

INFORME

INICIATIVAS JURÍDICAS Y LACTANCIA 2021



INFORME - RESULTADO DEL PROYECTO “INICIATIVAS JURÍDICAS Y LACTANCIA” 2021

Índice

Presentación

1. Introducción
2. Preguntas formuladas para su inclusión en la “Guía Jurídica de Lactancia 2021”
3. Propuestas de mejora para la configuración de un derecho igualitario
 - 3.1 Propuestas sobre el permiso por cuidado del lactante
 - 3.1.1 Propuestas no específicamente laborales
 - 3.2 Propuestas relativas al riesgo por lactancia materna
4. Conclusiones

Anexos

1. Bonificaciones a la conciliación de personas autónomas
2. Relación de sentencias relacionadas con el riesgo durante la lactancia natural en el trabajo

Redacción: Rosario Carmona Paredes

Con el agradecimiento a Lorena Prada Fernández por el imprescindible conocimiento técnico aportado y a la autora de la fotografía Katarzyna Gibas www.grupnodrissa.org , cuya adaptación figura en la portada de este informe.

Trabajo realizado en el marco de la Cátedra Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche y el convenio suscrito con FEDALMA

Presentación

Este trabajo recoge el resultado del Convenio de colaboración establecido entre la Cátedra Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche y la Federación Española de Asociaciones Pro-Lactancia Materna (FEDALMA). Como consecuencia del mismo, se puso en marcha un proyecto cuyo objetivo fue facilitar, a las más de 100 asociaciones que configuran FEDALMA, que en voz de sus protagonistas pusieran de manifiesto sus dudas, problemáticas, preocupaciones y propuestas que serían recogidas en los talleres que se han celebrado durante más de catorce semanas. Así, estas sesiones han servido de altavoz para recoger las cuestiones planteadas además de, en la medida de lo posible, ofrecer una respuesta jurídica explicativa. En aquellos casos en los que esto no ha sido posible, nuestro propósito es de servir de canal de difusión de las carencias del sistema que afecta muy especialmente a la mujer trabajadora provocando la vulneración del principio fundamental de igualdad y no discriminación.

No podemos finalizar esta presentación sin señalar que el marco de este estudio ha sido la elaboración del trabajo de fin de grado de una estudiante del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Conformando así el trabajo clínico jurídico y de valores que constituyen el objeto de la Cátedra Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

1. Introducción

Este informe de resultados se compone de dos partes y sus conclusiones. La primera que nos ocupa, la recopilación de las cuestiones reiteradas semanalmente y cuya respuesta no figura en la “Guía Jurídica de Lactancia 2020” elaborada el pasado año. Por ese motivo, tras ofrecer las respuestas pertinentes, pasaran a incorporarse a la “Guía Jurídica de Lactancia 2021”. Este documento vivo que se va actualizando y completando año a año, cuenta como valor máximo el hecho haber sido conformado gracias a las cuestiones formuladas por las mujeres asistentes a las sesiones. Si algo hemos aprendido de la pandemia causada por el COVID-19 ha sido la utilización de las plataformas digitales, en este caso *zoom*, para acercarnos y posibilitar una participación cercana y accesible desde distintos puntos de España impensable en otra circunstancia. A continuación, hemos recogido propuestas de mejora legislativas y de prácticas de empresa, que han ido surgiendo de las reflexiones y experiencias de las personas participantes. El objetivo de esta parte es darla a conocer a poderes públicos y agentes sociales para su implementación a corto y medio plazo. Para finalizar, se presentan unas breves conclusiones del proyecto.

Antes de plantear las preguntas más reiteradas, consideramos de interés dar a conocer cómo se ha organizado las sesiones para conseguir dar voz a todas las asociaciones de lactancia de ámbito nacional que han deseado participar. Para la organización de los talleres se ha contado con la información de las asociaciones federadas facilitada por FEDALMA. Estas asociaciones agrupadas por comunidades autónomas y/o por zonas geográficas han ido siendo citadas semanalmente para participar en el taller “Iniciativas Jurídicas y Lactancia”. La duración prevista era de una hora, de 17,30 a 18,30, que rara vez se cumplía por lo interesante de las sesiones. El propósito de convocar grupos reducidos ha sido favorecer la participación de las asistentes, siempre mujeres, y de esta manera que nos formularan sus dudas, nos dieran a conocer sus propuestas, estudios realizados, encuestas, y, en definitiva, dejaran constancia de la problemática con la que se están encontrando para compaginar trabajo y lactancia. Unos días más tarde de la sesión, se enviaba acta de los aspectos más relevantes y se adjuntaba la información y/o documentación requerida, si así era el caso.

