



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*

**Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos**

**Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche**

**Universidad Miguel Hernández**

**Trabajo Fin de Grado**

**Curso Académico 2017/2018**

**PERMISO Y RIESGO POR LACTANCIA.**

**CONFIGURACIÓN Y GUÍA**

**Alumna: María del Carmen Gómez Cerdán**

**Tutora: Rosario Carmona Paredes**



## INDICE

|   |    |
|---|----|
| CAPITULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERMISO DE LACTANCIA EN ESPAÑA .....                             | 11 |
| 1. Nacimiento del Derecho del Trabajo.....  | 11 |
| 2. El permiso de lactancia desde la Constitución .....  | 13 |
| CAPITULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO POR LACTANCIA.....  | 16 |
| 1. Contenido del derecho .....  | 17 |
| 1.1 Lactancia acumulada: ampliación convencional de la norma y sus aristas o presuntas incompatibilidades ..... | 18 |
| 1.2 Duración del permiso .....  | 22 |
| 1.3 La concreción horaria.....  | 23 |
| 1.4 La retribución .....  | 23 |
| 1.5 Titularidad del derecho.....  | 24 |
| CAPITULO III. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD.....   | 29 |
| 1. La corresponsabilidad en España. La realidad de los números .....  | 31 |
| 2. Otras medidas de conciliación para el cuidado de menores .....   | 32 |
| 2.1 Permiso por Maternidad .....  | 33 |
| 2.2 Permiso por Paternidad .....  | 34 |
| 2.3 Permiso por Lactancia.....  | 36 |
| 2.4 Riesgo durante la lactancia natural.....  | 37 |
| 2.5 Reducción de jornada por causas familiares .....  | 37 |
| 2.6 Excedencia. ....  | 39 |
| 3. El permiso por lactancia en los convenios colectivos de la Provincia de Alicante                             | 41 |
| CAPITULO IV. EL DERECHO AL PERMISO POR RIESGO POR LACTANCIA .....   | 44 |
| 1. Normativa reguladora.....  | 45 |

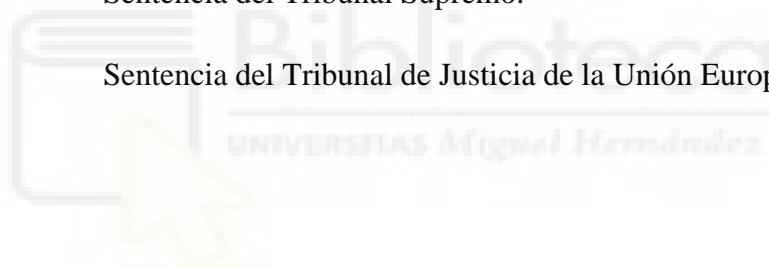
|   |    |
|---|----|
| 2. Contenido del Derecho .....  | 47 |
| 2.1 Período de protección y especial protección .....                         | 50 |
| 2.2 Destinatarias o Beneficiarias .....                                       | 50 |
| 3. Problemática en el reconocimiento del derecho. El riesgo específico .....  | 51 |
| 3.1 Alternativas a la suspensión del contrato .....                           | 55 |
| CAPITULO V. GUIA JURÍDICA DE LACTANCIA .....                                  | 57 |
| CAPITULO VI. REPERCUSIÓN Y DIVULGACIÓN DE LA GUÍA JURÍDICA DE LACTANCIA ..... | 82 |
| CAPITULO VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS A FUTURO .....                        | 87 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....  | 96 |



## **ABREVIATURAS**

|               |   |
|---------------|---|
| <b>AEP</b>    | Asociación Española de Pediatría.                                       |
| <b>ART</b>    | Artículo.   |
| <b>CAISS</b>  | Centro de Atención e Información de la Seguridad Social.                |
| <b>CE</b>     | Constitución Española.  |
| <b>CEE</b>    | Comunidad Económica Europea.  |
| <b>EBEP</b>   | Estatuto Básico del Empleado Público.                                   |
| <b>ET</b>     | Estatuto de los Trabajadores.   |
| <b>FJ</b>     | Fundamento jurídico.  |
| <b>INE</b>    | Instituto Nacional de Estadística.                                      |
| <b>INS</b>    | Instituto Nacional de la Seguridad Social.                              |
| <b>IPREM</b>  | Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.                        |
| <b>ISTAS</b>  | Instituto Sindical de Trabajo Medio Ambiente y Salud.                   |
| <b>LGSS</b>   | Ley General de la Seguridad Social.                                     |
| <b>LISOS</b>  | Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.                     |
| <b>LO</b>     | Ley Orgánica.   |
| <b>LOIEMH</b> | Ley Orgánica entre Mujeres y Hombres.                                   |
| <b>LOI</b>    | Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres. |
| <b>LPRL</b>   | Ley de Prevención de Riesgos Laborales.                                 |
| <b>LRJS</b>   | Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.                               |
| <b>OIT</b>    | Organización Internacional del Trabajo.                                 |

|              |   |
|--------------|---|
| <b>OM</b>    | Orden Ministerial.  |
| <b>OMS</b>   | Organización Mundial de la Salud.   |
| <b>PPiNA</b> | Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción. |
| <b>RAC</b>   | Recurso de Amparo Constitucional.   |
| <b>RD</b>    | Real Decreto.   |
| <b>RDL</b>   | Real Decreto Legislativo.   |
| <b>RJ</b>    | Resolución Jurídica.  |
| <b>SJS</b>   | Sentencia de Juzgado de lo Social.  |
| <b>STC</b>   | Sentencia del Tribunal Constitucional.                                      |
| <b>STS</b>   | Sentencia del Tribunal Supremo.   |
| <b>STJUE</b> | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.                     |



## **RESUMEN**

La escasa regulación y concreción del permiso y riesgo por lactancia, está ocasionando, una enorme inseguridad jurídica que se está resolviendo vía judicial con sentencias contradictorias, sobre todo en aquellas que resuelven conflictos que tiene que ver con la titularidad del derecho al acceso al permiso por lactancia. Por ello el propósito de este trabajo ha sido poner de manifiesto la problemática e interrogantes que las personas que se encuentran en esta situación sufren por la falta de concreción de la norma. Para la realización de este trabajo propuesto por la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández, se ha colaborado durante un año con la Asociación para la promoción de la lactancia materna, la Mama d'Elx, mediante la organización de “talleres jurídicos de lactancia”, en los que se ha recogido y dado respuesta a las dudas e inquietudes que planteaban todas las y los participantes que acudían a las charlas que se organizaban una vez al mes. Fruto de esta colaboración, se han recopilado dichas cuestiones en un guía jurídica de lactancia que se encuentra publicada en webs de distintas asociaciones de lactancia y pediátricas.

**PALABRAS CLAVE:** Permiso, Lactancia, Riesgo, Acumulación, Guía Lactancia.

## **ABSTRACT**

The almost non-existent legislation, and determination and of what is permissible, albeit with risks, when breastfeeding is creating enormous judicial uncertainty, resulting in contradictory court rulings, especially those resolving conflicts as to the titular right of access to breastfeeding permission. Thus the aim of this work is to call attention to the problems and queries that people in this situation face due to the aforementioned lack of hard and fast norms. To carry out this work proposed by the Miguel Hernandez University's Judicial Clinic, we have worked closely with the Association for the Promotion of Maternal Breastfeeding, the "Mama d'Elx" by means of organising "Judicial workshops for breastfeeding" in which the doubts and worries of the participants are collected and answered in the Association's main office once a month. The result of this co-operation is to have compiled all the material in a legal guide to breastfeeding which is published on the websites of the various breastfeeding and pediatric associations.

**KEY WORDS:** Permission, Breastfeeding, Risk, Accumulation, Breastfeeding Guide.



## INTRODUCCIÓN

La incorporación de la mujer al mercado laboral ha significado para ella un doble esfuerzo consistente en la asunción de tareas familiares y domésticas (consideradas tradicionalmente exclusivas de la mujer), junto con las propias de la actividad profesional.

A pesar de que los gobiernos desarrollados han incorporado políticas de igualdad con la finalidad de que hombres y mujeres participen en el cuidado de los hijos y ocupaciones domésticas, todavía se asientan en nuestra sociedad, claros estereotipos de género que suponen un obstáculo a la igualdad en el acceso al trabajo, ofreciendo a su vez resistencia al cambio. No hay que olvidar que en los orígenes de la legislación laboral, el trabajo en sí mismo, estaba pensado para hombres, cuya exclusiva dedicación era la productiva o profesional.

Desde la instauración de la democracia en España y la promulgación de la Constitución, la legislación se va a encaminar a conseguir la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con la intención de evitar la discriminación entre ambos sexos. Sin embargo no ha tenido la efectividad que se esperaba, ya que en un primer momento dichas leyes no se centraron en romper el rol social que tradicionalmente se ha adjudicado a ambos géneros, y que ha supuesto para la mujer un obstáculo en el acceso al mercado laboral. Esto ha afectado a su formación, a la promoción de su carrera profesional y a la atención a su vida personal y familiar. Situación que ha dado lugar a que los permisos y licencias a las que da derecho las normas de conciliación sean solicitadas mayormente por mujeres, produciéndose un “efecto boomerang” que lejos de alcanzar la igualdad en el acceso y mantenimiento de la mujer en el mundo laboral, va a significar que los empresarios contraten mano de obra masculina por ser más rentable.

