



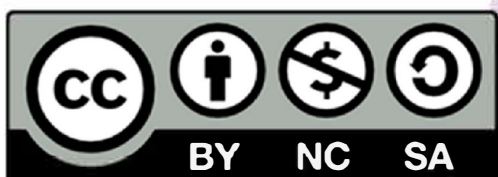
La Mama d'Elx

GRUPO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA

GUÍA JURÍDICA *de lactancia*

Es necesario “seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y práctica nacionales...”
Convenio sobre la protección de la maternidad, OIT núm. 183, 2000.

En agradecimiento a Laura Sanabria, Anaís Ferrández y a todas las personas que nos han acompañado en los talleres, que nos han cedido sus imágenes. En general, a todas las personas que nos han mostrado su preocupación por hacer efectivo un derecho básico y a la vez difícil de disfrutar.



Esta guía puede ser copiada, distribuida y comunicada públicamente, siempre que se cite la autoría y no se utilice con finalidad comercial. También puede ser utilizada para crear otras obras, pero en ese caso la nueva obra tendría que ser distribuida con una licencia como ésta.

Elaborada por:

Editora: Rosario Carmona Paredes

Autoras: Rosario Carmona Paredes.

M^a Carmen Gómez Cerdán

Editorial: Limencop S.L. 2020

ISBN: 978-84-09-20997-2

En el marco de la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche

Asociación La Mama d'Elx.

Grupo de apoyo a la lactancia materna.

Centro Social El Raval

Carrer Boix i Rosario, 2

03202 Elche (Alicante)

lamamadex@gmail.com

Índice

1	PRESENTACIÓN.....	3
2	INTRODUCCIÓN.....	4
3	EL PERMISO PARA EL CUIDADO DE LACTANTE	4
3.1	<i>Normativa</i>	<i>4</i>
3.2	<i>El término “Lactancia” desde el punto de vista jurídico</i>	<i>5</i>
3.3	<i>Modalidades de ejercicio del derecho.....</i>	<i>5</i>
3.4	<i>La prestación por el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante</i>	<i>6</i>
3.5	<i>Titularidad del permiso para el cuidado del lactante</i>	<i>9</i>
3.6	<i>Carácter retribuido de la norma</i>	<i>9</i>
3.7	<i>Requisitos formales y materiales</i>	<i>10</i>
3.8	<i>La Tutela del Derecho o protección frente al despido.</i>	<i>11</i>
4	RIESGO POR LACTANCIA	12
4.1	<i>Normativa</i>	<i>12</i>
4.2	<i>El riesgo durante la lactancia natural.....</i>	<i>13</i>
4.3	<i>Beneficiarias de la norma</i>	<i>14</i>
4.4	<i>Comunicación de la trabajadora.....</i>	<i>15</i>
4.5	<i>Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación.</i>	<i>16</i>
4.6	<i>Nacimiento y extinción del derecho.....</i>	<i>17</i>
4.7	<i>Obligaciones de la empresa</i>	<i>18</i>
4.8	<i>Protección frente al despido</i>	<i>21</i>
4.9	<i>Bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.....</i>	<i>21</i>
4.10	<i>Tramitar la prestación de riesgo por lactancia</i>	<i>21</i>
5	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	22

1 PRESENTACIÓN

Esta guía es el resultado de la solicitud de asistencia jurídica sobre lactancia en el ámbito laboral, a iniciativa de la Asociación para el apoyo a la lactancia natural “La Mama d’Elx”. Trasladada dicha necesidad a la **Universidad Miguel Hernández de Elche**. La Clínica Jurídica, cuyo fin es lograr la sensibilización del estudiantado hacia las necesidades sociales, acepta el reto y propone a una estudiante del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, para profundizar en el tratamiento jurídico de la lactancia a través de un Trabajo Fin de Grado (TFG) del que se extraería la presente Guía jurídica de Lactancia.

La metodología llevada a cabo durante su inicio en el año 2017 fue la siguiente: El último miércoles de cada mes, la Asociación organizó un “Taller jurídico de lactancia” al que podía acudir toda persona que quisiera plantear cuestiones que les preocuparan del ámbito jurídico laboral. Las charlas de información y asistencia jurídica se realizaron sin ánimo de lucro, desde el compromiso con la justicia social, basándonos en el planteamiento de problemas reales, sobre el derecho a disfrutar del permiso de lactancia y la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

Ya en 2019, tras modificaciones legislativas de los RDL 6/2019 Y 8/2019, se hace imprescindible una revisión de la presente guía.



