



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

**Título del trabajo: Protección del riesgo durante  
la lactancia natural en el ámbito del Régimen  
General de la Seguridad Social**

Autor/es

Jessica Alonso Ruiz

Director/es

Susana Torrente Gari

Facultad

Ciencias Sociales y del Trabajo

Año

2014



# INDICE

I. PRESENTACIÓN GENERAL, JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA .....	5
1. Presentación y justificación .....	5
2. Metodología y estructura .....	6
II. INTRODUCCIÓN.....	7
1. Aproximación .....	7
2. Consideraciones previas .....	9
III. MARCO JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES EN RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL. ....	11
1. Introducción .....	11
2. Evolución.....	14
2. a) El contexto europeo; marco general .....	14
2. b) El embarazo y las responsabilidades familiares .....	19
2. c) El contexto español .....	22
IV. LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA.....	26
1. Aproximación .....	26
2. Referencia a la prestación por riesgo durante el embarazo y la LCVF.....	27
3. La aprobación de la LOI.....	34
4. Referencia a los factores y agentes de riesgo .....	37
5. Consideraciones generales sobre el riesgo durante la lactancia natural ...	41
6. Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural .....	44
7. La prestación por riesgo durante la lactancia natural .....	50
7.a) Situación protegida .....	51
7.b) Requisitos del hecho causante .....	52
7.c) Prestación económica .....	54
7. c. 1) Referencia a los regímenes especiales .....	59
7. c. 2) Pluriactividad .....	62
7.d) Procedimiento y gestión.....	63
V. CONCLUSIONES.....	68

VI. BIBLIOGRAFIA, SENTENCIAS CITADAS Y ABREVIATURAS .....	70
1. Bibliografía y páginas Web.....	70
2. Sentencias citadas .....	75
2.a) Sentencias del Tribunal Supremo .....	75
2.b) Sentencias del Tribunal Superior de Justicia .....	75
3. Abreviaturas .....	76

## **I. PRESENTACIÓN GENERAL, JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA**

### **1. Presentación y justificación**

El tema que se aborda en este Trabajo Fin de Grado es el de la *prestación de riesgo durante la lactancia natural en el ámbito de la Seguridad Social*. *No es, por tanto, un examen del ámbito propio de la Prevención de Riesgos Laborales* y por tanto no se examina esta materia de forma detallada. Desde luego, son necesarias algunas referencias a los riesgos que causan esta situación, a la regulación en ese ámbito por el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre); y sobre todo, no hay, en el Derecho Europeo una separación muy clara de ambos ámbitos, sin embargo lo que se pretende analizar es su regulación y puesta en práctica desde el punto de vista de la Seguridad Social.

Esta prestación, con origen en la Ley Orgánica de Igualdad (Ley 3/2007, de 22 de marzo) supuso equiparar la protección de la situación de riesgo durante el embarazo y de la lactancia, que había sido abordada de forma diferente y con menor protección. Y, eso, desde mi punto de vista es lo que permite elegir a la madre, de forma efectiva, el tipo de alimentación que va a ofrecer a sus hijos/as, puesto que hasta la existencia de una suspensión contractual remunerada, la madre en muchos trabajos se veía obligada a dar a sus hijo/as lactancia artificial, determinando el trabajo esta elección personal.

Ya que lo que me interesaba era examinar esta situación desde el punto de vista de la Seguridad Social, que es la que protege la suspensión contractual, elegí como directora a alguien que dirigiera trabajos propios de este ámbito.

## **2. Metodología y estructura**

Tanto por la trayectoria y formación de la directora del trabajo, como porque quería realizar un estudio propio de la Seguridad Social, la *metodología es jurídica*. Por eso las principales fuentes son de naturaleza jurídica:

1.- Los estudios doctrinales

2.- Los textos normativos

3.- Los pronunciamientos judiciales, que ha sido la forma en que se ha expuesto la interpretación y aplicación efectiva de la regulación.

Para hacer la exposición del trabajo se ha seguido la siguiente *estructura*:

Comienza por una INTRODUCCION, en la que se exponen los beneficios de la lactancia natural reconocidos en términos médicos.

Posteriormente se analiza el MARCO JURIDICO DE LAS PRESTACIONES EN RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, analizando especialmente referencias del Estatuto de los Trabajadores pero, sobre todo, la regulación del Derecho Europeo, que es común en el ámbito de la prevención y de la suspensión contractual.

A continuación se analiza la PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA; estudiando tanto desde el punto de vista de la regulación como de los pronunciamientos judiciales, la prestación, la suspensión, la gestión, etc.

Finalmente, y por descontado, se presentan unas CONCLUSIONES a la vista de todo lo estudiado.

## II. INTRODUCCIÓN

### 1. Aproximación

La lactancia es definida por la RAE (Real Academia Española), como el primer periodo de la vida de los mamíferos, en el cual se alimentan sólo de leche<sup>1</sup>.

La lactancia natural es una forma de proporcionar un alimento ideal para el crecimiento y el desarrollo sano de los lactantes. Este tipo de lactancia no sólo reporta beneficios para el bebé sino que también los obtiene la madre, previniéndola de enfermedades, tales como la hipertensión<sup>2</sup>. La OMS recomienda la alimentación exclusiva con leche materna desde el nacimiento hasta los seis meses de edad<sup>3</sup>.

Además, la maternidad constituye desde hace tiempo, una situación que adquiere especial relevancia en los distintos ámbitos jurídicos. La realidad laboral de la mujer en España en tiempos anteriores era muy diferente a la actual. Abandonaban –por aquel entonces con más asiduidad- el trabajo cuando contraían matrimonio y rara era la ocasión en la que volvían al mundo laboral después de haber tenido hijos/as; por lo que no era frecuente que se produjese una maternidad con un contrato de trabajo vigente. Cuando la mujer participa activamente en el mercado de trabajo, debe responder en el contrato laboral a todas las situaciones que produce el embarazo, el parto y todo lo que ello conlleva.

Durante unos años la lactancia artificial fue interpretada como una forma de liberar a la madre de la “alimentación natural” fomentándose para favorecer la “vuelta a la vida normal” lo antes posible. Sin embargo, en la actualidad se pretende que sea una decisión “libre” y que no haya obstáculos para elegir la “lactancia natural”, y en este caso, que el “trabajo” no sea uno de ellos.

---

<sup>1</sup> Página oficial RAE: <http://rae.es/>

<sup>2</sup> Artículo publicado en:

[http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive\\_breastfeeding/es/](http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/es/)

<sup>3</sup> OMS. Nutrición del lactante y del niño pequeño. Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño. Informe de la Secretaría. Genève: 55<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud. 16 de abril de 2002. A55/15.

En el ordenamiento se ha protegido la alimentación del bebé por medio de permisos (artículo 37 apartado 4 R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) recientemente modificados por la RD Ley 3/2012 para reconocer la titularidad de hombre o mujer.<sup>4</sup>

A ellos me referiré sin entrar en un estudio detallado, porque este permiso no ha protegido exclusivamente la lactancia “natural”; y este trabajo pretende examinar la especial protección de ese tipo de lactancia desde el punto de vista de la Seguridad Social.

La leche materna es la primera comida natural para los lactantes. Aporta toda la energía y los nutrientes que el niño necesita en sus primeros meses de vida. Es la alimentación ideal de todo niño/a, se puede proporcionar durante los primeros seis meses de vida y, a partir de los cuatro meses, se debe iniciar la llamada alimentación complementaria, que debe ser aconsejada y supervisada por el Pediatra de Atención Primaria.

Así mismo, el hecho de proporcionar al lactante leche materna fomenta el desarrollo sensorial y cognitivo, y protege al niño de las enfermedades infecciosas y las enfermedades crónicas. La lactancia materna exclusiva reduce la mortalidad del lactante por enfermedades frecuentes en la infancia, tales como la diarrea o la neumonía, y ayuda a una recuperación más rápida de las enfermedades.

En los países más ricos, el desarrollo de la leche artificial, las mejoras sanitarias y los progresos en la prevención de enfermedades, han hecho que no se valore la importancia que sigue teniendo la lactancia materna para la salud y que no se tenga en cuenta los riesgos que supone el abandono de esta práctica natural. A pesar de todos los esfuerzos por imitar la leche materna, ésta es inigualable por ser un elemento vivo, que cambia según la edad del bebé, según la hora del día e incluso a lo largo de una misma toma.

---

<sup>4</sup> STJE 30-9-2010 asunto ROCA ALVAREZ examina el permiso de lactancia en España

En la actualidad hay muchos estudios, hechos con rigor, que demuestran que los niños alimentados con leches artificiales tienen un mayor número de enfermedades, no sólo en la época de la lactancia, sino a lo largo de toda su vida.<sup>5</sup>

Esto se señala porque, considero que es la madre la que debe elegir la forma de alimentar a sus hijos/as, y en todo caso atender a su salud, pero el ordenamiento no puede impedir que sea ella la que elija libremente.

## **2. Consideraciones previas**

Como ya se ha visto, diversos organismos internacionales, tales como, la OMS (Organización Mundial de la Salud) recomiendan la práctica de proporcionar leche materna al recién nacido.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) señalan asimismo que la lactancia "es una forma inigualable de facilitar el alimento ideal para el crecimiento y desarrollo correcto de los niños"<sup>6</sup>.

La OMS y UNICEF recomiendan como imprescindible la lactancia materna exclusiva durante los seis primeros meses del recién nacido, su administración debe comenzar en la primera hora de vida. A partir de los dos primeros años la lactancia materna debería mantenerse hasta que el niño o la madre decidan, sin que exista ningún límite de tiempo.

Los beneficios para la salud de la madre o el bebé, así como sus beneficios en el ámbito familiar, económico o social, se usan a menudo como argumento para la promoción de la lactancia materna. En países en desarrollo muestran

---

<sup>5</sup> OMS. Nutrición del lactante...cit.

<sup>6</sup> Disponible en: <http://www.salud180.com/salud-z/lactancia>

que los niños que no reciben lactancia materna tienen una probabilidad de 6 a 10 veces más de morir durante los primeros meses de vida, en comparación con los niños que son alimentados con leche materna.

Entre los beneficios para la madre destacan la pronta recuperación y la involución uterina. Además es destacable que reduce el riesgo de padecer cáncer de mama y/o de ovarios.

Pero además, no sólo las ventajas son obtenidas por la madre y el bebé, también es obtenido de manera indirecta por la empresa y, esas no son siempre tenidas en cuenta.

Así, son múltiples los beneficios que son obtenidos por la empresa en lo que respecta a la lactancia materna. Por un lado influyen en la tasa de absentismo relacionada con el cuidado de familiares enfermos: durante el primer año de vida, los niños amamantados con leche materna se ponen enfermos un 50% menos que los que reciben leche artificial. Por otro, aceleran y aumentan la vuelta al trabajo de las trabajadoras disminuyendo los costes ligados a las nuevas contrataciones y a la formación del personal nuevo, además de permitir una reincorporación más temprana e incluso la retención de personal cualificado y de mejorar el clima laboral y la satisfacción de los trabajadores.<sup>7</sup>

Con ello, quiero dejar constancia de que *el ordenamiento debe proteger esta situación en el caso de que la trabajadora opte por esta forma de alimentación, pues al no ser nada negativo y ser algo "natural" el trabajo no debe influir en esta decisión*, teniendo en cuenta que afectando "exclusivamente" a la mujer afecta todo el principio de igualdad y no discriminación por razón de género.

---

<sup>7</sup> Disponible en:

[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp\\_664.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_664.pdf)

### **III. MARCO JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES EN RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

#### **1. Introducción**

Uno de los posibles problemas que la mujer puede encontrar en su vida laboral, es la incompatibilidad generada entre el tiempo necesario para la lactancia y trabajo.

Por ello, el trabajo puede generar problemas de diferente tipo:

- Horario laboral con horario de las tomas.
- Zona geográfica del lugar de trabajo de la madre, y el hogar de la trabajadora.
- Posible toxicidad en el lugar de trabajo para la leche materna.

El artículo 37 apartado 4 ET reconoce un derecho establecido por ley, es el que permite que, la madre o el padre puedan ausentarse una hora al día de su puesto de trabajo por lactancia, hasta que el niño tenga nueve meses; derecho que igualmente puede suponer una reducción de media hora a la entrada o salida del trabajo y una acumulación para prolongar el descanso por maternidad. La redacción de este artículo conforme al artículo 2 de la Ley 39/1999 de 5 noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral, fue modificada por la D. A. 11 de la Ley Orgánica de Igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley 3/2007, de 22 de marzo) para ampliar el permiso en caso de parto múltiple; y posibilitar la acumulación de las reducciones de jornada en jornadas completas en los términos establecidos por la negociación colectiva o el acuerdo individual.