El objetivo del presente trabajo es efectuar un análisis jurídico de uno de los permisos menos regulados y que mayor conflictividad está deparando su disfrute, como es el permiso por lactancia y de riesgo por lactancia. La idea de emprender este trabajo tuvo su origen en la petición por parte de miembros de la Asociación “La Mama d’Elx, Grupo de apoyo a la lactancia materna” dentro del Proyecto de

innovación docente de la Clínica Jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Este encargo surgió ante la necesidad de dar respuesta a una problemática recurrente que sufren aquellas personas que ejercen o pretenden ejercer el permiso por lactancia o de riesgo por lactancia y que se encuentran con constantes obstáculos para que se les reconozca estos derechos por distintos motivos que iremos estudiando en el presente trabajo.

La metodología que se utilizó para llevar a cabo el encargo fue la organización de unos “talleres jurídicos” el último miércoles de cada mes, durante prácticamente un año. De esta manera cualquier persona podía acudir a plantear sus dudas o a poner de manifiesto su problemática. Si en ese momento no se disponía de la información por ser específica del sector, por ejemplo, en la siguiente sesión se daba respuesta. Además en cada taller se ofrecía pequeñas píldoras formativas de no más de 15 minutos, sobre los distintos temas jurídicos laborales relacionados con este permiso o con el riesgo por lactancia.

Con el desarrollo de esta actividad y concretamente de uno de los talleres, surgió la idea de cambiar el objeto de este trabajo. Ya no sería únicamente abarcar y analizar una temática jurídica, sino que se trataría de dar respuestas a todas las cuestiones que se iban planteando en los talleres de forma personal y directa para plasmarlas finalmente en una guía práctica que fuera cedida a la propia Asociación, “Guía jurídica de lactancia”.

No podemos llevar a cabo el estudio del permiso por lactancia sin realizar un breve recorrido histórico en torno a su origen y evolución, mencionando las distintas modificaciones que ha sufrido el precepto desde su origen en el año 1900 hasta nuestros días. Nos centraremos, entre otros aspectos, en la controvertida titularidad del mismo, sus modalidades de disfrute y su compatibilidad con otras medidas de conciliación, para finalizar realizando un análisis jurisprudencial del avance que caso a caso han ido conformando el derecho al permiso por lactancia. Prueba de ello es que la norma se ha ido asentando y evolucionando adaptándose a las necesidades del momento a golpe de sentencia, puesto que ha sido una norma escasamente regulada. Actualmente está desvinculada del origen para el que fue creado, que era la de proteger la alimentación de la madre trabajadora y del menor por leche

materna, para convertirse en un permiso que prolonga el permiso de maternidad para el cuidado del recién nacido, atribuible a cada una de las personas que se encargan de su guarda legal. Trataremos además la figura jurídica del riesgo por lactancia, que provoca una gran conflictividad judicial, cuando se pone en entredicho por parte de la parte empleadora o mutua, la no existencia del riesgo específico. Hasta el momento recaía en la empleada la difícil y compleja tarea de demostrar que el desempeño de su trabajo sí conlleva un riesgo específico. Sin embargo, como veremos en el capítulo correspondiente, que a raíz de una reciente sentencia, la doctrina da un giro de ciento ochenta grados al determinar que esta situación genera una clara discriminación a la empleada.



# CAPITULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERMISO DE LACTANCIA EN ESPAÑA

## 1. Nacimiento del Derecho del Trabajo

Para conocer mejor el derecho al permiso durante la lactancia, nos remontaremos a principios de siglo XX cuando es promulgada la Ley de 13 de marzo del año 1900 que regula las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños<sup>1</sup>. Posteriormente esta Ley experimentó modificaciones para adaptarse a las circunstancias del mercado laboral, a los cambios políticos-sociales y a la legislación española y europea.

Las primeras normas protectoras en derecho laboral fueron dirigidas a niños y mujeres con la intención de proteger a los trabajadores y trabajadoras más débiles. A principios del siglo XX las pésimas condiciones laborales que sufrían los obreros y obreras en la industria, era objeto de estudio por el Instituto Nacional de Reformas Sociales llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones: “el trabajo de la mujer durante el embarazo trae consigo enfermedades ginecológicas y causa mayor mortalidad infantil, abortos y partos prematuros. Todo ello causa un perjuicio de trascendencia social, que afecta a la propia continuidad `de la raza`”<sup>2</sup>.

En el artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900, se da especial protección a la mujer durante el puerperio y lactancia, en el que se le obliga a descansar durante las tres semanas posteriores al parto teniendo derecho a reserva del puesto de trabajo justo después del alumbramiento.

---

<sup>1</sup> Ley de 13 de marzo de 1900, de condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños. El Reglamento que aplica la ley será promulgado en el capítulo segundo: “del trabajo de las mujeres” en el artículo 19, dentro del RD de 13 de noviembre de 1900.

<sup>2</sup> ESPUNY TOMÁS MJ, “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *IUS Labor*, 2/2007.

El permiso de lactancia consistía en la ausencia de una hora dentro de la jornada laboral para dar el pecho a sus hijos. Esta hora era retribuida y se podía fraccionar en treinta minutos en horario de mañana o tarde respectivamente<sup>3</sup>.

Posteriormente, en el Reglamento que desarrolla la ley de 1900 a través del Real Decreto del 13 de noviembre de 1900 y concretamente en el Capítulo II sobre “Trabajo de las mujeres” artículo 19, se amplían las medidas relacionadas con la lactancia permitiéndose a la madre extenderse más allá de la hora permitida, aunque el tiempo que excediera no se le remuneraba. En el caso de que las madres se llevaran a sus hijos a los talleres o fábricas,<sup>4</sup> se les permitía fraccionar la hora en cuatro cuartos, divididos proporcionalmente en mañana y tarde<sup>5</sup>.

Más tarde, en el RD de 21 de agosto de 1923, promulgado por el gobierno español a raíz de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en 1919, se establece provisionalmente un seguro obligatorio a la mujer trabajadora que da a luz hasta que se cree en España, la Caja del Seguro Obligatorio de Maternidad.

Una vez establecido dicho Reglamento del Seguro Obligatorio de Maternidad el 29 de enero de 1930, en el artículo 6 y 4 se ratifica la percepción de un subsidio durante el periodo de lactancia. En los artículos 32 y 37 se establecerán “las obras

---

<sup>3</sup> ESPUNY TOMÁS, MJ, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *IUS Labor*, 2/ 2006 pág.2. “No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento, Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia”.

<sup>4</sup> Algunas fábricas acondicionarían salas de lactancia para que las madres pudieran alimentar a sus hijos sin salir del trabajo.

<sup>5</sup> ESPUNY TOMÁS MJ, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, Op.cit., pág.2  
Reglamento de la Ley del 13 de noviembre de 1900, en su artículo 19 se desarrollan las medidas del permiso de lactancia: “A tenor de lo dispuesto en el art. 9º de la Ley, las obreras con hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día para dar el pecho a sus hijos. Dicha hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, utilizables uno por la mañana y otro por la tarde. No obstante, si la madre lo prefiere, y siempre que al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla preste sus servicios, podrá dividir la hora en cuatro períodos de a quince minutos, utilizables dos por la mañana y dos por la tarde. El tiempo destinado a la lactancia, siempre que no exceda de una hora diaria, no será descontable para los efectos de cobro de jornales. La madre, sin embargo, sometiéndose al descuento correspondiente, podrá dedicar a la lactancia de su hijo más tiempo de una obra diaria”.

protectoras de la maternidad y de la infancia” en las que se busca preservar la salud de la madre y el hijo mediante la creación de comedores para madres lactantes, así como asilos y sanatorios para mujeres durante el puerperio<sup>6</sup>. En el artículo 38 y 39 del mismo Reglamento,<sup>7</sup> se establece el pago de 5 pesetas por semana y por hijo a las madres que lacten a sus hijos, o su equivalente en leche u otras sustancias alimenticias, con la intención de mejorar su nutrición y la del niño. Este subsidio se concedía durante 10 semanas y era controlada por una “visitadora” (art. 69 y 70) que aconsejaba y supervisaba a madres y niños. La lectura del artículo 69 nos hace entender las duras condiciones de vida de la época y el papel tan importante de la visitadora para preservar la salud de madres e hijos durante el puerperio: *“Consistían las funciones de consejo en fortalecer a las madres con las prescripciones de la higiene y de la moral, contribuyendo a desarraigar de ellas costumbres sugeridas por la ignorancia y por la miseria, excitándolas a conservar su hijo, lo mismo durante la gestación que después del alumbramiento, y a lactarle por sí mismas cuando el médico no vea en ello peligro para su vida o salud; guiándolas en fin en las diferentes etapas en las que las beneficiarias y sus hijos están bajo la tutela de este Seguro”*.