2 INTRODUCCIÓN

La protección laboral sobre el derecho al permiso de lactancia se puede abordar desde dos perspectivas:

1. La de las normas que conceden derechos a las personas trabajadoras en razón al cuidado del lactante, promoviendo la corresponsabilidad y conciliación laboral.
2. La de la salud laboral y sus normas protectoras del proceso biológico de la lactancia natural, por la posibilidad de que los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo afecten la salud de la madre y se transmiten al hijo o hija a través de la leche materna.

3 EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE



3.1 Normativa

Mediante interrupciones, adaptaciones o reducciones de la jornada laboral los poderes públicos intentan facilitar a las personas trabajadoras la conciliación de la vida laboral con la personal y la familiar. Todo ello ha conformado un extenso conjunto normativo:

- *RDL 2/2015, de 23 de octubre, Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).*
- *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar. Ley 12/2001, de 9 de julio, que introduce regulación excepcional al permiso de maternidad y paternidad.*
- *LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (impulsando la corresponsabilidad entre hombre y mujer).*
- *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, que introdujo en su disposición final 21ª la conciliación para la atención con el cuidado de menores afectados por enfermedades graves.*
- *RDL 6/2019, de 1 de marzo, de las medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.*
- *RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.*

3.2 El término “Lactancia” desde el punto de vista jurídico

El sentido del término jurídico “**Lactancia**”, adopta un sentido amplio puesto que no sólo abarca la alimentación del menor o la menor a través de la lactancia natural y artificial, sino sus cuidados en general.

El artículo 37.4 ET regula que la persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse una hora del trabajo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d) del ET, **para el cuidado del lactante** hasta que éste cumpla nueve meses. Esta hora podrá dividirse en dos fracciones y se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con adopción o acogimiento múltiples.

Esta reducción de jornada constituye un derecho individual de las personas trabajadoras que no se puede transferir al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento, que deberá comunicar por escrito.



3.3 Modalidades de ejercicio del derecho

Tanto la concreción horaria como la forma de determinación del permiso de lactancia es una elección libre la persona trabajadora. Entre las modalidades de disfrute se podrá solicitar:

- **Reducción de jornada de media hora.** Pudiendo incorporarse media hora más tarde a su jornada laboral o salir media hora antes.
- **Ausencia de una hora.** Mediante la cual, quien ha iniciado la jornada laboral tiene derecho a ausentarse una hora o dividirla en dos fracciones de tiempo, teniendo que reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada.
- **Acumulación del permiso.** Esta modalidad permite la acumulación de la hora de lactancia en jornadas completas según lo acordado en la negociación colectiva o en el acuerdo que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo previsto en aquella. No permite el incremento proporcional de acumulación en caso de parto, adopción o acogimiento con fines de guarda legal múltiples.

- Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute **podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses**, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

En el caso del **personal público**, el Estatuto básico del Empleado Público ha establecido que por lactancia de un hijo menor **de doce meses** tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, **o en una hora al inicio o al final de la jornada**, con la misma finalidad.

3.4 La prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante

Se trata de una reducción de la jornada de trabajo en media hora que llevan a cabo con la misma duración y régimen los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumple los 9 meses hasta los 12.

- **La acreditación** del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en las que trabajen sus progenitores, etc.
- **Los requisitos** serán los mismos que se establecen para la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Cuando concurren ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, el derecho a percibir la prestación solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos, no siendo aplicable esta prestación al funcionariado público.

- **El subsidio** a percibir equivale al 100% de la base reguladora de Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes y en proporción a la reducción de jornada.



Consultas frecuentes

¿Es necesario algún requisito previo para poder solicitar el permiso?

No hay más requisito que ser persona trabajadora sin ser necesario por tanto un periodo de carencia.

Si la persona solicitante del permiso tiene un contrato a tiempo parcial, ¿tiene derecho a pedirlo?

Sí, porque según la Ley de conciliación se hace mención a “su jornada”, no a la “jornada normal” de trabajo. De esta forma se cumple con el principio de igualdad entre personal a tiempo completo y a tiempo parcial (art. 12.4 d) ET).

¿Podría solicitar el permiso por lactancia el personal laboral con reducción de jornada por guarda legal del menor?

En el caso de reducción de jornada por guarda legal se podría disfrutar del permiso por lactancia puesto que son derechos independientes.

¿Puede el personal beneficiario del permiso, reducir su jornada de trabajo en una hora?

No, salvo mejora pactada con la empresa o en convenio colectivo. La reducción de jornada es obligatoriamente de media hora al principio o final del tiempo de trabajo. Sin embargo, en una jornada partida, la ausencia de una hora al final de la mañana sí podría considerarse “ausencia” si la persona que disfruta del permiso se tiene que incorporar por la tarde al trabajo.

En el caso de personal de la administración pública, sí se podrá reducir la jornada una hora al principio o al final de la jornada.

