

GUÍA JURÍDICA de lactancia

2021



La Mama d'Elx
ASOC DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA



clínica jurídica
Cátedra UNIVERSITAS Miguel Hernández

UNIVERSITAS
Miguel Hernández



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 afin 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 y Anaís Ferrández, que iniciaron este proyecto y a todas las madres que han participado con sus experiencias personales durante los talleres desde 2018. También agradecer la colaboración en esta actualización a la Comisión de Conciliación, Igualdad y Lactancia de FEDALMA, a las asociaciones federadas que han participado, en especial a Lorena Prada por su especial dedicación. 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 a 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.

Tercera edición 2021:

Autoras:

M.ª Carmen Gómez Cerdá

Rosario Carmona Paredes

Editora: Rosario Carmona Paredes

Editorial: Limencop S.L.

ISBN: 978-84-09-32371-5

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)

lamamadelx@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>10</i>
3.6	<i>Carácter retribuido de la norma</i>	<i>11</i>
3.7	<i>Requisitos formales y materiales.....</i>	<i>11</i>
3.8	<i>La Tutela del Derecho o protección frente al despido.....</i>	<i>13</i>
4	RIESGO POR LACTANCIA	14
4.1	<i>Normativa.....</i>	<i>14</i>
4.2	<i>El riesgo durante la lactancia natural.....</i>	<i>15</i>
4.3	<i>Beneficiarias de la norma</i>	<i>16</i>
4.4	<i>Comunicación de la trabajadora.....</i>	<i>17</i>
4.5	<i>Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación</i>	<i>18</i>
4.6	<i>Nacimiento y extinción del derecho.....</i>	<i>20</i>
4.7	<i>Obligaciones de la empresa</i>	<i>21</i>
4.8	<i>Protección frente al despido</i>	<i>24</i>
4.9	<i>Bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.....</i>	<i>24</i>
4.10	<i>Tramitar la prestación de riesgo por lactancia</i>	<i>24</i>
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	26
	ANEXOS	27

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. A partir de aquí se ha profundizado en el tratamiento jurídico de la lactancia a través de Trabajos Fin de Grado (TFG) que han servido de base para las sucesivas actualizaciones, siendo esta la última 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.

Finalmente, durante el año 2020 la Federación Española de Asociaciones de Lactancia Materna firma un convenio con la Cátedra Clínica Jurídica de la UMH y se desarrolla el Proyecto Iniciativas Jurídicas y Lactancia durante el 2021. A través de éste se realizan reuniones semanales con las más de 100 asociaciones federadas de España, que trasladan las dudas y experiencias de sus socias. Estos testimonios dan lugar a la actualización y modificación de la guía teniendo en cuenta nuevos enfoques y problemáticas hasta ahora no tenidas en cuenta. De ahí la necesidad de elaborar una nueva actualización en 2021.



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 de 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.*
- *Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo.*
- *RD 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.*

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 niño o niña 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 9 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 12 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 o hija menor **de 12 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 mediahora 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 meses.

- **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 padres y madres, etc.
- **Los requisitos** serán los mismos que se establecen para la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Cuando concurran 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 una de las personas, no siendo aplicable esta prestación al funcionario.

- **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 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 que el o la menor tenga menos de 9 meses (salvo mejora por convenio o acuerdo). Serán 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 aconseja disfrutar primero el periodo para el cuidado del lactante y después las 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 finalizado el permiso por nacimiento 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 al cómputo de antigüedad, formación profesional y a reserva de “su” puesto de trabajo durante el primer año y de un puesto del mismo grupo o categoría equivalente por los otros 2 años. Computará como cotizado el tiempo de toda la excedencia.
- La reducción de jornada laboral (con reducción de salario) 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.

Las Personas Trabajadoras del Régimen Especial de Autónomos, ¿tienen derecho al permiso por nacimiento?

Sí, ambos progenitores tienen derecho a solicitar este permiso, que tendrá una duración de 16 semanas y percibirán una prestación del 100% de su base reguladora. Además, la Ley 6/2017 dispone en su artículo 6 una bonificación del 100% de la cuota correspondiente, lo que supone una exención total del pago de la cuota de autónomos durante el disfrute de este permiso. A tener en cuenta que no solo se amplía a este Régimen, sino que será de aplicación a todos los Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

¿Puede una persona trabajadora autónoma solicitar el permiso por cuidado del lactante?