Sin embargo la promulgación del RD de 31 de marzo de 1944, significará un retroceso legislativo con la aprobación del Texto Refundido del Libro II de la ley Reguladora del contrato de trabajo, volviéndose a la redacción de la ley de 13 de marzo de 1900. Posteriormente el precepto se reprodujo en el Decreto de 20 de agosto de 1970 y la Ley de Relaciones Laborales de 1976.<sup>8</sup>

## **2. El permiso de lactancia desde la Constitución**

La promulgación de la Constitución Española en 1978, dio paso a la aprobación del primer Estatuto de los Trabajadores el 10 de marzo de 1980 donde el precepto es

---

<sup>6</sup> ESPUNY TOMÁS MJ, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, Op.cit., pág.3

<sup>7</sup> Reglamento General de 29 de enero de 1930 para la aplicación de la ley de 13 de Marzo de 1900 acerca del trabajo de las mujeres y los niños.

<sup>8</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, año 2014, vol. 44, no 120, págs. 153-179.

recogido en el artículo 37.4 que surge vinculado a la figura de la mujer trabajadora por cuenta ajena y a la lactancia natural o artificial<sup>9</sup> ya que el precepto estatutario no habla de amamantamiento. Por otro lado la titularidad femenina no fue declarada por el Tribunal Constitucional como discriminatoria, puesto que fue entendida como discriminación positiva para la mujer.

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen.”

Será en la Ley de 3/1989, de 3 de marzo por la que se amplía a Dieciséis Semanas el Permiso por maternidad y se Establecen Medidas para Favorecer la igualdad de Trato de la Mujer en el Trabajo, cuando se empieza a considerar la figura del padre como partícipe de los cuidados al hijo y por lo tanto se apunta a la titularidad del derecho, pero siempre y cuando ambos trabajen el art.37.4 ET se modifica una vez más y pasa a ser la siguiente:

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen.”

La entrada en vigor de la Ley de 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral, modifica el artículo 37.4 del ET, una vez más, con la siguiente redacción:

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por

---

<sup>9</sup> Ibid. pág.161. Art. 37.4 ET de 10 marzo de 1980: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”.

su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.”

Modifica el término “reducción de la jornada normal” por “reducción de su jornada”, posibilitando que el permiso sea igual para una persona con jornada a tiempo parcial que la de otra a tiempo completo. Por otro lado, el disfrute del derecho del padre estará condicionado a que la madre trabaje por cuenta ajena y le ceda el derecho al padre.

Con la promulgación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres modificó nuevamente el art 37.4 del ET quedando redactado de la siguiente manera:

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho 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 aquélla. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

Introducirá la acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia (como estudiaremos posteriormente), aunque deja la decisión de esta forma de disfrute si está contemplado por el Convenio Colectivo en vigor o Acuerdo de Empresa.

Finalmente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgente para la reforma del mercado laboral el art. 37.4 ET pasa a ser un “derecho neutro” según el cual la titularidad del mismo pasa a ser indistintamente para la mujer u hombre trabajador, con la finalidad de cubrir los cuidados del menor, quedando el derecho totalmente desvinculado de la alimentación natural o artificial.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación...” óp. cit., pág.163.



## CAPITULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO POR LACTANCIA

Como hemos podido constatar en el anterior capítulo, el permiso de lactancia ha sido una norma poco desarrollada que incluso en algún momento ha sufrido algún que otro retroceso. Prueba de ello es que en sus orígenes la norma permitía a las madres extender el tiempo del permiso de lactancia, dentro de la jornada laboral, más allá del que recogía el precepto, aunque descontado del salario el tiempo que excediera. También a partir de la reforma de la Ley de Relaciones Laborales promulgada en el año 1976 se determina como límite del disfrute del permiso hasta que el menor cumpla los nueve meses, aunque podía ser ampliado convencionalmente. Hasta este momento, la legislación no regulaba la duración del permiso de lactancia, exigiendo simplemente que el menor necesitara amamantarse.<sup>11</sup>

Actualmente, tal y como se ha comentado; el derecho al permiso de lactancia se encuentra recogido en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en el que se indica que *“en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que este cumpla los nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia de trabajo que podrá dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples”*.

En el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples, la duración del permiso se multiplica por el número de hijos. Sin embargo en el caso de que el permiso se quiera disfrutar de forma acumulada (según explicaremos más adelante), no se multiplicaría.

Es necesario precisar que en nuestro ordenamiento jurídico la “lactancia” (ya sea natural o artificial) es un concepto amplio, que implica además de alimento para el menor su cuidado y atención hasta los nueve meses de vida.

---

<sup>11</sup> Es decir únicamente hacía referencia a “las mujeres que tengan hijos en periodo de lactancia”, sin otra limitación al respecto.

## 1. Contenido del derecho

“Quien ejerza este derecho, 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 las negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella” Art.37.4 ET.

Existen tres formas de disfrute del permiso: ausencia del trabajo, reducción de jornada, o acumulación siendo el titular del derecho el que escoja la modalidad:

- a. La ausencia se efectúa durante el tiempo efectivo de trabajo, es decir, el titular del derecho podrá ausentarse durante una hora del trabajo y regresar al cabo de la misma. La hora de ausencia, podrá dividirse en dos fracciones que pueden ser de desigual duración, pero siempre deben sumar una hora.
- b. La reducción de jornada se efectuará sobre la jornada efectiva de trabajo, sea jornada completa o parcial<sup>12</sup>. El titular que escoja esta modalidad podrá entrar media hora tarde al trabajo o salir media hora antes.
- c. Cuando se opte por la acumulación, se podrá disfrutar la hora correspondiente al descanso, en jornadas completas, siempre y cuando lo permita el convenio colectivo vigente o el acuerdo de empresa<sup>13</sup>. Aunque no dará lugar a

---

<sup>12</sup> Circunstancia que viene avalada por el artículo 12.4 d) ET “Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”.

<sup>13</sup> TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sec. 6.ª, 563/2016, de 21 de julio Recurso 466/2016. En la que se deniega a una trabajadora del servicio de limpieza la acumulación, por ser necesaria el acuerdo con el empresario o ser conforme a convenio.

multiplicarse por el número de hijos en el caso de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples.

Esta última modalidad se adoptó con posterioridad a las otras dos posibilidades, como forma de conceder una “atención mejor al menor, adaptándola a la actual realidad social”.<sup>14</sup>

### **1.1 Lactancia acumulada: ampliación convencional de la norma y sus aristas o presuntas incompatibilidades**

No fue sino a través de la negociación colectiva como surgieron los primeros convenios que contemplaban la posibilidad de conceder el permiso de lactancia de forma acumulada, aunque fue necesaria la confirmación judicial de que esta opción era posible. Esto sería a través de la STS de la Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005 (RJ 2005/6597), en la que se reconoce que la posibilidad de que un convenio recoja la lactancia acumulada no vulnera el artículo 37.4 ET, puesto que la función fundamental del convenio colectivo es mejorar lo previsto en la norma de tal manera que “dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el art. 37 ET”. Esta sentencia fue previa a la norma que posteriormente regularía la lactancia acumulada reconocida por primera vez en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que modificó el RDL 1/1995, de 24 de marzo, en la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ET (disposición adicional undécima del ET)<sup>15</sup>.

A partir de este momento con el fin de adaptar y mejorar la norma a los nuevos tiempos y condiciones laborales, además de hacerla más efectiva y coherente con la finalidad con la que fue creada, el TS argumenta sobre la acumulación que: “(...) tal y como estaba redactada la norma con anterioridad constituye un derecho prácticamente in ejercitable para el fin previsto, ya que en la mayoría de casos el

---

<sup>14</sup> SEMPERE NAVARRO AV. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. ed. Aranzadi Año 2013, pág. 482.

<sup>15</sup> ORTIZ SÁENZ R, “Descansos alternativos y permisos retribuidos: evolución jurisprudencial”. *DS: Derecho y salud*, año 2011, vol. 21, no 1, págs. 167-179.

tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral”; por lo que de esta forma “(...) los padres puedan optar a la mejor forma de atender a sus hijos”<sup>16</sup>.

Sin embargo es importante resaltar que el titular de la norma que elige esta modalidad, no tendrá derecho a disfrutar la lactancia acumulada, si su convenio no lo especifica, o el beneficiario no llega a un acuerdo con el empresario, puesto que la exclusión en el convenio de dicha modalidad de disfrute del derecho, no está configurada como necesaria en la norma introducida en la LO 3/2007. Por convenio se podrá establecer el número tope de acumulación de días, con un tope de acumulación de días<sup>17</sup>, sin embargo, la acumulación no se incrementará<sup>18</sup> proporcionalmente al número de hijos en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple,<sup>19</sup> como sí se hará si se escoge cualquiera de las otras opciones.

