

UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CARTAGENA

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA EMPRESA

MÁSTER EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

TRABAJO FIN DE MÁSTER



**“Aproximación a la noción de prestación por riesgo
durante la lactancia natural”**



Alumno: José Francisco López Ballesteros

Directora: Dra. Dña. María del Carmen López Aniorte

Septiembre 2017

A mi madre, María Ballesteros, cinco veces madre,
trabajadora y que siempre optó por la
lactancia natural de sus hijos.

*“Es absurdo condenar la ignorancia del pasado
desde la sabiduría del presente”*

PABLO d'ORS

ABREVIATURAS

BOE	= Boletín Oficial del Estado.
BORM	= Boletín Oficial de la Región de Murcia.
ET	= Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LGSS	= Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LPRL	= Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
OIT	= Organización Internacional del Trabajo.
OMS	= Organización Mundial de la Salud.
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
STJUE	= Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	= Tribunal Supremo.
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia.
TFM	= Trabajo Fin de Master.

ÍNDICE

1. RESUMEN	6
2. ABSTRACT	7
3. INTRODUCCIÓN.....	8
4. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL	11
4.1. EN EL ÁMBITO DE LA OIT	12
4.1.1. Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores	12
4.1.2. Convenio 103, sobre la protección de la maternidad	12
4.2. EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	13
4.2.1. Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre	13
4.2.2. Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre.....	16
4.3. NORMATIVA INTERNA.....	18
4.3.1. Estatuto de los Trabajadores.....	18
4.3.2. Artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales	19
4.3.3. Capítulo IV QUINQUIES de la Ley General de la Seguridad Social.....	21
4.3.4. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo	22
4.3.5. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo	23
4.3.6. Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo	24
5. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO EN EL PERIODO DE LACTANCIA NATURAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	26
5.1. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	26
5.1.1. La STJUE de 1 de julio 2010 Caso Parviainen.....	26
5.2. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	27
5.2.1. STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 24 de enero de 2017	27
5.2.2. STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 13 de mayo de 2015	29
5.2.3. STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 24 de abril de 2012.....	30
5.2.4. STSJ de Cataluña (Sala de lo social) de 26 de enero de 2016	33

6. LA PRESTACIÓN POR RIESGO EN EL PERIODO DE LACTANCIA NATURAL EN	
CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES DE LA REGIÓN DE MURCIA.....	35
6.1. Convenio colectivo de Madera, Carpintería, Ebanistería y Tapicería	36
6.2. Convenio colectivo de Tomate Fresco (Manipulado y Envasado)	37
6.3. Convenio colectivo de Confitería, Pastelería, Masas Fritas y Turrónes	38
6.4. Convenio colectivo de Frutas Frescas y Hortalizas	39
6.5. XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química.....	39
7. APORTACIONES PRÁCTICAS PARA EMPRESAS.....	41
8. CONCLUSIONES	44
9. BIBLIOGRAFIA.....	48

1. RESUMEN

El presente TFM tiene por objeto el estudio de la prestación por riesgo durante la lactancia natural y pretende concretar de forma clara y simple los elementos que se deben dar para el reconocimiento de este derecho.

A tal efecto se realiza un estudio en materia de prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género, en el que se examina la normativa aplicable, agrupada en tres bloques: normativa internacional en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, normativa comunitaria en el ámbito de la unión europea, y normativa interna. Así como también se examinará la doctrina jurisprudencial que interpreta los “requisitos” que integran la procedencia de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Si bien la noción de prestación por riesgo durante la lactancia natural se apoya fundamentalmente en su carácter de prestación contributiva, con la que se pretenden sustituir los ingresos dejados de percibir ante una suspensión del contrato de trabajo motivada por la existencia del riesgo, el presente estudio profundiza y destaca la importancia de la existencia de otros elementos determinantes en la procedencia de la prestación, tales como, la imposibilidad de adaptación en las condiciones de trabajo, la modificación del puesto a otro que sea compatible con la situación exento de riesgo, o que no transcurran más de nueve meses desde el nacimiento del lactante.

Palabras Claves: Riesgo lactancia, Prestación lactancia, Suspensión del contrato.

2. ABSTRACT

This bachelor dissertation aims to study of the risk benefit during breastfeeding and aims to specify clearly and simply the elements that must be given for the recognition of this right.

To this end, a study is carried out on the prevention of occupational risks from a gender perspective. Examining the rules of affection, grouped into three blocks: international legislation in the field of the International organization of work, community legislation in the field of European Union, and internal regulations. As well as examining the jurisprudential doctrine that interprets the "requirements" that integrate the source of the risk benefit during breastfeeding.

Although the notion of risk benefit during breastfeeding is mainly based on the fact that it is a contributory benefit intended to replace the income received from a suspension of the employment contract motivated by the existence of the risk, the present study deepens and emphasizes the importance of the existence of other determinants in the origin of the benefit, such as the impossibility of adaptation in working conditions, the modification of the post to another that is compatible with the situation without risk, or that More than nine months after the birth of the infant.

Key Words: Breastfeeding risk, Breastfeeding benefit, Suspensión of contract.

3. INTRODUCCIÓN

La lactancia materna como medio natural de alimentación del ser humano en sus primeros meses de vida, propio de su condición de mamífero, se ve interferida por numerosas condiciones que favorecen su abandono precoz y una escasa prevalencia. Uno de los factores condicionantes que motiva su abandono son las condiciones laborales de la mujer trabajadora durante el periodo de lactancia. Este abandono prematuro puede suponer un problema de salud para el bebé lactante. Por su parte, la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia se presenta como una situación de protección, no solo para la salud de la trabajadora, sino que se amplía a proteger la salud de su hijo.

La leche materna es el “alimento que recibe el neonato o el lactante y que procede de su madre”¹. La OMS y la Asociación Española de Pediatría recomiendan la lactancia materna al menos durante los seis primeros meses de vida, y en menor medida, también hasta los nueve meses que la norma fija como tope.²

El presente estudio persigue dar respuesta a las siguientes cuestiones planteadas: ¿cuál es la situación protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia?, ¿cuándo es recomendado el cambio de puesto o función de la trabajadora?, ¿qué duración le corresponde al periodo de riesgo en la lactancia natural?, ¿cuándo comienza el derecho a la prestación económica?, ¿qué cuantía se corresponde con esta prestación?, ¿el derecho a la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural en qué casos podrá ser denegado, anulado o suspendido?, ¿podría considerarse una medida condicionante de discriminación de género en la contratación de mujeres?, ¿la aplicación de medidas de protección en la lactancia favorece o perjudica a la mujer trabajadora?, ¿se trata de un derecho ilimitado el mantenimiento de la lactancia hasta los 9 meses de vida del neonato?, ¿el trabajo nocturno o a turnos puede determinar una presunción *iuris tantum* de riesgo para la lactancia?.

1 AGUILAR CORDERO, M.J. (2005). *Lactancia materna*. Ed. Elsevier, Madrid, Pág. 10.

² DIAZ DE ATAURI, P.G. (2012). “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia” *Revista Doctrinal Aranzadi social*, nº 11/2012272012. Pág.3

Para responder a estas cuestiones se realiza una revisión normativa y jurisprudencial. Además, se examinarán diferentes convenios colectivos sectoriales de la Región de Murcia, acotando de este modo la tendencia que presenta en la actualidad la negociación colectiva regional.

El tema seleccionado en la materia de *Prevención de Riesgos Laborales* se orienta al Derecho del Trabajo y se ubica dentro de los derechos individuales de la persona trabajadora. Siendo así, esta aproximación a noción de prestación por riesgo durante la lactancia natural se basa en las asignaturas de *Ámbito Jurídico de la Prevención*, *Medicina del Trabajo* y *Fundamentos de las Técnicas de Mejora de las Condiciones de Trabajo*, cursadas en la titulación universitaria del Máster Interuniversitario de Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Murcia y Universidad Politécnica de Cartagena. Y, de acuerdo con ello, el presente TFM se vincula con las competencias específicas de la titulación: nº 9: Conocer los fundamentos y aplicación de la documentación científica, y saber las fuentes básicas a las que hay que acudir ante un determinado problema relacionado con la salud de los trabajadores, nº 20: Conocer los objetivos y funciones de la medicina del trabajo, nº 27: Adquirir habilidades específicas para promover la mejora de las condiciones de trabajo, nº 28: Ser capaz de leer de forma comprensiva un texto científico sobre cualquier tema relacionado con la prevención de riesgos laborales y nº 43: Ser capaz de colaborar en los programas de promoción de la salud en el trabajo.

El interés en el presente tema se debe a la observación de la existencia de numerosos estudios en referencia a la prestación de maternidad y prevención de riesgos laborales en la maternidad, donde se engloba el periodo de lactancia y la prevención de riesgos durante el mismo. Pero se trata vagamente o de un modo superficial la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, lo que genera cierto vacío en la determinación de una noción clara y justificada de la prestación.