En la actualidad el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha permitido que “Quien –ejerza el derecho al permiso por lactancia, sea **hombre o mujer**– por su voluntad,

*podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, **hombres o mujeres**, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen", al margen de que existan otras implicaciones referidas a la mención de la "jornada ordinaria".*

*La redacción anterior del precepto parecía condicionar el mismo a que la mujer trabajase, ya que concedía el derecho taxativamente a la mujer ("Las trabajadoras... tendrán derecho..."), indicándose que "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre **en caso de que ambos trabajen.**"*

Así, en la redacción anterior, vigente hasta el día 11 de febrero de 2012, resultaba defendible entender que el derecho se concedía a la madre, y sólo si ella no lo ejercía pasaría su ejercicio al padre. Sin embargo, la anterior regulación ha sido modificada y regula el permiso por lactancia **como un derecho individual e independiente del sexo**, limitándose no obstante el ejercicio del mismo, de manera que, en caso de que ambos progenitores trabajen, sólo podrá ser disfrutado por uno de los padres.

Los derechos laborales relacionados directamente con la lactancia, se resumen en lo siguiente:

- Derecho de ausencia de una hora que puede dividirse en dos fracciones o reducción de jornada en media hora.
- Incremento proporcional en el caso de parto múltiple.
- Posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas de acuerdo con la negociación colectiva o el acuerdo individual, con preferencia de la primera.

- Duración máxima de 9 meses.
- Mantenimiento de la retribución normal como tiempo de trabajo.
- La concreción del horario corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.
- Exige un preaviso al empresario de 15 días para la reincorporación a la jornada ordinaria.
- Es un derecho de disfrute indistinto por madre o padre.
- Las discrepancias se resuelven en la jurisdicción social conforme al artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

No hay que olvidar, sin embargo, que los convenios *colectivos pueden mejorar estas condiciones*, y en todo caso regular el ejercicio conforme a la redacción del artículo 37 apartado 4. Además, algunas empresas, facilitan la lactancia mediante una serie de medidas tales como la disponibilidad de guarderías en el local de trabajo y la existencia de salas de lactancia.

Además, cuando se trata de “conciliación”, conjuntamente con los problemas asociados a la lactancia (específicamente cuando se trata de lactancia “natural”), puede darse un problema adicional cuando en el trabajo de la madre lactante se utilizan o *hay presencia de agentes nocivos* que pueden ser inhalados o ingeridos por la madre y a través de ella contaminar la leche materna y ser ingeridos por el niño/a.

La legislación preventiva española ofrece apoyo jurídico en lo que respecta a diferentes riesgos, y entre ellos, el riesgo durante la lactancia materna, sin embargo el interés de este estudio es, fundamentalmente, sobre la protección del derecho de la Seguridad Social<sup>8</sup>. La Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)<sup>9</sup> nos ofrece ese apoyo en el Capítulo IV Riesgo durante la lactancia

---

<sup>8</sup> Artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ley 31/1995, de 8 de noviembre.

<sup>9</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio

natural con dos Artículos: 135 bis y 135 ter. Sin embargo, el objeto de estudio es la situación protegida por el ordenamiento de la Seguridad Social.

## **2. Evolución**

### **2. a) El contexto europeo; marco general**

En un sentido restrictivo, el Derecho Comunitario es el contenido de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y sus ampliaciones.

Como ya se ha dicho, la evolución de esta protección está unida a las reivindicaciones *por igualdad y no discriminación por razón de género*. Históricamente, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, quedó reflejada en los Tratados Fundacionales, en la igualdad de remuneración del artículo 119 (actual artículo 141) del Tratado de 1957, por el cual se creaba la Comunidad Económica Europea. Este artículo se desarrolló, dando lugar a la Directiva 75/117, de 10 de febrero, limitando su alcance a la protección en el ámbito remuneratorio por "el mismo trabajo", pero luego el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue interpretándolo de manera muy amplia.

Además de otras intervenciones, fue en el Tratado de Ámsterdam, cuando aparece recogido como derecho fundamental, al introducir diversos artículos para alcanzar la igualdad y no discriminación por razón de género, además de modificar el artículo 119 que contempla el reconocimiento del principio de igualdad de retribución para trabajadores de ambos sexos, no sólo para un mismo trabajo, sino para trabajos de igual valor<sup>10</sup>. También establece reconocimiento del carácter transversal de la igualdad y las políticas de género.

El *Tratado de Lisboa* destaca entre las disposiciones de aplicación general (Título II, artículos 7 a 17), se prevé que, en todas sus acciones, la Unión

---

<sup>10</sup>El apartado 4 incorpora la interpretación del principio de "no discriminación" defendido en la doctrina derivada de la Sentencia KALANKE, TORRENTE GARI, S. *Mujer y protección social*, MTSS Madrid, 1999; [Pág. 21 y ss.]

tendrá como objetivo «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» (artículo 8), y que, «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» (artículo 10). Además, la Segunda Parte del Tratado, titulada «No discriminación y ciudadanía» (artículos 18 a 25) incluye una serie de disposiciones al respecto. De esta manera, el artículo 18 prohíbe de manera específica las discriminaciones por razón de nacionalidad, lo que se completa en el artículo 19 con la atribución al Consejo de la competencia para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».<sup>11</sup>

Además, este Tratado reconoce los contenidos de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y les da el mismo valor jurídico que a los Tratados.

Entre los derechos sociales fundamentales que enumera la Carta figura, expresamente, el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, formulando en el sentido siguiente: <<se debe garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Se debe desarrollar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A estos efectos, sería conveniente intensificar allí donde sea necesario las acciones encaminadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres y especialmente, en relación con el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional>>.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup> Teresa, "La igualdad entre mujeres y hombres tras el tratado de Lisboa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm.: 92, 2011; [Pág. 16]

<sup>12</sup> MIGUEL DE LA CALLE, Paloma, "Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo y a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm.: 42, 2003; [Pág. 136-137].

En este marco normativo la igualdad y no discriminación por razón de género ha ido evolucionando desde una forma económica de “igual salario” a un principio y derecho más general de no discriminación de la mujer especialmente protegido<sup>13</sup>. El desarrollo se ha ido estableciendo por normas de Derecho derivado.

Básicamente la evolución normativa puede resumirse en lo siguiente:

- 1.- La Directiva 75/117/CEE del Consejo, del 10 de febrero de 1975, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos.
- 2.- La Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación, promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La finalidad de esta Directiva es eliminar los obstáculos que se oponen al empleo de la mujer mediante la aplicación del principio de igualdad de trato en todos los aspectos del empleo<sup>14</sup>. Esta Directiva es modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.
- 3.- La Directiva 86/378/CEE de 24 de julio de 1986, tiene como objetivo precisar el contenido del antiguo artículo 119 del Tratado CE (nuevo artículo 141), así como el alcance y las modalidades relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.
- 4.- La Directiva 89/391/CEE del 12 de junio de 1989, relativa a la protección de la maternidad y la lactancia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.
- 5.- La Directiva 97/80/CEE de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

---

<sup>13</sup>TORRENTE GARI, Susana, “Mujer...cit.; [Pág. 23]

<sup>14</sup>MIGUEL DE LA CALLE, Paloma de, “Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres...cit., [Pág. 140]

6.- La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006. Relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que sintetiza y revoca las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE.

Todas las Directivas anteriores han sido modificadas en diversas ocasiones, en muchos casos a consecuencia de la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo no quedaba afectada por la refundición la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1966, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.<sup>15</sup>

No obstante, ha sido recientemente, cuando la *Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010*, por la que se aplica el acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP, y la CES; deroga la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio en relación a la concesión de un derecho individual de permiso parental a trabajadores, ya sean hombres o mujeres, e independientemente de cual sea el tipo de contrato (indefinido, temporal, a tiempo parcial o interinidad), por motivo de nacimiento o adopción durante como mínimo cuatro meses; dicho permiso puede tomarse hasta que el niño alcance una edad determinada (puede ser de hasta ocho años), que las legislaciones nacionales o los convenios colectivos definen. En principio, el permiso puede ser utilizado plenamente por cada trabajador, sin que tenga que transferirse por tanto de un progenitor al otro; aunque bien es cierto que se puede autorizar la transferencia, siempre que cada progenitor conserve al menos uno de los cuatro meses de permiso.

Las legislaciones nacionales y los convenios colectivos definen las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso. De este modo, los Estados de la Unión Europea (UE) o los interlocutores sociales pueden:

---

<sup>15</sup> VICENTE PALACIO, Arántzazu, "La ley de igualdad efectiva de mujeres y hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones sustantivas en materia de maternidad y riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*; Núm.: 74, 2008; [Pág. 149].

- Adaptar el permiso a las necesidades de los trabajadores y de los empresarios, acordando un permiso a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo.
- Subordinar dicho derecho a un período de antigüedad, que no puede ser superior a un año. Si procede, dicho período deberá calcularse teniendo en cuenta todos los contratos temporales sucesivos establecidos con el mismo empleador.
- Autorizar un aplazamiento del permiso por el empleador, por razones justificables vinculadas a la empresa.
- Autorizar acuerdos particulares para garantizar el buen funcionamiento de las pequeñas empresas.<sup>16</sup>

En definitiva, la Directiva aboga por la adopción de «medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, sin embargo, conserva la misma denominación que su predecesora, sin apostar expresamente por un «concepto unitario con mayores repercusiones» (Como conciliación o reconciliación) y obviando cualquier referencia al tema de la corresponsabilidad.<sup>17</sup>

Esta nueva redacción de la Directiva ha dado lugar a diversos pronunciamientos e interpretaciones divergentes por parte de la doctrina. Para algunos autores, no sólo se pretende corregir los problemas de la regulación anterior, sino dar cabida a nuevos modelos de familias como las monoparentales.

Otros autores, por su parte, partiendo de un análisis centrado en la óptica de la corresponsabilidad, apuestan por un planteamiento que incida directamente en el reparto de los tiempos, valorando la posibilidad de que la norma hubiese

---

<sup>16</sup> Disponible en: [Legislación sobre permiso parental](#)

<sup>17</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, Sarai, "Conciliación y correspondencia entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE"; Análisis de la facultad de Derecho, Núm.: 28; 2011; [Pág. 245]. Disponible en: [http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/28\\_2011/11%20Rodr%C3%ADguez%20Gonz%C3%A1lez.pdf](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/28_2011/11%20Rodr%C3%ADguez%20Gonz%C3%A1lez.pdf)

limitado la transferibilidad de un mes de duración << sólo en relación con la madre, en caso de existir progenitores de distinto sexo>>.<sup>18</sup>

Un análisis crítico de la Directiva pone de manifiesto las carencias de la misma. En este sentido, un punto débil de esta nueva regulación lo forma la protección de la denominada << conciliación hacia arriba>>, expresión con la que hace referencia a las necesidades de cuidado surgidas en circunstancias puntuales en las que los trabajadores tienen que ocuparse de cuidar a sus familiares a la vez que continúan prestando sus servicios.

En la nueva Directiva, las ausencias al trabajo por causas de fuerza mayor se siguen regulando de manera independiente, indicándose en la Cláusula 7 que su disfrute podrá limitarse <<a un año o por caso>>, sin incorporar ninguna garantía de carácter retributivo vinculada al disfrute de dicho permiso. La falta de referencias específicas a este tipo de ausencias y al cuidado de personas dependientes supone una gran carencia de la normativa europea <<que parece olvidar que las necesidades de cuidado no se terminan cuando la persona alcanza la edad hasta la que resulta aplicable el permiso parental>><sup>19</sup>.

## **2. b) El embarazo y las responsabilidades familiares**

La Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, haya dado a luz o esté en período de lactancia protegió la situación de la mujer durante el embarazo, aplicando el principio de igualdad de trato.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, Sarai, "Conciliación y correspondencia entre la vida laboral...cit.; [Pág. 246]. Disponible en: <http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/28-2011/11%20Rodr%C3%ADguez%20Gonz%C3%A1lez.pdf>

<sup>19</sup> RODRIGUEZ GONZALEZ, Sarai, "Conciliación...cit.;[Pág. 249].

<sup>20</sup> Véase Dictamen del Consejo Económico y Social europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a las medidas en el trabajo de la mujer embarazada.

Es la principal norma europea relativa a la prevención de riesgos por maternidad. Establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para la maternidad, así como una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia.

La Directiva 92/85/CEE, distingue tres situaciones relacionadas con la protección de la maternidad: trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz, y trabajadora en periodo de lactancia.

- Trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado en la empresa, con arreglo a la legislación o prácticas estatales.
- Trabajadora que haya dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones o prácticas estatales, que comunique su estado en la empresa, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas estatales.
- Trabajadora en periodo de lactancia: cualquier trabajadora debe de comunicar su estado a la empresa con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas estatales.

También la Directiva 2002/73/CE establecía que la mujer que tenga permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el permiso, tiene derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo u otro equivalente, así como también “a beneficiarse de cualquier mejora que pudiera existir en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”; expresamente se dispone que: “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE *constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva*” (artículo 2 apartado 7). Esta norma, que fue derogada por la Directiva 2006/54, modifica a la Directiva 76/207 y

entre otras medidas, añade como contenido específico de la igualdad de trato por razón de sexo, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, como se había propuesto por la Comisión como acción discriminadora ampliamente reconocida.<sup>21</sup>

Además se regulan también permisos y garantías de distinto tipo. La Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco acerca del Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES concedía un derecho individual para cuidar hijos a los trabajadores, hombres y mujeres, "por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo, durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser hasta los ocho años" (cláusula 2.1).

Esta Directiva, como se ha dicho ha sido sustituida por la Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, para insistir en individualidad de los permisos para favorecer el reparto de las responsabilidades familiares y deriva de un nuevo Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental. Este acuerdo amplía la duración del permiso parental a cuatro meses.

Cabe destacar que la Directiva 92/85, fue incorporada por la LPRL, dentro de la cual se encuentra el artículo 26, relativo a la obligación que tiene el empresario de identificar aquellos riesgos que puedan ser peligrosos para la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto.

Dicha Directiva anexaba una "lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo", la norma española no publica una relación específica de los riesgos.

---

<sup>21</sup> TORRENTE GARI, Susana, "El derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo y género", "Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial" VALLEJO DACOSTA (coord.), Prensas Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2013; [Págs. 50 y ss].

Siguiendo con lo anterior, cabe mencionar *el Convenio sobre la protección de la maternidad, firmado en Ginebra por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)* en mayo del año 2000 y, en su artículo tercero dice lo siguiente: “*Todo miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o para la del hijo/a, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo*”.<sup>22</sup>

Siguiendo la estela de las Directivas presentes en la actualidad, nos encontramos con la Directiva 2006/54/CE del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva constituye la refundición de antiguas directivas comunitarias –las primeras- que se centraron en la abolición de la discriminación por razón de género.<sup>23</sup>

## 2. c) El contexto español

La importancia de la maternidad en los últimos años se ha visto acentuada al hilo de dos objetivos políticos.

En primer lugar, con el fin de eliminar toda forma de discriminación por razón de sexo en el trabajo y en la vida social. Esto se ha traducido en la adopción de diversas normas en el ámbito comunitario y en el ámbito nacional dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

---

<sup>22</sup>Prof. DELGADO RUBIO, Alfonso, “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”. *Asociación Española de Pediatría (AEP)*, Editorial Médica Panamericana, 2008.

<sup>23</sup> VICENTE PALACIO, Arántzazu, “La ley de igualdad efectiva...cit., [Pág. 148].

En segundo lugar, y en menor medida, se hace importante la necesidad de incrementar las bajas tasas de natalidad de nuestro país.

La Constitución Española (CE) *reconoce en su Artículo 15, como Derecho fundamental el Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Además en el Artículo 43 dota de protección constitucional al derecho a la protección de la salud y encarga a los poderes públicos*, en el Artículo 40 apartado 2, que velen por la seguridad e higiene en el trabajo.<sup>24</sup>

Como se ha dicho, la Directiva 92/85/CEE, fue traspuesta a la normativa española mediante la normativa que se apuntará a continuación. El objeto de la normativa comunitaria -Directiva específica 92/85- y de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) es: "promover la seguridad y salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo"<sup>25</sup>. Así, la Directiva establece directrices para la evaluación de los riesgos vinculados a los agentes químicos, físicos o biológicos, así como a los procedimientos industriales, los movimientos y las posturas y las cargas físicas y mentales. Prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios. La Directiva obliga a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

---

<sup>24</sup> Disponible en:

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html#a15](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a15)

<sup>25</sup> BELMONTE GOMEZ M. A. en AA. VV., "Prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia en el ámbito de la CARM", *Escuela de la Administración Pública de la región de Murcia*, 2010; [Pág. 5].

En nuestro ordenamiento, la Ley de Prevención Riesgos Laborales, en sus artículos del 25 a 27 se configura lo que podemos describir como protección por razones subjetivas, es decir, aquellos supuestos en los que las situaciones personales específicas requieren una regulación complementaria.

Esta Ley derogó la lista de trabajos prohibidos a las mujeres; vigente con anterioridad, y en su artículo 26 estableció una serie de medidas de protección a la mujer, denominadas: "*protección de la maternidad*". Se aplican cuando se trata del trabajo de mujeres que se encuentran en alguna situación biológica relacionada con la maternidad, concretamente en los casos de embarazo, puerperio y lactancia. Se trata de etapas diferentes entre sí, a pesar de estar relacionadas, en las cuales se produce una especial sensibilidad física de la mujer así como una exposición del feto en un caso y del lactante en otro a las posibles consecuencias negativas del trabajo que ha realizado la madre.<sup>26</sup>

La prevención tiene que ver tanto con la salud de la madre como con la salud del feto o lactante; por lo que la protección ha de estar intensificada. Hay que tener en cuenta que están en juego varios derechos fundamentales: la salud, la vida y la integridad física tanto de la madre como del hijo, así como la protección de la infancia en general.

Hay obligaciones específicas que vienen recogidas en el artículo 26 de la LPRL; reformado en varias ocasiones para ir introduciendo ampliaciones a los derechos recogidos en el texto inicial, y ha sido recientemente desarrollado reglamentariamente en lo referente a la evaluación de riesgos. Dicha Ley de Prevención recoge que se debe acondicionar la posible incidencia de estos riesgos con determinados colectivos, que la propia ley los clasifica como "sensibles": mujeres en riesgo de lactancia natural, en riesgo durante el embarazo. Asimismo, (LOI) ha establecido que las empresas de más de 250 trabajadores -y las de menos si concurren determinadas circunstancias- tienen

<sup>26</sup> VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup>. Teresa, "Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y en periodo de lactancia" , *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Núm.: 68, 2010; [Pág. 22]. Al respecto véase GARCIA BLASCO, J. SEMPERE NAVARRO, A. CARDENAL CARRO, M. GONZALEZ LABRADA, M. *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001.

obligación de realizar un Plan de Igualdad de Oportunidades, entre cuyo contenido debe estar lo relativo a la prevención de riesgos laborales femeninos.<sup>27</sup>

En concreto el artículo 26 –protección de la maternidad- (modificada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres), establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección a la maternidad en el centro de trabajo, de forma muy detallada; sin embargo el estudio específico, no es el ámbito de la prevención sino el de la acción protectora del sistema español de Seguridad Social.

---

<sup>27</sup> Véase, VALLEJO DA COSTA, Ruth, Planes de Igualdad y otras medidas de promoción de la Igualdad, *“Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial”* VALLEJO DACOSTA (coord.), Prensas Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2013; [Págs. 85 y ss.]

## **IV. LA PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA**

En el Capítulo IV quinques del Título II de la LGSS, creado por la LOI, se regula una nueva contingencia que se estima merecedora de cobertura por parte del Sistema de Seguridad Social, singularmente regulada para el Régimen modelo, esto es, el Régimen General. Se trata del denominado “riesgo durante la lactancia natural”.

### **1. Aproximación**

Debido a la nueva creación de la situación de necesidad por la LCVFL – a través de la modificación de la LPRL-, el riesgo durante el embarazo, supuso la traspisión a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, referente a la aplicación de medidas para impulsar la mejora de la seguridad y de salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz, o se encuentre en periodo de lactancia.

La LCVF, supone una modificación sustancial del ámbito de cobertura de la Seguridad Social, ya que, a través de la misma –y con independencia de las mejoras adicionales que se dan en otras prestaciones, se configura una nueva prestación en el sistema de la Seguridad Social, la cual es la de <<riesgo durante el embarazo>> unida a la cobertura sobre la protección de la mujer embarazada y, a través de ella, del feto, con lo que la nueva prestación económica de la Seguridad Social puede englobarse dentro del ámbito más amplio de protección por maternidad. Pero, la Ley no sólo se centra en la creación de esta nueva prestación económica de la Seguridad Social, sino que incluye todo un conjunto de medidas, que tienen una finalidad básica, como es la de realizar los cambios normativos necesarios que faciliten la conciliación de

la vida familiar junto con las obligaciones que derivan del ejercicio de una actividad laboral.<sup>28</sup>

Esa ley, en el ámbito de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, fue objeto de complementación y desarrollo a través del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre (RD Mat), vigente hasta 2009 al ser derogado por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (en adelante, RDM), a través del cual se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, y riesgo durante la lactancia natural formando un reglamento en sí mismo de estas dos prestaciones económicas. Además, el RDM regula determinados ámbitos que la propia LCVF difería, a disposición reglamentaria para la determinación de los requisitos y términos de las mismas, como son por ejemplo, los supuestos de la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por maternidad en régimen de parcialidad, aplicarle la prestación económica a las trabajadoras en riesgo durante el embarazo, las cuales, son trabajadoras por cuenta propia o, la determinación del procedimiento en orden al reconocimiento de la última prestación señalada.

## **2. Referencia a la prestación por riesgo durante el embarazo y la LCVF**

Ciertamente, como consecuencia de la realización de determinados trabajos, existe un riesgo para la mujer por cuestiones biológicas asociadas a la maternidad.

Por ello, con las previsiones del Artículo 26 LPRL, el bien jurídico protegido fue, no sólo la protección de la integridad física de la mujer trabajadora, sino esa protección en función de su situación de embarazo o lactancia de un hijo/a.

---

<sup>28</sup> PANIZO ROBLES, J. A., "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, Núm.: 34; [Pág. 10]

Por tanto, «el sujeto protegido o, en otras palabras, el bien jurídico protegido fue también el derecho a la salud del feto o del recién nacido, a través de la salud de la madre». A esa finalidad protectora se dirigió la LPRL, a través de la cual se establecieron una serie de medidas y de mecanismos que tenía que adoptar el empresario, y cuya puesta en práctica dependía de dos parámetros: el estado biológico de la mujer y la actividad que realiza la trabajadora en la empresa.<sup>29</sup>

La primera de las obligaciones que recayeron sobre el empresario fue la de evaluar los riesgos que podían afectar a la embarazada o al lactante, obligación la cual, deriva de la de evaluación presente en el artículo 16 de la LPRL.<sup>30</sup> Dicho artículo tiene en cuenta dos parámetros esenciales: por un lado, la naturaleza de la actividad y, por otro, los colectivos que puedan estar expuestos a riesgos específicos. La evaluación de los riesgos surgió antes de que el empresario tuviera constancia de la situación de embarazo o lactancia, este hecho lo diferenciaba del resto de las obligaciones empresariales en materia de protección de maternidad. La obligación empresarial, en el caso de que recayera sobre el empresario, se llevó a cabo a través de los Servicios de Prevención, establecidos en el artículo 31 de la Ley de Prevención Riesgos Laborales.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> PANIZO ROBLES, J. A. , "La protección... cit.; [Pág. 51]

<sup>30</sup> a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno. TS Sala de lo Social, Sentencia 24 de Junio de 2013. (En el mismo sentido. TSJ Cataluña, sentencia núm. 8273/2013, de 17 de diciembre; TSJ Asturias, sentencia núm. 2303/2013, de 29 de noviembre)

<sup>31</sup> La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del artículo 26 LPRL) "pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la

Si se produjeran estos riesgos y existiese una trabajadora embarazada, el empresario se vería obligado a adoptar una serie de medidas necesarias que evitarían que la trabajadora quedase expuesta a dicho riesgo. Para evitar el riesgo el puesto de trabajo sufriría una adaptación en condiciones y/o tiempo para la trabajadora, incluyendo la no realización de trabajo nocturno o trabajo a turnos si fuera necesario.

*Una de las obligaciones que adquirió el empresario, fue la protección de la maternidad.* No sólo fue considerada una obligación sino un deber, y un derecho que ostentaba la trabajadora embarazada. Bien es cierto, que una vez que se impuso dicha medida, la trabajadora tenía que aceptarla, sin poder renunciar a ello y más si afectaba al embrión o a la salud de la trabajadora.

- Una vez, que fueron detectados los riesgos, ya fueran ciertos o potenciales, el empresario tuvo la obligación de tomar medidas para evitarlos. Sin embargo, a diferencia de la obligación de evaluación que tiene el empresario, la adopción de las medidas que evitaran los riesgos solamente procedía cuando el empresario tenía conocimiento de que dicho riesgo se estaba produciendo por la propia comunicación de la trabajadora, de su situación de embarazo o de lactancia.<sup>32</sup>

En lo que respecta a las medidas concretas que debían adoptarse, la primera de ellas, consistía en una **adaptación** de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo, adaptación que pudo resultar de poca importancia o pudo tener un carácter sustancial si bien había una diferencia clara entre la legislación española y la comunitaria, pues mientras en la Directiva 92/85 se establecieron una lista de agentes tóxicos, ante ellos la mujer tenía

---

empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado". "... "Nos encontramos ante la situación creada por la negativa de la Mutua de considerar justificada la existencia de riesgos específicos para la lactancia, sin que por parte de la empresa se hubiera detectado tampoco tal riesgo y, en consecuencia, sin que se hubiera ofrecido la posibilidad de alterar la condiciones o puesto de trabajo (...)" SSTS 21 de junio 2012, Ar. 8964, de 22 de noviembre de 2012, Ar. 355, 24 de abril 2012, Ar. 5116.

