

Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. ¿Cuál es la fecha de efectos económicos cuando la trabajadora se acoge a permisos y vacaciones mientras reclama judicialmente frente a la denegación del derecho por parte de la Mutua, y finalmente este es reconocido?

Belén García Romero

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

Resumen: *Subsidio por riesgo durante la lactancia natural: fecha de efectos económicos. La trabajadora que, tras concluir el periodo de descanso por nacimiento y cuidado de menor, solicita el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, tiene derecho al subsidio a partir de entonces, aunque, ante la desestimación en vía administrativa del subsidio y durante la reclamación en vía judicial, haya tenido que acogerse a permisos o vacaciones para eludir el riesgo durante la lactancia que, finalmente, ha sido reconocido como existente.*

Palabras clave: *Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. Fecha de efectos económicos. Denegación por la mutua. Reconocimiento judicial. Concurrencia con permisos retribuidos.*

Abstract: *Allowance for risk during breastfeeding: date of economic effects. The worker who, after the end of the birth and care of the child period, applies for the allowance for risk during breastfeeding, is entitled to the allowance from then on, even if, after the administrative rejection of the allowance and during the legal claim, she has had to take leave or vacation to avoid the risk during breastfeeding which, finally, has been recognized as existing.*

Keywords: *Subsidy for risk during breastfeeding. Date of economic effects. Denial by the mutual insurance company. Judicial recognition. Concurrence with paid leave.*

I. Introducción

El reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, regulado en los artículos 188 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante LGSS) corresponde a la Entidad gestora o a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales.

El procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora mediante un informe médico que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de lactancia natural.

Con el citado informe y un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, la trabajadora solicitará la emisión de la

certificación médica sobre la existencia de riesgo durante la lactancia ante la Entidad gestora o colaboradora que corresponda.

Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio del puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

El reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural conlleva el derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo para alejarse del riesgo hasta, como máximo, la fecha en que el hijo cumpla nueve meses, con derecho a percibir un subsidio económico destinado a sustituir el salario dejado de percibir.

Si la Entidad gestora o colaboradora considera que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia, denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

En la STS-SOC núm. 160/2025, de 27 de febrero, se plantea qué sucede cuando a la trabajadora se le deniega su solicitud por parte de la Mutua y tiene que acudir a la vía judicial para obtener su reconocimiento. Concretamente, el Tribunal Supremo tiene que resolver cuál debe ser la fecha de efectos de dicha decisión judicial estimatoria, cuando, para evitar asistir a su puesto de trabajo y exponer a su hijo a los riesgos que para la lactancia natural pudiera provocarle su actividad laboral, decide acudir a medidas laborales tales como permisos retribuidos y vacaciones, o incluso, a la excedencia laboral por cuidado de hijo. ¿Debe ser la fecha de finalización de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor o la de terminación de los permisos a los que ha recurrido?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 160/2025, de 27 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 912/2023.

ECLI:ES:TS:2025:872.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina se centra en determinar la fecha de efectos del subsidio económico por riesgo durante la lactancia natural cuando la trabajadora, al verse denegado el derecho prestacional correspondiente a esta contingencia tras concluir el periodo de suspensión por nacimiento y cuidado del menor, estuvo de permisos y vacaciones mientras reclamaba judicialmente frente a esa denegación.

2. Hechos y Antecedentes

La demandante es una trabajadora que ocupa el puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento ganadero, el cual se desarrolla principalmente en el campo, visitando las diferentes granjas. A la finalización de su permiso por maternidad (28/5/2020), dicha trabajadora solicitó a UNIVALE (la Mutua colaboradora con la que la empresa

había concertado la cobertura de las contingencias profesionales) certificado médico de la existencia de riesgo durante la lactancia natural, que le es denegada. Y también es desestimada la reclamación administrativa previa.