Durante las sesiones de los talleres jurídicos celebrados en la Asociación de la Mama d'Elx surgió de forma reiterada una consulta relativa a la posible compatibilidad del disfrute del permiso de lactancia acumulado con la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 del ET). Es decir, si finalizada la baja por maternidad y el disfrute del permiso por lactancia de forma acumulada, sería posible la solicitud de una excedencia por cuidado de hijos sin penalización por haber disfrutado del permiso en su modalidad acumulada.

Nos vamos a encontrar dos posturas diametralmente opuestas:

Aquellos que defienden que al titular del derecho se le podría reclamar la devolución de la prestación durante los días en los que se benefició del permiso, puesto que el

---

<sup>16</sup> STS, Sala de lo Social, Sala 4ª, de 20 de junio de 2005, Recurso 83/2004.

<sup>17</sup> STS, Sala de lo Social, Sec. 1ª, de 19 de abril de 2018, Recurso 1286/2016. En dicha sentencia el Tribunal determina que la interpretación restrictiva de la norma de acumular media hora en lugar de la hora por ausencia, no procede porque no hay un acuerdo de empresa que lo determine, por lo tanto prevalece lo que se establece en el Convenio Colectivo aunque no se especifique los términos para dicha acumulación.

<sup>18</sup> Sin embargo en la norma octava del anexo I de la O.M. 253/2015 de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas se permite que en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple se multiplique el permiso de lactancia acumulada.

<sup>19</sup> STS, Sala de lo Social, Sec. 1ª, de 11 de noviembre de 2009, Recurso 133/2008.

derecho se concede cuando se ejerce en tiempo efectivo de trabajo. Por lo tanto, aunque la norma no dice nada al respecto, es una postura restrictiva que adoptan algunos organismos públicos y empresas entendiendo que existe incompatibilidad entre ambos derechos. Así podemos constatarlo en el Convenio Colectivo del “Grupo Champion”<sup>20</sup>, en el que se permite al personal trabajador la modalidad de lactancia acumulada, siempre y cuando no se opte a la excedencia por cuidado de hijos o hijas, hasta los nueve meses de vida del menor.

Otro claro ejemplo lo encontramos en el Decreto 7/2008, del Consell d'Educació de la Comunidad Valenciana en el que se expone que: *“de acuerdo con el artículo 8.1 del Decreto 7/2008, del Consell que regula los permisos y licencias del personal docente, el solicitante tiene derecho, por lactancia de un hijo menor de doce meses, cuando concluya su permiso maternal, a una hora diaria de ausencia del trabajo, obviamente si no trabaja no tiene derecho a este permiso”*. Posteriormente el informe cita lo siguiente: *“En el artículo 8.3 se establece que el personal podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por una ampliación del permiso maternal en un mes, resulta innecesario señalar que para poder disfrutar de esa acumulación de lactancia estamos entendiendo que el solicitante va a trabajar hasta que el menor tenga doce meses.(...) El derecho a disfrutar de este permiso lo da el estar trabajando hasta los doce meses del menor, por lo tanto, si el solicitante solicita o disfruta de una excedencia antes de dicha fecha el permiso de acumulación de lactancia se estaría dando de manera incorrecta y habría que reclamarle los haberes percibidos”*. Como podemos comprobar el Decreto recoge explícitamente que se debe devolver el importe de la prestación en el caso de acogerse el titular del derecho a la modalidad acumulada y posteriormente solicitar una excedencia.

Por otro lado tenemos otra postura más proteccionista en un claro ejemplo que encontramos en una sugerencia del Defensor del Pueblo del 19 de agosto del año 2015 en respuesta a la queja número: 15005212, en la que se reconoce la compatibilidad entre el permiso de lactancia acumulada y la excedencia por cuidado

---

<sup>20</sup> Boletín Oficial del Estado, 6 de septiembre de 2016, núm. 215, consultado el 15 de abril del 2018.

de hijos.<sup>21</sup> En la que la figura del Defensor del Pueblo justifica que no existe incompatibilidad argumentándolo desde distintos ámbitos. Uno de los cuales está basado en la trascendencia constitucional del derecho a la excedencia por cuidado de hijos (art.39.3 CE), protección a la familia (art.39.1 CE)<sup>22</sup>, así como en el mandato que hace la CE a los poderes públicos a raíz de la incorporación de la mujer al mercado laboral y que ha dado lugar a la ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. También por los objetivos legales que vienen marcados desde el ámbito internacional y europeo relativos a la protección a la mujer trabajadora en sus diferentes estados relacionados con la maternidad. Y sobre todo por la errónea conexión entre el permiso y la necesidad de que se conciba como tiempo de trabajo efectivo cuando precisamente es un permiso que exime del deber de trabajar cuando existe un hijo menor lactante.<sup>23</sup>

Termina su argumentación la figura del Defensor del Pueblo resaltando que en la normativa de la Consellería, sólo restringe el uso del derecho del permiso de lactancia acumulado por ser incompatible cuando disfruta una excedencia voluntaria o “licencia de interés particular”. Por lo que en el caso de excedencia por cuidado de hijos sí sería compatible: “A sensu contrario, puede inferirse que, en los restantes casos, si es compatible dicha ampliación con la solicitud de la excedencia por cuidado de hijos del artículo 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público”.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup>Defensor del Pueblo. Queja número: 15005212. Consultado 15 de abril de 2018. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/compatibilidad-del-permiso-de-lactancia-en-su-modalidad-acumulada-con-la-excedencia-por-cuidado-de-hijos/>

<sup>22</sup> STC de 24 de julio del 2000, Recurso 2.947/97.

<sup>23</sup>“(…)Es decir, el permiso por lactancia se genera por la existencia de un hijo menor de doce meses y no, a diferencia de lo que pueda ocurrir con otros derechos, como las vacaciones, en razón proporcional al tiempo que efectivamente se haya trabajado en el año de referencia, sin perjuicio de que para ejercitar determinados derechos, como el derecho al citado permiso o el derecho a las vacaciones, en todo caso, el funcionario debe encontrarse en situación de servicio activo en la Administración donde solicita el ejercicio de aquél”. Sugerencia del Defensor del Pueblo nº 15005212 con fecha 19/08/2015

<sup>24</sup>Defensor del Pueblo. Queja número: 15005212. Consultado el 18 de abril del 2018.

## 1.2 Duración del permiso

La posibilidad de solicitar el permiso, se inicia desde el nacimiento del menor, desde la resolución administrativa o judicial en caso de adopción o acogimiento, hasta que el menor cumpla los 9 meses de vida, (aunque puede ampliarse si así lo contempla el convenio colectivo<sup>25</sup> en vigor), o pacto con el empresario. No procede el reconocimiento del permiso hasta que no haya finalizado el permiso por maternidad, en caso de tener derecho al mismo.

Sin embargo organismos como la Asociación Española de Pediatría (AEP), considera que “la lactancia materna es una fuente de salud presente y futura, por lo tanto, a mayor duración, mayor es su beneficio potencial. Se recomienda mantenerla hasta los 12-24 meses y posteriormente todo el tiempo que madre e hijo deseen”; “la leche materna es el único alimento inteligente que existe en el mundo, capaz de ir cambiando su fórmula para adaptarse a las necesidades de crecimiento de los bebés. Contiene células vivas y es imposible reproducirla en un laboratorio”.

En los talleres de lactancia hemos recogido las quejas por la dificultad de algunas madres que son partidarias de llevar a cabo una lactancia prolongada (más allá de los nueve meses), encontrando algunas de las madres lactantes verdaderas dificultades porque no tienen un lugar habilitado en el trabajo para extraer y conservar adecuadamente la leche. En otros casos, simplemente se les niega el tiempo para hacerlo por lo que muchas madres no encuentran más remedio que solicitar una excedencia.

Queremos reiterar una vez más, que la norma en este aspecto se ha vuelto más restrictiva con respecto a la ley anterior a la reforma de la Ley de Relaciones Laborales promulgada en el año 1976, puesto que en un principio no se especificaba un límite en la edad del niño, sino hasta que el menor necesitara amamantarse. Incluso en el ejercicio del derecho las madres podían prolongar el tiempo de lactancia más allá de la hora que estipulaba la norma, aunque este exceso de tiempo se descontara del salario.

---

<sup>25</sup> En del art. 48 del EBEP, el ámbito temporal es hasta los 12 meses de vida del bebé.

### **1.3 La concreción horaria**

La concreción horaria es de opción libre para el personal trabajador, aunque existen dos limitaciones como son:

- La buena fe contractual para evitar abusos por parte del titular del derecho que pueda perjudicar especialmente a la empresa.
- La presentación de un escrito, al empresario con 15 días de antelación (o los que se establezca por convenio) al disfrute de dicho permiso<sup>26</sup> salvo que por causa de fuerza mayor no pudiera hacerlo.

La negativa del empresario a la propuesta presentada por el trabajador, podrá ser impugnada (según art.139.a de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) por éste en el Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días y además solicitar daños y perjuicios por los daños ocasionados por la negativa o retraso en el disfrute del permiso al haber concluido el tiempo que marca la norma para disfrutar el permiso (9 meses de vida del menor). El empresario podrá quedar exonerado si hasta que se dicta sentencia, permite que el trabajador disfrute su propuesta elegida.