<sup>32</sup> SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "El riesgo durante el embarazo", Aranzadi, Pamplona, 2002; [Págs. 20 y ss.]

completamente prohibido trabajar, en España, al no haber existido dicha lista, fue siempre necesaria la evaluación de cada puesto concreto.

En el supuesto en el que no se hubiera podido o no hubiese sido la **modificación de las condiciones o del tiempo de trabajo**, el artículo 26 apartado 2 de la LPRL previó que si la adaptación no resultaba posible, la trabajadora debía desempeñar un puesto de trabajo o función diferente, aplicando las reglas y criterios previstos para la movilidad funcional.<sup>33</sup>

La imposibilidad que supuso poner en práctica la modificación de las condiciones o del tiempo de trabajo debía basarse en datos que fueran objetivos, y no que fueran desde el punto de vista del empresario ya que se hubiera caído en subjetividad. Pero para que pudiera ser operativa la movilidad funcional fue preciso un requisito más, el cual consistía en que, con un médico se certificase que el puesto de trabajo que se adaptó en su momento a la trabajadora por su situación, sigue generando riesgos para ella.

Para que el cambio de puesto fuera obligatorio, tuvo que ser necesario que *existiera una certificación médica explicándose en ella que el puesto de trabajo adaptado seguía generando riesgo para la salud y la seguridad de la madre y/o para el feto*, dicha certificación tenía que ser expedida por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas con el informe del médico del Servicio de Salud, que asistiera facultativamente a la trabajadora.<sup>34</sup>

La última posibilidad que existía para la protección en el ámbito empresarial, era que la trabajadora estuviera destinada en un puesto que no se corresponde con su categoría o grupo profesional. Este hecho, podía ocurrir cuando no existiera la posibilidad de un cambio a otro puesto que sí que fuera de su misma categoría o grupo profesional.

---

<sup>33</sup> SANCHEZ TRIGUEROS, C. "El riesgo...cit.; [Págs. 34 y ss.]

<sup>34</sup> MERCADER UGINA, J., "Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)" *RL*, Núm.: 1, 2002; [Págs. 1265 y ss.]

Esta obligación era de carácter residual y solamente podía ser utilizada en el caso en el que fallaran los otros dos mecanismos previos (es decir, imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto de trabajo y de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo correspondiente a grupo profesional o categoría equivalente), ya que implicaba ir más allá del contenido de una movilidad funcional.

Este traslado, representaba una actuación obligatoria para el empresario y, - como ya se ha explicado- también lo era para la propia trabajadora. En cualquier caso, se le tenía que abonar el salario que percibía en el puesto donde de manera habitual desarrollaba su actividad, salvo que el cambio hubiese sido a un puesto de categoría superior, en cuyo caso se le tendría que abonar el salario del puesto superior.

Pues bien, la protección a nivel social de la trabajadora embarazada, vigente con anterioridad a la LCVF, presentaba alguna dificultad, ya que no contemplaba en todas las situaciones la posibilidad/obligación de traslado de la trabajadora a un puesto compatible con su estado. Pero, se debe plantear la siguiente pregunta ante todo esto anteriormente expuesto y es, ¿en qué situación se podía encontrar la trabajadora que, aun teniendo derecho al cambio a otro puesto de trabajo a otro compatible, a fin de evitar los riesgos para su salud o la del feto, sin embargo dicho traslado no podía realizarse?. En estos casos, ¿tenía la trabajadora derecho a la suspensión del contrato de trabajo? En caso afirmativo, ¿era debido el salario, aunque no existiese prestación de servicios? De no ser esa la interpretación, ¿podría acceder la interesada a una prestación de la Seguridad Social?; ¿se mantenía obligación de cotización a la Seguridad Social?

A fin de intentar solucionar la situación creada y poner fin a cualquier conflicto, *el artículo 10 LCVF incorpora un nuevo apartado, el 3, en el Artículo 26 LPRL, el cual, explica el supuesto en el que la trabajadora no pueda ser trasladada a otro puesto de trabajo compatible*. En el caso de que esto ocurra, se podrá **suspender el contrato de trabajo**, el cual finalizará en el momento en que aquélla inicie el período de descanso por maternidad o pueda reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible, de producirse en una fecha anterior.

Ahora bien, la suspensión del contrato de trabajo y, en contraposición, el cese en la prestación de servicios por parte de la trabajadora origina la supresión temporal de recibir el salario.<sup>35</sup>

*La LCVF, a través de su Capítulo III, modificó la LGSS, para la configuración de una nueva prestación económica de Seguridad Social –la de riesgo durante el embarazo- básicamente se exigía:*

-situación biológica de embarazo.

-que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora (aun cuando hubiese sido objeto de adaptación) presenta un riesgo, efectivo o potencial, para la trabajadora o el feto.

-que se haya procedido a la suspensión del contrato de trabajo, a causa de que, presentando el puesto de trabajo que realizaba la trabajadora riesgo para su salud y/o para el feto, no pueda ser trasladada a puesto compatible con su estado, en el caso en el que dicho cambio no sea posible.

La protección se podía resumir en los siguientes, al margen de otras consideraciones más concretas:

-De acuerdo con el Artículo 16 RD Mat (que desarrolla el Artículo 135 apartado 1 de LGSS), la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concedía a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la legislación de la Seguridad Social para la prestación económica de IT derivada de *enfermedad común*.

Para acceder a la prestación de riesgo durante el embarazo se hacían necesarios una serie de requisitos adicionales para acceder a la prestación económica que se refleja en LGSS, en caso contrario, se imposibilitará el acceso. Como sucede con las situaciones de IT o de maternidad, adopción o acogimiento, no sólo ha de darse la situación protegida (la alteración del estado de salud, que impide la realización del contrato de trabajo y abre la suspensión del contrato de trabajo; el nacimiento, la adopción o el acogimiento permanente de un menor; o la existencia de una situación de riesgo para la

---

<sup>35</sup>MERCADER UGINA, Jesús R., "Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo...cit.; [Págs. 1289 y ss.]

mujer trabajadora y/o el feto, así como la constatación de que el traslado de la interesada a un puesto compatible no resulte factible, ni técnica ni objetivamente), sino que, al tratarse de una prestación económica contributiva, precisa de unos elementos de contribución, como son:

- Que la trabajadora se encontrase en una situación de alta o de asimilación al alta, lo que, en principio, es fácilmente constatable, ya que se trata de una persona que efectúa un trabajo y que ha de ser trasladada a otro compatible con su situación.
- Que se acredite un determinado período de cotización, equivalente al que se exige para la prestación económica de IT, derivada de enfermedad común, es decir, 180 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación.
- Que previamente, el facultativo adscrito al INSS o, a la correspondiente Mutua, haya ratificado la existencia de un riesgo que no permita que la trabajadora desarrolle actividad laboral alguna, previo informe del médico del Sistema Nacional de Salud que atienda a la trabajadora.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo (Artículo 17 RD Mat) se determinaba mediante la aplicación de un porcentaje, aplicación la cual se hará a la correspondiente base reguladora, base equivalente a la que esté establecida para la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes.

Por tanto, la base reguladora de la prestación de riesgo durante el embarazo es la base de cotización del mes anterior a la baja; diferentes son las particularidades que se le aplica a las trabajadoras que prestan servicios a tiempo parcial.

Sobre esa base reguladora, se aplicaba (Artículo 15 RD Mat) el porcentaje del 75%, siendo el producto el importe de la prestación, sin que le afecten las posibles modificaciones del salario que se produzcan, durante la percepción de la prestación, salvo aquéllas que tengan su origen en un convenio colectivo y con efectos retroactivos a una fecha anterior a la de producirse el hecho causante de la prestación de riesgo durante maternidad.

### **3. La aprobación de la LOI**

Tras la aprobación de la LOI, además de regularse diversas prestaciones de forma nueva para los casos de maternidad, paternidad, y el caso que se estudia de riesgo durante la lactancia, en la protección de riesgo durante el embarazo se produce un cambio fundamental, ya que pasa a ser una *contingencia profesional*, en lugar de común con todo lo que ello implica.<sup>36</sup>

La aparición de los nuevos supuestos por el Sistema de Seguridad Social conlleva el ajuste de otros artículos dentro de la Ley General de Seguridad Social. De este modo, cabe hacer referencia a los siguientes casos, todos ellos referidos a preceptos ubicados en la propia Ley General de Seguridad Social:

- En el artículo 38.1 c) de la LGSS, al delimitar el alcance de la acción protectora del Sistema dentro de las prestaciones económicas se incluyen, lógicamente, de modo expreso, la paternidad y el riesgo durante la lactancia natural.
- Igualmente se incluyen las contingencias de la paternidad y del riesgo durante la lactancia natural entre los supuestos en que subsiste la obligación de cotizar, según se prevé en el número 4 del artículo 106 de la LGSS.
- Las cuotas correspondientes a ambas contingencias, serán computables, de acuerdo con lo establecido en el número 3 del artículo 124 de la LGSS.
- Modifica también la LOI la Disposición Adicional 7<sup>a</sup> de la LGSS, para especificar que le es también de aplicación a la nueva contingencia de la paternidad lo previsto en ella para las trabajadoras contratadas a tiempo parcial, tanto a efectos de la regla de cálculo para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho, como a efectos de cálculo de la correspondiente base reguladora diaria.

---

<sup>36</sup> Para este apartado véase, SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen y SEMPERE NAVARRO, Antonio, "Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Aranzadi, Pamplona, 2008; [Págs. 615 y ss.]

- Y en la nueva regulación que introduce la LOI del apartado 1 del artículo 125 de LGSS se incluye el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, como ya lo estaba el subsidio por riesgo durante el embarazo. Así, se determina que tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por éste con anterioridad a la finalización del contrato.

*El cambio fundamental en el riesgo durante el embarazo, se traduce en que pasa a considerarse como un riesgo profesional; de ello, se ha hecho eco el legislador de igualdad.*

En la nueva redacción que se le da por Disposición Adicional 18 de la LOIMH, al artículo 134 de la Ley General de la Seguridad Social, señala el cambio en la naturaleza prestacional. Se mantiene que a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considerará situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26 , apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio no resulte técnica y objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En ese mismo artículo 134 de la LGSS *in fine* se reconoce que la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo *tendrá la naturaleza de la prestación derivada de contingencias profesionales aplicándose las reglas de la incapacidad temporal por contingencias profesionales.*

Esto será de aplicación a aquellas mujeres trabajadoras que se encuentren en suspensión del contrato en los términos previstos del artículo 45 apartado 1 d. del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 26 apartado 3 de la LPRL de la

remisión a las reglas de acceso a la prestación por IT por contingencias profesionales se deriva que, primero serán aplicables las reglas de alta presunta o de pleno derecho en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de cotizar (artículo 125 apartado 3 de la LGSS); y, en segundo lugar, no será exigible período de carencia alguno (artículo 130 b de la LGSS y artículo 50 REM).

Por otro lado, queda la vertiente cuantitativa, es decir, el cálculo de la prestación. Dicho cálculo se ha visto modificado; el porcentaje aplicable a la base reguladora, que inicialmente se correspondía, en la regulación anterior, con el 75 por ciento aplicable en los casos de IT por contingencia profesional, se ha visto incrementado hasta el 100 por ciento. Se diseña una prestación que se encuentra entre la que se ofrece durante la suspensión del contrato por maternidad y la que se ofrece durante una incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.

Esta reforma, se ha reflejado en la gestión directa de la prestación. Originalmente gestionada por el INSS (antiguo artículo 135 apartado 4 de la LGSS), tras la LOIMH la gestión corresponderá al INSS o a las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales, en función de quién sea la entidad con la que la empresa haya concertado la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales (nuevo artículo 135 apartado 4 de la LGSS).

Una cuestión importante ha sido el hecho exclusivo de las mujeres de dar a luz justifica que se de un tratamiento privilegiado desde el punto de vista del ordenamiento de la Seguridad Social, que con ello no provoca discriminación alguna a pesar de que se diseñan prestaciones exclusivamente dirigidas al género femenino según, Molina (2004, p.125). En esta dirección y al margen de las reformas introducidas por la LOI, se reformulan en el ámbito de la Seguridad Social las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En la situación de riesgo durante la lactancia natural se ha de tener en cuenta que no se protege el mismo bien jurídico que en el caso del permiso de lactancia, ni se opta por un concepto igual. Cuando se habla de la lactancia natural desde el punto de vista preventivo, se tienen en cuenta todos aquellos *factores biológicos que por el desarrollo de la actividad laboral puedan entrañar algún tipo de riesgo para la madre o el hijo/a lactante según, Pérez y Ballester (2000, p.10).*

#### **4. Referencia a los factores y agentes de riesgo**

En el proceso reproductivo intervienen diferentes mecanismos biológicos que pueden alterarse por exposiciones del padre o de la madre, antes o después de la concepción, y que pueden manifestarse en una amplia gama de efectos (alteraciones neuroendocrinas, infertilidad, alteraciones menstruales, aborto espontáneo...) Además existen momentos de mayor susceptibilidad a la acción de sustancias químicas y otras exposiciones laborales, como la división y maduración de las células reproductivas y durante el desarrollo del embrión en el útero (primeras semanas de embarazo).<sup>37</sup>

Para ello habrá que saber cuáles son los factores de riesgo más frecuentes para la maternidad o la lactancia natural.

Estos factores de riesgo se pueden dividir en cuatro grandes grupos:

- Químicos, por la manipulación o la exposición a sustancias que entrañen riesgo para el feto, para la alimentación con la leche materna o por causar alteraciones genéticas hereditarias.
- Físicos, provocados por radiaciones ionizantes, vibraciones, temperaturas extremas y/o vibraciones y ruidos.
- Psicosociales y ergonómicos, por los efectos que puedan producir en la mujer embarazada o lactante el trabajo a turnos, la manipulación manual

---

<sup>37</sup> "Guía de Prevención de Riesgos Laborales para la mujer trabajadora en situación de embarazo, que haya dado a luz o de lactancia", *Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laboral*, junio de 2005; [Pág. 7].

de cargas, las posturas forzadas o estáticas, los desplazamientos y las sobrecargas del ritmo de trabajo.

- Biológicos, por la exposición a virus como los de la varicela-zoster, sarampión, rubéola, paperas; aunque en algunos casos la mujer trabajadora podrá estar vacunada.

Tabla 1 Agentes físicos

PELIGRO	SITUACIONES DE RIESGO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Choques</li> <li>• Vibraciones</li> <li>• Movimiento</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Golpes violentos</li> <li>• Conducción de vehículos con vibraciones de baja frecuencia a todo el cuerpo</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Manipulación manual de cargas pesadas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Peso de la carga</li> <li>• Manera de levantarla</li> <li>• Frecuencia del esfuerzo</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ruido</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exposición prolongada a niveles de ruido elevados</li> <li>• Exposición a ruidos de bajas frecuencias</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Radiaciones no ionizantes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Radiaciones electromagnéticas</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Frío o calor extremos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El riesgo aumenta en casos de cambios bruscos de temperatura</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Movimientos, posturas, desplazamientos, fatiga mental y física</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Posturas forzadas</li> <li>• Posturas continuadas</li> <li>• Ritmo, intensidad de trabajo</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Factores ergonómicos</li> <li>• Trabajo en espacios reducidos</li> <li>• Jornadas de trabajo prolongadas</li> <li>• Trabajo a turnos</li> <li>• Horario nocturno</li> <li>• Turnos irregulares</li> <li>• Pausas insuficientes</li> <li>• Estrés profesional</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Trabajos en atmósferas de presión elevada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Locales a presión</li> <li>• Submarinismo</li> </ul>

Tabla 2 Agentes biológicos

PELIGRO	SITUACIONES DE RIESGO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Agentes biológicos de los grupos 2.3 y 4<sup>38</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toxoplasma</li> <li>• Virus de la rubéola</li> </ul>

<sup>38</sup> Artículo 2.d) de la Directiva 90/679/CEE, del Consejo de 26 noviembre de 1990

- Grupo 1: Agente biológico que resulte poco probable que cause enfermedad en el hombre.
- Grupo 2. Agente patógeno que pueda causar una enfermedad en el hombre y pueda suponer un peligro para los trabajadores; es poco probable que se propague a la colectividad; existen generalmente profilaxis o tratamiento eficaces.
- Grupo 3: Agente patógeno que pueda causar una enfermedad en el hombre y pueda suponer un peligro para los trabajadores, existen muchas probabilidades de que se propague en la colectividad; pero existen generalmente profilaxis o tratamiento eficaces.
- Grupo 4: Agente patógeno que pueda causar una enfermedad en el hombre y pueda suponer un peligro para los trabajadores; existen muchas probabilidades de que se propague en la colectividad; no existen generalmente profilaxis o tratamiento eficaces.

Tabla 3 Agentes químicos

PELIGRO	SITUACIONES DE RIESGO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sustancias etiquetadas con frases R40, R45, R46, R49, R61, R63, R64</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• R40: Posibles efectos cancerígenos</li> <li>• R45: Puede causar cáncer</li> <li>• R46: Puede causar alteraciones genéticas hereditarias</li> <li>• R49: Puede causar cáncer por inhalación</li> <li>• R61: Riesgo de efectos adversos para el feto</li> <li>• R64: Puede perjudicar al lactante</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Preparados etiquetados sobre la base de la Directiva 83/379/CEE o 1999/45/CEE</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mercurio y derivados</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medicamentos antibióticos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por inhalación o a través de la piel</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Monóxido de carbono</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contaminación laboral</li> <li>• Tabaquismo activo o pasivo</li> <li>• Contaminación atmosférica</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Agentes peligrosos por</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Algunos pesticidas</li> </ul>

absorción cutánea	
• Plomo y derivados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Locales a presión</li> <li>• Submarinismo</li> </ul>

Tabla 4 Otros agentes

PELIGRO	SITUACIONES DE RIESGO
• Trabajos de minería subterránea	

## **5. Consideraciones generales sobre el riesgo durante la lactancia natural**

Lo novedoso en materia de Seguridad Social en el ámbito de la lactancia natural y, relacionada a su vez con las novedades de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es *una nueva prestación de Seguridad Social la cual pasa a estar en otras de las prestaciones de la acción protectora del sistema* (nueva redacción del artículo 38 apartado 1. c) de la LGSS. Esta nueva prestación es la de riesgo por la lactancia natural que se encuentra en el Capítulo IV quinquies, artículos 135 bis y 135 ter).

Por lo tanto, se introduce una nueva situación protegida, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural siempre y cuando se produzca –como se ha explicado en apartados anteriores- respetando el artículo 26 apartado 4 de la LPRL.

Viendo esta serie de circunstancias, no hay duda de que lo que se protege es el *periodo de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la no exigibilidad de traslado de puesto de trabajo a la trabajadora cuando el ocupado habitualmente presente riesgo*.<sup>39</sup> Por ello la doctrina judicial (por todas Auto TS, de 5 de noviembre de 2013, Ar. 27751), destaca que se trata de la última medida a adoptar en los casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la madre o lactante. Y revistiéndolo de lógica, el legislador aplica esto mismo a la suspensión por riesgo durante el embarazo. Asimismo, hay que recordar la naturaleza profesional de la situación por lo tanto quien se hará cargo de certificar la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un hijo/a menor de nueve meses, será el INSS o las Mutuas dependiendo de quien cubra la contingencia profesional; la suspensión se producirá siempre y cuando haya resultado el cambio técnica u objetivamente imposible el cambio de su puesto de trabajo por otro que le sea compatible.

Aun con todo, conviene definir con precisión lo que se considera situación protegida y distinguirla de otras situaciones que no forman parte de la misma. *En primer lugar*, la que se produce cuando el riesgo se ha actualizado, es decir, cuando no se ha detectado la situación de riesgo y se ha producido una alteración en la salud de la trabajadora o del lactante. En este caso, se está ante la presencia de una situación de IT derivada de contingencias profesionales, teniendo en cuenta que la actualización de la prestación por riesgo se produce con la sola manifestación de una situación potencial.<sup>40</sup>

En *segundo lugar*, hay que recordar que continúa vigente el artículo 14 apartado 2 del RD 1251/2001 a favor del cual, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o lactante cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado; en

---

<sup>39</sup> SSTSJ de Navarra de 30 de abril de 2002 (Rec. Núm. 122/2002) y de Cataluña de 1 de junio de 2004 (Rec. Núm. 2219/2003)

<sup>40</sup> PANIZO ROBLES, J. A., "La protección de la maternidad...cit.; [Pág. 57]

este caso será de aplicación el régimen jurídico correspondiente a la Incapacidad Temporal.<sup>41</sup>

Esto viene a corroborar que la situación protegida y su correspondiente prestación, están conectadas con un riesgo específico exclusivamente profesional.<sup>42</sup>

El hecho de que se remita a la prestación de riesgo durante el embarazo, hace que alcance a toda la prestación; es decir tanto a cálculo como a reglas de acceso a la misma. Hay una diferencia de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, respecto del régimen de extinción: independientemente de las causas que llevaron a la suspensión del contrato de trabajo, la prestación se *extingue en el momento en el que el hijo/a cumpla nueve meses o cuando se opte por un sistema de lactancia artificial* (SSTS de 10 de diciembre de 2013, Ar. 52; de 22 de octubre de 2013, Ar. 287909).

Para concluir, expresar que del pago y la gestión de las prestaciones se encargará la entidad que cubre el riesgo y por tanto, de la Entidad Gestora o de la Mutua, conforme a los nuevos artículos 135 bis y ter de la LGSS.

Para que la Ley sea coherente con la regulación que se establece, modifica la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Disposición Adicional 21, incluyendo en el ámbito de las funciones públicas. Por ello, el apartado 3 del artículo 69 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto 315/1964, de 7 de febrero, queda redactado así: <<3. *Cuando las circunstancias a las que se refieren los números 3 y 4 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, afectasen a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo o*

---

<sup>41</sup> PANIZO ROBLES, J. A., "Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Núm.: 290, 2007; [Pág. 40]

<sup>42</sup> GORELLI HERNANDEZ, Juan, e IGARTUA MIRÓ, Mº. T., "Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", Rodríguez Miguel, 2002; [Pág. 129].

*licencia por riesgo durante la lactancia en los mismo términos y condiciones que las previstas en los números anteriores>>, según Gala (2006, p.1).*

## **6. Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural**

Pues bien, con lo dispuesto en la Directiva 92/85 en el supuesto de que el puesto de trabajo desempeñado implique un riesgo o tenga alguna repercusión en la lactancia de una trabajadora y no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto, su contrato deberá quedar suspendido garantizándose <<el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada>> (Artículo 11 apartado 1). La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), no contemplaba esta opción, y aunque las obligaciones básicas que debía asumir el empresario para proteger la maternidad de conformidad con el artículo 26 LPRL se extendían no sólo a la situación de embarazo o de parto reciente, sino también al período de lactancia, no se preveía la suspensión del contrato de trabajo en estos supuestos. El artículo 26.4 LPRL declaraba aplicable al período de lactancia las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 relativas a la evaluación de riesgos con adopción a las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, y al cambio de puesto o función con otro compatible con su estado, pero no es de aplicación a dicho supuesto lo previsto en el apartado 3 del artículo 26.

La LOI constituyó un paso decisivo en la consecución de los objetivos; incorporando en el ámbito de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, una mejora de las prestaciones ya existentes (como las correspondientes a maternidad y riesgo durante el embarazo) y creando otras

dos nuevas (prestación por paternidad y la prestación de riesgo durante la lactancia natural).<sup>43</sup>

Además supuso un cambio importante en la prestación de riesgo durante el embarazo, como ya se ha dicho, así: Disposición Adicional 18

**Nueve.** Se modifica el artículo 135 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que queda redactado en los siguientes términos:<sup>44</sup>

*Artículo 135 Prestación económica:*

«1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de *contingencias profesionales*, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.

---

<sup>43</sup> PANIZO ROBLES, J. Antonio, "La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural)", *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, Núm.: 313, 2009; Pág. 3

<sup>44</sup> BLASCO LAHOZ, José Francisco, "Curso de Seguridad Social", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; [Págs. 200 y ss.]

4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.»

Pero, igualmente, las condiciones de trabajo pueden influir negativamente *en la salud de la mujer o del hijo/a durante el período de lactancia natural* y así lo certifican los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora o a su hijo/a, la trabajadora deberá ser trasladada a un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado. Si el cambio no resultara técnica u objetivamente posible, o no puede exigirse por motivos justificados podrá declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante a lactancia natural de hijos menores de 9 meses (Artículo 26 apartado 4 de LPRL). Durante este período de suspensión la trabajadora recibirá una prestación económica de la Seguridad Social.

Así, la regulación de la suspensión contractual supone: "es una opción de la madre el mantener la lactancia natural una vez que se reincorpora al trabajo, tras finalizar la suspensión del contrato por maternidad, no siendo exigible que su facultativo acredice la conveniencia del mantenimiento de la lactancia natural. Es decir, cuando la mujer trabajadora finaliza su permiso de maternidad, puede desistir de la lactancia natural (si la venía realizando) "motu proprio". Pero si decide seguir con la misma, la Ley Orgánica 3/2007 garantiza que los riesgos laborales a los que se tiene que enfrentar no impedirán el ejercicio de dicha opción. Con dicha finalidad, la Ley Orgánica 3/2007 modifica el artículo 26 apartado 4 de la LPRL, estableciendo que lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo (la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o el cambio de puesto o función) será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las

condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. *Y podrá declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses*”. (TSJ de Navarra, de 5 de marzo de 2010, Ar. 1088 en el mismo sentido SSTSJ Cataluña de 22 de marzo de 2010, Ar. Ar 1691; de Castilla- La Mancha, de 11 de noviembre de 2009, Ar. 2600; Asturias, de 7 de noviembre de 2008, Ar. 105169).

Para evitar que el término período pueda suscitar dudas interpretativas, el artículo 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales especifica que, sólo hace alusión a la *lactancia natural*, lo que reviste de lógica, dada la finalidad del precepto: proteger al hijo de los riesgos biológicos que pueden estar derivados de la prestación de trabajo en determinadas condiciones. Si la lactancia es artificial este riesgo no existe.

Por lo que se refiere al *momento de inicio de la suspensión* del contrato por riesgo durante la lactancia natural, habrá que entender que el período suspensivo comenzará tan pronto como la empresa reciba el certificado médico de los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua, una vez que la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo tras el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, y la empresa comprueba que resulta imposible el cambio de puesto de trabajo.

Asimismo, es importante resaltar que el derecho al subsidio se extingue:

- De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 48 apartado 5 del Estatuto de los Trabajadores, en el momento en que el hijo cumpla 9 meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior u otro compatible con su situación.
- Por extinción del contrato de trabajo, respondiendo siempre a las causas que legalmente están establecidas.

- Por interrupción de la lactancia natural.
- Por fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.<sup>45</sup>

Estas causas que acaban de ser descritas, también están contempladas para las funcionarias, pertenecientes a régimen especial.<sup>46</sup>

En el caso en el que, no se haya suspendido el contrato de trabajo sino que, se haya producido *un cambio en el puesto de trabajo o de función*, no se establece límite alguno a la duración de la lactancia natural. Por ello, habrá que entender, que en el supuesto de cambio de puesto o función, este cambio deberá extenderse durante tanto tiempo como dura la lactancia natural, sea inferior o superior a nueve meses. Si el legislador hubiera querido limitar el período lo hubiera especificado como ha hecho en el supuesto de que proceda la suspensión del contrato de trabajo. En consecuencia, para que se mantenga el cambio de puesto o función deben darse necesariamente dos elementos: la

<sup>45</sup> AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural", Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), edita: Instituto Nacional de la Seguridad Social, 9º Edición, 2013; [Pág.37]

<sup>46</sup> Afirma la Sentencia de STSJ de Navarra de 30 de abril de 2002 ( Artículo 1616) – «De una situación... que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) Si el cambio de puesto no resulta técnica u, objetivamente posible; b) Si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En tales casos... la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación, (debiendo) observarse que la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la Ley» (en el mismo sentido, por ejemplo, STSJ Cataluña, de 18 de noviembre de 2004, Ar. 3814).

**Se trata de una situación configurada desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 26, y que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) si el cambio de puesto no resulta técnica u, objetivamente posible, o b) si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En tales casos, y por disposición expresa del artículo 26.3 LPRL, también recogida por el artículo 48.5 Estatuto de los Trabajadores, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista el riesgo. Si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta esta fecha subsistirá la situación protegida y la correspondiente prestación.**

lactancia natural y la persistencia de un riesgo para la salud de la trabajadora o del hijo.

En el caso de concurrencia entre la prestación por maternidad y el desempleo, la LOI modifica el artículo 222 del TRLGSS, para mejorar la regulación de la concurrencia de estas actividades:<sup>47</sup>

- En el caso de que la trabajadora se encuentra percibiendo la prestación por desempleo total y accede a la situación de maternidad, se suspende la prestación por desempleo y accede a la situación por maternidad, se suspende la prestación por desempleo y pasa a percibir la prestación de maternidad. Una vez extinguida la prestación por maternidad se reanudará la de desempleo, previa solicitud de la persona interesada, por la duración y cuantía que le restaba por percibir.<sup>48</sup>

Se pueden producir situaciones en las que es la problemática la delimitación de la prestación que corresponde. Por ejemplo puede ser el caso de alteraciones en el tiempo de la salud de la mujer causadas por el parto o la lactancia, los descansos prescritos por un facultativo previos al parto y cuando se considere inconveniente para la mujer embarazada la prestación de trabajo pero *preexista una causa de IT, se entenderá que procede ésta prestación y no la de riesgo durante el embarazo*. Por tanto siempre que las patologías no tengan su origen en las condiciones de trabajo se entenderá que serán IT, aunque concurra una situación de embarazo o lactancia.<sup>49</sup>

Finalmente señalar que en La Orden JUS/2538/2013, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Orden JUS/615/2012, de 1 de marzo, en cuanto al cómputo anual de trabajo efectivo y se aprueba el calendario laboral para el

---

<sup>47</sup> MONERO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Manual de Seguridad Social", Tecnos, Madrid, 2013; [Págs. 320 y ss.]

<sup>48</sup> ESCUDERO PRIETO, Azucena, "La protección de la maternidad en el ámbito laboral introducida por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres". Universidad de Valladolid; [Pág. 515]

<sup>49</sup> MONERO PEREZ, J. L., "Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su resumen jurídico", Artículo de: OLARTE ENCABO, Sofía, Comares, 2008; [Pág. 148]

personal de la Administración de Justicia, radicado en el ámbito gestionado por el Ministerio de Justicia; explica en el artículo 7 –*Vacaciones y permisos*- en la letra e) expresa el caso en el que concurran vacaciones con esta prestación.

e) Cuando el período de vacaciones previamente fijado o autorizado, y cuyo disfrute no se haya iniciado, pueda coincidir en el tiempo con una situación de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia, riesgo durante el embarazo o con los permisos de maternidad o paternidad o permiso acumulado de lactancia, se podrá disfrutar en fecha distinta.

Cuando las situaciones o permisos indicados en el párrafo anterior impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, las mismas se podrán disfrutar en año natural distinto. En el supuesto de incapacidad temporal, el periodo de vacaciones se podrá disfrutar una vez haya finalizado dicha incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Si durante el disfrute del período de vacaciones autorizado, sobreviniera el permiso de maternidad o paternidad, o una situación de incapacidad temporal, el período de vacaciones quedará interrumpido pudiendo disfrutarse el tiempo que reste en un período distinto. En el caso de que la duración de los citados permisos o de dicha situación impida el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, las mismas se podrán disfrutar en el año natural posterior.

## **7. *La prestación por riesgo durante la lactancia natural***

Se explicará este apartado, sobre la prestación económica, a través de diferentes apartados.

Hay que destacar que esta prestación, como tal, es incluida en el ámbito de la Seguridad Social por la LOI, a través de las modificaciones que introduce en el TRLGSS.

Hasta entonces, la protección estaba regulada por el artículo 26 LPRL, al igual que el riesgo durante el embarazo, y de la forma en que ya se ha explicado. Por lo tanto, se entiende que no estaba prevista ninguna “suspensión remunerada”, que la LCVF sólo, estaba contemplada para el riesgo durante el embarazo (artículo 49 y ss. REM).

### **7.a) Situación protegida**

Se considera situación protegida, aquella en que se encuentra la trabajadora por *cuenta ajena* durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en los que haya que cambiar de puesto de trabajo por otro que sea compatible con la situación de la trabajadora, en los términos previstos del artículo 26 apartado 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –al cual la LOI da una nueva redacción-, el cambio de puesto no resulte ni técnica ni objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos que estén justificados. En contraposición a esto, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo, cuando no está relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados.<sup>50</sup>

Para las trabajadoras *por cuenta propia*, se considera situación protegida aquella en que se ha de suspender la actividad desarrollada como consecuencia de que la misma presenta riesgo grave para la mujer que se encuentra en situación de lactancia natural o para el lactante, y así certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social

---

<sup>50</sup> AA. VV., “Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y...cit.; [Pág.36]

correspondiente, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo<sup>51</sup>.

Cuando las circunstancias señaladas afecten a una *funcionaria* integrada en el Régimen General e incluida en el ámbito de aplicación del EBEP, se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante la lactancia natural, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social del mismo nombre. En los supuestos en los que debiendo cambiar de puesto de trabajo, dicho cambio de puesto no resulte reglamentaria, técnica u objetivamente posible o no pueda ser exigido por motivos debidamente justificados.

Estas situaciones que han sido anteriormente señaladas, en las que no es posible que se ejecute un cambio de trabajo, tendrá una consecuencia y es: tener la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad con los efectos que se encuentran en el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.<sup>52</sup>

## **7.b) Requisitos del hecho causante**

En el nuevo artículo 135 ter de la LGSS, introducido por la LOI, se dispone que la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo. De esto mismo se extrae que, es de aplicación lo comentado entorno a los requisitos exigidos para el acceso a la cobertura en esta contingencia. Y como en ella se remitía a su vez, a los requisitos previstos para la incapacidad temporal cuando proviene de causa profesional la conclusión es la misma, en el sentido de que

---

<sup>51</sup> PANIZO ROBLES, J. Antonio, "La nueva regulación reglamentaria...cit.; [Pág. 62]

<sup>52</sup> GÓMEZ ETXEBARRIA, Genaro, "Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia en el régimen especial de los funcionarios", *Gestión práctica de Riesgos Laborales*, Núm.: 81, 2011; [Pág. 57]

el acceso a la cobertura resulta viable en todo caso cuando se produce la situación protegida, la propia contingencia de riesgo durante la lactancia natural en este caso, al entenderse que se tiene que dar el alta y no se va a exigir requisito alguno de carencia<sup>53</sup>.

En el caso del régimen especial de *funcionarios*, la norma que regula el procedimiento de reconocimiento y control, es aquélla que está constituida por la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio, que tiene por objeto desarrollar el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de riesgo durante la lactancia natural, riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal (IT), así como también el procedimiento para la gestión del subsidio correspondiente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.<sup>54</sup>

En el caso concreto del riesgo durante la lactancia natural, se encuentra en el CAPITULO V de la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio.

Por otro lado, pero siguiente el mismo hilo conductor, en el artículo 22 – *Situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural*-, del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. En dicho artículo se refleja que las situaciones de riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses, tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, por lo que no se hace necesario periodo de carencia. Asimismo, la concesión de licencias por riesgo durante la lactancia natural y

---

<sup>53</sup> PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio J, " Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de Seguridad Social reguladas por la Ley Orgánica de Igualdad", *Revista de información Laboral-Legislación y Convenios*, ISSN 0214-6045, Núm.: 12, 2007; [Pág. 18]

<sup>54</sup> GÓMEZ ETXEBARRIA, Genaro, "Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo...cit.; [Pág. 57]

sus posibles prórrogas corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión personal.<sup>55</sup>

### **7.c) Prestación económica**

La regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se contiene en los artículos 134 y 135 de la LGSS y en el RDM. La incorporación de ambas prestaciones en el ordenamiento jurídico se ha realizado, dejando recaer el coste de la dispensa del trabajo por ambas contingencias sobre el sistema de la Seguridad Social y estableciendo una regulación que la hace incompatible con cualquier tipo de trabajo.<sup>56</sup>

Una vez que queda acreditada la situación de riesgo y la imposibilidad de adaptación a otro puesto de trabajo, entra en juego la responsabilidad directa de la Seguridad Social, la cual está obligada a responder económicamente ante la trabajadora afectada para mejorar la situación de necesidad ante la que se encuentra. Pero cabe plantearse, cabe plantearse que quizá sería más conveniente crear otro tipo de soluciones como por ejemplo optar por una reducción de la jornada (podría reducirse el riesgo) en determinados casos, para evitar algunos riesgos perjudiciales para la salud de la trabajadora gestante o lactante, especialmente si se tienen en cuenta los largos períodos de exposición a dicho riesgo ya que siempre debe tenerse presente que lo que está en juego es el derecho a la vida y a la integridad física (Artículo 15 CE) y el derecho a la salud de las trabajadoras en un momento muy importante y concreto.

---

<sup>55</sup>Artículos 18 a 22 redactados, con efectos de 1 de enero de 2009 y vigencia indefinida por la disposición final séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 («B.O.E.» 24 diciembre). *Vigencia: 1 enero 2009 Efectos / Aplicación: 1 enero 2009*

<sup>56</sup> MORENO SOLANA, A., *“La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; [Pág. 265]

La solución de reducir la jornada, supondría para el empresario el abono económico del tiempo de trabajo a la mujer (es otra forma a través de la cual la mujer no queda desvinculada del trabajo) y la Seguridad Social tan sólo abonaría la prestación económica de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de forma parcial de tal manera, que el coste de prevención no sólo recaería en el sistema público sino que el mismo, estaría compartido con el empresario. Se ha de decir que esta vía no ha sido explorada en profundidad por el legislador.<sup>57</sup>

Durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora una prestación económica en los mismos términos previstos en la LGSS para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (Artículo 135 ter LGSS). La prestación correspondiente a esta situación tendrá, por tanto, *la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales* y consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tal y como establecía la Disposición Adicional 18 de la LOI al añadir un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II TRLGSS.

No procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad (artículo 49 REM).<sup>58</sup>

El único requisito que se exige a la trabajadora para ser beneficiaria de esta prestación es estar afiliada y en alta o en situación asimilada al alta pues, *al igual que en el resto de prestaciones derivadas de contingencias profesionales*,

---

<sup>57</sup> ARAGÓN GÓMEZ, Cristina., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo., MORENO SOLANA, Amanda., “Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma”, MERCADER UGUINA, Jesús R., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012; [Pág. 57]

<sup>58</sup> ALVAREZ CORTÉS, Juan C. y PLAZA ANGULO JUAN J., “Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural”, *Temas laborales*, Núm.:111, 2011; [Pág. 196]

no se exige período previo de cotización. Al tratarse de una contingencia profesional rige el principio de alta presunta o de pleno derecho, de manera que aunque el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta, la trabajadora tendrá derecho al cobro de la correspondiente prestación.

El derecho al subsidio nace el mismo día que se inicia la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, que será posterior a la emisión de la certificación médica de riesgo. No procede reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad, cualquiera que fuere el progenitor que disfrute de los mismos. A tal efecto, quedará anulada la opción ejercida por la madre a favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad cuando, habiéndose reincorporado al trabajo, se aprecie la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral.<sup>59</sup>

La entidad gestora competente procederá, en el momento de hacer efectivo el pago del subsidio, a deducir del importe del mismo la parte de las cotizaciones a la Seguridad Social que corresponda a la trabajadora, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.<sup>60</sup>

Dado que estamos ante una prestación económica susceptible de fraude, es difícil saber hasta cuándo verdaderamente la madre mantiene la lactancia natural de su hijo/a, el Artículo 51 apartado 3 REM, prevé que las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, podrán establecer instrumentos de control periódico para la adecuada eficacia en la gestión de la prestación.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante...cit.;[Pág.36-37]

<sup>60</sup> AA. VV., Maternidad, paternidad, riesgo durante...cit.; [Pág.28]

<sup>61</sup> AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANAS, Juan., "Prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural", Aranzadi S.A., Navarra, 2010; [Págs. 157-163].

Por lo que se refiere a acceder al cobro de la prestación desde una situación asimilada al alta, debe tenerse en cuenta que la situación legal de desempleo durante la cual la trabajadora perciba prestación por dicha contingencia no puede ser considerada como asimilada al alta a efectos de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, como tampoco lo es a efectos de la prestación por riesgo durante el embarazo, pues cuando no hay prestación de trabajo no puede existir una situación de riesgo y precisamente la situación tutelada por estas prestaciones es la exigencia de un riesgo y no de una patología ya diagnosticada. Las mismas razones justifican el hecho de que el legislador, en el Artículo 125 apartado 1 LGSS, excluya expresamente de la consideración como situación asimilada al alta a efectos de los subsidios por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.<sup>62</sup>

Esta prestación fue desarrollada por REM, por el cual, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Conforme a esta norma, comenzará a percibirse al día en el que se inicia el período de suspensión del contrato y se extinguirá según señala el artículo 50 apartado 3 RD RDM:

- Cuando el hijo cumpla nueve meses.
- Cuando se reincorpore la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior a otro compatible con su estado.
- Cuando se extinga el contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional.
- Cuando se interrumpa la lactancia natural y,
- cuando fallezca la beneficiaria o el hijo/a lactante.

---

<sup>62</sup>PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio J, " Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural...cit.; [Págs. 18-19]

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio y existe un control documental de toda la situación que se analizará posteriormente.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el Capítulo IV, artículo 34 del RDM para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo. Consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora. En dicho artículo se explica que el cálculo del subsidio se hará con la base reguladora equivalente, a la que está establecida en la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o la establecida en la IT derivada de contingencias comunes.

En las situaciones de pluriempleo se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

- Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural se haga efectiva en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para el cálculo de la base reguladora del subsidio se computarán todas las bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo.
- Si la suspensión del contrato de trabajo se declarase en una o varias actividades pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora se hará con las bases correspondientes a las actividades en las que se produce la suspensión, aplicando el tope máximo que tengan asignado en este caso.
- En el caso de las trabajadoras contratadas a *tiempo parcial* la base reguladora diaria del subsidio que percibirá, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización de los 3 meses anteriores a la fecha del inicio de la suspensión.

- Cuando sean trabajadoras contratadas para la *formación*, la base reguladora será equivalente al 75 por ciento de la base mínima de cotización vigente.
- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, la base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización que se acredite, en el caso de que éste sea inferior a un año.<sup>63</sup>

### **7. c. 1) Referencia a los regímenes especiales**

La prestación económica, se concede en los mismos términos y condiciones que, en el régimen general de la Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

- En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, será un requisito imprescindible para que se produzca el reconocimiento y abono de la prestación, que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

A tal efecto, se aplicará el mecanismo de invitación al pago previsto en las normas.

La Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, en la Disposición Adicional sexta –*Cotización adicional por las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en los Regímenes de Trabajadores por Cuenta Propia y Empleados de Hogar*– al ser considerado el riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, contingencias profesionales desde la llegada de la LOI, trabajadores autónomos/as, tenían la cobertura de estas contingencias de forma voluntaria; ahora bien, esa cotización la hacían varones y mujeres

---

<sup>63</sup> Disponible en: [Real Decreto 295/2009, del 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural](#)

independientemente de su edad (es decir, aunque no pudieran beneficiarse de las prestaciones). Paulatinamente, se repitió en todas las Leyes de Presupuestos y en la actualidad el artículo 128 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del estado para 2014, en el apartado 6 recoge esta cotización adicional: "Los trabajadores incluidos en este Régimen Especial que no tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,10 por 100, aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones previstas en los Capítulos IV quáter y IV quinquies del Título II, de la Ley General de la Seguridad Social".

*En estas circunstancias hay que diferenciar a los trabajadores económicamente dependientes, quienes tienen la cobertura obligatoria de contingencias profesionales, de los/as trabajadores/as autónomos/as en general que es a quienes se aplica esta cotización adicional.*

*Junto a esta cotización, desde la Ley 51/2007, igualmente se regula una reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional que se ha repetido en las posteriores leyes de Presupuestos Generales del Estado.*

En la Ley 22/2013, Disposición Adicional 78 expresamente se establece: "En los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, soportada por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Esa misma reducción será aplicable, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen, en aquellos casos en que, por razón de enfermedad profesional, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador.”

La ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en la Disposición Adicional 58 ampliaba la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los Regímenes de la Seguridad Social respecto de los trabajadores que causen alta a partir del 1 de enero de 2013 se pretendía aplicar a los autónomos que se dieran de alta desde el 1 de enero de 2013. Sin embargo, la D. A. 85 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre de PGE establece un nuevo aplazamiento a esta obligación: “Los efectos de la disposición adicional quincuagésima octava de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, introducida por el artículo 7 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en cuya virtud se amplía la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a todos los Regímenes de la Seguridad Social respecto de los trabajadores que causen alta a partir del 1 de enero de 2013, **se aplazan por un año**. Hasta entonces seguirá vigente el régimen jurídico existente al 31 de diciembre de 2012.

A partir de dicho momento se impone la cobertura por riesgos profesionales de forma obligatoria, de forma que ambos riesgos como contingencias de tal carácter, estarán cubiertos con respecto a las trabajadoras por cuenta propia que se den de alta en el RETA a partir de dicha fecha. En el caso de las trabajadoras que ya pertenecieran al sistema y que no hubiesen optado por cubrir los riesgos profesionales, será necesario mantener esta cotización adicional.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> ARAGÓN GÓMEZ, Cristina., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo., MORENO SOLANA, Amanda., “Análisis de la compatibilidad de prestaciones...cit.; [Pág. 65]

Respecto al subsidio correspondiente a las trabajadoras *funcionarias*, está regulado en el Artículo 18, Capítulo V, de la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio. Este artículo establece que el procedimiento para la concesión del subsidio por riesgo durante la lactancia natural, se regirá a través del artículo 13 de la presente Orden; el cual explica el subsidio correspondiente por Incapacidad Temporal (IT). En el mismo, se explica lo siguiente:

- Al cuarto mes de percibir la licencia por enfermedad común, el mutualista dejará de percibir las retribuciones complementarias, y comenzará a devengar el correspondiente subsidio económico por parte del MUFACE. La solicitud del subsidio económico se efectuará del mutualista a MUFACE que la tramitará a través del Servicio Provincial al que el mutualista esté adscrito.
- Para la tramitación y terminación del procedimiento de reconocimiento del derecho al subsidio, el órgano personal remitirá a MUFACE las retribuciones del mutualista, devengadas al inicio del tercer mes de licencia y las complementarias, que al iniciarse el cuarto mes, ha dejado de percibir.

## **7. c. 2) Pluriactividad**

En supuestos en los que la trabajadora realice simultáneamente actividades y se encuentren incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social:

- En caso de que las actividades que desarrolla la trabajadora entrañen un riesgo para la lactancia natural o un riesgo durante el embarazo, se tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos.

- Cuando la situación de riesgo durante el embarazo o lactancia afecta a una o varias, de las actividades efectuadas por la trabajadora pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades que entrañen dicho riesgo.

En cualquier caso, la percepción del subsidio será perfectamente compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que desarrolle la trabajadora con anterioridad o que pueda comenzar y por supuesto no impliquen riesgo durante el embarazo o lactancia natural.<sup>65</sup>

#### **7.d) Procedimiento y gestión**

Una vez detectada la situación de embarazo de la trabajadora, que lo realizará el Servicio Nacional de Salud –que es para lo único que tomará parte en el procedimiento- y no se pueda adaptar su puesto de trabajo a la situación que requiere, se procederá a la solicitud (artículo 51 REM)<sup>66</sup>. Para determinar que no se puede adaptar el puesto de trabajo a la trabajadora, deberán ser acreditadas por el Servicio Médico del INSS o de las Mutuas.

---

<sup>65</sup> AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y...cit.; [Pág.31]

<sup>66</sup> Es en el Artículo 22 apartado 3 del Real Decreto Legislativo 4/2000, del 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; en la redacción dada por la disposición final séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 se establece: *Artículo 22 Situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural* **1.** Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, por lo que no requerirán de periodo de carencia y sus contenidos asistenciales serán los previstos para esta situación.**2.** La concesión de las licencias por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y sus posibles prórrogas corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal.**3.** Reglamentariamente se establecerá la forma y contenidos de la evaluación médica del riesgo para la salud de la madre, hija o hijo, y de la acreditación de que este riesgo deriva de las funciones habituales del puesto de trabajo, así como que el riesgo no es evitable mediante la modificación temporal de funciones o puesto o el traslado provisional de la funcionaria a otro puesto de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.**4.** En las situaciones a que se refiere este artículo, los derechos económicos en toda la duración de la licencia serán los establecidos en el artículo 21 precedente con la particularidad de que la prestación económica equivalente al subsidio por incapacidad temporal consistirá en un subsidio a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado en cuantía igual al 100 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

Como el riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, entendiéndolas se consideran prestaciones derivadas de *contingencias profesionales* llevan consigo de manera implícita una variación en el que la figura responsable de la gestión y el pago de las prestaciones económicas, ahora corresponderá a la entidad gestora, al INSS o la MUTUA, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de riesgos profesionales; con ello, se explica que son éstas las cuales van a determinar la posible existencia o no de riesgo y, en su caso de que éste exista, de la prestación económica.

En el actual procedimiento, el informe médico del Servicio Público de Salud (SPS), se centrará en señalar la situación de embarazo y fecha posible de parto, eliminándose de tal manera, la posibilidad de que éstos, puedan acreditar sobre las condiciones del puesto de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la embarazada o del hijo/a lactante. Asimismo, los Servicios de Prevención de las empresas deben limitarse a señalar la actividad desarrollada por la trabajadora y las condiciones en las que se desarrolla el puesto de trabajo.

Sin embargo, las MUTUAS, toman un papel importante ya que son a ellas a las que les va a corresponder la certificación del riesgo y también el reconocimiento de la prestación económica.

En el actual procedimiento contenido en el artículo 39 del REM (por reenvío del 51) , se ha prescindido tanto del papel del Servicio Público de Salud que atendía a la trabajadora, al ser contingencia profesional, dicha intervención se consideraba apropiada en el sentido en que nadie mejor para valorar la situación de la trabajadora. Esta actividad se ha dejado de realizar; los mejores conocedores de los riesgos que existen en una empresa para la trabajadora en riesgo de embarazo o lactancia natural son los Servicios de Prevención de la empresa. Este “papel” va a ser dejado de desarrollar por estos últimos para pasar a las MUTUAS, que se van a encargar del reconocimiento de los supuestos de suspensión de riesgo durante las

situaciones de maternidad y lactancia; ello provoca problemas sobre todo para la protección de las trabajadoras.<sup>67</sup>

La solicitud se hará ante la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Posteriormente; la tramitación de la solicitud en modelo oficial ante la Mutua correspondiente, aportando además, lo siguiente:

1. Informe médico del Servicio Público de Salud que la asiste.
2. Declaración de la empresa sobre la categoría de la trabajadora, trabajos realizados, riesgos y condiciones del puesto de trabajo.
3. Declaración empresarial sobre la inexistencia de otro puesto compatible con el estado de la trabajadora.
4. Declaración empresarial, con fecha de inicio de la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

En penúltimo lugar, se dará paso a la resolución en un plazo de 30 días, a contar desde la solicitud. Una vez resuelto, y aceptado, se inicia la prestación; el derecho al cobro de la prestación nace el día que se inicia la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural siendo el pago directo por parte de la Mutua.<sup>68</sup>

El procedimiento para el reconocimiento del derecho en el caso de trabajadoras autónomas, se iniciará a instancia de la interesada, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda, solicitando la certificación médica sobre la existencia de riesgo. Para ello, deberá aportar:

- Informe médico del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación del embarazo y la fecha probable del parto.

---

<sup>67</sup> RODRIGUEZ CARDO, I. A., "Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos", *Mujer trabajo y Seguridad Social*, La Ley, edición digital ([www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es)), 2010; [Pág. 8]

<sup>68</sup> MARTINEZ BOTELLO, Pablo, "Riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, como contingencia común a profesional" Información laboral. Legislación y convenios colectivos, Núm.: 34, 2007; [Pág. 7]

- Declaración sobre la actividad desarrollada, así como la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado, que pueda ser llevada a cabo por la misma, en su condición de trabajadora por cuenta propia.

En caso de que se trate de una trabajadora *autónoma* que presta servicios en sociedades cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, dicha declaración deberá ser realizada por el administrador de la sociedad. Diferente es el supuesto cuando se trata de una trabajadora *autónoma económicamente dependiente*, porque la mencionada declaración deberá realizarla su cliente. Si la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia natural, rechazará la expedición de la certificación médica mencionada anteriormente, haciéndole constar a la trabajadora que no cabe el procedimiento dirigido a la obtención de la prestación.<sup>69</sup>

La gestión del pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural corresponderá al INSS o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social dependiendo de cuál sea la entidad gestora o colaboradora en cada momento de la suspensión del contrato o de la actividad, con independencia de que durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, según los casos (Artículo 51 apartado 1 REM).

En el caso de trabajadoras *por cuenta propia o autónomas*, que no hayan concretado la cobertura de riesgos profesionales, pero sin embargo, tenga cubierta la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, será competente para la gestión de la prestación de riesgo durante el embarazo la entidad gestora o colaboradora.

En los supuestos en los que las trabajadoras incluidas en el RETA que no tuvieran cubierta la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes,

---

<sup>69</sup> AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo...cit.; [Pág.32]

cuando tal protección sea de carácter obligatorio, la gestión de la protección corresponderá a la entidad gestora.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante...cit.; [Pág.33]

## **V. CONCLUSIONES**

- 1.- La regulación de la prestación de riesgo durante la lactancia materna supone que la madre trabajadora, realmente puede elegir en caso de riesgos en su puesto de trabajo el tipo de lactancia que le quiere dar a su hijo/a. Hasta esta regulación, esas madres si querían optar por la lactancia natural debían, abandonarla al acabar el permiso por maternidad o hacer un uso –en cierto modo ilegítimo- de la prestación por Incapacidad Temporal por contingencias comunes.
- 2.- Evidentemente en estos momentos, la lactancia natural está siendo recomendada por organismos internacionales y nacionales en beneficio tanto de la madre como del recién nacido. Por ello, el ordenamiento debe regular las medidas que sean necesarias para que algo que es generalmente entendido como positivo, pueda ser puesto en práctica.
- 3.- La LOI además de introducir otras normas en materia de igualdad y discriminación por razón de género, en materia de Seguridad Social, supuso una transformación importante. Así, calificar a la prestación de riesgo por embarazo y riesgo durante la lactancia materna como contingencia profesional supone tener claro el origen del riesgo y además beneficiarse de todas las previsiones que para estas contingencias hay en el ordenamiento de Seguridad Social. La consideración de la situación de riesgo durante el embarazo, de forma semejante a una incapacidad temporal por enfermedad común, -salvo de la prestación- hacía que se exigieran periodos de carencia y que por tanto resultase ineficaz.
- 4.- La consideración como contingencias profesionales ha hecho que el subsidio sea del 100 por 100 de la base reguladora y de este modo, la madre trabajadora no sufre ningún perjuicio en caso de sufrir una situación de este tipo.

5.- Al introducir la LOI la suspensión contractual con subsidio en caso de riesgo por lactancia materna es cuando realmente, las previsiones contenidas en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se hacen efectivas, teniendo en cuenta que no es una prestación que se produzca automáticamente cuando se constata la concurrencia de un riesgo puesto que han de tomarse todas las medidas establecidas en el artículo 26 para evitar esta situación, y sólo se llega a la suspensión cuando no hay otra posibilidad de evitar el riesgo.

6.- Sin embargo, la puesta en práctica de todos los mecanismos previstos en el artículo 26 apartado 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se ha complicado considerablemente por la interpretación de los Tribunales. La necesidad de que concurra un *riesgo específico* y que el *nivel de ese riesgo sea muy concreto*, ha hecho que en muchas ocasiones no se haya protegido a muchas trabajadoras que habían reclamado la suspensión. Por ello, aunque se admite la existencia de riesgos en los puestos de trabajo si son *genéricos* el Tribunal Supremo, niega que ese riesgo tenga la relación específica con el puesto de trabajo. El concepto de *riesgo específico en la práctica dificulta el acceso a esta prestación*, tal y como lo ha establecido el Tribunal Supremo en diversas sentencias: SSTS 21 de junio 2012, (Ar. 8964); de 22 de noviembre de 2012, (Ar. 355); de 24 de abril 2012, (Ar. 5116).

## **VI. BIBLIOGRAFIA, SENTENCIAS CITADAS Y ABREVIATURAS**

### **1. Bibliografía y páginas Web**

AA. VV., "Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural", Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), edita: Instituto Nacional de la Seguridad Social, 9º Edición, 2013.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y GIL PLANA, Juan., "Prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural", Aranzadi S.A., Navarra, 2010.

ALVAREZ CORTÉS, Juan C. y PLAZA ANGULO JUAN J., "Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural", *Temas laborales*, Núm.:111, 2011.

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo., MORENO SOLANA, Amanda, "Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma", MERCADER UGUINA, Jesús R., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

BELMONTE GOMEZ M. A. en AA. VV., "Prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia en el ámbito de la CARM", *Escuela de la Administración Pública de la región de Murcia*, 2010.

BLASCO LAHOZ, José Francisco, "Curso de Seguridad Social", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DICTAMEN DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la

Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a las medidas en el trabajo de la mujer embarazada.

ESCUDERO PRIETO, Azucena, "La protección de la maternidad en el ámbito laboral introducida por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres". Universidad de Valladolid.

GARCIA BLASCO, J. SEMPERE NAVARRO, A. CARDENAL CARRO, M. GONZALEZ LABRADA, M. *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001.

GÓMEZ ETXEBARRIA, Genaro, "Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia en el régimen especial de los funcionarios", *Gestión práctica de Riesgos Laborales*, Núm.: 81, 2011.

GORELLI HERNANDEZ, Juan, e IGARTUA MIRÓ, Mº. T., "Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", Rodríguez Miguel, 2002.

INSTITUTO VASCO DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, "Guía de Prevención de Riesgos Laborales para la mujer trabajadora en situación de embarazo, que haya dado a luz o de lactancia", junio de 2005.

MARTINEZ BOTELLO, Pablo, "Riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, como contingencia común a profesional" Información laboral. Legislación y convenios colectivos, Núm.: 34, 2007.

MERCADER UGINA, J., "Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)" *RL*, Núm.: 1, 2002.

MIGUEL DE LA CALLE, Paloma, "Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo y a la formación y a las promociones profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Num.: 42, 2003.

MONEREO PEREZ, J. L., "Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su resumen jurídico", Artículo de: OLARTE ENCABO, Sofía, Comares, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Manual de Seguridad Social", Tecnos, Madrid, 2013.

MORENO SOLANA, A., "La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles", Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

OMS. Nutrición del lactante y del niño pequeño. Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño. Informe de la Secretaría. Genève: 55<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud. 16 de abril de 2002. A55/15.

PANIZO ROBLES, J. A., "Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Núm.: 290, 2007.

PANIZO ROBLES, J. A., "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, Núm.: 34.

PANIZO ROBLES, J. Antonio, "La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural)", *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, Núm.: 313, 2009.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio J, "Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de Seguridad Social reguladas por la Ley Orgánica de Igualdad", *Revista de información Laboral-Legislación y Convenios*, ISSN 0214-6045, Núm.: 12, 2007.

Prof. DELGADO RUBIO, Alfonso, "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural". *Asociación Española de Pediatría (AEP)*, Editorial Médica Panamericana, 2008.

RODRIGUEZ CARDO, I. A., "Mujer y salud en el trabajo: puntos críticos", *Mujer trabajo y Seguridad Social, La Ley*, edición digital ([www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es)), 2010.

RODRIGUEZ GONZALEZ, Sarai, "Conciliación y correspondencia entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE"; Análisis de la facultad de Derecho, Num.: 28; 2011.

SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "El riesgo durante el embarazo", Aranzadi, Pamplona, 2002.

SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen y SEMPERE NAVARRO, Antonio, "Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Aranzadi, Pamplona, 2008.

TORRENTE GARI, Susana, "El derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo y género", *"Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial"* VALLEJO DACOSTA (coord.), Prensas Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2013.

TORRENTE GARI, S. *Mujer y protección social*, MTSS Madrid, 1999.

VALLEJO DA COSTA, Ruth, Planes de Igualdad y otras medidas de promoción de la Igualdad, *"Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad empresarial"* VALLEJO DACOSTA (coord.), Prensas Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2013.

VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup> Teresa, "La igualdad entre mujeres y hombres tras el tratado de Lisboa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm.: 92, 2011.

VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup>. Teresa, "Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y en periodo de lactancia", *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, Núm.: 68, 2011. Al respecto véase GARCIA BLASCO, J. SEMPERE NAVARRO, A. CARDENAL CARRO, M. GONZALEZ LABRADA, M. *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001.

VICENTE PALACIO, Arántzazu, "La ley de igualdad efectiva de mujeres y hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones sustantivas en materia de maternidad y riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*; Núm.: 74, 2008.

## **Páginas Web**

<http://rae.es/>

[http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive\\_breastfeeding/es/](http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/es/)

<http://www.salud180.com/salud-z/lactancia>

[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp\\_664.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_664.pdf)

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/equality\\_between\\_men\\_and\\_women/em0031\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0031_es.htm)

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html#a15](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a15)

## **2. *Sentencias citadas***

### **2.a) *Sentencias del Tribunal Supremo***

Sentencia TS 21 de junio 2012, (Ar. 8964)

Sentencia TS de 22 de noviembre de 2012, (Ar. 355)

Sentencia TS de 24 de abril 2012, (Ar. 5116)

### **2.b) *Sentencias del Tribunal Superior de Justicia***

Sentencia TSJ Cataluña, de 18 de noviembre de 2004, (Ar. 3814)

Sentencia TSJ de Navarra de 30 de abril de 2002

Sentencia TSJ País Vasco, de 12 de diciembre de 2006, (Ar. 94406)

Sentencia TSJ de Islas Canarias, de 13 de mayo de 2005, (Ar. 973)

Sentencia TSJ de Murcia de 16 de marzo, de 2009, (Ar. 1061)

Sentencia TSJ de Navarra, de 5 de marzo de 2010, (Ar. 1088)

Sentencia TSJ Cataluña de 22 de marzo de 2010, (Ar. 1691)

Sentencia TSJ de Castilla- La mancha, de 11 de noviembre de 2009, (Ar. 2600)

Sentencia TSJ Asturias, de 7 de noviembre de 2008, (Ar. 105169)

Sentencia TSJ de Navarra de 30 de abril de 2002 (Rec. Núm. 122/2002)

Sentencia TSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (Rec. Núm. 2219/2003)

### **3. Abreviaturas**

Art.: Artículo

ATEP: Accidentes de trabajo y Enfermedad Profesional

B. O. E.: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española, 1978

CEE: Comunidad Económica Europea

CEEP: Centro Europeo de la Empresa Pública

D. A.: Disposición Adicional

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social

IT: Incapacidad Temporal

LCVFL: Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral

LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LOI: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LOIMH: Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, Ley de Prevención de Riesgos Laborales

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMS: Organización Mundial de la Salud

Págs.: Páginas

R. D. Legislativo: Real Decreto Legislativo

RAE: Real Academia Española

RDM: Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo

RD MAT: Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre

SS: siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UNICE: Unión de Confederaciones de la Industria Europea

UNICEF: Fondo de Naciones Unidas para la Infancia