No, ya que este permiso consiste en una reducción de jornada con retribución a cargo de la empresa, a diferencia del permiso por nacimiento que es retribuido por la Seguridad Social. De tal manera que siendo la persona trabajadora autónoma su propia empresa, dependerá de la jornada de trabajo que se autoimponga.

¿Puede la empresa negarse a conceder el permiso por cuidado del lactante de forma acumulada?

Sí, siempre y cuando no esté reconocido este derecho por Convenio Colectivo, será necesario el pacto individual con la empresa.

¿Puede la empresa negarse a conceder el permiso por cuidado del lactante o la excedencia por cuidado del menor para dar la opción de teletrabajar?

No, puesto que el permiso por cuidado del lactante y la excedencia por cuidado de menor son derechos reconocidos legalmente, por lo tanto, la empresa no puede decidir unilateralmente la pérdida de estos derechos y la sustitución por un cambio de modalidad en el trabajo para el que es necesario un acuerdo expreso.

¿Cabe la posibilidad de solicitar el teletrabajo como medida de conciliación laboral?

No, el teletrabajo no es ni una medida de conciliación de la vida laboral y familiar, ni un derecho del trabajador, es una modalidad de trabajo. Según lo dispuesto en el artículo 5 del RD 28/2020 esta modalidad de trabajo requiere un acuerdo voluntario entre las partes. Las causas que motiven a solicitar esta modalidad no tendrá mayor consideración que las que las partes quieran darle.

¿Es posible disfrutar del permiso por cuidado del lactante mientras se está en excedencia?

No, ambos permisos son incompatibles para su disfrute simultáneo. Durante la excedencia el contrato queda suspendido y no se obtiene retribución alguna (art. 46 ET). En cambio, el permiso para el cuidado del lactante es retribuido por la empresa y se accede a este a través de una situación en activo (art. 37.4 ET).

¿Podrá disfrutar un progenitor de las semanas de permiso por nacimiento del otro progenitor cuando se es una familia monoparental?

La Ley no contempla esta posibilidad, puesto que, el permiso por nacimiento es un permiso de uso y disfrute individual e intransferible.

No obstante, atendiendo a la jurisprudencia en este sentido, existen recientes sentencias que son favorables, que permiten a una única persona progenitora acumular las semanas a las que tendría derecho el otro progenitor, salvo las seis que se disfrutan de forma simultánea. Así se ha reconocido en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 396/2020 del 6 de octubre, donde se reconocía el derecho de acumulación de los permisos de maternidad y paternidad, por ser familia monoparental, interpretando bajo el principio de la no discriminación y del interés del menor, la normativa que regula este permiso.

¿Si finaliza el contrato antes de dar a luz tendré derecho a la prestación por nacimiento o al desempleo?

En este caso se tiene derecho a la prestación por desempleo. Después del nacimiento del bebé, la persona trabajadora deberá comunicarlo al SEPE, ya que, a partir de ese momento se podrá acceder a la prestación por nacimiento, esta prestación interrumpirá el cómputo de la percepción de la prestación por desempleo que se reanudará, previa solicitud, una vez finalice la prestación por nacimiento, con la duración y cuantía que viniera percibiendo con anterioridad.

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.

STS 27-1-2017. “La cuestión debatida no es la de la naturaleza jurídica del tiempo de trabajo durante las guardias médicas, sino el derecho de las trabajadoras que se hallan en estado de gestación o de lactancia al mantenimiento de sus condiciones de trabajo y, en suma, a no sufrir un menoscabo que resulte en una lesión para el principio de igualdad y no discriminación”

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 los 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 con fines 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.

Además, en la misma demanda por despido, se podrá solicitar a la empresa una indemnización por daños y perjuicios, ya que, de no poder demostrarse la procedencia del despido, habría existido vulneración del derecho a la igualdad por razón de sexo. Esto supondría, al mismo tiempo la imposición de una sanción muy grave prevista en el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, la obligación por parte de la empresa, de abonar una indemnización por el mismo importe a la persona trabajadora. Esta cuantía, aun observándose en su grado mínimo sería de 6.251.- euros.

¿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 mujeres y hombres.

El art. 25 de la LPRL, *introduce la necesidad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores 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 puntual 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 y el percibo de la prestación correspondiente..

¿Es posible que solicite una trabajadora autónoma el permiso por riesgo en la lactancia?

Sí, en este caso la trabajadora autónoma tiene el mismo derecho a solicitar el permiso por riesgo por lactancia que una trabajadora por cuenta ajena. Siempre y cuando cumpla los requisitos y procedimiento establecido.