¿Se puede disfrutar al mismo tiempo de la suspensión por nacimiento a tiempo parcial con el permiso para el cuidado del lactante?

No, es incompatible (Disposición Adicional Primera del RD 295/2009). Sólo se podrá disfrutar de ambos derechos de modo sucesivo, en primer lugar se disfrutará el permiso por nacimiento a tiempo parcial y cuando finalice, se disfrutará el permiso para el cuidado del lactante.

Esta situación conlleva a una pérdida de derechos puesto que el disfrute del permiso por nacimiento a tiempo parcial se puede extender en el tiempo (si se disfrutase el 50% se superarían los 6 meses), limitándose el ejercicio del derecho al permiso por cuidado del lactante que caduca a los 9 meses de edad del niño o niña. Por este motivo dicha incompatibilidad no está exenta de fundadas críticas, ya que la ley se anticipa a posibles acumulaciones de derechos que presume fraudulentas.

¿Es compatible el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos o hijas tras haber ejercido el derecho al permiso para el cuidado del lactante de forma acumulada?

En la regulación de ambos derechos no está previsto ningún tipo de incompatibilidad, sino todo lo contrario, especificando respecto a la lactancia que “tendrán derecho” con los únicos requisitos de ser persona trabajadora y si el o la menor tiene menos de 9 meses (salvo mejora por convenio o acuerdo y, por ejemplo, 12 meses en el caso de las personas que trabajan en la administración pública. Diversos organismos como la Defensoría del Pueblo (Sugerencia 19-08-2005) basándose en la trascendencia constitucional del derecho a la excedencia por cuidado de hijos o hijas que promulga el Tribunal Constitucional (STC 203/2000, de 24 de julio), así lo ha reconocido. Sin embargo existen interpretaciones judiciales más restrictivas que insisten en su incompatibilidad por entender que es requisito indispensable para disfrutar el permiso, la prestación del servicio.

¿Qué puedo hacer si el permiso acumulado coincide con mis vacaciones?

Son derechos independientes, por lo que de coincidir se disfrutará primero el periodo para el cuidado del lactante y después el de vacaciones, aunque haya finalizado el año natural al que corresponden esas vacaciones.

¿Cuántos días me corresponden si quiero disfrutar de un permiso para el cuidado del lactante de forma acumulada?

Como se ha indicado anteriormente, si atendemos a la norma y siempre que el convenio no establezca otro cómputo más beneficioso, el cálculo de la lactancia acumulada se realiza, una vez finalizada la baja por maternidad y será de una hora por jornada efectiva de trabajo hasta que el o la menor cumple los 9 meses.

¿Qué puedo hacer en caso de prolongar la lactancia más allá de los 9 meses, o del plazo establecido?

El permiso por lactancia no se extiende más allá de los 9 meses de vida del o la menor (o de la mejora establecida), por lo tanto habría que recurrir a otros derechos no relacionadas directamente con la lactancia como podrían ser:

- Excedencia por cuidado de hijo o hija. De duración no superior a 3 años, con derecho a antigüedad, formación profesional y con derecho a reserva de “su” puesto de trabajo durante el primer año de vida y de un puesto del mismo grupo o categoría equivalente por los otros dos. Computará como cotizado el tiempo de la excedencia.
- La reducción de jornada laboral por cuidado del o la menor de 12 años de edad, mínimo 1/8 y máximo 1/2 de la jornada de la persona solicitante.

- Solicitar la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, tanto en la ordenación del tiempo como en la forma de prestación, incluido el trabajo a distancia. Deberán ser adaptaciones razonables y proporcionadas, tanto con relación a la persona trabajadora, como con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, pudiéndose solicitar hasta que el hijo o hija cumpla 12 años.

El procedimiento consistirá en la solicitud, a partir de la cual se abre un periodo de negociación de máximo 30 días. Debiendo comunicar la empresa por escrito la aceptación, propuesta alternativa o negativa, con las razones objetivas para esa decisión.

La negociación colectiva podrá establecer los términos de su ejercicio.

3.5 Titularidad del permiso para el cuidado del lactante

Puesto que se ha establecido como derecho individual e intransferible, podrá disfrutarlo tanto un progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente. La única limitación al disfrute simultáneo vendría por razones de funcionamiento en caso de trabajar para la misma empresa (ver lo explicado en el punto 3.2).

Se abandona por lo tanto la tendencia feminizada de la norma, puesto que se encuentra desvinculado del hecho biológico del amamantamiento natural. Por otro lado, el derecho se reconoce a la persona trabajadora cuando el otro progenitor ejerce su actividad por cuenta ajena o propia.