Ante dicha negativa, una vez finalizado el descanso por maternidad, y mientras se resolvía su reclamación en vía judicial, la trabajadora disfrutó de permisos por asuntos propios, permiso por horas acumuladas de lactancia y vacaciones, de forma continuada hasta el 28/8/2020. Tras ello, inició situación de excedencia laboral por cuidado de hija menor de 3 años.

Entre las funciones del puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento hay varias relativas a la ejecución de pruebas diagnósticas en el marco de los programas de control, lucha y erradicación de determinadas enfermedades en las explotaciones ganadera, tales como brucelosis, tuberculosis, leucosis, perineumonía bovina, lengua azul, etc., de los diferentes tipos de ganadería (ovina, caprina y bovina).

El puesto de trabajo de la demandante presenta una amplia variedad de riesgos laborales, algunos de ellos a considerar como fuente de exposición laboral solo a efectos de la situación de riesgo durante el embarazo (caídas al mismo o distinto nivel, caída de objetos, golpes, sobreesfuerzos, contactos térmicos, daños causados por seres vivos, exposición a temperaturas ambientales extremas, etc.), y otros, que pueden representar también un claro riesgo para la lactancia natural, como son los biológicos por contacto directo y manejo de animales, zoonosis, infecciones parasitarias, picaduras, garrapatas, etc.

El trabajo de la demandante consiste en visitar rebaños de ganadería extensiva o de campo, sin que haya instalaciones para cambiarse de ropa o para resguardarse. Concorre riesgo de cortes o pinchazos, así como de golpes, al obtener muestras de los animales.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento.

- La sentencia de instancia es la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de la Plana, de 9 de diciembre de 2021, autos 460/2020, que estima parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora y declara el derecho de la actora al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, con efectos económicos desde el 31 de agosto de 2020, fecha de la finalización de los permisos y vacaciones disfrutados por esta.
- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, de 13 de diciembre de 2022, rec. 691/2022, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, confirmando íntegramente la sentencia de instancia, sin costas.
- La sentencia invocada por la trabajadora como de contraste con la recurrida para formular el recurso de casación para la unificación de doctrina es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013- Rec. 1323/2013. Los hechos que se encuentran en la base de este pronunciamiento son los siguientes: una trabajadora- operaria de montaje aeronáutico, al finalizar el descanso por maternidad, solicitó el certificado de riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegado por la Mutua, ante lo que presentó reclamación previa ante el INSS, que le respondió indicando que era a la Mutua a la que le correspondía el reconocimiento y pago del subsidio. La trabajadora disfrutó de vacaciones mientras recurría judicialmente, siendo desestimada en la instancia, entendiendo el Juzgado de lo Social que, al estar de vacaciones no concurría riesgo alguno a proteger. Frente a la misma interpuso la actora recurso de suplicación. La sentencia referencial estima el recurso y declara el derecho a percibir el subsidio desde el día siguiente a la

finalización del subsidio por maternidad porque el periodo de vacaciones que tomó la actora, seguidamente, lo fue porque se le denegó el derecho prestacional que, justamente, tras concluir ese periodo vacacional, le fue reconocido, siendo la decisión inicial de la mutua la que le impidió pasar a la situación de riesgo durante la lactancia natural que ya existía cuando la trabajadora lo reclamó.

La Sala de los Social del Tribunal Supremo, al contrario de lo que entienden las partes recurridas, considera que entre las sentencias confrontadas existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En ambos casos se trata de trabajadoras que interesan en tiempo oportuno y desde la situación de prestación por nacimiento y cuidado del menor, el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural a la conclusión de aquella otra prestación. En los dos supuestos, a las trabajadoras les es denegado el derecho por no existir riesgo, acudiendo las trabajadoras a pedir permisos o vacaciones y, además, presentar reclamaciones previas y acudir a la vía judicial combatiendo aquella denegación de la Mutua. En esas situaciones, la sentencia recurrida reconoce el derecho prestacional, pero eliminando del periodo reconocido el que la trabajadora no estuvo prestando servicios, una vez concluido el subsidio por nacimiento y cuidado del menor, mientras que, en la referencial, esos periodos en los que no estuvo trabajando, no interfieren para otorgar el derecho prestacional en esos espacios temporales no trabajados.

IV. Posición de las partes

1. La parte recurrente es la trabajadora, quien interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de diciembre de 2022, en el recurso de suplicación núm. 691/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de 9 de diciembre de 2021, contra el INSS, la Mutua UMIVALE y contra la empresa empleadora VAERSA, sobre Seguridad Social. Invoca como sentencia contradictoria es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013- Rec. 1323/2013.

Para dicha parte, es evidente que las condiciones del puesto de trabajo de la actora eran de riesgo durante la lactancia natural, tal y como ha sido reconocido y no cuestionado. Por tanto, a la conclusión del subsidio por maternidad correspondía pasar a la situación de riesgo, como solicitó. Pero al serle entonces denegada, se vio obligada a solicitar los permisos que tenía a su disposición para no acudir a un trabajo con riesgo.

2. En concepto de parte recurrida comparecen el INSS, UMIVALE y la empresa VAERSA.

La Mutua demandada, como parte recurrida, impugna el recurso, sosteniendo que entre los supuestos contrastados no concurre la contradicción que se invoca por la parte recurrente, ya que en la referencial no se debatió la fecha de efectos económicos del subsidio, sino si concurría el riesgo en el momento de la solicitud del subsidio. En cambio, en la sentencia recurrida lo que se analiza es si en el periodo que estuvo con permisos retribuidos tiene derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia. Con cita de las SSTs de 24 abril de 2019, rcud. 323/2029 y 24 de enero de 2019, considera que no procede el abono del subsidio ya que percibió salarios desde la fecha de finalización del permiso por maternidad hasta que pasó a la excedencia para cuidado de hijo menor, por lo que no procede prestación alguna durante ese periodo; además, que al tomarse los permisos laborales retribuidos para no incorporarse al trabajo no pudo estar entonces en riesgo alguno por actividad laboral.

El INSS se adhiere al escrito de impugnación de la Mutua.

Por la Generalidad Valenciana se alega falta de identidad entre los supuestos contrastados y, en todo caso, la falta de contenido casacional al afectar la cuestión suscitada a la valoración de la prueba.

3. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, partiendo de la existencia de contradicción. Considera que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta, a la vista del art. 188 LGSS y la STS de 24 de enero de 2019, rcud. 2037/2027 que, respecto del RD 295/2009, de 6 de marzo (por el que se aprueba el reglamento de las anteriores prestaciones económicas por maternidad y paternidad, así como por las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), señaló que no se permite la percepción de la prestación por riesgo durante la lactancia natural durante la situación de incapacidad temporal, y con más razón si esa suspensión del contrato es por otras causas como las de autos.

V. Normativa aplicable al caso

La parte recurrente identifica como preceptos legales infringidos los artículos 188 y 189 LGSS, desarrollados por los artículos 49 a 51 del RD 295/2009, en relación con el artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

- Tanto el artículo 188 de la LGSS como el art. 49.1 RD 295/2009, en relación con la situación protegida, señalan que “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que debiendo cambiar la mujer trabajadora 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”.

- El art. 49.2 del RD 295/2009, añade: “2. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados”.

- El artículo 189 LGSS, al regular la prestación económica, señala lo siguiente: “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación”.

- Por su parte, el artículo 26 LPRL- rubricado “Protección de la maternidad”, dispone lo siguiente:

1. 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. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, 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, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

[...]

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. 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”.

VI. Doctrina básica

La doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con el subsidio por riesgo durante la lactancia natural ha venido destacando la inescindible conexión entre la ausencia de salario en esta situación de suspensión del contrato de trabajo (ex art. 45.2 ET) y la prestación de la Seguridad Social sustitutiva del mismo y regulada en los artículos 188 y 189 de la LGSS [STS 923/2020, de 19 de octubre; rcud 1887/2018].