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 recomendable 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. Esto no exime de que la empresa está obligada a ofrecer formación preventiva de los posibles riesgos del puesto de trabajo.

¿Se puede negar la trabajadora a una modificación de las 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 seguirá conservando el salario percibido anteriormente.

4.5 Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación.

Las fases del proceso serían las siguientes, puede variar por zona geográfica:

1. Acudir 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 y 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

¿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.

¿Se puede solicitar la prestación por riesgo por lactancia antes de finalizar el permiso por nacimiento?

Sí, se podrán iniciar los trámites de solicitud de la prestación por riesgo por lactancia durante el disfrute del permiso por nacimiento. El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social no dispone en su articulado un periodo para solicitar esta prestación y se ha de tener en cuenta que la resolución que emite la mutua de accidentes de trabajo no se llevará a cabo hasta que finalice el periodo de disfrute del permiso por nacimiento.

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 9 meses.

Se extinguirá cuando:

- El hijo o hija cumpla los 9 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 (adaptación del puesto) si se pretende ejercer la lactancia natural más allá de los nueve meses del hijo o hija?

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, 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 art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece la obligación de la empresa de “garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido...sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Igualmente, el art. 26 del mismo cuerpo legal, hace referencia a que los cambios de puestos o funciones para la protección de la lactancia o la maternidad “tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto anterior”. Por este motivo, teniendo en cuenta que la finalidad es la de proteger la salud de la mujer trabajadora y la de su hijo o hija, debería darse cobertura a los supuestos en que la mujer trabajadora quiera ampliar el periodo de lactancia más allá de los 9 meses para que no se vea avocada a interrumpir la lactancia natural como medida preventiva.

Completando la respuesta, aunque resulte reiterativa, si el artículo 26.4 de la LPRL trata el límite de edad del menor para referirse a la suspensión, 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.

Por ese motivo en los casos de trabajo a turnos rotatorios, o guardias de 24 horas, deberá llevarse a cabo, de no estar ya determinado en la empresa, los pasos marcados en el párrafo anterior que puede ser completado con lo apuntado en la jurisprudencia facilitada en el anexo I.

¿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.

Esta norma 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, realizar 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. La Mutua es una entidad gestora de la Seguridad Social y está obligada a resolver por escrito. Una vez resuelta la denegación tendremos 30 días para su impugnación (reclamación previa).
- 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 al INSS un procedimiento de determinación de contingencia.
- e. Interponer denuncia ante la Inspección de Trabajo.
- f. Presentar reclamación previa en el INSS solicitando la resolución favorable a nuestra solicitud. Imprescindible para poder interponer la demanda.
- 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 mujeres y hombres, 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.

Eso sí, salvo que se declare la procedencia del despido por llevarse a cabo por causa no relacionadas con este derecho. En caso de producirse el despido, además de acreditar la empresa suficientemente la causa del despido también deberá concretar el porqué de la elección de esa persona (art. 53 y 55 ET). Se garantizará de esa manera 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.

Los distintos modelos están disponibles en:

- Web de la Seguridad Social: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Servicios/34887/40968/41054#BIN41061>
- 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
- 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.

¿Qué documentación se necesita para solicitar el riesgo por lactancia?

Como se podrá comprobar en el enlace que figura más arriba, toda la información que va a necesitar la madre para solicitar el riesgo se lo debe proporcionar la empresa, o en su caso, la mutua de accidentes de trabajo contratada por la empresa. Es muy habitual que las mutuas tengan en sus páginas web la documentación necesaria y que se pueda solicitar de forma telemática.

La madre necesitará en informe médico que acredite la fecha del parto y la lactancia natural para certificar el riesgo, fotocopia del documento de identidad, comunicación de datos del pagador modelo 145, declaración de la empresa de inexistencia de puestos de trabajo o funciones compatibles, fotocopia de la nómina, certificado de bases de cotización. Estos datos pueden variar según la mutua, son orientativos.

Se debe dictar resolución expresa, y notificarse, en el plazo de 30 días contados desde la recepción de la solicitud de la interesada.

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 Escurialense*, 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/3c2203c6a412b2233b65b3fc1dd25700000001.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

ANEXO I: Sentencias relacionadas con el riesgo en el trabajo

TJUE 19-9-2018. Reitera que se debe incluir una evaluación específica del riesgo que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo y, si no se ha realizado, existiría un trato menos favorable constituyendo una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

STS 19-10-2020. Si el informe del Servicio de Prevención de Riesgos manifiesta que es necesario proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural y la dirección de la empresa afirma que no resulta técnicamente posible la adaptación o cambio del puesto y no existe otro diferente acorde con la situación de riesgo de la trabajadora, tales circunstancias son las que conllevan a la prestación económica por riesgo durante la lactancia.