No se considera transgresión de la buena fe contractual cuando el trabajador no dedica el tiempo del permiso a alimentar explícitamente al menor, sino que se acepta que de forma genérica dedique el tiempo determinado a cuidarlo y atenderlo. En cambio sí se transgrede la buena fe contractual cuando se utiliza el permiso de lactancia para otros fines distintos a los que fue creada por el legislador, como “aumentar el tiempo de ocio o realizar tareas productivas fuera de la empresa”.<sup>27</sup>

### **1.4 La retribución**

En cuanto a la retribución del permiso de lactancia, nada especifica el artículo 37 del ET al respecto. Se entiende que es tiempo de trabajo efectivo, debe ser retribuido y

---

<sup>26</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía”. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, año 2014, vol. 44, pág. 168.

<sup>27</sup> AA.VV (coord. SEMPERE NAVARRO, V), “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, ed. Aranzadi, Año 2013, pág. 484.



así es interpretado por los tribunales “(...) es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley’. Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica”.<sup>28</sup> Si se hubiese querido hacer una disminución proporcional del salario se habría dispuesto expresamente.<sup>29</sup>

Se ha determinado también mediante sentencia que la retribución debe integrar los pluses, complementos o retribuciones variables que corresponden a la prestación efectiva de trabajo, “(...) no cabe duda de que dentro del complemento a cargo de la demandada en caso de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o lactancia y en las pagas extraordinarias de julio y Navidad hay que incluir la retribución variable por objetivos pues por salario real debe entenderse el conjunto de las retribuciones es que tienen carácter salarial conforme al Art. 26 del Estatuto de los Trabajadores , entre las que se encuentra el indicado complemento salarial.”<sup>30</sup>

Resulta llamativo señalar que incluso en el caso de un médico que no realizó guardias, se le abonaron igualmente “la media ponderada de los últimos meses” porque según el TS “deben mantenerse los derechos retributivos de las trabajadoras en estos casos.”<sup>31</sup>

### **1.5 Titularidad del derecho**

El origen del permiso de lactancia surge con la Ley de 13 de Marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño y la niña en el trabajo, cuya destinataria es en

---

<sup>28</sup> STS Madrid, Sala de lo Social, Sec.1, 852/2009, de 16 de enero, Recurso 1758/2008.

<sup>29</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, vol. 44, no 120, pág. 169.

<sup>30</sup> STSJ Navarra, Sala de lo Social, 253/2009, de 19 de octubre, Recurso 274/2009.

<sup>31</sup> STS, Sala de lo Social, Sec. 4, 43/2017 de 24 de enero, Recurso 1902/2015.

exclusiva la madre trabajadora que amamanta a su hijo<sup>32</sup>, considerada junto al menor especialmente vulnerable en las distintas etapas de la maternidad. Por lo tanto era una norma protectora, vinculada directamente a su condición biológica de madre, y reconocida únicamente para la práctica de la lactancia natural. La titularidad exclusiva de la mujer trabajadora a la norma se mantendrá en la Ley de Contrato De Trabajo de 1944 e incluso con la promulgación de la Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales y la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores en el que la titularidad seguía siendo de la mujer trabajadora por cuenta ajena (puesto que la norma se limitaba al ámbito del ET). Aunque con el cambio en la norma del término “amamantamiento” por el de “lactancia” que incluye por lo tanto la lactancia artificial<sup>33</sup>, donde se cuestiona si la norma vulnera el principio de igualdad de sexo, por la posibilidad de su disfrute por parte del padre. Sin embargo en STC de 25 de mayo 109/1993<sup>34</sup>, se consideró que no había discriminación, interpretándose que se trataba de una discriminación positiva.

No será hasta la promulgación de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, en la que se vuelve a modificar el art. 37.4 ET, cuando se reconoce la capacidad del padre como titular del derecho, cuya lectura es la siguiente“(…) *padre o la madre en caso de que ambos trabajen*”. Por lo tanto se mantiene la titularidad femenina con la posibilidad de ser disfrutado por el padre si el permiso es cedido por la madre. Sin embargo tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09<sup>35</sup> se determinó que la norma que regula el permiso de lactancia no es acorde a la Directiva 76/2007 de 9 de febrero (derogada por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio) por ser discriminatoria en el trato por razón de sexo “en lo que se refiere al acceso al

---

<sup>32</sup> Así pues en el art.19 del Capítulo II del Reglamento que desarrolla la Ley de 13 de marzo de 1900, establecido mediante RD de 13 de noviembre de 1900, expresa literalmente:” *A tenor de lo dispuesto en el Art. 9º de la Ley, las obreras con hijos en el periodo de la lactancia (...)*”

<sup>33</sup> De esta forma la norma no discrimina por cualquier tipo de filiación.

<sup>34</sup> Cuestión de inconstitucionalidad 1348/1988. En relación con el art.37.4 de la ley 8/1980, de 10 de marzo del ET. Voto particular.

<sup>35</sup> Mediante la cual el TJEU en el caso ROCA ÁLVAREZ dictaminaba discriminación ante la negativa al disfrute del permiso de lactancia por un trabajador cuya mujer era trabajadora por cuenta propia.

empleo, a la formación, a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo”<sup>36</sup>, entre las madres trabajadoras por cuenta ajena y los padres con la misma condición laboral, sin justificación objetiva alguna, puesto que el padre sólo podía disfrutar del permiso si la madre era trabajadora por cuenta ajena. La sentencia se fundamentaba en que la norma está desvinculada de la condición biológica de lactancia natural y de la protección de las relaciones entre madre e hijo.

Sin embargo, la polémica no acaba aquí puesto que una parte de la doctrina interpreta que la titularidad del derecho pertenece indistintamente al padre o madre trabajadora sin necesidad de que trabajen los dos por cuenta ajena, o uno de ellos trabaje por cuenta propia o esté en situación de excedencia. Esta interpretación amplia de la norma facilita la conciliación desde la corresponsabilidad y no supone una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre en el acceso al mercado laboral, puesto que ya no es la destinataria preferente del permiso. Así pues podemos encontrar sentencias en este sentido como STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2015<sup>37</sup>, en la cual se concede la cesión del permiso de lactancia al padre, cuando la madre no trabaja, fundamentado por el Alto Tribunal de la siguiente manera: “en el caso de la lactancia, a diferencia del permiso de maternidad, al ser un permiso desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de maternidad, sí sería posible que el padre disfrutara de dicho permiso”. Reconocimiento del derecho a un trabajador a disfrutar el permiso de lactancia por renuncia de la madre trabajadora por cuenta propia, en STSJ de Canarias de 11 de diciembre de 2014.<sup>38</sup> También en este sentido encontramos sentencias como STSJ de Andalucía 30-1-2014. Se reconoce que se vulnera el derecho a la igualdad la empresa que obliga a sus empleados varones a renunciar al derecho y no actúa de la misma forma con sus empleadas como en STSJ Andalucía, 3-10-2013.

---

<sup>36</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, vol. 44, no 120, pág. 175.

<sup>37</sup> TSJ Madrid, Sala de lo Social, sec.5ª, 702/2015 de 5 de octubre, Recurso 425/2015.

<sup>38</sup> TSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sec.1ª, 1731/2009 de 11 de diciembre, Recurso 1332/2006.

En sentido contrario, otro sector judicial realiza una interpretación más estricta y literal de la norma, fundamentado en que para poder acceder al permiso, es necesario que ambos progenitores trabajen. Así en STSJ de Andalucía, de 1 de julio de 2015<sup>39</sup> se determina que: “(...) si, como aquí ocurre, la madre no trabaja, no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado; no siendo discriminatoria la denegación”. Esta y otras sentencias similares se basan en que el objeto del derecho es el cuidado del menor y por lo tanto éste queda atendido por el progenitor que no realiza trabajo efectivo. También en STSJ Castilla y León, Burgos de 12 de julio de 2012<sup>40</sup> se deniega el permiso de lactancia acumulada al padre cuando la madre está en excedencia por cuidado de hijo.

Una reciente sentencia 229/2017, de 4 de septiembre, del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona<sup>41</sup>, reconoce que tras la última redacción del art.37.4 ET (convalidada tras la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>42</sup>) que dispone que “*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*” por ser un derecho individual de los trabajadores hombres y mujeres, tanto el hombre como la mujer son titulares del derecho, pero si ambos trabajan sólo uno de ellos podrá ejercerlo, como única limitación que establece la norma. En el caso de que sólo trabaje el hombre, éste será el titular del derecho y podrá ejercerlo sin límite, puesto que su titularidad ya no es exclusivamente de la mujer trabajadora que podía cederlo al hombre.

Y por último ante la pregunta de si es posible el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores, la respuesta es que si se da el caso de que en una empresa dos trabajadores generan el mismo derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá restringir el disfrute simultáneo para que no se altere el normal

---

<sup>39</sup> TSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sec.1ª, 2762/2015, de 5 de noviembre, Recurso 1634/2015.