A tal fin, el presente TFM se inicia con un primer apartado basado en el marco normativo actual. Este se divide en un primer subapartado sobre análisis de las disposiciones de la normativa internacional en el ámbito de la OIT, en un segundo subapartado sobre las disposiciones de la normativa comunitaria en el ámbito de la Unión Europea y un tercer subapartado referido a las disposiciones de la normativa interna.

Se establece un segundo apartado donde se realiza un análisis jurisprudencial de la materia de estudio.

El tercer apartado se dedica al estudio de los convenios colectivos sectoriales de la Región de Murcia, analizando aquellos recogidos en el informe de cláusulas de seguridad y salud laboral en convenios colectivos de nueva negociación, aportado por la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de Murcia. Se añade el análisis del convenio colectivo general de la Industria Química por su especial regulación del riesgo en el periodo de lactancia.

En un cuarto apartado se aportan recomendaciones prácticas para las empresas en la gestión de la protección de los riesgos generados en el periodo de lactancia y el derecho a la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural.

Por último, el TFM finaliza, como es de rigor, con las conclusiones extraídas, así como con un apartado donde se recoge la bibliografía de referencia.

4. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La prestación por riesgo durante la lactancia natural fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la LO 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Es la LPRL la norma que, de una forma que podría considerarse de visionaria, introdujo por primera vez en España una regulación específica orientada a la mujer trabajadora en periodo de lactancia, en transposición de la Directiva 92/85/CE, recogiendo del mismo modo directrices de la OIT basadas principalmente en el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, así como en el Convenio 103 sobre la protección de la maternidad, ambos analizados en el presente estudio.³

Dentro del ordenamiento jurídico Español, se encuentra actualmente regulada la protección del riesgo durante la lactancia natural por el artículo 45.1 ET que contempla las causas por las que se podrá producir la suspensión del contrato de trabajo; también por el artículo 26 LPRL dirigido a la protección de la maternidad. Asimismo, se encuentra regulación referente a riesgos en la lactancia natural, en el artículo 188 LGSS y en los Reales Decretos 295/2009, de 6 de marzo y 298, de 6 de marzo. En adelante se analizará de forma detallada toda la normativa de referencia, segregada en tres ámbitos: de la OIT, el de la Unión Europea, y finalmente la normativa interna.

³ PALOMINO SAURINA, P. (2016) “Posibilidad de percibir una prestación por riesgo durante la lactancia natural durante una situación de excedencia voluntaria”. Revista de Información Laboral, nº 1/2016. Pág.1

4.1. EN EL ÁMBITO DE LA OIT⁴

4.1.1. Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores

Es adoptado el 22 de junio de 1981, siendo posteriormente ratificado por España el 11 de septiembre de 1985. Es a través de este convenio por el que los Estados miembros que lo han ratificado se encuentran vinculados a crear una política nacional de seguridad, salud y medio ambiente. Establece su artículo 4 que el objeto principal será la prevención de “los accidentes y daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral, o sobrevengan durante el trabajo”; de este objeto nace la obligación de protección de los riesgos de la mujer trabajadora en el periodo de lactancia natural.

El convenio dispone en su artículo 20, en referencia a los empleadores y los trabajadores, que estos “deberán cooperar como elemento esencial”; esta cooperación aporta protección de los riesgos que puedan existir para la madre o el hijo, por la puesta en conocimiento del empresario de la detección de riesgos existentes, para que este pueda actuar en consideración.

Se permite al empresario mediante esta actuación el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 del convenio, por el que deberá garantizar que los puestos de trabajo “bajo su control, son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores”.

4.1.2. Convenio 103, sobre la protección de la maternidad

Adoptado el 4 de junio de 1952, es ratificado por España el 17 de agosto de 1965. Este convenio revisa el Convenio 3 de 1919 y a su vez se encuentra revisado por el Convenio 183 de 15 de junio de 2000, el cual no se encuentra ratificado por España. Su ámbito de aplicación, recogido en su artículo 1, se orienta a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena, aplicándose tanto en empresa pública como privada, dejando abierta la decisión de exceptuar su aplicación a la regulación nacional de cada país, en referencia a empresas donde solo se encuentren empleados los miembros de la familia del empleador.

⁴ BULTÓ NUBIOLA, M. y SOLÓRZANO FÁBREGA, M (2001) “NTP 716: Convenios de la OIT relacionados con la seguridad y la salud en el trabajo”. Instituto nacional de seguridad e higiene en el trabajo.

Este convenio define el término *mujer* como “toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no” siendo esta la primera definición que es registrada en la legislación de referencia en la materia de afección. Por su parte también se refleja una clara definición del término *hijo* como “todo hijo nacido de matrimonio o fuera del matrimonio”.

Es en su artículo 5 donde el convenio hace especial referencia a las prestaciones en el periodo de lactancia, determinando que la trabajadora tendrá derecho, si decide lactar a su hijo, a “interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios periodos” dejando la regulación de su duración a la legislación nacional. También establece que las interrupciones del trabajo a los efectos de la lactancia se contarán como horas de trabajo y se remunerarán en función de las disposiciones de la legislación nacional, con lo que nuevamente deja libertad de adaptación al legislador nacional.

Finalmente, el convenio se pronuncia sobre la ilegalidad del despido de la trabajadora en los periodos reflejados en su artículo 3; no se encuentra incluido en este pronunciamiento el periodo que afecta a la lactancia. Por su parte, esta carencia en la protección, la encontramos subsanada en el Convenio 183 que revisa el convenio analizado y que protege ante el despido las situaciones relacionadas con la maternidad, así como con la lactancia.

4.2. EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

4.2.1. Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre

Al analizar las disposiciones normativas en el ámbito de la Unión Europea que afectan a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, se encuentra en primer lugar la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Esta Directiva supuso la primera unificación del derecho europeo en relación a la materia objeto de estudio; con ella se materializa la tutela de la mujer embarazada o madre de un recién nacido en aplicación de la Directiva 89/31/CEE (Directiva marco), que recoge la necesidad especial de protección frente a

los riesgos derivados del trabajo de los denominados grupos especialmente sensibles, entre los cuales se encuentran incluidas las mujeres embarazadas y madres lactantes.

Las motivaciones básicas que guían el contenido de esta Directiva son: por un lado, la protección de las trabajadoras en las situaciones de embarazo, maternidad o lactancia, y por otro que esta protección no influya de forma negativa en su acceso y permanencia en el mercado de trabajo.⁵

Conforme a las consideraciones de la Directiva 92/85/CEE, la trabajadora en periodo de lactancia será considerada, por su situación, como trabajadora expuesta a riesgos especialmente sensibles y, en base a ello, se deberán tomar medidas dirigidas a la protección de su seguridad y salud. También establece la consideración de que estas trabajadoras no deben verse posicionadas en situación desfavorable en el mercado de trabajo por su situación de madre lactante, así como que ello no atentará contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En estas consideraciones se recogen las motivaciones básicas señaladas en el párrafo anterior.

Pero la Directiva no se queda en estas consideraciones, sino que profundiza en la materia, estableciendo que “determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico de exposición de la trabajadora” cuando esta se encuentra en periodo de lactancia por “agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos”, debiendo la empresa evaluar dichos riesgos y en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva comunicar los resultados de dicha evaluación a la trabajadora y a sus representantes. Cuando mediante esta evaluación se detectare un riesgo para la trabajadora, la empresa estará obligada a tomar las medidas de protección adecuadas mediante el establecimiento de un “dispositivo encaminado a la protección”.

⁵ GARRIGUES GIMENEZ, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P. Y CEBRIÁN CARRILLO A. (2007) “La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº67. Pág.241

La Directiva 92/85/CEE dispone que, en el caso de ser detectado riesgo en la evaluación realizada por la empresa, la trabajadora en periodo de lactancia no debe seguir realizando las actividades evaluadas. En el caso de trabajos nocturnos la trabajadora en periodo de lactancia natural no estará obligada a la realización de horarios nocturnos siempre que ello suponga una mejora de la seguridad y la salud.

Se establece la conveniencia de la prohibición del despido de la trabajadora en situación de lactancia para evitar el riesgo a ser despedida de forma discriminatoria por su situación o motivos relacionados con esta; también se establece el mantenimiento de los “derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y el beneficio de una prestación adecuada”

Se resalta la característica que aplica esta Directiva a la definición, en su artículo 1, de trabajadora en periodo de lactancia aplicando como requisito obligado la *puesta en conocimiento del empresario* de su situación.

En su artículo 4 se establecen las características de la evaluación del puesto de la madre en periodo de lactancia señalando que esta evaluación deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición. Así como que si en ella se apreciara el riesgo para la seguridad y salud, estará obligada la empresa a reflejar las medidas que deberán adoptarse.

Las medidas que la Directiva obliga a tomar al empresario en el caso de detectarse el riesgo en la evaluación realizada al puesto son, en primer lugar, la “adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”; en segundo lugar, si las medidas anteriores no pueden aplicarse por *motivos debidamente justificados*, el empresario buscará garantizar el cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada; y en tercer lugar, de no ser posible el cambio de puesto, la trabajadora quedará “dispensada de trabajo”, teniendo derecho en nuestro país conforme a la normativa objeto de este estudio a prestación por riesgo durante la lactancia natural. La trabajadora en periodo de lactancia no podrá ser obligada, en ningún caso, a realizar actividades en las que la evaluación de su puesto de trabajo haya

determinado la existencia de riesgos de exposición, poniendo en peligro su seguridad y salud.

El empresario estará obligado en los supuestos de despido de la trabajadora en periodo de lactancia, a *entregar los motivos justificados del despido por escrito*, en base a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva.

Finalmente en el Anexo II de la Directiva 92/85/CEE, se establece una lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo que suponen un riesgo para las trabajadoras en periodo de lactancia, siendo estos agentes químicos: el plomo y sus derivados, en la medida de que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano. Y como condiciones de trabajo que suponen un riesgo, los trabajos de minería subterránea.

4.2.2. Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre

Esta Directiva modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, referida a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

La imposición de esta Directiva se fundamenta, en parte, en el derecho de igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación, siendo este un derecho universal reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

En su preámbulo se hace referencia a la postura del Tribunal de Justicia que ha reconocido en numerosas ocasiones que la existencia de un trato desfavorable a las mujeres cuando estas se encuentran en situación de embarazo o maternidad, será constitutivo de discriminación sexual directa. Con respecto a este posicionamiento, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, la cual ha sido analizada en el apartado anterior, se observa con respecto a la protección de la mujer en el periodo

de lactancia que esta “no debe suponer tratar de manera menos favorable a las mujeres en el mercado de trabajo ni debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, de lo cual se presume que en la protección de los riesgos en la lactancia debe prevalecer el cambio de puesto de la trabajadora antes de la suspensión del contrato de trabajo, al suponer esta última medida, un trato menos favorable en la integración laboral de la trabajadora.

Una de las aportaciones de la Directiva 76/207/CEE es la definición de discriminación directa e indirecta, diferenciando entre estas. Conforme a las mismas, se puede considerar la incorrecta aplicación de las medidas establecidas para proteger los riesgos generados en el periodo de lactancia natural como una *discriminación indirecta*, de no cumplirse con los pasos previos a la exención laboral de la trabajadora.

Los empresarios son responsables de prevenir cualquier forma de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo, y estos deberán fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el lugar de trabajo, para lo cual deberán realizar una planificación y aplicarla de forma sistemática. Por su parte, el legislador Español podrá aplicar una “diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo” no siendo esta constitutiva de discriminación cuando se fundamente en la naturaleza de las actividades profesionales, o teniendo en cuenta los riesgos particulares del puesto de la trabajadora en periodo de lactancia (contexto en el que se lleva a cabo la actividad). En cualquier caso la legitimidad de la normativa se basa en requisitos proporcionados en función de los objetivos concretos. No se pueden aplicar medidas que supongan una clara discriminación de la mujer, basadas en la protección de los riesgos especiales por razón de su estado transitorio de maternidad o periodo de lactancia.

Esta Directiva, en su artículo 5.7., establece para la mujer que se reincorpora al trabajo tras un periodo de suspensión del contrato, el derecho a recuperar el puesto de trabajo que venía desarrollando en la empresa o a uno equivalente siempre que este nuevo puesto no le resulte menos favorable y se mantengan las condiciones. Así mismo, se debe tener en consideración que, a su incorporación tras el permiso, tendrá derecho al reconocimiento de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Cualquier trato que se pueda considerar

menos favorable en referencia a estas disposiciones de la Directiva, podrá ser considerado una discriminación.

4.3. NORMATIVA INTERNA

4.3.1. Estatuto de los Trabajadores

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 45, recoge las causas por las que se podrá suspender el contrato de trabajo y los efectos de esta suspensión.

En lo que afecta a la suspensión del contrato por riesgos en el periodo de lactancia natural, el artículo 45 ET lo refleja en su apartado 1.d. estableciendo como requisito que el lactante sea menor de 9 meses.

Es en el primer párrafo de su artículo 48, donde el ET establece que la madre en situación de suspensión del contrato por riesgo en el periodo de lactancia natural, tendrá derecho a reincorporarse a la finalización del periodo de suspensión en el mismo puesto y con las mismas condiciones de las que venía disfrutando. A lo que se añade en el apartado 5 del mismo artículo, que en el supuesto de suspensión del contrato por estas causas, esta suspensión finalizará el día en que el lactante cumpla nueve meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Esto último podría pasar por alto, siendo una de las características de la suspensión del contrato en estos supuestos de mayor importancia, pues el otorgamiento de la suspensión no es definitiva por el periodo transcurrido hasta los nueve meses del lactante, sino que la empresa deberá buscar la reubicación de la trabajadora en un puesto libre de riesgo y esta reubicación será causa de finalización de la suspensión. Asimismo de ser eliminado el riesgo que originó las causas de la suspensión del contrato de la trabajadora en periodo de lactancia, esta suspensión perderá su validez y deberá procederse a la reincorporación de la trabajadora.

En el artículo 55.5.a) ET se establece que el despido será nulo cuando la trabajadora se encuentre en periodo de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, protegiendo de este modo a la trabajadora ante el posible despido por decisión empresarial. También establece que la nulidad del despido será de aplicación, salvo que en el caso concreto se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias señalados. Los efectos de la declaración del despido de la trabajadora como nulo serán la readmisión inmediata del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir.

4.3.2. Artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 26, establece las medidas de protección que afectan al periodo de lactancia natural de la trabajadora.

Dispone que la evaluación de riesgos que se realice en la empresa en cumplimiento de las disposiciones de la propia ley, deberá contemplar los riesgos especiales que afecten a las trabajadoras en los supuestos de embarazo o parto reciente, lo cual afecta a trabajadoras en periodo de lactancia. Esta evaluación deberá reflejar la naturaleza del riesgo, el grado y la duración de la exposición, especialmente en procedimientos o condiciones de trabajo que supongan un riesgo para la salud de la trabajadora o el feto.

Cuando de esta evaluación del puesto se detecten riesgos para la seguridad o salud de la trabajadora, o una posible repercusión sobre la lactancia, se obliga al empresario a la adopción de medidas, siendo estas la adaptación del puesto de trabajo para evitar el riesgo o una reducción de los tiempos de trabajo, minimizando la exposición de la trabajadora. En el caso de ser necesario por resultar un incremento del riesgo que afecta a la trabajadora, se evitará el trabajo nocturno o a turnos, lo cual no viene a decir que la trabajadora que se encuentre en periodo de lactancia no pueda realizar trabajo nocturno o a turnos, sino exclusivamente cuando esto pueda suponer un riesgo acreditado para la misma.

El empresario deberá determinar los puestos de trabajo que están exentos de riesgo para trabajadoras en periodo de lactancia, previa consulta de los representantes de los trabajadores. En el caso de no ser posible la adaptación del puesto de la trabajadora, o si de ser posible siga existiendo riesgo, la empresa deberá reubicarla en un puesto libre de riesgo o función compatible con su estado. Esta medida deberá ir acompañada de un certificado médico del facultativo que asista a la trabajadora en la seguridad social. Este artículo de la LPRL da la posibilidad de que el nuevo puesto o tareas que la trabajadora desempeñe no correspondan a su categoría o grupo profesional, de no existir la posibilidad de uno equivalente, conservando siempre la retribución que venía percibiendo, y especifica que tal medida solo permanecerá mientras se mantenga el riesgo para la trabajadora, por lo que en ningún caso se deberá tomar con un carácter permanente.

Finalmente, y como medida excepcional, en el caso de no ser posible la adaptación del puesto de trabajo, ni la reubicación de la trabajadora a un puesto libre de riesgo, el empresario deberá aplicar la suspensión del contrato de trabajo que refleja el artículo 45 ET, por causa de riesgo en el periodo de lactancia natural.

4.3.3. Capítulo IV QUINQUIES de la Ley General de la Seguridad Social

Este Capítulo de la LGSS, fue añadido por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. En él se establecen como situación protegida, los supuestos en los que la mujer trabajadora y madre lactante se encuentre obligada a ser reubicada en otro puesto de trabajo libre de riesgo conforme a las disposiciones de la LPRL, cuando el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible.

Se tendrá en cuenta que el derecho de la madre trabajadora “a no sufrir la situación de riesgo no deberá verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar, el coste de una prestación que no habría causado si la empresa hubiera causado sus obligaciones preventivas”⁶. Se ratifica, así, la obligación de la empresa de reubicar a la trabajadora en un puesto libre de riesgo o eliminar el riesgo del puesto que esta ocupa, como requisito previo al otorgamiento de la prestación por riesgo durante la lactancia.

Por su parte, determina el artículo 135 LGSS que la prestación económica se concederá en las mismas condiciones previstas para la prestación de riesgo durante el embarazo, las cuales nacerán el día que se inicie la suspensión del contrato motivada por el riesgo al que se encuentra expuesta la trabajadora, incompatible con su situación de madre lactante y finalizara en el momento de la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo original o a otro puesto compatible con su situación.

La cuantía de la prestación se equipara a la correspondiente a prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias profesionales. Consistiendo en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente.

Corresponderá la gestión y el pago de la prestación a la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, esto procederá en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

⁶ STS de 22 de noviembre de 2012.

4.3.4. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo

Es de especial inclusión en la materia objeto de esta aproximación, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. En consideración de la posible situación discriminatoria que puede verse influenciada por la imposibilidad de la trabajadora a la exposición a determinados riesgos que puedan suponer un peligro para esta o para el lactante, lo cual supone la aplicación de determinadas medidas organizativas por parte de la empresa. En protección de cualquier medida empresarial que pueda poseer un carácter discriminatorio, se aplican las disposiciones de esta ley cuyo objeto es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida, y singularmente, en la esfera política, civil, laboral, económica, social y cultural.

Se establece una igualdad de trato y oportunidades en el acceso al empleo, aplicable tanto en el ámbito del empleo privado, como público. Una forma de cumplir con esta disposición por parte de las empresas, es la creación de puestos de trabajo libres de riesgo, para la reubicación de mujeres embarazadas o madres lactantes. Cuando la empresa cumple con estas medidas, está generando igualdad efectiva.

Otro objetivo promulgado por la Ley Orgánica 3/2007, es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De una forma concreta haciendo referencia a la prestación por riesgos en el periodo de lactancia natural en su artículo 58, y dentro de sus principios generales, donde promulga la protección en el periodo de lactancia.

Situado en los principios de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella, cuando las condiciones de la trabajadora funcionaria en el puesto de trabajo pudiera influir de forma negativa en su salud o la del lactante, abriendo la posibilidad a la concesión de licencia por riesgo durante la lactancia natural.

También hace referencia al periodo de lactancia concedido a la trabajadora a modo de permiso por lactancia de un hijo menor de 9 meses, que le dará derecho a una hora de ausencia del trabajo que esta podrá dividir en dos fracciones, incrementándose proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La trabajadora tendrá la posibilidad de sustituir este derecho por la reducción en su jornada de media hora diaria o acumularlo en jornadas completas en los términos que prevea la negociación colectiva. Una de las principales características diferenciales de este permiso con el de riesgo en el periodo de lactancia natural, es que este podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre del lactante, en cumplimiento del establecimiento de una igualdad efectiva.

4.3.5. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo

Este Real Decreto, amplía la protección en su artículo 49, englobando no solo a las trabajadoras por cuenta ajena, sino que equipara la prestación para trabajadoras por cuenta propia cuando el desarrollo de la propia actividad pudiera suponer un riesgo para la mujer o el hijo. Y en el caso de funcionarias integradas en el régimen general e incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por su parte determina que no será situación protegida, cuando no se encuentre relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñada.

El Real decreto determina que no será compatible el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, mientras perdure la prestación por periodo de descanso maternal.

En cuanto a la extinción de la prestación, se determina que ésta finalizará cuando el lactante cumpla los 9 meses como ya se venía determinando en la normativa anterior analizada, una vez se reincorpora la trabajadora a su puesto de trabajo o puesto compatible libre de riesgo, por la interrupción de la lactancia natural, fallecimiento de la beneficiaria o en el supuesto de extinción del contrato de trabajo.

Tanto la trabajadora como la empresa, serán responsables obligados de informar de cualquier modificación que suponga la extinción de la prestación a la entidad gestora o colaboradora. Por su parte la entidad responsable, podrá establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación otorgada.

En su disposición adicional segunda, establece que el organismo competente para otorgar la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante la lactancia natural, será la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas que haya asumido las transferencias en materia sanitaria. La expedición de esta certificación, tendrá carácter preferente y constara de un original y dos copias, para el trabajador, la empresa y el servicio médico respectivamente.

La entidad gestora responsables de la gestión y el pago de la prestación, podrá solicitar la aportación de la evaluación inicial de riesgos del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, y la relación de puestos de trabajo libres de riesgo.

4.3.6. Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo

Este consta de un artículo único por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Incluyendo en este un listado no exhaustivo de los agentes, procedimiento y condiciones de trabajo que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada, en periodo de lactancia natural, al feto o niño en periodo de lactancia natural.

Esta listado se deberá incluir en la evaluación del puesto cuando el mismo sea susceptible de riesgo específico de exposición a los agentes recogidos en el listado. No debe caerse en el error de evaluar solo los agentes, procedimientos de trabajo y condiciones recogidos en este listado, pues deberá llevarse a cabo una evaluación completa de los puestos de trabajo, para que sean determinados libres de riesgo.

Por su parte, esta modificación normativa no consiste en reducir el nivel de protección que existe en nuestro país respecto a las trabajadoras embarazadas y madres en periodo de lactancia, pretende servir de herramienta facilitadora para la realización de las evaluaciones de riesgos, no afectando a la seguridad que hasta el momento se venía dando, manteniendo el carácter de listas no exhaustivas, lo que da lugar a la determinación de nuevos productos o situaciones de riesgo que puedan ser añadidas en la evaluación individual de riesgos del puesto.

Se dividen los agentes susceptibles de riesgo en tres grupos que se corresponden al origen del riesgo, físicos, químicos y biológicos. De especial afección a madres en periodo de lactancia natural, es el riesgo generado por los agentes químicos, algunos de los elementos que figuran en el listado y son considerados de mayor riesgo por su uso frecuente en la industria son, el mercurio y sus derivados, monóxido de carbono, medicamentos antimitóticos, agentes químicos de penetración cutánea y sustancias etiquetadas R40, R45, R46, R49, R68, R62 y R63 por el reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo. Así como aquellas sustancias etiquetadas conforme al Reglamento 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre la clasificación, envasado de sustancias y mezclas, con las categorías de H351, H350i, H341, H361f, H361d y H361fd.

El Anexo VIII añade a estas sustancias, el plomo y sus derivados, en la medida que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el cuerpo humano. Y en cuanto a condiciones de trabajo, las que se dan en trabajos de minería, por suponer un riesgo alto para la madre en periodo de lactancia natural y para el lactante.

5. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO EN EL PERIODO DE LACTANCIA NATURAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente apartado se establece una aproximación real a los criterios de reconocimiento que los diferentes órganos jurisprudenciales aplican en la determinación de la existencia de prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural.

5.1. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1.1. La STJUE de 1 de julio 2010 Caso Parviainen⁷

De entre la jurisprudencia existente de referencia, destaca el Caso Parviainen, que ofrece una visión actualizada de la orientación que muestra el TJUE de la Unión Europea.

El objeto de esta sentencia es determinar las condiciones retributivas correspondientes a la trabajadora que ha sido reubicada en un puesto de trabajo libre de riesgo, en virtud de la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

El tribunal se basa en la legislación de referencia de la Directiva 92/85, que determina que esta protección en ningún caso deberá desfavorecer a la mujer en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Así como que las medidas tomadas en cuanto a la organización del trabajo, deberán ser acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo.

La trabajadora venía desempeñando las funciones de azafata de vuelo en la categoría de jefa de cabina, una parte importante de su remuneración global consistía en complementos los cuales variaban considerablemente, dependiendo de la categoría. Al ser reubicada a un puesto en tierra, libre de riesgo, esta ve disminuida su remuneración.

⁷ Sentencia nº 2010/211

El Alto Tribunal determina que durante el permiso de maternidad debe garantizarse a las trabajadoras un volumen de ingresos, al menos equivalente al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en el caso de interrupción de sus actividades por razones de salud, tanto si se abonan como una prestación, como cuando se abonan como una remuneración o como una combinación de ambas.

El tribunal va más allá en su dictamen, aportando que la trabajadora tendrá derecho además del salario base que venía percibiendo en el puesto de origen, a todos aquellos complementos salariales inherentes a su condición profesional, como los complementos relacionados con su calidad de superioridad jerárquica, con su antigüedad y sus cualificaciones profesionales. Pero ello no obliga a aplicar un cálculo de la remuneración del promedio salarial que incluya los complementos ligados a las condiciones de trabajo.

5.2. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

5.2.1. STS (Sala de lo social, Sección 1º) de 24 de enero de 2017⁸

Esta sentencia afecta a la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, en tanto a la cuantía correspondiente y el derecho de la madre lactante al mantenimiento de las condiciones salariales que venía percibiendo previas a su situación de protección debido a los riesgos generados por el puesto de trabajo.

Se debate, como núcleo de la controversia, la merma retributiva derivada de la gestación y condición de madre lactante. En el caso tratado, se trata de una trabajadora que presta servicios en el Servicio Madrileño de Salud, en la categoría de Médico Interno Residente de primer año.

A la trabajadora, por su situación de madre lactante, se le adapta el puesto de trabajo, siguiendo las medidas y recomendaciones del Servicio de prevención del propio hospital y, tras esta adaptación, se determina una reducción de su salario en virtud del complemento de atención continuada, que esta venía percibiendo por la realización de guardias, las cuales ha dejado de realizar debido a esta adaptación del puesto. Pidiendo

⁸ Sentencia nº 43/2017.

la trabajadora el abono correspondiente a este concepto por el tiempo que viene prestando servicios en el puesto de trabajo, conforme al criterio aplicado en la sentencia de contraste (STSJ de Castilla la Mancha nº 918/2012, de 7 de noviembre de 2012), en la que se señala que “el complemento de atención continuada no está necesariamente vinculado a la prestación efectiva de los servicios”, declara que la trabajadora no debe sufrir los perjuicios de la adaptación del puesto de trabajo a su situación de embarazo.

La sentencia aporta que la cuestión objeto del debate no es la naturaleza jurídica del tiempo de trabajo durante las guardias médicas, sino el derecho de la trabajadora en periodo de lactancia al mantenimiento de las condiciones de trabajo y en base a ello, no sufrir un menoscabo que afecte al principio de igualdad y al derecho a la no discriminación.

Habida cuenta que se trata de una situación necesaria de protección de la salud de la trabajadora en periodo de lactancia y del propio lactante, se ve obligada a la no prestación de servicios en las guardias que pudieran haberle correspondido durante el periodo afectado. La merma retributiva es considerada como una situación contraria a la protección de la igualdad entre mujeres y hombres, provocando una discriminación directa. Ello es así, pues se trata de una merma que afecta exclusivamente a la condición femenina, al derivar de disposiciones en materia de prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia.

En la Directiva 92/58, en su artículo 11, se establece que “la remuneración de la trabajadora que debe mantenerse durante el traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su situación, no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora” por lo que cualquier minoración salarial ha de ser rechazada, al estar ante una reducción que va más allá de la pérdida de un complemento, sino que esto sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior, con lo que se pone en juego el objetivo que tiene la protección de la seguridad y salud de la trabajadora con la adaptación del puesto de trabajo.

Finalmente el órgano judicial da la razón a la demandante, estimando el recurso a la sentencia que anteriormente no observó discriminación alguna, y dictaminado que la doctrina correcta es la que se encontraba en la sentencia de contraste.

5.2.2. STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 13 de mayo de 2015⁹

Esta sentencia resuelve el supuesto de una trabajadora que presta sus servicios como educadora en una fundación, a turnos rotativos de mañana y tarde, que incluyen fines de semana. La tarea realizada en el centro es la intervención directa con menores, siendo la responsable de la formación integral de los que están a su cargo.

Debido a su situación de madre lactante, la trabajadora pide el reconocimiento de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural. Previamente a esta solicitud la empresa ha certificado que no existe puesto libre de riesgo en la empresa. La trabajadora no ha sido protegida de los riesgos genéricos que afectan a su puesto de trabajo, los cuales se determinan en el “riesgo de agresión por parte de algún usuario del centro y posible transmisión de enfermedades infecto contagiosas”; a esto debemos añadir la previsión del artículo 16 LPRL, sobre las medidas de protección que corresponden a la trabajadora en periodo de lactancia, conforme a las cuales, cuando resulte necesario incluirán la no realización del trabajo nocturno o trabajo a turnos.

Respecto a los riesgos establecidos, el tribunal dictamina que “la ausencia de pruebas sobre la existencia de riesgos específicos aún cuando consten los genéricos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural”, así como que los riesgos deben aparecer debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia.

Para proteger a la madre lactante de los riesgos derivados del trabajo a turnos propio del puesto de trabajo que desempeña, el tribunal considera que para poder analizar el supuesto de riesgo que supone el trabajo a turnos para el supuesto concreto de la trabajadora en periodo de lactancia, “el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto al sistema a turnos y distribución horaria”; por tal motivo, el tribunal considera que tal riesgo se puede apreciar “cuando los horarios de

⁹ Sentencia nº 3114/2013

trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante”; esto es así cuando se haga incompatible con la toma directa y esta no pueda ser sustituida por la extracción de la leche, excepto que se acredite que esta extracción supone un método “no aconsejable para la salud de la madre o del lactante”.

Por ello, el tribunal considera que no existe riesgo que de derecho a prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, al considerar que no se cumplen los requisitos para la suspensión del contrato por existencia del riesgo. En cualquier caso, habrían de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos, los cuales son, la identificación de los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y la imposibilidad del cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga riesgo o con niveles de riesgo tolerables y controlados.

5.2.3. STS (Sala de lo social, Sección 1º) de 24 de abril de 2012¹⁰

En esta sentencia se plantea el caso de una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia. La trabajadora ocupa el puesto de tripulante de cabina de pasajeros en una empresa de transporte aéreo. La trabajadora pide el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, al considerar la existencia de riesgo en el puesto de trabajo, ya que anteriormente se le había concedido la prestación de riesgo durante el embarazo, al contemplar en la evaluación de riesgos que realiza la empresa los relativos al puesto que esta ocupa de “trabajo en atmosferas de presión sobreelevada, fatiga mental y física debido al trabajo a turnos que esta realiza, trabajo nocturno y turnos irregulares, así como el estrés profesional”.

Por su parte, la empresa no reconoce la existencia de estos riesgos para la madre en periodo de lactancia, basándose en el informe de evaluación de riesgos laborales que esta misma realiza para la situación descrita de lactancia natural, donde no se refleja prohibición, ni restricciones. En cuanto a los riesgos inherentes al puesto de trabajo se encuentran: caída de persona al mismo nivel, caída de objetos en manipulación, caída de objetos desprendidos, sobreesfuerzos, contactos térmicos, contactos eléctricos indirectos, incendios, exposición a contaminantes biológicos, horarios de trabajo.

¹⁰ Sentencia nº 818/2011

Reconoce la empresa con ello la existencia de riesgos biológicos en el entorno de trabajo, los cuales se encuentran en lugares de hacinamiento o contacto humano cercano. Estos riesgos biológicos son eliminados por la empresa alegando el uso de guantes para la recogida de basuras, así como añade que en el puesto de la trabajadora es difícil contraer el virus VIH por un pinchazo, siendo este el único contraindicado para la lactancia según alega la empresa. También reconoce que la situación de nocturnidad y el trabajo a turnos, puede hacer más incómoda la lactancia por el horario.

Por su parte, los pediatras aconsejan que durante los primeros meses de vida es recomendable para el bebé la lactancia materna como el alimento ideal, pues la lactancia natural reduce la incidencia y gravedad de enfermedades infecciosas, disminuyendo la morbilidad y mortalidad infantiles, proporciona la alimentación ideal al lactante y contribuye a su crecimiento y desarrollo saludables, promueve la salud de la mujer al reducir el riesgo de cáncer de mama y ovario, y al aumentar el intervalo entre embarazos, proporciona a la mayoría de las mujeres un sentimiento de satisfacción cuando se lleva a cabo con éxito¹¹.

En la sentencia se recuerda lo dispuesto por el artículo 26.2 LPRL, donde se establece que la empresa ha de hacer una evaluación específica de los riesgos para la trabajadora en periodo de lactancia, donde se determine la naturaleza, el grado y la duración de la exposición. Determinado el riesgo, el empresario debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de la trabajadora al mismo, mediante la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo y solo cuando ello no sea suficiente, esta podrá ser trasladada a un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado.

El tribunal resuelve el reconocimiento de la existencia de riesgo por el particular régimen de trabajo, debido al sistema de turnos y la distribución horaria que afecta al puesto y que cuando coincide su prestación de servicios en vuelo, las tomas se ven impedidas, así como la extracción de la leche materna y su conservación por falta de

¹¹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA. (2008) “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”. Ed. Instituto Nacional de la Seguridad Social y Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas. Pág.7

espacio adecuado en las aeronaves y la insuficiencia de instalaciones frigoríficas en las mismas. El tribunal aporta jurisprudencia a la materia en tanto que establece el reconocimiento del riesgo para la madre lactante cuando se aprecie que los horarios de trabajo resulten inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, siempre que no sea posible compatibilizar la toma o extracción de la leche, puesto que el abandono de estas puede provocar riesgos de mastitis, la inhibición definitiva de la leche.

En el supuesto de hecho el tribunal entra a valorar que la empresa no cumple con el proceso establecido, ya que la situación exigía la evaluación previa por parte de la empresa y la inclusión del riesgo, así como de las medidas para evitarlo dentro del plan de prevención. La no valoración del riesgo existente genera que la situación de riesgo para la madre lactante perdure y se obligue a la trabajadora a permanecer en el puesto, esta situación nunca debió producirse por lo que el juez impone a la mutua el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el periodo de lactancia, debido a este incumplimiento de la empresa, en protección de la salud de la madre y el lactante.

5.2.4. STSJ de Cataluña (Sala de lo social) de 26 de enero de 2016¹²

En la sentencia, el TSJ de Cataluña, responde ante la demanda planteada por una trabajadora del servicio de ambulancias que presta sus servicios como conductora de transporte sanitario. Esta tiene asignadas las tareas de conducción de vehículos, movilización de enfermos y/o accidentados y el traslado desde el lugar de la emergencia al centro sanitario.

Por su situación de madre lactante en base a los riesgos determinados en su puesto de trabajo por el servicio de prevención de la empresa contratante, la trabajadora solicita el reconocimiento de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, la cual es denegada por la empresa de ambulancias y la Mutua correspondiente.

El tribunal aporta su criterio en esta sentencia dictaminando que si bien se ha realizado por parte del servicio de prevención de la empresa, la evaluación de riesgos del puesto de la trabajadora, en la que esta basa su reconocimiento. En esta evaluación, se indican una serie de riesgos inespecíficos, por cual no pueden ser relacionados con la situación protegida propia del embarazo o lactancia natural. No considerando el tribunal la existencia demostrada de riesgos específicos en relación a la lactancia natural, determinando este que “la prestación de riesgo durante la lactancia se relaciona con riesgos y patologías que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo, siempre y cuando vayan relacionados con agentes, procedimiento o condiciones de trabajo”.

Como indica el artículo 26 de la LPRL, se debe comprender en la evaluación realizada la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Siendo preciso “conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo”¹³

¹² Sentencia nº 399/2016.

¹³ STS de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060).

En la evaluación de los riesgos del puesto de la trabajadora de la empresa aportada para la solicitud del reconocimiento a la prestación, el tribunal considera que se habla de riesgos específicos para el embarazo y la lactancia natural, sin distinguir entre estos, cuando en realidad se trata de situaciones muy distintas, siendo mayores los riesgos en la situación de embarazo que durante la lactancia, por lo que considera lógica la solicitud de la mutua de otro informe concreto de los riesgos que afectan a la trabajadora en el periodo de lactancia, así como ve correcta la evaluación de riesgos realizada sobre aquellos que afectan exclusivamente a la situación de madre lactante de la trabajadora, donde la empresa hace constar que no existían riesgos específicos para dicha situación.

Es por ello que el TSJ falla dando la razón a la empresa de ambulancias y Mutua, en la denegación de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, al no existir riesgos específicos debidamente acreditados en el puesto de trabajo, haciendo necesaria una nueva evaluación de riesgos del puesto de trabajo que refleje los riesgos específicos para el periodo de lactancia de la trabajadora.

6. LA PRESTACIÓN POR RIESGO EN EL PERIODO DE LACTANCIA NATURAL EN CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES DE LA REGIÓN DE MURCIA

El estudio de los convenios colectivos se hace necesario para completar el régimen jurídico diseñado en los artículos 45 y 48 ET, y ayuda a una mejor definición de los requisitos que condicionan la concesión de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural.

En el análisis de las disposiciones de la negociación colectiva se hace característica la escasa referencia que se hace en esta con respecto a la materia objeto estudio. De ello se deduce un ajuste de los convenios colectivos a las disposiciones normativas que afectan a la materia en cuanto a la prestación y los riesgos que afectan a la madre o al lactante en el periodo de lactancia natural.

Se analizan los convenios colectivos sectoriales de nueva negociación de la Región de Murcia, recogidos en el último informe de la Confederación Regional de Organizaciones empresariales de Murcia.¹⁴ Del mismo modo, y por el interés de su contenido, se añade al análisis de convenios colectivos, el XVIII convenio colectivo general de la industria química, el cual dedica una parte importante de su articulado a la protección de los riesgos en el periodo de lactancia natural.

El riesgo durante la lactancia es abordado por la negociación colectiva en los términos:

¹⁴ CONFEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE MURCIA. (2015). *Clausulas de seguridad y salud laboral en convenios colectivos de nueva negociación*. Fundación para la prevención de riesgos laborales. Pág.10

6.1. Convenio colectivo de Madera, Carpintería, Ebanistería y Tapicería¹⁵

Este convenio sectorial es de aplicación a todas las empresas dedicadas a las actividades relacionadas en el Anexo II del mismo, incluyendo a aquellas empresas y todos sus centros de trabajo que, sin estar incluidas en este de forma explícita, su actividad principal esté orientada a la industria de la madera y el mueble. El ámbito de aplicación territorial de este convenio es el de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Este convenio tiene escasas referencias en materia de seguridad y salud, centrándose en su capítulo undécimo a la vigilancia de la salud en cuanto a la realización de reconocimientos médicos y evaluaciones de riesgos.

Con respecto a la prestación por riesgos en el periodo de lactancia, el convenio colectivo únicamente regula el permiso de lactancia, no refiriéndose a los riesgos que la afectan, otorgando a la madre el derecho a ausentarse del puesto de trabajo durante una hora o dos fracciones de media hora, las cuales podrá sustituir por la acumulación en jornadas completas o reducción a media jornada, por acuerdo con el empresario y siempre que las necesidades de la empresa lo permitan. A este permiso el convenio colectivo le otorga una duración de hasta los 9 meses de vida del lactante.

Cabe señalar las disposiciones del artículo 50, destinado a la igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras del sector, en el que se adoptan las medidas otorgadas por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En su apartado b), en lo que podría ser tomado como una declaración de intenciones, se establece la “ayuda a las trabajadoras y trabajadores en sus derechos referidos a los periodos de lactancia”; con ello se invitaría a las empresas a trabajar en medidas facilitadoras para las trabajadoras que se encuentren en situación de riesgo en el periodo de lactancia y la gestión de la prestación correspondiente.

Del mismo modo, se prevé la “suspensión con reserva a puesto de trabajo en los supuestos de parto de la mujer trabajadora, y en los casos de riesgos durante el

¹⁵ Resolución de 2 de febrero de 2015. BORM de 21 febrero.

embarazo”; este no habla de riesgos en el periodo de lactancia y aun siendo considerado como una carencia del convenio, no cabe duda que dicha protección también resulta aplicable, conforme a las disposiciones normativas de rango superior.

6.2. Convenio colectivo de Tomate Fresco (Manipulado y Envasado)¹⁶

Conforme establece el propio convenio, su ámbito de aplicación se extiende a todas aquellas empresas dedicadas al manipulado y envasado de tomate fresco, como actividad mayoritaria, así como a otros manipulados de productos hortícolas que se puedan realizar en los citados centros de trabajo. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de este convenio colectivo sectorial será el de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Su capítulo IV, bajo la denominación de condiciones sociales, agrupa las disposiciones en materia de salud laboral, donde establece de una forma concreta, que en protección de la maternidad serán de aplicación las disposiciones del artículo 26 de la LPRL, el cual recoge de un modo abstracto y presumible las disposiciones que afectarían al riesgo en el periodo de lactancia, ya que este convenio sectorial no hace especial referencia en ninguno de sus apartados a esta protección de los riesgos en la lactancia.

Si señala hasta en dos ocasiones el permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, otorgando a esta al igual que en otros convenios analizados, el derecho a la madre en periodo de lactancia de ausentarse del trabajo por un periodo de una hora, que podrá dividir en dos fracciones. Este convenio añade que la duración de este permiso se podrá ver incrementada de forma proporcional en el caso de parto múltiple. También otorga la posibilidad de la trabajadora de sustituir este permiso por una reducción de jornada de media hora diaria o la acumulación en jornadas completas acordadas con el empresario. Por último, señala que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponderá determinarla a la trabajadora libremente dentro de su jornada ordinaria, siempre que se cumpla con un preaviso de 15 días de antelación a su reincorporación tras el permiso de maternidad disfrutado.

¹⁶ Resolución de 29 de octubre de 2015. BORM de 20 de noviembre.

6.3. Convenio colectivo de Confeitería, Pastelería, Masas Fritas y Turrone¹⁷

Su ámbito de aplicación se extiende a “todas las empresas de la Región de Murcia y personal al servicio de las mismas, que se dediquen a las actividades de fabricación de dulces, repostería industrial, obradores y despachos de confitería, pastelería, repostería, bollería, masas fermentadas, turrone y actividades complementarias, así como a las dependencias mercantiles, servicios auxiliares y complementarios de estos” conforme establece el propio convenio.

Este convenio colectivo sectorial contiene un extenso capítulo destinado a la seguridad y salud de los trabajadores, siendo el convenio analizado de nueva negociación que más profundiza en la materia, si bien es cierto que gran parte de su contenido es una remisión completa a las disposiciones de la LPRL.

Refleja la obligatoriedad del empresario en el estudio inicial sobre la evaluación de riesgos de todos los puestos de trabajo de la empresa y la realización de un plan de prevención. Asimismo, el convenio profundiza en las características que deberá contener la evaluación inicial de riesgos realizada en las empresas del sector. Del mismo modo en su Capítulo XIII denominado “Igualdad de oportunidades”, se establece una especial protección de las situaciones de embarazo o maternidad para evitar la discriminación de las mujeres, obligando a las empresas a la creación de una comisión de igualdad encargada de la realización del plan de igualdad.

Este convenio no integra en su contenido ninguna medida de protección orientada a los riesgos que puedan ser generados en el periodo de lactancia. Establece, en lo que se refiere a este periodo, exclusivamente el permiso por lactancia, al que otorga una hora de ausencia del puesto de trabajo, la cual podrá ser repartida en dos periodos de media hora por jornada. Ofrece la posibilidad a la trabajadora de sustituir este derecho por una reducción de jornada de media hora, hasta que el lactante alcance los 9 meses de vida. Es característico del convenio colectivo, que a diferencia del resto de los analizados, establece con exactitud las jornadas completas por el que podrá optar la trabajadora en la acumulación de estas horas de permiso de lactancia, otorgando derecho a 12 jornadas completas.

¹⁷ Resolución de 6 de octubre de 2015. BORM de 19 de octubre.

6.4. Convenio colectivo de Frutas Frescas y Hortalizas (Manipulado y Envasado)¹⁸

Su ámbito de aplicación es todas aquellas empresas o centros de trabajo que se dediquen al manipulado y envasado de fruta fresca y hortaliza de la Región de Murcia.

El convenio colectivo dedica su capítulo X a las medidas de “seguridad y salud laboral”; en este capítulo recoge la política preventiva que deben cumplir las empresas del sector en cuanto a la constitución de comités de seguridad y salud, la evaluación de los riesgos de todos los puestos de trabajo de la empresa y la elaboración de un plan de prevención.

El convenio colectivo no hace referencia a los riesgos generados en el periodo de lactancia, con lo que se confirma la escasa regulación en la negociación colectiva en referencia a la protección de los riesgos en la maternidad y periodo de lactancia que se refleja en los convenios de nueva negociación de la Región de Murcia.

6.5. XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química¹⁹

La aportación del análisis de este convenio colectivo se justifica por la dedicación de su articulado a la protección de los riesgos generados en el periodo de lactancia natural. Es tomado como referencia para justificar hacia donde debe dirigirse la negociación colectiva en la Región de Murcia.

Entre las medidas aportadas se establece que, al cuantificar y catalogar las causas de absentismo, no será computable a efectos de tal cuantificación, las “ausencias por lactancia de hijo menor de 9 meses”.

En lo referente a la distribución de la jornada, establece en su artículo 42, que la prolongación de la jornada a consecuencia de una distribución irregular o de la aplicación de un horario flexible, “no podrá ser aplicada a trabajadores o trabajadoras que tengan limitada su presencia por razones de seguridad y salud”, así como cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia. También establece que no les podrán ser de aplicación del mismo modo las horas de “Flexibilidad inversa”.

¹⁸ Resolución de 30 de junio de 2015. BORM de 9 de julio.

¹⁹ Resolución de 3 de agosto de 2015. BOE de 19 de agosto.

En cuanto a la distribución de los turnos, en su artículo 44, el convenio colectivo establece que tendrán preferencia en la elección de turno, las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. Con ello se protege a la trabajadora cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 26 LPRL.

Las vacaciones se encuentran reguladas en el artículo 47, aportando en relación al periodo de lactancia, que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 ET, la trabajadora tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso. Creando de este modo un derecho de la trabajadora al disfrute de las vacaciones una vez finalizada la situación de lactancia, aunque haya terminado el año natural al que corresponda.

En cuanto a la reducción de jornada por motivos familiares, es en su artículo 49.1 donde otorga a la trabajadora en periodo de lactancia de un hijo menor de 9 meses, el derecho a una hora de ausencia del trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones y en caso de parto múltiple se verá incrementado. Este permiso podrá ser sustituido por reducción de jornada proporcional de media hora o por la acumulación en jornadas completas, en este último caso, el convenio colectivo establece un preaviso a la empresa de un mes, a diferencia de los establecidos en el resto de convenios colectivos de nueva negociación de la Región de Murcia que han sido analizados. Así como que necesariamente el disfrute de la acumulación en jornadas completas deberá ser consecutivo a la finalización del permiso por maternidad.

Pero es en su artículo 50, donde este convenio colectivo se vuelve referente en materia de protección de los riesgos generados en el periodo de lactancia. Su profundización en la regulación de “la suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento”, aportando que en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo en el periodo de lactancia natural, dentro de los términos previstos por el artículo 26 LPRL, la suspensión del contrato finalizará el día que el lactante cumpla 9

meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado, libre de riesgo.

En el capítulo IX denominado “seguridad y salud laboral” se establece la obligación del empresario de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o durante el periodo de lactancia natural a los riesgos que se han determinado en la realización de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo, que pueden afectar a la salud de la trabajadora o del lactante. Para ello se establece una adaptación de las condiciones de trabajo y del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, teniendo en cuenta las limitaciones en la realización del trabajo nocturno y a turnos.

Finalmente aporta otra obligación del empresario que aumenta la eficacia de la protección de la trabajadora, estableciendo para la evaluación de riesgos del puesto, que esta debe contemplar la idoneidad para la mujer embarazada o durante el periodo de lactancia natural de los puestos, régimen horario y condiciones de trabajo, siempre mediando prescripción facultativa.

7. APORTACIONES PRÁCTICAS PARA EMPRESAS

Tras la revisión normativa realizada en referencia a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, así como una revisión actualizada de los criterios jurisprudenciales que resuelven las controversias planteadas en la materia y el análisis de las tendencias en la negociación colectiva que se presentan en la Región de Murcia, resulta de interés aportar recomendaciones prácticas que sirvan de base a la correcta adaptación de las empresas y a la eficaz protección de las trabajadoras en periodo de lactancia.

Con las siguientes medidas propuesta se trata de evitar la situación coyuntural y de incertidumbre en la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades y características de la trabajadora en periodo de lactancia; tras su reincorporación, una vez finalizado el periodo de descanso por maternidad y lactancia; cuando la trabajadora por decisión propia muestre su deseo de mantener la lactancia natural de su hijo, requerirá de una protección adicional en cuanto a los riesgos que puedan existir en su puesto de

trabajo y de la disposición adicional de tiempos para dar las “tomas” correspondientes a esta alimentación del lactante.

Se propone el establecimiento de un procedimiento de actuación que emane de la iniciativa de la propia empresa, en colaboración con los representantes de los trabajadores y el servicio de prevención de la empresa, en el que se plasme los pasos a seguir desde el momento en el que se tiene constancia de la situación de maternidad de la trabajadora. Se trataría de una medida con la que se lograría una mayor capacidad de reacción por parte de la empresa en cuanto a la previsión de los riesgos generados en el periodo de lactancia, anticipándose en los análisis específicos del puesto por parte del servicio de prevención y aplicando una fórmula organizativa establecida en consenso adaptada a la situación de especial sensibilidad de la trabajadora.

Estas medidas de adaptación organizativa pueden oscilar desde la total flexibilidad horaria de la trabajadora en el cumplimiento de su jornada laboral, siempre que las características del puesto desempeñado lo permitan, hasta la reubicación de la trabajadora en un puesto libre de riesgo y que permita tal flexibilidad horaria. El *protocolo de actuación* también debe destinar una parte del mismo a la orientación de la trabajadora en cuanto a los requisitos y pasos que debe cumplir para la solicitud de la prestación correspondiente al riesgo en el periodo de lactancia de no ser posible la permanencia de la trabajadora desempeñando un puesto de trabajo propio o adaptado en la empresa, por los riesgos que ello supone para la trabajadora o el lactante; en este caso, se aportará en el protocolo el proceso a seguir para la gestión de la suspensión. Esta medida se convertirá en un apoyo a la trabajadora, mostrando el interés de la empresa por su permanencia y por el cuidado de su salud y la de su hijo, pudiendo obtener un mayor compromiso y motivación de la trabajadora, así como mayor acercamiento a la total conciliación de la vida familiar y laboral.

La implantación de estos procedimientos de actuación en las empresas, se supondrían una mayor protección y prevención efectiva frente a los riesgos del trabajo, por lo que tendrá un carácter subsidiario en cuanto a las disposiciones de la negociación colectiva, dotando a la empresa de plena disposición en las medidas aportadas y la organización de las mismas, siempre que estas no sean contrarias a las disposiciones

legislativas y jurisprudenciales, y sean adecuadas al sentido común en virtud de sus objetivos. Como aportación se establecen los siguientes puntos que pueden formar parte de un procedimiento adecuado de actuación la protección de los riesgos en el periodo de lactancia natural:

- Deberá reflejar puestos libre de riesgo para la lactancia que estén dotados de una mayor flexibilidad organizativa.
- Proceso de evaluación de los riesgos que afectan a la lactancia; este proceso supondrá una evaluación específica del puesto de trabajo donde se diferenciará los riesgos correspondientes al periodo de maternidad y aquellos exclusivos del periodo de lactancia.
- Reflejo de la cultura empresarial en la actitud de protección activa de la trabajadora. Ello supondría no esperar de forma reactiva la solicitud de la trabajadora, actuando la empresa con la aportación a la trabajadora de una planificación de su carrera por el tiempo que perdure la situación de riesgo.

Estas aportaciones prácticas buscan crear una base sobre la que las empresas desarrollen su propia cultura de protección del trabajador. No se trata, por ello, de profundizar mucho más en puntos concretos que contendría el procedimiento de actuación de una empresa; en su lugar se pretende abrir estas vías para que la propia empresa haga uso de sus recursos y adapte los criterios a su situación específica.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El empresario estará obligado a la realización de una evaluación de riesgos específica del puesto de la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia natural, donde se determine la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la misma o el lactante, y en cualquier actividad que pueda ser susceptible de presentar un riesgo específico. Esto es requisito previo imprescindible para el reconocimiento de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural.

SEGUNDA.- Los resultados de la evaluación de los riesgos específicos del puesto que afectan al periodo de lactancia deben ser comunicados por la empresa a la trabajadora afectada y sus representantes.

TERCERA.- El empresario creará puestos de trabajo libres de riesgos para la reubicación de mujeres embarazadas o madres lactantes que se encuentren expuestas a un riesgo para su estado de especial sensibilidad, el cumplimiento de esta medida supone generar igualdad efectiva en la empresa.

CUARTA.- En primer lugar, procede adaptar las condiciones del puesto de trabajo, horarios y tiempo de trabajo. De no ser posible por razones debidamente justificadas, se buscará garantizar la reubicación de la trabajadora a un puesto libre de riesgo para su situación de madre lactante y, finalmente, de no ser posible el cambio de puesto de la trabajadora esta deberá quedar dispensada del trabajo. Es en este supuesto cuando correspondería el reconocimiento de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural y la suspensión del contrato a la trabajadora.

QUINTA.- La incorrecta aplicación de las medidas para proteger los riesgos generados en el periodo de lactancia natural, pueden ser consideradas como una discriminación indirecta, si no se cumple con los pasos previos a la exención laboral de la trabajadora mediante suspensión del contrato. Es preciso evitar la aplicación de medidas que supongan una discriminación de la mujer, por razón de su estado de madre lactante.

SEXTA.- La suspensión finalizará el día que el lactante cumpla 9 meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. Por lo que el otorgamiento de la suspensión no es definitivo por el periodo transcurrido hasta los 9 meses de vida del lactante.

SÉPTIMA.- La trabajadora, finalizado el periodo de suspensión, tendrá derecho a recuperar el puesto de trabajo que venía desempeñando o uno equivalente, siempre que este nuevo puesto no le resulte menos favorable y se mantengan las condiciones, así como tendrá derecho a cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido optar durante su ausencia. Se considerará discriminatorio cualquier trato menos favorable al respecto.

OCTAVA.- La prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, no solo está prevista para las trabajadoras por cuenta ajena recogidas dentro del artículo 1 ET, sino que será de aplicación a funcionarias, contratadas administrativas y personal estatutario, integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo de aplicación supletoria a los regímenes especiales de funcionarios.

NOVENA.- Ante la situación la existencia de riesgos en el periodo de lactancia, la trabajadora tendrá derecho al mantenimiento de las condiciones salariales que venía percibiendo, al margen de las medidas adoptadas en la adaptación de su puesto de trabajo, así como del mantenimiento de aquellos complementos que afecten al puesto de trabajo desempeñado de forma habitual, los cuales se verían incluidos en el cálculo de la prestación en caso de no poder readaptarse el puesto de trabajo o reubicar a la trabajadora.

DÉCIMA.- La cuantía de la prestación por riesgo en el periodo de lactancia natural, se equipara a la correspondiente a prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias profesionales, que consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente.

UNDÉCIMA.- La gestión y el pago de la prestación corresponde a la entidad gestora o Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad social.

DUODÉCIMA.- No será compatible el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, mientras perdure la prestación por periodo de descanso maternal.

DECIMOTERCERA.- Ante la detección de existencia de riesgo, la trabajadora en periodo de lactancia no debe seguir realizando las actividades evaluadas.

DECIMOCUARTA.- Que la madre lactante este sometida por su distribución horaria a turnos de trabajo, no siempre supondrá un riesgo para la lactancia natural, solo en aquellos casos donde quede demostrado de forma fehaciente que ello afecta a las tomas del lactante, siendo incompatible para estas tomas o para la sustitución de las tomas por la extracción.

DECIMOQUINTA.- Ante el trabajo nocturno, la trabajadora en periodo de lactancia natural, no se le asignará un horario nocturno, siempre que ello suponga un riesgo para su salud o la del lactante. Esto no supone que en todos los casos se encuentre ante un riesgo que impida el trabajo nocturno, por lo que el riesgo debe quedar acreditado por el facultativo o la empresa.

DECIMOSEXTA.- Como medida dirigida a evitar la discriminación de trabajadoras en periodo de lactancia, el empresario estará obligado en caso de despido a la presentación de motivos justificados por escrito, dejando constancia de la medida adoptada y los motivos en que esta basa su fundamento. Su incumplimiento supone la declaración de nulidad del despido, dando lugar a la readmisión de la trabajadora, con el abono de los salarios dejados de percibir.

DECIMOSÉPTIMA.- La regulación de los riesgos en el periodo de lactancia natural contenida en los convenios de nueva negociación de la Región de Murcia, es escasa y ambigua, debiendo realizarse un impulso en materia de seguridad y salud para una mayor protección de las trabajadoras.

9. BIBLIOGRAFIA

AGUILAR CORDERO, M. J. (2005) *Lactancia materna*. Ed. Elsevier, Madrid.

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. (2003) *FACTS 42: Las cuestiones de genero en relación a la seguridad y la salud en el trabajo*. Resumen de un informe de la agencia. Bilbao.

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. (2009) *FACTS 87: Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos*. Resumen de un informe de la agencia. Bilbao.

ARANZADI EXPERTO. (2003) “Acción protectora: Riesgo durante el embarazo / Riesgo durante la lactancia natural” Ed. Aranzadi. Doc. 2003/636.

ARNAO SORIANO C. (2015) *Mujer, salud y condiciones de trabajo en la Región de Murcia*. Instituto de Seguridad y Salud de la Región de Murcia.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATÍA. (2008) “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”. Ed. Instituto Nacional de la Seguridad Social y Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas.

BARAÑANO, M. (1992) *Mujer, trabajo y salud*. Ed. Trotta. Madrid; DOYAL, L. (1996) “Trabajo asalariado y bienestar” en *Mujer y Salud. Una perspectiva Feminista*. Ed. Paidós. Barcelona y Buenos Aires.

BLASCO LAHOZ, J.F. (2010) “Situación protegida a efectos de reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 3/2011.

BURGOS GINER, M.A. (1997) “Protección especial de determinados colectivos en AA.VV.” (Coord. GARCIA NINET, J.I. y GARRIGES JIMENEZ, A. En lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Castellón de la plana. (Universidad Jaume I). Pág.123 – 136.

CAMPOS-SERNA, J., RONDA-PÉREZ, E., ARTAZCOZ, L. & BENAVIDES, F.G. (2012) “Desigualdades de género en salud laboral en España.” Gaceta sanitaria Vol.26 nº4. Ed. Doyma S.L. Barcelona. Pág. 343 – 351.

COLLADO LUIS, S. (2008) “Prevención de Riesgos Laborales: Principios y marco normativo.” Revista de Dirección y Administración de Empresas nº15.

CONFEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE MURCIA. (2015) *Clausulas de seguridad y salud laboral en convenios colectivos de nueva negociación*. Fundación para la prevención de riesgos laborales.

CUBERO ROMERO, V. (2011) “El <<permiso por lactancia>> y la igualdad efectiva entre mujeres y hombres una insospechada contradicción”. Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 3/2011.

DIAZ DE ATAURI, P. G. (2012) “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia” Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 11/20122/2012.

ESPUNY TOMÁS, M. J. & GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2010) “¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla.” Revista de filosofía, derecho y política nº 11. Ed. Universitas. Pág.43 – 57.

FERNANDEZ MARCOS, L. (2014) *Derecho individual del trabajo*. Ed. UNED. Madrid. Pág.98 – 100.

GARRIGUES GIMENEZ, A., NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A. (2007) “La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; Su inmediata incorporación por la futura Ley de Igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE”. Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 67.

GOÑI SEIN, J.L. (2014) “Las funciones del Convenio Colectivo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales”. RAMOS QUINTANA, M.I. y GRAU PINEDA, M.C. Salud en el trabajo y riesgo laboral emergente. Ed. Bomarzo. Albacete. Pág.45.

MARTÍN VALVERDE, A., RODÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J. (2006) *Derecho del trabajo*. Ed.Tecnos. Madrid. Pág. 121.

MORENO SOLANA, A. (2010) *La prevención de riesgos laborales en los trabajadores especialmente sensibles*. Ed. Tirant lo Blanch.

PALOMINO SAURINA, P. (2016) “Posibilidad de percibir una prestación por riesgo durante la lactancia natural durante una situación de excedencia voluntaria”. Revista de Información Laboral nº 1/2016.

PÉREZ CAMPOS, A.I. (2007) *Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL. Madrid. Pág. 202 – 210.

SALA FRANCO, T. (2014) *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales 9ª Edición*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (s.f.) “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”. Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales. Pág.161 y ss.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2008) *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*. Ed. Grupo Especial Directivos. España.

TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCIA, E. (2009) *La seguridad y salud laboral en la negociación colectiva*. Ed. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Madrid.

VALDEOLIVAS GARCIA, E. (2014) “Las funciones del Convenio Colectivo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales”. RAMOS QUINTANA, M.I. Y GRAU PINEDA, M.C. *Salud en el trabajo y riesgo laboral emergente*. Ed. Bomarzo. Albacete. Pág. 71 -79.