STS 24-1-2019. La parte que niega la existencia de riesgo es quien debe desarrollar la actividad probatoria en contrario.

STS 6-2-2019. Tanto el trabajo nocturno, como el trabajo a turnos, especialmente si se desarrolla en jornadas muy extensas, dificultan ese tipo de lactancia y no debe ser la trabajadora afectada la que cargue con la tarea de demostrar el riesgo específico de tal forma de organizar los tiempos de trabajo. Es necesaria la completa evaluación de los riesgos mencionados y es la empresa la que debe probar acerca de la influencia del trabajo en esa práctica maternal.

STS 24-04-2019. Considera suficiente acreditar la circunstancia del amamantamiento al solicitar la prestación presumiéndose su persistencia. Sin necesidad de aportar certificaciones periódicas posteriores.

STS 11-07-2018. No solo ha de tenerse en cuenta el listado de los Anexos del Reglamento, ni es este exhaustivo, ni basta con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas diarias...De ahí que en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche. No cabe, limitar la perspectiva de

la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación.

STS 27-1-2017. En relación a la retribución. La cuestión debatida no es la de la naturaleza jurídica del tiempo de trabajo durante las guardias médicas, sino el derecho de las trabajadoras que se hallan en estado de gestación o de lactancia al mantenimiento de sus condiciones de trabajo y, en suma, a no sufrir un menoscabo que resulte en una lesión para el principio de igualdad y no discriminación.

STS 24-04-2012. Existe riesgo generador de la prestación cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante si no es posible compatibilizar la toma o la extracción de la leche, puesto que la dejación de éstas puede comportar riesgos de mastitis o inhibición definitiva de la leche. (Tripulante de cabina sector aéreo)

STSJ de Murcia 25-10-2010. Existe situación de riesgo por exposición a agentes biológicos o químicos en el puesto de trabajo de ATS-DUE de medicina interna, oncología, traumatología y medicina general, en la que se atiende eventualmente a pacientes con virus VIH, VHC o salmonela o STSJ de Murcia 16-07-2010, celadora en servicio público de salud.

STSJ Madrid 29-06-2010. Operaria de cadena de montaje, cuyo puesto de trabajo se encuentra sometido a altas temperaturas, así como a riesgos de infección o de enfermedades de riñón por la imposibilidad de acudir a los servicios en las pausas establecidas. En el mismo sentido a conductora de autobús, STSJ Madrid 30-04-2010.

ANEXO II: Bonificaciones a la conciliación del RETA

Trabajadoras autónomas durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia natural

Bonificación del 100% de la cuota que resulte de aplicación sobre la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo de cotización obligatorio que corresponda por razón de su actividad. Esta bonificación será compatible con la establecida en el RDL 11/1998. La duración será durante el periodo de descanso; mínimo un mes.

Bonificaciones por conciliación de la vida personal y familiar vinculada a la contratación

Bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes (50% si la contratación es a tiempo parcial) que resulte de aplicar, a la base media que tuviera el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha de acogerse a esta medida, el tipo de cotización mínimo vigente, para trabajadores autónomos que permanezcan de alta en el RETA y contraten a un trabajador a tiempo completo o parcial en los supuestos de:

- Cuidado de menores de 12 años.
- Tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, en situación de dependencia.
- Tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.

Duración hasta 12 meses, con una duración mínima del contrato de 3 meses.

Trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos

Las trabajadoras autónomas que hubieran cesado en su actividad por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela y vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los 2 años siguientes a la fecha de cese tendrán de cuota fija por contingencias comunes y contingencias profesionales, de 60 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general.

Si optasen por una base superior a la mínima podrá aplicarse durante el período citado una bonificación del 80% sobre la cotización por contingencias comunes.



www.milkandchic.com

GUÍA JURÍDICA de lactancia 2021



La Mama d'Elx
ASOC 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



www.fedalma.org

F. clínica jurídica
Cátedra UNIVERSITAS Miguel Hernández

UNIVERSITAS
Miguel Hernández



Nº cuenta La Caixa (La Mama d'Elx):
ES82 2100 1768 3101 0054 6682

Nº cuenta Open Bank (Fedalma):
ES73 2100 4769 3302 0001 1816