<sup>40</sup> TSJ Castilla y León, Burgos Sala de lo Social, Sec.1ª, 523/2012, de 12 de julio, Recurso 459/2012.

<sup>41</sup> SJS Pamplona/Iruña, nº2, 229/2017, de 4 de septiembre, Recurso 295/2017.

<sup>42</sup> BOE núm. 162, de 07/07/2012.

funcionamiento de la misma.<sup>43</sup> Aunque existen excepciones como la sentencia de la Audiencia Nacional nº 76/2012<sup>44</sup>, en la que se permitió compartir el permiso de lactancia por parte de los dos progenitores de forma simultánea, pero sin que lo disfrutaran a la vez.<sup>45</sup>



---

<sup>43</sup> CATALÁ POQUET, R, “El permiso de lactancia tras las últimas reformas”. *Actualidad laboral*, 2014, no 4, pág. 10.

<sup>44</sup> Diario de Noticias la Ley Boletín nº 80742 de mayo del año 2013.

<sup>45</sup> SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “De la conciliación a la corresponsabilidad...” óp. cit., pág. 176.

### **CAPITULO III. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD**

La conciliación de la vida personal, familiar y profesional es una forma de desarrollo social y económico de las sociedades más avanzadas en las cuales las mujeres y los hombres en igualdad de oportunidades, adquieren una mayor calidad de vida al permitirles una mejor dedicación y desarrollo profesional sin desatender su vida personal y familiar.

Los derechos de conciliación de las leyes laborales están íntimamente relacionados con la declaración de derechos constitucionales, concretamente con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art.14 CE), así como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) que debe orientar el desarrollo legal y las medidas a adoptar por los agentes sociales.

La conciliación supone un gran compromiso en el que los agentes sociales deben aportar recursos y promover estructuras que permitan la atención a las personas dependientes. Es necesario que se desarrollen nuevos tiempos y espacios laborales, que produzcan cambios en los roles tradicionales entre mujeres y hombres en lo que respecta al trabajo, familia y hogar, o, como se viene a llamar hoy en día, “corresponsabilidad”.

La corresponsabilidad supone un paso más allá en la necesidad de conseguir una verdadera igualdad entre mujeres y hombres para evitar los desequilibrios contraproducentes del efecto “boomerang” que provocan que las políticas de conciliación, sean asumidas mayoritariamente por mujeres.

El objetivo para las empresas, como agente social, debe ser la implantación de políticas que amplíen y mejoren la normativa en materia de conciliación con medidas que flexibilicen la distribución del tiempo de trabajo. De esta forma, al ofrecer reconocimiento y valor a las trabajadoras y trabajadores, se obtiene en contrapartida de los empleados “mayor productividad y rendimiento económico,

calidad en la gestión de los recursos humanos, mejora en la imagen de la empresa”<sup>46</sup>. Las empresas comprometidas que implantan estas políticas cumplen con el compromiso social y con las Directivas europeas en la mejora de la vida de los trabajadores en la promoción de la conciliación que son desarrolladas en la normativa española a través de:

- La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Estas dos leyes se completan con la propia regulación de los convenios colectivos, cuya finalidad es la de mejorar lo establecido en la normas a través de la negociación colectiva.

La incorporación de la mujer al mercado laboral ha estado ligada a la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Los primeros pasos que se dieron en medidas de conciliación fueron reconocidos a la mujer trabajadora, por ser la que dentro del mercado laboral, mayor carga familiar asumía. Es por ello que estos derechos de conciliación fueron los relacionados con la maternidad y el cuidado de mayores, suponiendo, en teoría, un paso importante en los derechos de igualdad de trato entre hombres y mujeres. La cesión al hombre de los derechos relacionados con la conciliación, perjudican a la mujer puesto que es ella la que sigue siendo la destinataria del derecho, perjudicando su acceso al mercado laboral con respecto al hombre.

---

<sup>46</sup> Material divulgativo enmarcado en Proyecto promovido por el Ministerio de Igualdad, “Conciliación de la vida laboral, familiar y personal” año 2010. como: “Servicio de apoyo al diseño y ejecución de planes de igualdad en las empresas”  
[http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183\\_Conciliacion\\_de\\_la\\_vida\\_laboral\\_familiar\\_y\\_personal\\_.pdf](http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183_Conciliacion_de_la_vida_laboral_familiar_y_personal_.pdf) (consultado 13-11-2017).

## 1. La corresponsabilidad en España. La realidad de los números

Muestra de lo dicho anteriormente son los últimos datos del estudio estadístico realizado por el INE, de cuyos comentarios podemos extraer la siguiente información:

- Ocupados a tiempo parcial por número de hijos y tipo de hogar.  
En España en el año 2016 (últimos datos).
  - Mujeres empleadas con 1 hijo, con una franja de edad de 25 a 54 años: el 26,6%.
  - Hombres empleados con 1 hijo, con una franja de edad de 25 a 54 años: el 5,7%.
  - Mujeres empleadas con 3 o más hijos, con una franja de edad de 25 a 54 años: el 26,6%.
  - Hombres empleados con 3 o más hijos, con una franja de edad de 25 a 54 años: el 6,4%.
- Ocupados a tiempo parcial porque cuidan a personas dependientes.  
En el año 2017, la causa principal por la cual las mujeres y hombres optan a trabajos a tiempo parcial por no poder costear servicios de atención externos adecuados son:
  - Mujeres que cuidan a sus hijos: 53,4%.
  - Hombres que cuidan a sus hijos: 43,4%.
  - Mujeres que cuidan a personas dependientes: 3,3%.
  - Hombres que cuidan a personas dependientes: 8,6%.
  - Mujeres por ambos motivos: 2%.
  - Hombres por ambos motivos: 11,0%.
- Parados e inactivos porque cuidan a personas dependientes.  
En el año 2017, la causa por la que muchas mujeres y hombres parados han abandonado su trabajo por cuidar a personas dependientes son:
  - Mujeres con una franja de edad de 35 a 44 años: el 29,1%.
  - Hombres con una franja de edad de 45 a 54 años: el 25,0%.



En cuanto a las personas inactivas, en el año 2017 el porcentaje más alto en mujeres y hombres que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes corresponde:

- Mujeres con una franja de edad de edad de 35 a 44 años el: 32,5%.
- Hombres con una franja de edad de 35 a 44 años: el 32.8%.

De los datos presentados se puede extraer que aunque exista una mejora en la participación de los hombres en las tareas familiares y domésticas, todavía siguen siendo mayoritariamente las mujeres las destinatarias de estos trabajos que al no ser considerados trabajo efectivo remunerado que no cotiza a la seguridad social, va a tener una repercusión muy negativa en sus futuras pensiones. Prueba de ello es el mayor impacto en las mujeres que en los hombres en el mercado laboral, cuando existen hijos menores o adultos dependientes, ya sea por la falta de servicios o por el encarecimiento de los mismos.

## **2. Otras medidas de conciliación para el cuidado de menores**

La condición de la mujer, que fija su reloj biológico alrededor de los 40 años para engendrar, determina que España sea uno de los países del mundo en el que la tasa de natalidad sea más baja y en el que las mujeres ocupan menos altos cargos dentro de los países desarrollados.<sup>47</sup> Desde algunos partidos políticos se lanzan propuestas de ampliación de los permisos relacionados con la maternidad, para repartirlos entre hombre y mujer, evitando el intercambio de derechos. Estas políticas de mejora de la conciliación forman parte de una serie de medidas estructurales que pretenden incidir sobre normas y hábitos sociales.

Pero sin embargo, a día de hoy, el limitado periodo para el cuidado de menores que la ley recoge y la falta de conexión con la vida laboral, hace que en muchas ocasiones se recurra a otras medidas de conciliación, que aunque reconocidas en nuestro derecho laboral, no está exenta de problemática una vez reducida la jornada.

---

<sup>47</sup> Artículo El País de 21 Noviembre 2015. (consultado 26 -6- 2018)  
[http://elpais.com/elpais/2015/11/20/opinion/1448049355\\_745816.html](http://elpais.com/elpais/2015/11/20/opinion/1448049355_745816.html)

En este apartado expondremos brevemente los principales aspectos de las medidas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal, más importantes. De los distintos derechos retribuidos o no retribuidos y de obligado cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de los permisos retribuidos, queremos destacar:

## **2.1 Permiso por Maternidad**

Regulado en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 45.1.d, artículo 48 apartados 4 a 7.

“Trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento y tutela, legalmente establecidos”.

Serán beneficiarios aquellos trabajadores por cuenta ajena o propia con independencia del sexo, siempre y cuando cumplan con los requisitos de estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta y acrediten la cotización requerida.

Aunque también existe prestación de cuantía equivalente al 100% del IPREM durante 42 días naturales, en el caso de que las trabajadoras beneficiarias por cuenta ajena o propia no cumplan con los requisitos de cotización exigidos.

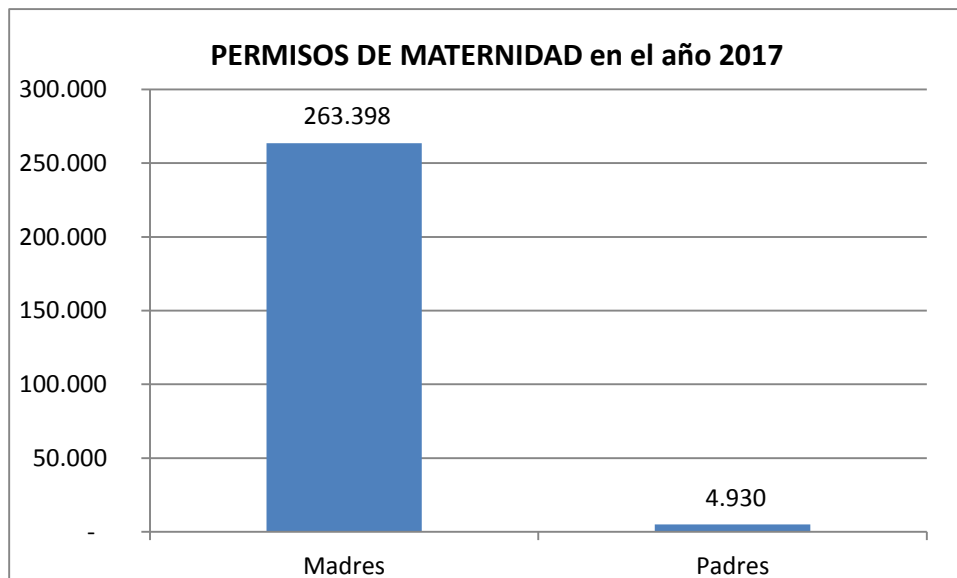
Generalmente, el tiempo establecido para el disfrute del derecho es de 16 semanas ininterrumpidas, aunque en caso de hospitalización se ampliará:

- a. 2 semanas en caso de parto múltiple y a partir del segundo hijo.
- b. 2 semanas en caso de discapacidad del hijo superior al 33%.

El tiempo de descanso se puede repartir entre ambos progenitores en el supuesto de que ambos trabajen, aunque las 6 semanas posteriores al parto serán disfrutadas exclusivamente por la madre.

Desde 1989 se reguló la norma por la cual el padre podría disfrutar parte del permiso cedido por la madre en 4 semanas, en 1999 se ampliaría a 10 semanas.

Gráfico I: Permisos de maternidad concedidos en España en el año 2017 (última actualización).



Fuente: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Resulta muy interesante la propuesta de la Mesa del Parlamento de Cataluña del pasado 12 de julio de 2016 por la que se instaba al Gobierno del Estado a modificar la legislación laboral para ampliar la baja por maternidad a 24 semanas.<sup>48</sup>

En los artículos 53 y 55 del ET la mujer embarazada o en permiso de maternidad está especialmente protegida, puesto que se declaran nulos los despidos cuya motivación principal sea la situación de maternidad de la trabajadora incluso 9 meses después de su incorporación tras el disfrute del permiso.

## 2.2 Permiso por Paternidad

Regulado en:

Artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores; Modificación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Con la nueva

---

<sup>48</sup> Butlletí oficial del Parlament de Catalunya. Ix legislatura, segon període, número 184, dijous 14 de juliol de 2016. <https://www.parlament.cat/web/documentacio/publicacions/butlleti-bopc/index.html>  
34

redacción de la letra a del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, por una nueva redacción del “artículo 30. Permisos”; El artículo 48.7 del ET establece que:

“Es un subsidio que se reconoce a los trabajadores que suspendan el contrato de trabajo o cesen en la actividad, durante los días legalmente establecidos, con motivo del nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento”

En caso de parto el beneficiario será disfrutado en exclusiva por el otro progenitor y si es adopción o acogimiento múltiple sería a elección de cualquiera de los interesados.

En caso de adopción o acogimiento, será disfrutado por uno de los dos progenitores, si ambos trabajan. Salvo que uno de ellos haya disfrutado íntegramente del permiso de maternidad, en cuyo caso el permiso de paternidad será reconocido al otro progenitor.

Los beneficiarios deberán estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta debiendo cumplir con el periodo de cotización correspondiente.

El periodo será de 4 semanas ininterrumpidas (desde el 1 de enero de 2017), ampliables a 2 semanas más en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Se puede disfrutar en régimen de jornada completa o parcial de un mínimo del 50% previo acuerdo con el empresario y es compatible e independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad.

Su disfrute se inicia desde que finaliza el permiso retribuido por nacimiento por hijo, desde la resolución judicial en caso de adopción o desde decisión administrativa o judicial en caso de adopción o acogimiento. Aunque no es obligatorio disfrutarlo justo a continuación, porque pueden escoger si lo disfruta dentro del permiso de maternidad de la madre o inmediatamente después. El permiso por paternidad es independiente de la parte del permiso de maternidad que puede ser cedido por la madre. El permiso por paternidad ejerce la misma protección contra el despido improcedente que tiene la mujer durante el embarazo o durante el permiso por maternidad.

Así pues en el año 2016 se concedieron en España un total de 244.468 permisos y prestación por paternidad.<sup>49</sup>

No deja de ser curioso que la modificación de la norma a través de la cual se amplía el permiso de paternidad fue aprobada en el año 2009 aunque no se aplicó hasta que se hizo efectiva con la Disposición Final de la Ley 48/2015 de 29 de Octubre en los presupuestos generales del Estado para 2016 que establecía que la disposición final segunda de la Ley 9/2009 quedaba modificada hasta su entrada en vigor el 1 de enero del 2017.

Aun así, desde la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPiINA), se ha venido reclamando la necesidad de que la adecuación de la norma debe centrarse en la atención del menor, equiparándolo al permiso por maternidad. Esta propuesta de ampliación del permiso de paternidad a 16 semanas, ha sido presentada en el Congreso al Gobierno, mediante consenso suficiente de determinados partidos políticos que lo pueden llevar a su aprobación. La propuesta recoge una serie de mejoras como la equiparación progresiva de 4 a 6 semanas, mediante la ampliación progresiva de 2 semanas por año, hasta su equiparación total en el año 2022 sin posibilidad de transferir los permisos.

### **2.3 Permiso por Lactancia**

Regulado en artículo 37.4 Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 139 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ya que este derecho es objeto del presente trabajo, lo desarrollaremos posteriormente, sin embargo con la intención de completar los derechos más significativos que configuran la conciliación se ofrece una breve explicación del mismo.

Aquellos trabajadores o trabajadoras que han sido padres tienen derecho a ausentarse una hora de su trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, a reducir su jornada en

---

<sup>49</sup> Según fuente del INSS.

media hora o acumular la hora en jornadas completas (si es recogido en convenio colectivo o acuerdo de empresa), hasta que el hijo o hija cumpla los 9 meses de vida.

#### **2.4 Riesgo durante la lactancia natural**

Esta norma fue introducida por la Ley Orgánica 3/2007 y actualmente está regulada en el Capítulo IX del Título II de la LGSS de 2015; artículo 45.1.d) Ley del Estatuto de los Trabajadores 2015, artículo 26.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) y finalmente en el Artículo 144.4, 166.4, 187.3, 187.4, 188 y 189 de la LGSS.

Es una prestación económica cuya finalidad es cubrir la pérdida de renta, a causa de la suspensión del contrato de trabajo cuando existe un riesgo real y objetivo sobre la salud de la madre o del hijo lactante y directamente relacionado con el puesto de trabajo.

El derecho a suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, es junto con el derecho al permiso durante la lactancia la parte fundamental del presente trabajo, por lo que tras esta breve explicación, profundizaremos en el estudio de la norma posteriormente.

Entre los permisos no retribuidos podemos encontrar:

#### **2.5 Reducción de jornada por causas familiares**

Regulado en el artículo 37 apartados 5 y 6 del ET, se podrá solicitar reducción de jornada en los siguientes supuestos:

- a. Cuando se tenga a cargo el cuidado de un menor de 12 años.
- b. Cuando se tenga a cargo a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no trabaje.
- c. Cuando se tenga a cargo una persona hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no trabaje.

- d. Que se esté al cuidado de un menor de 18 años, hospitalizado y con un tratamiento continuado como consecuencia de un cáncer o cualquier otra enfermedad grave.

Por norma general se tendrá derecho a una reducción de jornada entre una hora y media jornada. Las cotizaciones durante los 2 primeros años serán del 100% de la cuantía correspondiente a una jornada sin reducción a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En cuanto a la retribución, ésta disminuirá en función de la reducción de jornada efectuada.

La concreción horaria y determinación del periodo del disfrute corresponde al trabajador, aunque no es un derecho absoluto, puesto que en caso de disconformidad del empresario habrá que indagar en sede judicial la necesidad de conciliar el horario de trabajo, con las necesidades familiares y por parte de la empresa se tendrán en cuenta sus circunstancias organizativas, dentro de que en la negociación previa de ambas partes estuviese presente la buena fe.<sup>50</sup>

En los talleres llevados a cabo en la Asociación de la mama d'Elx realizados a través de la Clínica Jurídica, hemos podido comprobar la dificultad que tiene algunas madres para que se les conceda la reducción de jornada por cuidado de menores (principalmente), puesto que las empresas son reticentes a conceder el horario elegido por estas, entre otros casos para no crear un precedente en el resto de trabajadores que pueda alterar la organización de la misma.

Finalmente concluyo este apartado con los últimos datos ofrecidos por el INE del **año 2016** sobre reducción de jornada en España:

En el año 2017, la principal razón que alegan las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia de no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos es del (53,4%). En el caso de los hombres el (43,4%) optan por un

---

<sup>50</sup> CEF.-Laboral Social. “Cuestiones prácticas a tener en cuenta en una reducción de jornada” <http://www.laboral-social.com/cuestiones-practicas-tener-cuenta-reduccion-jornada.html> (consultado 15/04/2018).

trabajo a tiempo parcial principalmente por no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos.

A la vista de los datos todavía las mujeres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades familiares y domésticas, asumiendo un mayor impacto laboral a la hora de reducir su jornada laboral para el cuidado de hijos e hijas

## **2.6 Excedencia.**

La excedencia es la suspensión temporal del contrato de trabajo, dependiendo del tipo que se adopte tendrá una regulación distinta. A continuación trataremos brevemente aquellos tipos de excedencias relacionadas con la conciliación.

- Excedencia voluntaria.

Regulado en el artículo 46.2 ET.

Es aquella que puede solicitar el trabajador que teniendo una antigüedad en la empresa superior a 1 año, no alega una causa especial. En consecuencia se le suspende su contrato de trabajo hasta que reingresa a la empresa bien porque ha finalizado el periodo de excedencia o porque se ha incorporado antes del final del periodo fijado. Tiene derecho a un puesto de trabajo de igual o categoría similar previo pacto con el empresario. El periodo establecido para su disfrute debe ser superior a 4 meses e inferior a 5 años, no pudiendo volver a solicitarlo hasta que no transcurran 4 años.

Aunque no está específicamente indicada como una opción dentro de los derechos relacionados con la maternidad y paternidad, sí es verdad que en ocasiones supone última alternativa del trabajador para conciliar vida laboral y familiar, si no se cumplen alguno de los requisitos para solicitar las excedencias que se tratan a continuación.

- Excedencia por cuidado de hijos.

Regulado en el artículo 46.3 ET.

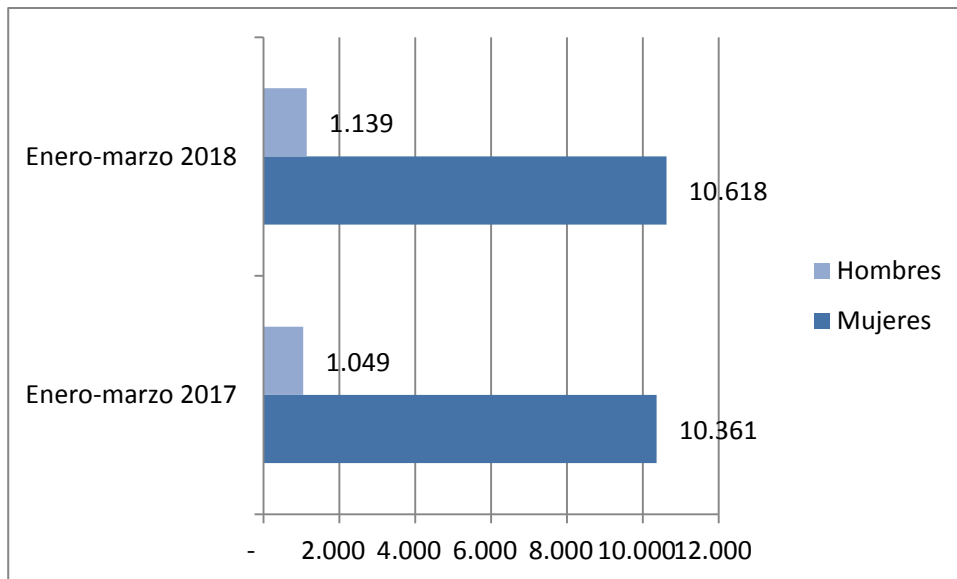


Tendrá derecho a solicitarla cualquier trabajador, hombre o mujer, que tenga a su cargo un niño menor de 3 años. Se puede solicitar de forma fraccionada, prorrogarse o incorporarse y luego volver a solicitarla. Un nuevo hijo genera un nuevo derecho a excedencia, pero no se acumularían ambos. En caso que querer disfrutarla se daría por finalizada la primera y se iniciaría la segunda. Computa antigüedad y a efectos de la Seguridad Social se considera como una situación asimilada al alta durante los 3 primeros años de excedencia. Durante el primer año se tendrá derecho a reserva de un mismo puesto de trabajo y a partir de este momento, podrá acceder a un puesto de trabajo de su mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Esta excedencia es último recurso para aquellos trabajadores que tras haber agotado el permiso de maternidad, paternidad y permiso de lactancia que los padres solicitan para seguir ocupándose de sus hijos. También durante los talleres jurídicos sobre lactancia, hemos podido comprobar como muchas madres lo solicitan cuando quieren seguir amamantando a sus hijos como mínimo hasta los 6 meses de vida, como recomienda la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS).

Durante las charlas jurídicas informativas que realizamos en los diversos talleres recogimos las quejas de muchas madres a las que se les había descontado del salario los días disfrutados por lactancia acumulada. Esto era debido a que cuando se disfruta el permiso de lactancia de forma acumulada, se está adelantando y de forma acumulada la hora que le corresponde de permiso al trabajador; lo que ocurre es que si a continuación del disfrute de la lactancia acumulada el trabajador solicita la excedencia por cuidado de hijos, no se realiza ninguna actividad, por lo tanto no se generarían el derecho que da lugar al permiso.

Gráfico II: Excedencia por cuidado de familiares comparación 2017/2018 (Periodo de enero-marzo).



Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Según los últimos datos recogidos, podemos concluir que existe mucha diferencia entre el número de mujeres que solicitan la excedencia por cuidado de familiares y las solicitudes de los hombres. El número de permisos es superior en 2018 (11.757 solicitudes) que en 2017<sup>51</sup>.

### 3. El permiso por lactancia en los convenios colectivos de la Provincia de Alicante

La entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres (en adelante LOIEMH), hizo un llamamiento a la negociación colectiva para que introdujera mejoras en materia de conciliación. Concretamente en lo que se refiere a la acumulación de los permisos de lactancia. Aunque los expertos no tienen una visión negativa sí hacen una crítica haciendo referencia a las posibilidades manifiestamente mejorables, puesto que en términos específicos hay muchos convenios que recogen mejoras en lo que se refiere a conciliación, sin embargo en términos generales hace falta “una perspectiva general a favor de la conciliación y de la corresponsabilidad que sirva como idea inspiradora de la regulación”. Los

<sup>51</sup> “También Por Comunidades Autónomas, el mayor número de excedencias se ha producido en Madrid (2.527), Cataluña (1.878), Comunidad Valenciana (1.242), Andalucía (1.240), y País Vasco (954)”. Según fuentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social consultadas 21 de junio de 2018.

convenios colectivos de ámbito sectorial inferior (provinciales) o los que tienen una “presencia mayoritariamente masculina” son menos ambiciosos en conciliación y corresponsabilidad.<sup>52</sup>

El objetivo del presente capítulo es mostrar cómo recogen los convenios colectivos más representativos de las distintas actividades productivas de la Provincia de Alicante el permiso de lactancia, desde un punto de vista restrictivo a otro más amplio y generoso. Así como el reconocimiento que algunas empresas realizan del derecho a la lactancia en el capítulo correspondiente a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en sus planes de igualdad.

Como hemos reflejado anteriormente, el artículo 37.4 ET establece los límites mínimos de derecho necesario del permiso por lactancia complementando o desarrollando vía convenio colectivo determinados aspectos de la norma.<sup>53</sup>

La regulación dentro del acuerdo de empresa mediante el pacto entre empresario y trabajador, debe realizarse dentro de los límites que marca el convenio colectivo<sup>54</sup> y siempre para introducir mejoras. El límite por falta de acuerdo en virtud del pacto individual se resuelve ante la jurisdicción social en virtud del artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

Pero ¿de qué forma pueden recoger esas mejoras los convenios colectivos?:

- Aumentando el tiempo del disfrute del derecho mediante la ampliación de la edad del menor.
- Modificando las modalidades de uso del derecho mediante la reducción de una hora.
- Flexibilización en la modalidad del disfrute por acumulación.
- Permitiendo el acceso al derecho a más titulares.

---

<sup>52</sup> El magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia AROCHENA LOUSADA JF, Tribunal Superior de Justicia. “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”. Revista de derecho social, año 2010, no 49, págs. 12 y 13.

<sup>53</sup> Aunque por su carácter facultativo, podrá recogerlo o no convencionalmente. TESTAL GARCