suficiente con acreditar esa circunstancia al solicitar la prestación, presumiéndose su persistencia*

**Palabras clave:** *Riesgo durante la lactancia. Acreditación de que la trabajadora amamanta. Presunción judicial*

**Abstract:** *A requirement for the contractual suspension because of "risk during breastfeeding" and the accompanying subsidy is for the worker to breastfeed her baby. In the face of regulatory silence, and following the interpretation assumed by the INSS, the STS 323/2019 considers it sufficient to prove that circumstance when requesting the benefit, presuming its persistence*

**Keywords:** *Risk during breastfeeding. Accreditation that the worker breastfeeds. Judicial presumption*

---

#### I. Introducción

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, de 22 de marzo (LOI) creó una nueva situación de necesidad protegida por nuestro sistema de Seguridad Social: la de "*riesgo durante la lactancia natural*", contemplada actualmente en el Capítulo VIII del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, integrado por tan solo dos artículos (188 y 189), desarrollados de manera importante por el Capítulo V del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>[1]</sup>.

Al delimitar la situación protegida la LGSS realiza una remisión perfecta al bloque laboral, pues considera situación protegida "el período de suspensión del contrato" por la causa de referencia. De este modo, a la hora de precisar cuándo surge la situación de riesgo durante la lactancia, el artículo 188 LGSS remite al artículo 26.4 de la LPRL. Esta técnica normativa conduce, de hecho, a que la norma de Seguridad Social incorpore tácitamente la regulación sobre suspensión del contrato de trabajo contenida en ET y LPRLS, resultando ininteligible sin ellas.

Siguiendo el lógico orden de la propia construcción legal, ante una mujer que durante el período de lactancia natural simultáneamente presta actividad laboral hay que comenzar adoptando medidas de evaluación, adaptación de sus condiciones o cambio de destino para pasar, solo subsidiariamente, en último término a la

suspensión contractual<sup>[2]</sup>. La analizada es “una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo a una decisión sobre la existencia del riesgo”, sino “también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto compatible con la situación de la lactante; medidas que, de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o a la movilidad”. De la misma manera, “la entidad gestora tampoco debe tener que soportar -al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación- el coste de la prestación que no se habría causado si la empresa hubiese cumplido sus obligaciones preventivas”<sup>[3]</sup>.

El problema que ahora se aborda es bien concreto y se enmarca en ese contexto de regulación en cascada, complementada de modo importante por la jurisprudencia comunitaria y nacional. En concreto, una trabajadora solicita la prestación por riesgo durante la lactancia natural y la Entidad Gestora cuestiona que concurra el presupuesto de hecho porque no queda acreditado que esté suministrando alimentación natural a su bebé.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

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

**Número de resolución judicial y fecha:** STS núm. 323/2019, de 24 abril.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 763/2017.

**ECLI:** ES:TS:2019:1575.

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es bien concreta: en un supuesto de solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia natural, debe determinarse si por el mero hecho de pedirla acompañada del certificado correspondiente ya se presume que la solicitante estaba llevando a cabo la lactancia natural con su hijo; o, por el contrario, tal dato debe ser probado con posterioridad a la emisión del citado certificado.

### 1. Supuesto litigioso

Los datos fácticos que son necesarios para comprender el alcance de la duda suscitada son pocos y, al parecer, pacíficos.

- La trabajadora presta sus servicios como personal estatutario para la empresa Summa 112, categoría profesional de enfermera (DUE emergencias) y realiza jornadas de 12 horas, con un horario de 8,30h a 20,30h de lunes a domingo.
- Su actividad discurre básicamente a bordo de un vehículo de intervención rápida VIR-02.
- La actora había venido alimentando a su hija con lactancia natural, al menos hasta el 18 de septiembre de 2015, que es la fecha de emisión del certificado que se invoca.
- La actora concluyó el permiso de maternidad el 30 de octubre de 2015 y lo único que consta es que a fecha 18 de septiembre de 2015 la demandante se encontraba con lactancia materna.

- El 7 de diciembre de 2015 solicitó por escrito a la empresa que se declare expresamente que no puede ausentarse de su puesto de trabajo cada 3 horas para extraer la leche materna, no siendo contestado por la empresa. No existe un puesto adaptado a las circunstancias de la actora.

## *2. Sentencia del Juzgado de lo Social*

Tanto la Entidad Gestora cuanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid el 11 de mayo de 2016 entienden que no consta que la demandante estuviera alimentando a su hijo con lactancia natural y, por ello, niegan que se dé el supuesto de hecho que protege la norma.

La SJS también justifica la denegación de la pretensión porque desde el nacimiento de la hija de la actora, no ha estado en situación de riesgo para la lactancia dado que no se ha incorporado a su puesto de trabajo.

El Juzgado también deniega el derecho porque no se ha dejado constancia de la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con las funciones que desempeña y la situación de lactancia natural en tanto que las funciones no implican riesgo para su salud o la del menor. Solo se acredita, dice la sentencia recurrida, la existencia de riesgos genéricos del puesto de enfermero VIR, pero no los específicos para la lactancia natural. Y advierte que se ha probado la existencia de dependencias para extraer, cada tres horas, la leche materna y la posibilidad de interrumpir la actividad para tal hecho.

## *3. Sentencia recurrida*

La STSJ Madrid 1015/2016 de 9 diciembre (rec. 546/2016) desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora. Vale la pena recordar sus argumentos:

- Considera que sí se acreditan riesgos específicos para la lactancia natural (turnos de trabajo de doce horas, atención de urgencias y emergencias extra hospitalarias incompatibles con una extracción de leche en las dependencias de la empresa, no es posible llevarla a cabo en el trayecto,...).
- Censura el razonamiento del JS sobre ausencia de riesgo por no haberse reincorporado materialmente al trabajo. El TSJ advierte que eso sucede, precisamente, porque la actora no pudo reincorporarse, pero por aquellas circunstancias y ante la creencia de que no podía atender la lactancia natural, pero sin dejar de obtener el derecho que entendía corresponderle y ello no le impide reclamar el subsidio dejando constancia de los presupuestos fácticos que se precisan para tal reconocimiento.
- La STSJ considera existente el riesgo, discrepando también en ese punto de la SJS. Atiende al modo de prestación de servicios (turno de 12 horas, a bordo del vehículo, en permanente alerta, etc.) y concluye que no es compatible con la toma directa ni tampoco puede paliarse esta imposibilidad con la extracción de leche en la medida en que la necesidad de asistir in situ al lugar demandado, en la hora que resulte, indeterminada, hace imposible poder proceder con certeza a la extracción de la leche materna en las dependencias establecidas cuando la necesidad de respuesta en esas Unidades está establecida en un tiempo determinado a partir del requerimiento que se les hace. Y, desde luego, lo que no es posible que dicha extracción se haga durante el trayecto por no existir las condiciones adecuadas a tal fin ni ser momento idóneo.
- En lo que ahora interesa, la STSJ recalca que la demandante no acredita la lactancia natural en el momento de reclamar el derecho, por lo que se confirma la desestimación de su demanda. Entiende que no se constata que con posterioridad a la fecha de emisión del certificado tal situación se

mantuviera ya que la permanencia no puede venir determinada por el simple hecho de que se le hubiera otorgado un permiso por lactancia.

Sorprendentemente, tras haber rechazado de manera convincente los motivos por los que la sentencia de instancia denegaba la prestación, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid da por bueno el último de ellos, sin razonamiento alguno sobre el particular: "resultando que la sentencia de instancia ha entendido que la demandante no acredita la lactancia natural en el momento de reclamar el derecho que demanda, no cabe sino la desestimación del recurso".

#### **IV. Posiciones de las partes**

##### *1. La trabajadora (recurrente) y su sentencia referencial*

Disconforme con el criterio acogido por el TSJ de Madrid, la trabajadora formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina que la LRJS permite. Denuncia infracción de los artículos 135 bis, 135 ter y concordantes LGSS en la redacción vigente en la época.

Para acreditar la contradicción se aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009 (R. 379/2009). Estima el recurso de suplicación formulado por la actora y, revocando la sentencia de instancia, estima su demanda de reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia natural.

Constan en los hechos de la sentencia referencial que la actora presta servicios en el Servicio denominado SUMMA 112 encargado de la coordinación de urgencias, y lo hace en turnos de 12 horas. En suplicación se incluye un nuevo hecho probado según el que: "la actora amamanta con lactancia materna a su hijo Irati de 4 meses de edad y con lactancia artificial a su hija Endika de 18 meses".

Analiza la Sala si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la trabajadora recurrente o en su hijo durante el periodo de lactancia natural valorando al efecto el concreto trabajo desarrollado y en el caso se considera que la referida forma de prestación de servicios, turno de 12 horas interrumpidas, pueden influir negativamente en la salud de la madre y sobre todo en el menor durante el periodo de lactancia, a lo que se añade que la trabajadora no puede ausentarse de su puesto de trabajo cada tres horas para sacarse la leche ni tampoco existen dependencias donde poder almacenarla, por lo que se considera que concurren los requisitos necesarios para el reconocimiento de la prestación solicitada.

##### *2. El INSS (recurrido)*

En su impugnación al recurso, el INSS, alega falta de contradicción y, subsidiariamente, que la sentencia recurrida es ajustada a Derecho.

##### *3. El Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe (art. 226.3 LRJS) considera que no existe contradicción.

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

El recurso alega infracción de los artículos 135 bis, 135 ter y concordantes de la LGSS (en la actualidad hay que entender artículos 188 y 189 LGSS), así como del artículo 72 LRJS, alegándose, en síntesis, que si reúne los requisitos para tener derecho a la prestación de riesgo por lactancia natural.

De conformidad con el actual artículo 188 LGSS se considera situación protegida, a efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural el período de suspensión del contrato de trabajo 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 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de*

*prevención de riesgos laborales* , dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

#### *1. Ley General de Seguridad Social*

El artículo 188 LGSS dispone que “A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo 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 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”.

#### *2. Ley de Prevención de Riesgos Laborales*

El artículo 26.4 LPRL establece que “lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período 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”.

#### *3. Estatuto de los Trabajadores*

El actual art. 45.1.e) ET contempla la suspensión del contrato de trabajo por “riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses”.

#### *4. Real Decreto 295/2009 de 6 marzo*

El artículo 51.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RDMPR) dispone lo siguiente:

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio se llevará a cabo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y 47, cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo”.

Por su parte, tales preceptos hacen referencia a la necesidad de aportar, junto con la solicitud, un informe médico o certificado en el que conste que la trabajadora está en situación de lactancia natural.

### **VI. Doctrina básica**

A la vista de la expuesta regulación la STS subraya cómo lo que se protege es el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora en situación de lactancia natural cuando el puesto ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del lactante. Situación que deberá ser acreditada por el Informe médico correspondiente con el que se deberá acreditar, también, la situación de lactancia natural y no artificial.

Conviene destacar que cada vez que el legislador se refiere al riesgo durante la lactancia se añade la expresión "natural". Con ello se pretende disipar cualquier duda interpretativa que pudiera hacer pensar que la situación protegida pudiera ser extendida al ámbito de la denominada lactancia artificial o no natural, a pesar de

algunos esfuerzos doctrinales por incluir en dicho ámbito este tipo de lactancia", sin que la opción de la Ley Orgánica de Igualdad suponga ningún incumplimiento de la normativa comunitaria, habida cuenta de que la Directiva 85/92/CEE se refiere a trabajadora en período de lactancia (sin adjetivo) a cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Hay que distinguir, en consecuencia, esta situación protegida de otras que, eventualmente, pudieran concurrir con la situación de lactancia natural. Y es que el bien jurídico protegido, aun siendo la salud de la madre y la del lactante, conecta con una situación de riesgo vinculada al puesto de trabajo que debe desempeñar la trabajadora, de suerte que otras situaciones de alteración de la salud podrán dar lugar a otro tipo de prestaciones, pero no a la específica que nos ocupa. Existe, por tanto, una protección específica de la mujer que conecta, directamente con su condición, y que también está al servicio de la efectividad del principio de igualdad reconocido en la Constitución, tal y como prevén los artículos 4 y 14 de la Ley Orgánica de Igualdad.

## VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora. Consecuencia de ello es que dispone lo necesario (casar y anular la STSJ recurrida; estimar el recurso de suplicación de la trabajadora) para estimar la demanda formulada por la trabajadora frente al INSS y TGSS y la empresa SUMMA 112 a los que se condena en los términos solicitados en ella.

## VIII. Pasajes decisivos

La STS 323/2019 contiene una doctrina fácil de resumir, incluso de ella mano de sus propias afirmaciones:

*"No exige la norma que, periódicamente, la trabajadora deba acreditar que sigue con la lactancia natural. De la dicción normativa lo que se presume es, justamente, lo contrario que ha aplicado la sentencia recurrida: que la situación de lactancia natural sigue salvo prueba en contrario; lógicamente, a cargo de quien pretenda acreditarlo.*

*Es más, al regular las causas de extinción de la prestación, la norma omite establecer que constituye causa de extinción el abandono de la lactancia natural, aunque parece lógico deducir que pondrá fin al disfrute de la prestación el abandono de la lactancia natural y su sustitución por otro tipo de alimentación; circunstancias que, en todo caso, deberán ser probadas por quien las alegue".*

## IX. Comentario

### 1. Concurrencia de la contradicción

Pese a que el Ministerio Fiscal y el INSS cuestionan la contradicción entre las sentencias comparadas por el recurso de la trabajadora, la sentencia glosada sostiene lo contrario:

- En ambos casos se trata de trabajadoras de servicios sanitarios de urgencias que prestan servicios en turnos de 12 horas, habiendo admitido ambas sentencias que el concreto puesto de trabajo de las actoras se halla sometido a riesgos específicos que implican riesgo para la madre o para el menor.
- Ambas trabajadoras aportaron junto con la solicitud de prestación el correspondiente certificado médico sobre la lactancia natural.

Sin embargo, son diferentes las conclusiones alcanzadas por las sentencias recurridas que derivan de haberse considerado probado en la sentencia de contraste que la actora amamantaba con lactancia materna a su hijo de 4 meses de edad, a raíz el certificado médico emitido para la formulación de la solicitud de la correspondiente prestación, mientras que en la sentencia recurrida igualmente ha quedado acreditada dicha circunstancia, exigiéndose, indirectamente, que había que probar que la

situación de lactancia materna se mantenía durante la duración de la aludida prestación, al basar el fallo en que "no se constata que con posterioridad tal situación se mantuviera".

## 2. *Entronque con otros criterios del TS*

Es inevitable engarzar el tenor de lo resuelto por la Sala Cuarta con los criterios que precedentemente ha sostenido.

En una primera etapa sostuvo que no procede la prestación ante la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural<sup>[4]</sup>, y porque no se han llevado a cabo las actuaciones empresariales que -siendo factibles- debieran haberse practicado para evitar la exposición a dicho riesgo<sup>[5]</sup>. Igualmente, que no procede la prestación ante la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural<sup>[6]</sup>, y porque no se han llevado a cabo las actuaciones empresariales que -siendo factibles- debieran haberse practicado para evitar la exposición a dicho riesgo<sup>[7]</sup>.

En buena parte como consecuencia de la doctrina acuñada por Luxemburgo, el Tribunal ha acabado por reconocer que procede reconocer la prestación por riesgo durante la lactancia al haberse aportado prueba eficaz sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad profesional de la trabajadora (enfermera de urgencias hospitalarias) y la situación de lactancia natural, así como la imposibilidad de cambio o adaptación del puesto de trabajo<sup>[8]</sup>.

Del mismo modo, la ausencia de una evaluación de riesgos específica sobre la incidencia de las condiciones de trabajo en la lactancia natural constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54/CE, de modo que procede el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una ATS-DUE que presta servicios en la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural de un Servicio autonómico de urgencias médicas, durante 120 días al año, en turnos de 17 y 24 horas, aun cuando la evaluación de riesgos de su puesto solo incluye riesgos genéricos -como el riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos o las circunstancias de trabajo en jornada nocturna o en régimen de turnos-, que pueden afectar a todos los trabajadores y no solo a la trabajadora lactante, debiendo ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario<sup>[9]</sup>; también a una enfermera de transporte sanitario, que desarrolla su actividad laboral en turnos nocturno y diurno de 12 horas que inciden en la lactancia natural, sin que se haya acreditado la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna<sup>[10]</sup>.

## 3. *Un apunte sobre la protección*

Como queda expuesto, el actual artículo 189 LGSS regula la prestación por remisión a "los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo"-lo que tiene su razón de ser en la estrecha similitud de ambas situaciones protegidas- y "con el procedimiento previsto en el capítulo IV Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo" para la misma prestación según dispone el artículo 50.1 del mencionado reglamento<sup>[11]</sup>. Así pues, la cuantía será el 100% de la base reguladora, y habrá de considerarse que deriva de contingencia profesional con todo lo que tal calificación conlleva: el cálculo de la base reguladora mediante la fórmula aplicable al accidente de trabajo o la enfermedad profesional; la aplicabilidad del alta de pleno derecho del artículo 166.4 LGSS; o en su caso, la gestión y el pago de la prestación económica por la entidad gestora o colaboradora que resulte competente en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad<sup>[12]</sup>.

En orden a la solicitud de la prestación por riesgo durante la lactancia natural no cabe la situación de asimilada a la de alta, por lo que la trabajadora tiene que estar necesariamente en alta y prestando servicios<sup>[13]</sup>. Dicho de otro modo: un presupuesto previo para el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural es que la trabajadora “esté en su puesto de trabajo”<sup>[14]</sup>. Si la trabajadora no se ha reincorporado al trabajo desde el nacimiento de su hijo, “no puede sostenerse la existencia efectiva de riesgo alguno para la lactancia materna, no pudiéndose solicitar excedencia y, al mismo tiempo, prestación por riesgo durante la lactancia”<sup>[15]</sup>.

Por lo que se refiere a la duración de la prestación, su nacimiento coincidirá con el inicio de la suspensión -así se entiende por remisión a lo dispuesto para el riesgo durante el embarazo-. Y se extinguirá como máximo cuando el hijo cumpla nueve meses, siempre y cuando continúe la suspensión contractual<sup>[16]</sup>; es decir, siempre que la beneficiaria no se haya reincorporado a su puesto de trabajo o bien a otro compatible con su situación; el contrato se haya extinguido o cesado en el ejercicio de la actividad profesional; por la interrupción de la lactancia natural; fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante (artículo 50.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)<sup>[17]</sup>. Ahora bien, no procede el reconocimiento de la prestación “en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad” (artículo 50.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

Como es habitual, la trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio (artículo 50.4 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)<sup>[18]</sup>.

## **X. Apunte final**

La gestión y el pago de la prestación económica se llevará a cabo por la entidad gestora o colaboradora que tenga cubierta con la empresa la cobertura de las contingencias profesionales en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad, con independencia de que durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, según los casos (artículo 51.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio es el mismo que el establecido para la prestación de riesgo durante el embarazo, “cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo”. Sorprende que no haya habido una reflexión acerca del significado que posee la regla conforme la cual las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, “podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación” (artículo 51.3 RD 295/2009).

El significado práctico del criterio acogido es claro: por un lado, se establece una presunción de que si ha habido lactancia natural, la misma prosigue; por otro lado, se descarta que el control pueda servir para presumir que ha cesado la lactancia. Otra cosa, ajena al asunto, es que el INSS puede interesar acreditaciones periódicas de que persiste la lactancia natural.

---

## **Referencias:**

1. <sup>^</sup> *La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos para la prestación por riesgo durante el embarazo,*



debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo. Así lo dispone el artículo 50.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

2. ^ En particular, corresponde a la empresa realizar la evaluación específica de riesgos y, después, “llevar a cabo gestiones efectivas encaminadas a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible, para lo que es necesario conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición a los factores de riesgos previamente señalados”. Si la evaluación específica de riesgos no determina la incompatibilidad de la prestación de servicios con la lactancia natural, corresponde a la trabajadora la carga de la prueba sobre tal extremo (STS de 25 enero 2012 [RJ 2012\2460]).
3. ^ SSTS 17 (2) y 18 marzo (RJ 2011\3421, RJ 2011\3423 y RJ 2011\3552).
4. ^ SSTS (3) 17 marzo 2011 (RJ 2011, 3421, 3423, 3424); 18 (4) marzo 2011 (RJ 2011, 5811), (RJ 2011, 5812), (RJ 2011, 3552), (RJ 2011, 3553); 3 mayo 2011 (RJ 2011, 4500); 21 septiembre 2011 (RJ 2011, 7060); 22 noviembre 2011 (RJ 2012, 1467); 23 y 25 enero 2012 (RJ 2012, 2147), (RJ 2012, 2460); 21 marzo 2013 (RJ 2013, 3825); 24 junio 2013 (RJ 2013, 6110); 12 febrero 2014 (RJ 2014, 1338); 7 abril 2014 (RJ 2014, 3750); 28 octubre 2014 (RJ 2015, 4) y 13 mayo 2015 (PROV\2015\189449).
5. ^ STS de 1 octubre 2012 (RJ 2013, 1451).
6. ^ SSTS (3) 17 marzo 2011 (RJ 2011, 3421, 3423, 3424); 18 (4) marzo 2011 (RJ 2011, PROV 165196, PROV 165200, 3552, 3553); 3 mayo 2011 (RJ 2011, 4500); 21 septiembre 2011 (RJ 2011, 7060); 22 noviembre 2011 (RJ 2012, 1467); 23 y 25 enero 2012 (RJ 2012, 2147, 2460).
7. ^ STS de 1 octubre 2012 (RJ 2013, 1451).
8. ^ SSTS de 3 abril 2018 (RJ 2018, 1970).
9. ^ STS, Pleno, de 26 junio 2018 (rcud. 1398/2016).
10. ^ STS de 11 julio 2018 (RJ 2018, 36039).
11. ^ “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo”.
12. ^ Sobre el mantenimiento del abono de los complementos retributivos durante la situación de riesgo durante la lactancia natural, cfr. STS 24 enero 2017 (RJ 2017\1615), en la que se sostiene “que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada”.
13. ^ En este sentido, el voto particular STSJ País Vasco 5 abril 2011 (AS 2012\6), según el que la prestación económica analizada requiere que se objetive “una negativa incidencia del entorno natural en la lactancia natural”, lo que exige “la previa incorporación de la trabajadora al puesto de trabajo, al objeto de que, médicamente, se pueda constatar tal supuesto de hecho previsible, máxime cuando la trabajadora presenta una situación distinta a la que tenía cuando abandonó el trabajo por riesgo durante el embarazo” o por maternidad.
14. ^ STSJ Comunidad Valenciana 7 junio 2011 (AS 2011\2295): “dado que la trabajadora se encontró en situación de excedencia por cuidado de hijo desde el 27 de mayo de 2010 hasta el 8 de agosto del mismo año y, previamente, de vacaciones (que pidió estando de baja maternal), la solicitud de prestación de riesgo durante la lactancia “carece de sentido y

- de razón de ser”, desde el momento en que la trabajadora obtuvo y disfrutó un período de excedencia por cuidado de hijo.
15. ^ STSJ Murcia 2 abril 2012 (JUR 2012\13895).
  16. ^ Cfr. Benavente Torres, M.<sup>a</sup> I.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, cit., págs. 64 a 65.
  17. ^ *La prestación se extingue al hacerlo también el contrato por dimisión de la trabajadora, con lo que los efectos de aquella se limitan al momento “de desvinculación del mundo laboral por la demandante”, pues, a partir de entonces, desaparece la causa generadora del derecho reclamado. Además, sucede que, unos días después, la trabajadora se incorpora a otra empresa para realizar un trabajo similar, con lo que no cabe aceptar que “una situación que exonera de la obligación de trabajar pueda esgrimirse frente a un tercero, que suscribe un contrato de trabajo con la actora, para prestar servicios a su favor” (STSJ Madrid 8 febrero 2011 [JUR 2011\146763]).*
  18. ^ *Surge aquí un ámbito de discusión en la lucha intestina propia entre la entidad gestora y la colaboradora, que exigirá el desarrollo de la norma para articular esa participación de la mutua en la gestión y, especialmente, para el reconocimiento del derecho y el control de los extremos que configuran la situación protegida, pues, no en vano, la especificación de la naturaleza, grado, duración de las exposiciones, cobertura de las medidas preventivas o fracaso de estas, deberá realizarse con una capacidad de discrepancia que, especialmente en el contenido de la documentación médica acreditativa de las condiciones del puesto y su carácter perjudicial, requieren los informes del servicio de prevención y mecanismo de control que pauten el verdadero deslinde” de las prestaciones que procedan (voto particular STSJ País Vasco 5 abril 2011).*