Finalmente se convocaron a 104 asociaciones. Gracias a la generosidad de las personas que participaron ha sido posible la redacción de este informe que pasamos a desarrollar.

2. Preguntas formuladas para su inclusión en la “Guía Jurídica de Lactancia 2021”

1. 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.

2. ¿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.

3. ¿ES POSIBLE QUE SOLICITE UNA TRABAJADORA AUTÓNOMA EL PERMISO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL?

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

4. ¿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.

5. ¿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 del 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.

6. ¿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 tendrán mayor consideración que las que las partes quieran darle.

7. LA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL ¿QUÉ DURACIÓN TENDRÁ?

La norma no recoge de forma expresa este supuesto, de ahí que como actuación general se está asimilando a la duración de 9 meses tras el nacimiento previsto para el riesgo por lactancia, o bien, un periodo más corto en el caso en el que la trabajadora comunique a la empresa que ha finalizado el periodo de lactancia y su intención de reincorporarse al puesto de trabajo que ocupaba anteriormente.

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.

8. ¿SE PUEDE SOLICITAR LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL 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.

9. ¿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).

10. ¿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 cuatro 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 de 2020, 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.

11. ¿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 o al subsidio 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 computo 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.

Hasta aquí la relación de preguntas formuladas de forma reiterada durante los talleres que semana a semana se han celebrado y que no estaban incluidas en las ediciones anteriores de la Guía. A continuación, expondremos las propuestas extraídas sobre las carencias detectadas que, de llevarse a cabo, darían como resultado el sano disfrute de un derecho de elección personal como es la lactancia sin que eso suponga una merma en la relación laboral o la proyección profesional de la mujer.

3. Propuestas de mejora para la configuración de un derecho igualitario

En primer lugar, se tratarán las propuestas sobre el permiso por cuidado del lactante y con posterioridad la problemática específica sobre la prestación por riesgo por lactancia.

PROPUESTAS SOBRE EL PERMISO POR CUIDADO DEL LACTANTE

PRIMERA. Todas las asociaciones han solicitado la ampliación del permiso por nacimiento como mínimo hasta los 6 meses o 27 semanas. Aunque lo ideal sería su incremento hasta los 12 meses del niño o niña. Es necesario recordar que tanto la Organización Mundial de la Salud como la Asociación Española de Pediatría recomiendan un mínimo de seis meses de lactancia materna exclusiva.

Propuesta: Ampliación del permiso por nacimiento, como mínimo, seis meses.

SEGUNDA. Existen numerosos estudios que corroboran la relación existente entre el estrés laboral y nacimientos de bebés con bajo peso al nacer. Con determinadas

condiciones de trabajo, no necesariamente unidas a puestos de responsabilidad, sino también a la carga de trabajo o a la baja remuneración, existe un factor riesgo que puede desembocar en un nacimiento antes de término o bajo peso al nacer. Por este motivo sería necesario que la madre biológica pueda anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista del parto y que no reste de los seis meses solicitados como mínimo a disfrutar tras el nacimiento. De hecho, en la tabla de Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia¹ viene reconocido el riesgo a partir de la semana 37 de gestación.

Propuesta: que el permiso por nacimiento comience para la madre biológica cuatro semanas antes de la fecha prevista del parto sin constituir una merma del permiso previsto por nacimiento.

TERCERA. Una propuesta por la que abogan algunas asociaciones es la transferibilidad de las semanas de los permisos entre los progenitores. Con esta opción las familias podrían decidir según sus necesidades personales y/o profesionales. Esta propuesta requiere de una gran madurez social, o de garantías de los poderes públicos, para no perpetuar los roles de género, motivo por el que fue eliminada esta posibilidad de la regulación del permiso por nacimiento en el RD 6/2019.

Propuesta: que cuando socialmente sea posible, se permita transferir parte del permiso por nacimiento a la otra persona progenitora.

CUARTA. El artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores recoge la opción a las personas trabajadoras que ejercen el derecho al permiso para el cuidado del lactante de sustituirlo a su voluntad por la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Como resultado de esta regulación, si bien ha sido recogida esta opción por parte de la negociación colectiva o más recientemente en los planes de igualdad de las empresas, también es cierto de que de no ser así, ha quedado a la buena voluntad de la dirección de la empresa.

Propuesta: que se regule el permiso por cuidado del lactante en modalidad acumulada a opción de los progenitores.

¹ Tabla de SEGO donde viene los riesgos según el puesto de trabajo y las semanas de gestación. <https://dudasleyes.s3.eu-west-3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2020/10/22120902/tabla-sego-dudaslegislativas.pdf>

QUINTA. Actualmente en aquellas actividades que se llevan a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de comunicación, tal y como figura en el RD 28/2020, se puede fijar de forma voluntaria por ambas partes, acuerdo para el trabajo a distancia. Sería importante que, hasta el año de vida del niño o niña, a petición del padre o la madre trabajadora y de ser posible por la actividad desarrollada, sea obligatorio la concesión de esta forma de trabajo.

Propuesta: que durante el primer año de vida del/la menor, y a ser posible por la actividad desarrollada, sea concedido el trabajo a distancia a petición del padre o madre.

SEXTA. Si pretendemos no cargar a las empresas con los costes derivados del permiso por cuidado del lactante, tanto salarial como de cotizaciones a la Seguridad Social, es necesario crear un pago delegado o directo que vaya acompañado de una bonificación a la cotización, similar al obtenido durante el permiso por nacimiento.

Propuesta: que se cree la prestación por cuidado del lactante desde el disfrute del nacimiento y para ambas personas progenitoras, además de la exención del pago de la cotización por el mismo periodo y régimen.

SÉPTIMA. En el mismo sentido, es frecuente que en algún punto del embarazo sea necesario solicitar una incapacidad temporal por enfermedad común provocada directa o indirectamente por el embarazo. El pago durante esta baja corresponde a la empresa desde el cuarto al quinceavo día, a partir del dieciséis corre por cuenta de la Seguridad Social como pago delegado. Sería necesario que, de producirse una baja por incapacidad temporal de mujer embarazada, el pago del subsidio se realizara como pago delegado desde el primer día de la misma.

Propuesta: que el pago de la incapacidad temporal en periodos de gestación sea abonado como pago delegado de la Seguridad Social desde el primer día de la baja médica.

OCTAVA. Durante la jornada de trabajo tanto partida, pero sobre todo continua, es necesario para la madre lactante tener la posibilidad a acudir periódicamente a una sala debidamente equipada para la extracción de la leche o para amamantar, de llevar al bebé

a la empresa. Para ello es necesario regular de forma general el derecho al descanso retribuido por extracción o amamantamiento, sin necesidad de pedir permiso expresamente en cada ocasión. Esta es una medida necesaria para preservar la salud de la madre. La extracción, cuando es necesaria, previene complicaciones derivadas de la acumulación de leche en los pechos, como obstrucciones, mastitis o abscesos mamarios. La duración de estos descansos retribuidos durante la jornada debería ser hasta el año del niño o niña, con jornadas de ocho horas diarias o mientras dure la lactancia en jornadas superiores. No es aceptable que en casos denunciados las mujeres tengan que sacar la leche a escondidas o siendo recriminadas por ello mientras está socialmente mejor visto ausentarse para fumar, por ejemplo.

Propuesta: creación por norma general de la ausencia retribuida para extracción o amamantamiento.

NOVENA. A lo largo de todo el proyecto ha surgido de forma reiterada la necesidad de regular la obligación de habilitar salas de lactancia debidamente equipadas para la extracción y conservación de la leche o el amamantamiento en condiciones higiénicas adecuadas. Aunque comienza a introducirse estas salas preparadas, sobre todo en grandes empresas, la gran mayoría carece de estas instalaciones. Una idea que surgió durante los talleres fue la implementación de salas de lactancia compartidas en centros industriales para facilitar su cumplimiento a las pequeñas empresas. Hasta que sea de obligado cumplimiento por medio de una norma general, se podrá instar a empresas y representantes de las personas trabajadoras para que lo incluyan en los Planes de Igualdad.

Propuesta: regular la obligatoriedad de instalar salas de lactancia debidamente equipadas a partir de un número determinado de personas trabajadoras y tamaño de empresa. De forma complementaria, regular la posibilidad de habilitar salas de lactancia compartidas en aquellos lugares donde sea posible hacerlo.

DÉCIMA: En aquellas empresas que por su volumen de personal o por el rango de edad de éste, exista demanda suficiente, sería recomendable la instalación de guarderías que facilitaran la incorporación de los progenitores al trabajo sin ser necesario en muchos casos tener que acudir a excedencias o reducciones de jornada por la dificultad de hacer compatibles horarios y jornadas.

Propuesta: regular ayudas para la dotación de guarderías en los centros de trabajo donde hubiera demanda para ello.

DECIMOPRIMERA. Una problemática que ha surgido semana tras semana ha sido la de la persona trabajadora autónoma. En primer lugar, la propia de la actividad por cuenta propia cuya titularidad no decae por cursar la baja por nacimiento resultando más difícil la desconexión con el trabajo. En cuanto a la materia que nos ocupa, el disfrute del permiso por lactancia, al ser retribuido por la empresa y ser la persona autónoma su propia persona empleadora, carece del mismo a efectos reales. Al igual que en el resto de regímenes de la Seguridad Social, sería necesario que se hiciera cargo del pago de forma directa la Seguridad Social como una prestación más. Así no quedaría en posición de desigualdad sobre la persona trabajadora por cuenta ajena.

Propuesta: solicitar que la Seguridad Social se haga cargo del permiso por cuidado de lactante del trabajador o trabajadora autónoma.

DECIMOSEGUNDA. No podemos finalizar esta relación sin mencionar a las trabajadoras con contratos eventuales, e incluso a las trabajadoras que desarrollan su actividad en sectores con una alta economía sumergida, que ni si quiera consiguen la protección que ofrece la contratación laboral. En el primero de los casos es necesario posibilitar la percepción de la prestación por nacimiento, aunque a la fecha de la no renovación del contrato, y estando ya embarazada, no se haya cursado la baja por nacimiento. En el segundo caso, dada la necesidad de contar con una protección mínima durante el cese de la actividad, se ha contemplado la posibilidad de crear una prestación universal para las madres y padres sin alta laboral en el momento del parto, adopción o acogimiento.

Propuesta: que las trabajadoras con contratos eventuales que se queden embarazadas tengan garantizado el acceso a la prestación por nacimiento aunque haya finalizado su contrato con anterioridad a la baja y que se cree una prestación universal por nacimiento (teniendo en cuenta el nivel de ingresos) para las personas que tienen hijos durante un periodo de no alta laboral.

DECIMOTERCERA. Se están produciendo los primeros pronunciamientos judiciales por los que se está concediendo la acumulación de 16 + 10 semanas de permiso por nacimiento en casos de familias monoparentales o monomarentales (STSJ País Vasco

de 6-10-2020). De generalizarse esta concesión o ser recogido en la norma, debería extenderse este principio al permiso por cuidado del lactante por poner el foco igualmente el derecho en el menor.

Propuesta: de tratarse de familias monoparentales o monomarentales debe permitirse el disfrute acumulado del tiempo previsto para el caso de tratarse de dos personas progenitoras.

Propuestas no específicamente laborales

DECIMOCUARTA. Es muy necesario que los futuros padres conozcan sus derechos laborales y de conciliación desde antes del nacimiento de su bebe. Por este motivo sería de gran interés que en los cursos de preparación al parto se impartiera un taller de derechos laborales y conciliación. De esta manera, se les facilitaría información suficiente para decidir las herramientas legales existentes que mejor se ajustan a su situación familiar y personal. *Propuesta: introducción de talleres de derechos laborales básicos y de conciliación en los cursos de preparación al parto de los centros de salud.*

DECIMOQUINTA. Otra petición recurrente es sobre la aceptación de la leche materna en las guarderías.

Propuesta: normativa nacional que regule las condiciones y forma de aceptación de leche materna en las guarderías.

DECIMOSEXTA. Existe una gran disparidad de criterios en cuanto a las bases de oposiciones, tribunales de las mismas o bolsas de trabajo en la administración pública. Es necesario tener en cuenta las especiales condiciones de la madre lactante durante un largo examen para contemplar los tiempos y condiciones necesarias para el amamantamiento o la extracción de la leche durante el mismo, de ser necesario. También es especialmente trascendente para la carrera profesional que no se penalice o se expulse de las bolsas de trabajo por el hecho de estar de baja por nacimiento y no poder acudir al examen de generación de la siguiente bolsa. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto la dificultad de realizar pruebas físicas determinadas cuando se está amamantando, por ejemplo, una bombera, por lo que sería necesario que se contemplara esta situación en la baremación de las mismas.

Propuesta: la empleadora pública debe ser especialmente sensible a contemplar tiempos y condiciones especiales para el amamantamiento y extracción en el caso de las pruebas escritas y para la baremación en el caso de las pruebas físicas en las oposiciones.

Huelga decir que muchas de estas propuestas no serían necesarias si se ampliara el tiempo del permiso por nacimiento a doce meses.

PROPUESTAS RELATIVAS AL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

PRIMERA. La evaluación de los riesgos para la maternidad es una obligación de la empresa y el punto de partida de la acción preventiva. Debe iniciarse con la evaluación previa inicial para toda persona trabajadora y seguir con las respectivas evaluaciones periódicas y de revisión siempre que se produzcan cambios en las condiciones de trabajo. En el momento en que una mujer comunique que está embarazada o que está lactando se procederá a una evaluación “adicional y específica”. Esta valoración es importante que se realice desde una actuación coordinada entre las áreas médica y técnica del servicio de prevención.

Propuesta: que se lleve a cabo un Programa de Protección de la Maternidad y la Lactancia en todas las empresas públicas y privadas.

SEGUNDA. Es necesario que se conozca los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente sobre su salud y sobre la del lactante, durante todo el periodo de lactancia. La exposición a los agentes y procedimientos nocivos para la maternidad se calibrarán en función de la peligrosidad del agente, posibilidad de contacto, nivel y frecuencia de exposición, existencia de exposiciones concurrentes y características individuales de la mujer a lo largo del embarazo y la lactancia. Un puesto determinado de una profesión concreta, con las mismas funciones, no presenta exactamente las mismas características en una empresa que en otra. Los derechos de información y formación son obligatorios para la empresa (artículo 19 LPRL).

Propuesta: que la empresa tenga un protocolo por escrito que clarifique los pasos a seguir en caso de embarazo o lactancia natural.

Propuesta: que se controle debidamente por la inspección de trabajo y se vigile especialmente el cumplimiento de las acciones formativas e informativas (específicas del puesto) en torno a los riesgos existentes para el embarazo y la lactancia.

Propuesta: que sea público y de fácil acceso en la empresa un listado de los puestos exentos y no exentos de riesgo para el embarazo y la lactancia.

TERCERA. La toma de decisiones en los casos de duda es problemática y debe dilucidarse caso por caso aplicando el principio de precaución teniendo en cuenta que hay que dar respuesta a un escenario complejo, con factores de riesgo sospechosos y consecuencias graves e impredecibles. Es decir, si ha identificado un riesgo como posible con los datos disponibles y grave, aunque las pruebas científicas no permitan determinar con suficiente certeza la relación causa-efecto. La aplicación del principio de precaución nos dirigiría a actuar como si el riesgo fuera cierto, lo que se vería reforzado por el artículo 5.2 del RD 39/1997, que expresa la obligación de adoptar, en caso de duda, las medidas preventivas más favorables, desde el punto de vista de la prevención.

Propuesta: que en cualquier empresa en caso de duda respecto a la gravedad y/o afectación a la maternidad o lactancia se adopten las medidas preventivas más favorables.

CUARTA. Siguiendo de la cuestión anterior, cuando se valore las condiciones del puesto de trabajo es imprescindible escuchar a la persona trabajadora. Esta puede aportar datos muy valiosos sobre las variaciones en las condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la de su descendencia.

Propuesta: que se establezca un trámite de audiencia y consulta, tanto previo como durante el seguimiento, de la adaptación del puesto de la persona trabajadora.

QUINTA. Los procesos de impugnación por denegación de la prestación del riesgo por lactancia son procesos judiciales que se ralentizan por la saturación de la justicia. Las resoluciones aun siendo favorables en muchos casos, en cuanto al cumplimiento del derecho, son de imposible disfrute por tardías. Por este motivo, para que el señalamiento sea contemplado como urgente y preferente se recomienda la acumulación de acciones con la vulneración de derechos fundamentales, concretamente el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. De esta manera se conseguiría

anticipar la fecha del señalamiento y habría una posibilidad de que la resolución hiciera realidad su propósito, que es no exponer a la madre y al niño o niña a un riesgo durante la lactancia materna. Además, sería posible la reclamación de indemnización por daños y perjuicios en aplicación del artículo 7 de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, como falta muy grave, que resultaría ejemplificante para modificar la conducta de la empresa que actúa de mala fe, aun siendo conocedora del riesgo existente. Se ha dado a conocer casos en los que se ha denegado el riesgo con el primer menor, se ha concedido judicialmente y con el segundo bebé se ha vuelto a repetir la misma situación.

Propuesta-recomendación: en las impugnaciones por riesgo por lactancia se recomienda acumular acciones con el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, específicamente el de no discriminación por razón de sexo.

SEXTA. Siguiendo el argumento del punto anterior, en cuanto a las retribuciones, se ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones la merma de salario que se produce como consecuencia del cambio o adecuación de puesto. Atendiendo estrictamente a la norma (art. 26.2 de la LPRL) nos confirma que se “conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Siendo esto así nuevamente se actúa de mala fe cuando es necesario impugnar para conseguir lo que expresa una norma.

Propuesta: que en los casos en los que sea necesaria la impugnación judicial para el cumplimiento de esta norma, teniendo en cuenta la perspectiva de género y la vulneración del principio de igualdad y no discriminación de forma flagrante, debería sancionarse de oficio por daños y perjuicios.

SÉPTIMA. Uno de los riesgos para la lactancia que genera más controversias es la turnicidad, nocturnidad y guardias de 24 horas, incluso la obligatoriedad de pernoctas en actividades donde no se prevé el trabajo nocturno. El artículo 26.1 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales regula el los pasos a seguir en la adecuación del puesto de trabajo o el cambio a otro compatible con su estado, exento de riesgo. De no ser posible para la empresa estos cambios se podrá solicitar la suspensión del contrato y la prestación por riesgo por lactancia. También ha sido recogido sobradamente por la jurisprudencia (se adjunta anexo). Expresamente en el caso de la nocturnidad incluso está recogido en el artículo 7 de la Directiva 1992/85 que establece que las trabajadoras

que hayan dado a luz o en periodo de lactancia no estarán obligadas a realizar un trabajo nocturno desde el momento en que presenten un certificado médico.

Propuesta: es necesario fijar normativamente y mientras tanto recogerlo en acuerdos internos en las empresas, la exención de los trabajos a turnos, nocturnos y de jornadas de más de ocho horas a las madres lactantes, salvo petición expresa.

OCTAVA. Todos somos conscientes de que condiciones “normales” de trabajo pueden convertirse en problemáticas cuando se sufren siendo madre lactante. Medidas como la flexibilidad de la entrada y salida, control sobre el ritmo de trabajo y pausas necesarias para evitar mastitis, manchado de ropa, etc., son mecanismos sencillos y ágiles para evitar una sobrecarga psicológica. Además de la propia sobrecarga de trabajo que por solicitudes de reducciones de jornada pueda llevar a crear problemas de rechazo por parte de los compañeros y compañeras hacia la persona trabajadora. Todo estos, se convierte en factores estresores se suman a las propias condiciones del puesto y a los que hay que prestar especial atención. De no hacerlo, la mujer embarazada o lactante podría sentirse discriminada o apartada, por no poder asumir cargas de trabajo incompatibles con su estado, por presiones por productividad o con incertidumbre respecto a la estabilidad en el empleo.

Propuesta: es muy importante que se preste especial atención a los agentes/ factores psicosociales que rodean el desarrollo del trabajo.

NOVENA. No hay referencia específica en la norma a la duración de la adaptación o cambio de puesto de trabajo en los casos en los que la madre decida ampliar la lactancia materna más allá de los nueve meses. Dicho esto, hay que tener en cuenta que 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”.

Propuesta: es necesario regular de forma clara y precisa la posibilidad de extender los cambios por riesgo hasta el final de la lactancia materna. Mientras esto no se produzca recomendar a las empresas que así lo acuerden internamente.

4. Conclusiones

Lamentablemente la primera conclusión que se extrae de este trabajo es que no hay demasiado reconocimiento social del esfuerzo que realizan las mujeres que adoptan la decisión de amamantar a sus hijos e hijas sin dejar de desarrollar sus carreras profesionales. En la era digital vuelve a ser necesario sensibilizar e incluso promover la empatía del ámbito del trabajo en el que la lactante debe tener un total nivel de protección.

Claramente se ha puesto de manifiesto que la regulación existente no soluciona la conflictividad que día a día se genera en nuestras empresas y de las que las más de 56 asociaciones han ofrecido debida cuenta. Se podría seguir enumerando propuestas formuladas semana a semana y que por simplificar no han sido incluidas en la presente exposición, como la necesaria la modificación de la norma preventiva clarificando agentes y condiciones de trabajo a tener en cuenta; el etiquetado para los agentes que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, con la inclusión de un listado detallado de agentes y condiciones de trabajo a tener en cuenta, de fácil manejo; o la especial consideración relativa al riesgo, una vez más, de la trabajadora eventual que de ser citada a trabajar debe elegir entre seguir lactando o aceptar el puesto, si este entraña riesgo, entre muchas otras.

Como última propuesta, destacar la importancia de crear el “Observatorio de Protección de la Maternidad”, con la finalidad de elaborar estudios sobre las problemáticas existentes, estadísticas que mostraran la afectación para la vida laboral de una persona el nacimiento de un niño o niña, tipo de lactancia, duración, etc. De esta manera se detectaría sesgos en actividades concretas o en situaciones laborales definidas. Además, sería un centro donde acudir para solicitar valoraciones de puesto como apoyo o simplemente solicitar información de manera cercana y gratuita.

Es necesario seguir promocionando la máxima de que una mujer embarazada y/o lactante no es un problema y que existen mecanismos como bonificaciones o exenciones al pago de la Seguridad Social para que las empresas no se vean afectadas por esta

circunstancia biológica que trata, ni más ni menos, del nacimiento de una persona. Sin olvidar que nos encontramos en un momento en que debería ser especialmente reconocida la necesidad de invertir la curva vegetativa, entre otras cosas, para que sea sostenible nuestro sistema productivo y de pensiones.

No obstante, todo lo expuesto no puede desviar el foco de atención que no es otro que constatar que se trata de igualdad, se trata de equidad, de aplicar la perspectiva de género en la normativa y en las resoluciones judiciales, se trata de hacer efectiva el derecho fundamental a la no discriminación para participar en una sociedad más humana.

ANEXOS

1. BONIFICACIONES A LA CONCILIACIÓN DE PERSONAS AUTÓNOMAS

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 Real Decreto-Ley 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 antes citado una bonificación del 80% sobre la cotización por contingencias comunes.

Nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos.

Tendrán derecho a una bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50% durante los primeros 18 meses y al 25% durante los 6 meses siguientes.

Trabajadores autónomos en las Ciudades de Ceuta y Melilla dedicados a actividades encuadradas en los sectores de Agricultura, Pesca y Acuicultura; Industria, excepto Energía y Agua; Comercio; Turismo; Hostelería y resto de servicios, excepto el Transporte Aéreo, Construcción de Edificios, Actividades Financieras y de Seguros y Actividades Inmobiliarias.

Bonificación del 50% en sus aportaciones a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial.

Normativa de referencia

- Artículos 31, 32, 36 y 38 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto Del Empleado Autónomo, modificada por la Ley 31/ 2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social.
- Artículo 30 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Empleado Autónomo, modificada la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.
- Artículo 35 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Empleado Autónomo, modificado por la disposición final decima de la Ley 6/2017 de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.
- Artículo 38 bis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Empleado Autónomo, añadido por la Ley 6/2017 de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Cofinanciación del Fondo Social Europeo Las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social descritas podrán estar cofinanciadas por el FSE.

2. RELACIÓN DE SENTENCIAS RELACIONADAS CON EL RIESGO POR LACTANCIA 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, ni 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.

Fuente: www.sepe.es