3.6 Carácter retribuido de la norma

El permiso para el cuidado del lactante no sólo computa como tiempo de trabajo efectivo sino que además tiene carácter retribuido. El Convenio 103 de la OIT indica expresamente que las pausas o ausencias en la jornada laboral a efectos de la lactancia deberán contarse como horas de trabajo remuneradas. Los Tribunales también se han pronunciado expresando que la remuneración debe ser íntegra y por lo tanto debe incluir los pluses o complementos vinculados a la prestación efectiva del trabajo.

“Cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador es contraria al espíritu de la ley” (SAN 6-7-2007)”

3.7 Requisitos formales y materiales

La persona beneficiaria del derecho tiene autonomía para decidir y concretar cómo quiere disfrutar el permiso para el cuidado del lactante dentro de su jornada laboral (desde la buena fe), excepto la modalidad de lactancia acumulada, que como mencionamos anteriormente, dependerá de que esté contemplado expresamente en convenio colectivo, o pacto individual. Pero dentro de este poder de autonomía de decisión y concreción, la persona beneficiaria debe preavisar a la empresa con quince días de antelación, comunicando la modalidad de disfrute elegida, concretar en qué momento de su jornada de trabajo va a ejercerla y además debe acreditar que el o la menor tiene menos de 9 meses.

¿Qué sucede si la empresa no está de acuerdo o guarda silencio respecto al horario elegido por la persona trabajadora?

En esta situación, la trabajadora o el trabajador puede acudir al Juzgado de lo Social en un plazo de 20 días, desde el momento en que la empresa expresa su disconformidad para presentar una demanda. Se podrá además acumular la demanda por daños y perjuicios por la demora en el ejercicio del derecho, aunque la empresa podrá quedar exonerada si permite al trabajador o trabajadora ejercer el derecho al permiso hasta la resolución judicial. Este procedimiento tiene carácter especial, urgente y su tramitación es preferente [art. 139 a), b) LRJS], que culmina con una sentencia firme contra la cual no habrá posibilidad de recurso.



MODELO DE SOLICITUD DEL PERMISO PARA EL CUIDADO DE LACTANTE

A LA ATENCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE LA EMPRESA _____

En Elche a de del 20XX

Estimados señores;
Estimadas señoras;

Mediante la presente Dña. /D. trabajadora/dor con DNI _____ que presta servicio en el Centro de trabajo _____ como _____ les informo que con fecha XX/XX/XXXX nació mi hija/o, por lo que les comunico que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.4 del ET partir del DD/MM/AAAA comenzaré a disfrutar del ejercicio del permiso

para el cuidado del lactante, de la siguiente forma:

- Reducción de jornada de media hora diaria.
- Ausencia de una hora antes de finalizar la jornada laboral.
- Acumulación del permiso en jornadas completas.

Sin nada más que añadir, atentamente

Firma

Nombre y apellidos.

3.8 La Tutela del Derecho o protección frente al despido

Desde el artículo 39.1 CE se insta a los poderes públicos a garantizar protección social, económica y jurídica de la familia. Por este motivo, si se despide a la persona trabajadora durante el permiso por cuidado del lactante y tras interponer la demanda pertinente en el plazo de 20 días hábiles desde la comunicación, el despido será considerado nulo de oficio por la autoridad judicial por vulneración de derechos fundamentales. Del mismo modo, queda igualmente protegida, la persona trabajadora dentro del preaviso establecido o incluso después de haberse integrado al trabajo, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda en fin de adopción o el acogimiento por la protección especial que se derivan de estas suspensiones.

La finalidad de dicha protección al despido es corregir la decisión empresarial de prescindir de una trabajadora o trabajador por motivos vinculados a circunstancias personales o familiares que vulneran el artículo 14 CE. De esta manera se garantiza el principio de no discriminación en el acceso y mantenimiento del empleo y la promoción profesional.

¿Entonces, bajo ningún concepto la empresa puede despedir al trabajador o trabajadora que esté disfrutando de un permiso por lactancia?

No, esto no quiere decir que la persona que disfruta del permiso quede completamente blindada ante el poder de organización y decisión de la empresa y no pueda ser despedida. Si incurriese en incumplimientos graves y culpables, podría ser despedida disciplinariamente; o si concurren causas objetivas de despido o se vea afectada por un despido colectivo o de fuerza mayor. Sin embargo, además de tenerse que acreditar suficientemente la causa del despido también deberá concretar la empresa el porqué de la elección de la persona referida.

¿Tendría derecho a solicitar el permiso por lactancia en caso de iniciar un contrato temporal?

Sí, puesto que se trata de un derecho que tienen las personas trabajadoras. A tener en cuenta que, salvo fuerza mayor, se deberá preavisar al empresario con una antelación de 15 días informando de la fecha de inicio y finalización del permiso del cuidado del lactante o de la reducción de jornada (art.37.4 ET).

4 RIESGO POR LACTANCIA

La distinta condición biológica de la mujer relacionada con la maternidad (embarazo, parto, puerperio y lactancia), hace a la trabajadora especialmente sensible y vulnerable a distintos riesgos específicos generados por agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos.



Todo ello a consecuencia de los cambios biológicos que se producen en el organismo de las madres durante los distintos periodos de la maternidad y que son acentuados por los riesgos presentes en los lugares de trabajo. Estos riesgos o factores de riesgo pueden deberse por exposición a agentes biológicos, físicos o químicos, ergonómicos, psicosociales o de otros tipos. Dichos riesgos pueden reducir o anular la capacidad de lactar de la madre o pasar a la criatura a través de la leche materna perjudicando su salud.

La Constitución Española, a través de su artículo 40.2, encomienda a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo. A partir de este mandato constitucional se desarrollan políticas encaminadas a proteger y velar por la seguridad y salud del personal trabajador en coherencia con políticas establecidas desde la Unión Europea.

4.1 Normativa

El marco normativo que conforma la prevención y protección de la mujer durante el embarazo y lactancia en nuestro ordenamiento jurídico es:

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
- LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH).

- RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo por lactancia natural. Capítulo V.
- RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la mejora de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia .
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LIS).

El objetivo de la LPRL de 8 de noviembre, es fomentar en la sociedad una auténtica cultura preventiva a través de la información y formación de las trabajadoras y trabajadores, además de ordenar una serie de obligaciones, responsabilidades y derechos a las personas que participan en la relación laboral. Dicha Ley introduce a través de los artículos 25 y 26 regulación específica para los supuestos de maternidad, que fueron modificados y ampliados con la introducción de la LO 3/2007 para la igualdad entre hombres y mujeres.

El art. 25 de la LPRL, *introduce la necesidad de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras especialmente sensibles, entendiéndose como tales, aquellas personas que por sus “(...) características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial (...)” son susceptibles de tener en cuenta en la evaluación de riesgos, adoptando las medidas de protección y prevención adecuadas para evitar un riesgo derivado del puesto de trabajo.*

En el art. 26.4 de la LPRL, regula el grado de protección de la maternidad y de la lactancia natural y específica 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 las Seguridad Social o de las Mutuas (...)”.*

4.2 El riesgo durante la lactancia natural

Será situación protegida aquella en la que se encuentra la trabajadora durante el período de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un o una menor de 9 meses, en los casos en que debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, por influir éste negativamente en su salud o en la del hijo o hija, dicho cambio de puesto no resulte técnica u



objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (Art. 31 RD 295/2009).



Es necesario insistir, que este derecho no pretende dar protección genérica a

la mujer trabajadora, sino que se centra

en la condición biológica de la mujer, relacionada con la maternidad y lactancia natural, debido a que determinados agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosas puedan ocasionar un riesgo específico.

El objetivo del derecho es sufragar la pérdida de renta que se produce a consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo.

Es necesario distinguir entre una Incapacidad Temporal por enfermedad común (IT) derivada de la evolución del embarazo o lactancia natural, provocado por un riesgo genérico de la situación en la que el origen del problema es la exposición laboral que genera un riesgo específico para la salud de la trabajadora en cualquiera de los estados de la maternidad.

Para que se reconozca el derecho al riesgo por lactancia, debe existir un riesgo específico, ¿qué significa?

Efectivamente, para poder acceder a la prestación, además de concurrir riesgos propios de las trabajadoras lactantes, deben concurrir también los generales que afecten a cualquier trabajadora pero agravados por la lactancia. Quiere decir que la contingencia se debe referir a “un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia” (art. 26.1 LPRL). El riesgo debe aparecer de forma clara y precisa en el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo. La complejidad y dificultad de determinar el riesgo específico y su relevancia específica para la lactancia, está causando que se denieguen gran cantidad de solicitudes por este motivo.

4.3 Beneficiarias de la norma

Son aquellas trabajadoras lactantes, consideradas especialmente vulnerables en esta etapa de la maternidad, cuyas condiciones de trabajo ponen en riesgo su salud y la del o la menor.

A diferencia del permiso por cuidado del lactante (art. 37.4 ET), la destinataria de la norma es siempre la trabajadora lactante, puesto que sólo se protege la situación de lactancia natural y no la artificial.

El requisito formal será el estar afiliadas y en alta o en el caso de trabajadora por cuenta ajena y además, estar al corriente de las cuotas, en el caso de trabajadoras responsables de la cotización. En cualquier caso, no será requisito periodo de cotización previo alguno para tener derecho a la suspensión del contrato por riesgo por lactancia.

4.4 Comunicación de la trabajadora

Aunque en España la trabajadora no tiene la obligación de comunicar su estado, al tratarse de lactancia natural es necesario la previa comunicación de la trabajadora y su debida acreditación, para que la empresa adopte lo antes posible las medidas de protección necesarias (art. 29.2.4 LPRL).

La comunicación se puede realizar mediante escrito, de forma oral o tácita, bien directamente a la empresa o a través del superior jerárquico directo o mediante delegados o delegadas de prevención o del servicio de prevención existente en la empresa.

A partir del conocimiento de la situación de embarazo o lactancia natural por parte de la empresa, ésta tiene la obligación de actuar.

La falta de conocimiento por parte de la empresa, de la situación de lactancia natural de la trabajadora ¿es sancionable?

Es lógico que, si la trabajadora no comunica a la empresa su situación de lactante y ésta no ha tenido conocimiento por otra vía, la no adopción de medidas de seguridad adecuadas no podrá ser imputadas a la misma.

¿Se puede negar la trabajadora a una modificación de sus condiciones de trabajo para adaptar su puesto de trabajo?

No, es de carácter obligatorio, si no resulta viable la adaptación del puesto de trabajo o es insuficiente para eliminar el riesgo (Art. 29.1 LPRL). Aunque ello suponga una modificación de funciones, puesto que las modificaciones de las condiciones de trabajo tienen como finalidad proteger la salud de madre e hijo o hija. Sin embargo, para la empresa estas medidas no tienen carácter obligatorio, puesto que la norma lo supedita a que sea o no viable la adaptación del puesto de trabajo.

¿Si la modificación de las condiciones laborales supusiera una reducción del tiempo de trabajo, o una modificación de funciones, se vería afectado el salario?

No, en la reducción de jornada o cualquier otro cambio de puesto que suponga una diferencia retributiva inferior a la del puesto de origen, se seguiría conservando el salario percibido anteriormente.

4.5 Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación.

Las fases del proceso serían las siguientes:

1. Ir al Servicio público de salud y solicitar al personal sanitario de cabecera (medicina familiar) que emita informe sobre la existencia de riesgo para la salud de la madre o del o la lactante.
2. La empresa tiene que emitir un certificado que acredite que no es posible el cambio de puesto de trabajo.
3. Con ambos documentos (informe del servicio público de salud y el certificado de la empresa), la trabajadora tiene que solicitar a la entidad gestora o mutua una certificación médica en la que se reconozca el riesgo que supone para la lactancia natural el desempeño del trabajo
4. Una vez certificado el riesgo, la empresa declarará la suspensión del contrato de la trabajadora.
5. La solicitud de la prestación hay que solicitarla en la entidad gestora de la Seguridad Social o Instituto Social de la Marina i la mutua colaboradora que le corresponda.
6. La Dirección Provincial de la entidad gestora (INSS o ISM) de la provincia en que resida la interesada, dictará y notificará la resolución a la interesada en el plazo de 30 días.

Fuente: Seguridad Social Activa. http://www1.segsocial.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035098

¿Cuál es la cuantía por percibir en caso de riesgo por lactancia?

La cuantía por percibir o subsidio será el 100% de la base reguladora, que equivale a la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales, aunque de dicha cantidad se deducirán los importes por cotizaciones a la Seguridad Social y retenciones por IRPF.



¿En qué situación queda mi contrato?

El contrato queda suspendido, no extinguido, hasta que el o la menor cumpla los nueve meses o por los motivos que fuesen, la trabajadora se reincorpora a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.



¿Cotizo durante la suspensión del contrato?

Si, la empresa está obligada a continuar la cotización a la Seguridad Social.

¿Quién reconoce el subsidio y abona la prestación?

El reconocimiento y el abono del subsidio lo realiza la entidad que gestiona las contingencias profesionales. Para la mayoría de las empresas será la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que pertenece la empresa y en menor medida el INSS en el caso de que en determinadas empresas sea esta entidad gestora, la que gestione las contingencias profesionales.

4.6 Nacimiento y extinción del derecho

El subsidio surge en el mismo momento en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo. Normalmente coincide con la vuelta del descanso por maternidad, transcurridas las 16 semanas del permiso, aunque puede suceder que el riesgo surja tras la reincorporación de la trabajadora, por lo que las medidas de protección se pueden dar a partir de este momento pudiendo finalizar con la suspensión del contrato siempre y cuando el o la menor no haya cumplido los nueve meses.

Se extinguirá cuando:

- El hijo o hija cumpla los nueve meses.
- La beneficiaria se reincorpore a un puesto de trabajo compatible con su estado.
- Abandono de la lactancia natural.
- Extinción del contrato de trabajo o por baja en el régimen especial de la Seguridad Social o de actividad profesional.
- Fallecimiento de madre o hijo o hija lactante.

Tanto trabajadora como empresa deberán comunicar al INSS o Mutua, cualquier circunstancia que implique la extinción del subsidio.

¿Se puede ampliar la cobertura del riesgo si se pretende ejercer la lactancia natural más allá de los nueve meses del hijo o hija?

No, la ley no contempla esa posibilidad. Actualmente ni el Sistema de la Seguridad Social asume la protección, ni se traslada a la empresa la obligación de mantenerla. Únicamente en negociación colectiva o por pacto de empresa se puede mejorar la ley ampliando el plazo más allá de los nueve meses. Pero sin esta mejora, vía convenio colectivo, a la trabajadora no le quedará más opción que abandonar la lactancia natural o suspender su contrato de trabajo previo acuerdo con la empresa, sin percibir contraprestación alguna.

Sin embargo, el artículo 26.4 de la LPRL trata el límite de edad del menor para referirse a la suspensión, pero con relación al cambio de puesto o función habla de periodo de lactancia natural en general, sin establecer límite alguno a la duración de la misma. “Por ello, a nuestro juicio, habrá que entender que, en el supuesto de cambio de puesto o función, ese cambio deberá extenderse durante tanto tiempo como dure la lactancia natural, sea inferior o superior a nueve meses. Si el legislador hubiera querido limitar el periodo de protección lo hubiera especificado como ha hecho en el supuesto de que proceda la suspensión del *contrato*. En consecuencia, para que se mantenga el cambio de puesto o función deben darse dos elementos; la lactancia natural y la persistencia de un riesgo para la salud de la trabajadora o del hijo”.¹

4.7 Obligaciones de la empresa

Dentro de las obligaciones de la empresa para la protección de la seguridad y salud de la trabajadora en periodo de lactancia natural, se establecen distintas fases de intervención en la empresa:

1. Identificación de los puestos de trabajo con riesgo para la lactancia.
2. Evaluación de los riesgos (iniciales y periódicas) para la determinación de la naturaleza, grado y duración a los determinados agentes, procedimientos o condiciones de trabajo.
3. Identificación de las mujeres en periodo de lactancia.
4. Evaluación Adicional después de la comunicación de la trabajadora.
5. Información y formación.
6. Medidas preventivas y de apoyo.

¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007.

Tras constatar un posible riesgo para la lactancia, la empresa debe adoptar las medidas necesarias para evitarlo siguiendo las siguientes pautas establecidas en el art. 26 LPRL y en el Reglamento de los Servicios de Prevención:

1. Mantenimiento del puesto de trabajo mediante la eliminación del riesgo por adopción de medidas preventivas, tras adaptar las condiciones de trabajo.
2. Si no fuese posible la adaptación del puesto, se procedería a un cambio de puesto de trabajo o de función compatible con su estado dentro de su grupo profesional o categoría equivalente. De no ser posible, se cambiaría a otro que no fuera de su grupo profesional o categoría equivalente según reglas y criterios aplicables a los supuestos de movilidad funcional, dentro de los límites del respeto a la dignidad, formación y promoción profesional y a las titulaciones exigidas (art.39 ET).
3. Si no fuera posible un cambio de puesto, se procedería a la suspensión del contrato (según art.45.1.d ET) por riesgo durante la lactancia natural de hijo o hijas menores de nueve meses mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su circunstancia.

¿Y si la empresa se niega a realizar la evaluación del puesto de trabajo?

La Ley de prevención de Riesgos laborales, recoge la obligatoriedad de la empresa de adoptar las medidas necesarias para garantizar la salud reproductiva de la población trabajadora.

La Ley recoge explícitamente la protección de la reproducción, embarazo y lactancia que la empresa deberá llevar a cabo mediante la evaluación inicial y periódica de los riesgos, una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos y actuar preventivamente sobre aquellos que sí los presentan. Por lo tanto, su incumplimiento en materia de prevención supondrá responsabilidades administrativas o penales y civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento (art. 42 LPRL).

La STJUE, de 19 de septiembre de 2018, en base a la Directiva 92/85 establece que esta evaluación debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trata para determinar si su salud o seguridad o las de su hijo están expuestos a un riesgo.

En el supuesto de que no se haya llevado a cabo dicho examen, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad y constituirá una discriminación directa por razón de sexo que permite la inmersión de la carga de la prueba, es decir, que correspondería a la empresa demostrar que no hay riesgo.

¿Y si la Mutua o el INSS rechazan la propuesta de solicitud de la prestación por entender que no existe riesgo en periodo de lactancia natural?

La trabajadora puede actuar por distintas vías:

- a. Presentar reclamación por escrito en la Mutua, solicitando que se reconsidere la situación de riesgo y su gestión como contingencia profesional.
- b. Como alternativa, se puede hacer uso de la Oficina Virtual de Reclamaciones (<http://www.ovrmatepss.es/virtual/>), para asegurarnos de que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, está al corriente del rechazo producido y de la reclamación, obligando a la mutua a que nos conteste por escrito antes de 20 días.
- c. Acudir al Servicio de Salud Pública competente para solicitar la baja por enfermedad común, hasta la resolución con la Mutua.
- d. Presentar reclamación previa en el INSS para dejar constancia de la actuación de la Mutua y nuestro desacuerdo al respecto.
- e. Presentar al INSS un procedimiento de determinación de contingencia.
- f. Interponer denuncia ante la Inspección de Trabajo.
- g. Interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente, para el reconocimiento de del derecho y la prestación, pudiendo incluir causa por vulneración de los derechos fundamentales.



4.8 Protección frente al despido

La LO 3/2007 de Igualdad para hombres y mujeres, protege a la mujer que se encuentra en periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y lactancia declarando la nulidad del despido.

Salvo que se declare la procedencia del despido si se produce por causas no relacionadas con este derecho. En caso de producirse el despido, además de acreditar suficientemente la causa del despido también deberá concretar la empresa el porqué de la elección de esa persona (art. 53 y 55 ET). Se garantiza el principio de no discriminación en el mantenimiento del empleo.

4.9 Bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social

Las empresas podrán bonificarse el 100% de la cotización a la Seguridad Social, en favor de los contratos de interinidad que sustituyan al personal trabajador durante el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento y en el caso de suspensión de contrato por riesgo durante la lactancia natural.

4.10 Tramitar la prestación de riesgo por lactancia

En los distintos modelos para la tramitación del derecho a la prestación, se indican los documentos necesarios a aportar para gestionar la solicitud del subsidio.

Dichos documentos deben ser originales, acompañados de copia compulsada, o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que, para acreditar la personalidad, será suficiente mostrar el documento original y en vigor.

Los distintos modelos están disponibles en:

- La página web de la Seguridad Social, <http://www.seg-social.e> apartado "Pensionistas".
- En los centros de atención e información de que dispone el INSS en todo el territorio nacional, de los que puede encontrar la dirección en la citada página web, en /información útil/ direcciones y teléfonos/ Oficinas de la Seguridad Social.

Si se desea obtener más información, se pueden dirigir al INSS:

Llamando al teléfono: 901 16 65 65

- A través de internet: www.seg-social.es o en: <https://sede.seg-social.gob.es> o en <https://sede-tu-seg-socil.gob.es> .
- Pueden dirigirse previa cita por teléfono 901 10 65 70, o por escrito, a cualquiera de los centros de atención e información (CAISS) de que dispone el INSS en todo el territorio nacional.

5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007.
- CAMPOS PÉREZ, A.I. "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención.", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XL, 2007.
- DE HEREDIA RUIZ, I.B., “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, 2012.
- GARCIA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Guía sindical para la prevención de riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia. 2ª edición. Noviembre 2008. Editado por: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS] <http://www.ccoo.es/3c2203c6a412b2233b65b3fc1dd2570000001.pdf>
- Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas. “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113410.pdf>
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. NTP 664: “Lactancia materna y vuelta al trabajo”. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_664.pdf
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud; Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. La salud laboral en la negociación colectiva en España (1995-2002): recopilación de buenas cláusulas. <http://www.istas.ccoo.es/descargas/negociacion.pdf>
- Secretaría de Salud Laboral de CCOO de Madrid. “Jurisprudencia sobre la prestación de riesgo por embarazo y lactancia”. Primera edición diciembre 2014. http://www.feccoomadrid.org/comunes/recursos/15708/pub146103_Jurisprudencia_sobre_la_prestacion_de_riesgo_por_embarazo_y_lactancia.pdf



La Mama d'Elx

GRUPO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA

Centro Sociocultural de El Raval

C/ Boix i Rosario, 2 · ELCHE

Tel. **620 033 375**

lamamadelx@gmail.com

www.lamamadelx.es

 **clínica jurídica**
Cátedra UNIVERSITAS Miguel Hernández


UNIVERSITAS
Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS DE ELCHE

TITULACIÓN DE RELACIONES LABORALES
Y RECURSOS HUMANOS



Nº Cuenta La Caixa :
ES82 2100 1768 3101 0054 6682