Asimismo, se ha señalado que “Lo que se protege, por tanto, es el periodo 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 [...]. Y es que el bien jurídico protegido, aun siendo la salud de la madre y 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” [STS 323/2019, de 24 de abril (rcud 763/2017) citada por la parte recurrida]. En dicha sentencia se estimó la demanda otorgando el derecho al subsidio con efectos del día siguiente a la conclusión del subsidio por maternidad, siendo que, ante la negativa del derecho prestacional, no se había reincorporado al trabajo al haber disfrutado de un permiso de lactancia de un mes que fue seguido de una excedencia.

La STS 667/2018, de 26 de junio (rcud 1398/2016), aunque era objeto unificador de doctrina el derecho al subsidio, al resolver el debate en suplicación, reconoció el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia a una trabajadora que, habiendo tenido un hijo, y finalizado el permiso por maternidad, “tras la reincorporación posterior a la baja por parto, la actora no prestó servicios efectivos, disfrutando de dos permisos

(...) y pasando a excedencia por cuidado de hijo (...)", siendo estimada su pretensión en la que pedía la prestación económica desde la finalización del descanso por maternidad.

La STS 53/2019, de 24 de enero (rcud 2037/2017, que se cita por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, al resolver el debate planteado en suplicación y atendiendo a lo que la Mutua allí demandada había petitionado, en orden a la fecha de efectos del subsidio por riesgo durante la lactancia, que entendía que debía ser la del siguiente día al alta médica en su situación de incapacidad temporal, dice que procede esa fecha de efectos porque "... el artículo 45.1 ("Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo"), aplicable por la remisión expuesta, aborda directamente el tema planteado por el recurso y concreta el modo en que debe actuarse cuando la trabajadora accede a la suspensión por riesgo durante la lactancia desde la incapacidad temporal:

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite el subsidio de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas".

Por último, y, en relación con el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, es doctrina reiterada, que el enriquecimiento injusto precisa la concurrencia de una ventaja patrimonial para una de las partes junto con un empobrecimiento de la otra, que exista una conexión entre dichas situaciones y, también una falta de causa o justificación [STS 20 enero de 1987 y otras posteriores].

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- *Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a María Josep Martínez I Cledera, en nombre y representación de D^a Adela, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 691/2022.*

2.- *Casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por la demandante D^a Adela, y con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de fecha 9 de diciembre de 2021 en autos núm. 460/020, declarar el derecho de la demandante a percibir el subsidio reconocida desde el 19 de mayo de 2020, manteniendo la sentenciade instancia en el resto de sus pronunciamientos.*

3.- *No procede la imposición de costas.*

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos se localizan fundamentalmente en el apartado 4 del FJ 4.

4. *A la vista de la anterior debemos concluir porque es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta.*

[...] *la solicitud del subsidio económico de riesgo durante la lactancia, de concurrir las exigencias legales que permiten su reconocimiento, va a provocar el derecho de la trabajadora de suspender el contrato de trabajo, para alejarse del riesgo, con derecho a aquel subsidio que viene a sustituir al salario que va a dejar de percibir. Por tanto, si a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, éste derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en lo que reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua ya que las medidas a las que, en el marco de la relación*

laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses.

Es cierto que el subsidio económico viene a sustituir el salario que la trabajadora va a dejar de percibir ante la suspensión de la relación laboral, pero también lo es que, ante la denegación y negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente, a la trabajadora no se le podía exigir que renunciara a un salario cuando le era denegada aquel subsidio que lo sustituye, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas, como los permisos o vacaciones, que le iban a apartar, hasta tanto pudiera obtener una decisión judicial al respecto, de una actividad que entendía generadora del riesgo para la lactancia natural de su hijo.

Lo anterior no va contra el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En efecto, no puede aceptarse que el hecho de haber estado la actora con permisos retribuidos y en periodo de vacaciones, en tiempo en el que correspondía la situación de riesgo durante la lactancia, vaya a generar un prohibido enriquecimiento injusto al haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, [...]

Del mismo modo, no es posible trasladar aquí el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural ya que no es lo mismo estar con el contrato suspendido por incapacidad temporal, en la que no hay, precisamente, actividad laboral, y, por tanto, tampoco concurre el riesgo durante la lactancia [...]

IX. Comentario

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tras revisar los hechos y su propia doctrina, considera que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste.

En tal sentido considera que, atendiendo a la finalidad de la prestación y a las exigencias a las que se somete su reconocimiento, cuando a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, este derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en que lo reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua, ya que las medidas a las que, en el marco de la relación laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses.

Ante la negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente y la denegación del derecho de la prestación económica, no se le podía exigir que renunciara a un salario, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas laborales, como los permisos y las vacaciones, que le permitían mantenerse apartada del puesto de trabajo que entendía generador de riesgo para la lactancia natural de su hijo, hasta que pudiera obtener una decisión judicial al respecto.

Por último, la Sala rechaza que se traslade a este caso el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural. Como bien señala, “Nada tiene que ver con la situación de incapacidad temporal, en la que la trabajadora está liberada de asistir al trabajo, con haber tenido que tomar unos permisos retribuidos o vacaciones que, en todo caso, no son situaciones de suspensión del contrato de trabajo y, (...), fueron las únicas medidas a las que pudo

acogerse la trabajadora para la protección de su salud y la del hijo, ante la negativa de la Mutua de la existencia del riesgo”.

En definitiva, la Sala considera que está plenamente justificada la decisión de la trabajadora de acogerse a las medidas que le brindaba el ordenamiento jurídico para la protección de la salud propia y de su hijo, evitando con ello lo que ha quedado acreditado, que es estar prestando una actividad con riesgo durante la lactancia natural, ante la negativa de la Mutua de la existencia de riesgo. Por ello, una vez que el derecho le es otorgado en vía judicial, sus efectos económicos deben serlo desde el momento en que lo reclamó. El hecho de que la trabajadora haya disfrutado mientras tanto de permisos retribuidos no puede servir para alterar la fecha de nacimiento del derecho prestacional. Tampoco puede aceptarse que el hecho de haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones genere un enriquecimiento injusto, ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, que en ningún momento asumió la existencia de riesgo.

X. Apunte final

La sentencia, cuyo fallo compartimos, pone de manifiesto la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las mujeres trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, cuando entiendan que su puesto de trabajo es susceptible de presentar un riesgo específico para el embarazo o la lactancia natural, pero precisan de la certificación del riesgo por la entidad gestora o colaboradora correspondiente para poder pasar a la situación de suspensión del contrato de trabajo por dichas contingencias profesionales, con derecho a la prestación económica sustitutiva de su salario, y dicha solicitud le es denegada.

En un caso como el presente, resulta difícil entender la negativa de la Mutua a expedir el certificado reconociendo la situación de riesgo durante la lactancia natural, teniendo en cuenta las funciones propias del puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento ganadero y los riesgos laborales concurrentes en dicha actividad, en especial, los riesgos biológicos. Las consecuencias de una decisión como esa pueden ser muy graves, por cuanto pueden comprometer la salud de la mujer trabajadora o la de su hijo lactante ¿Qué ocurre si la mujer se reincorpora a su puesto de trabajo mientras se resuelve su reclamación en vía judicial y al final se demuestra existente el riesgo? La alternativa aconsejable será que, al igual que la actora de este litigio, trate de acogerse a las posibles medidas laborales que le permitan eludir la reincorporación al trabajo mientras se sustancia la reclamación judicial, obteniendo ingresos durante ese periodo, y, en caso, de reconocerse, el subsidio tendrá efectos desde el momento de la solicitud.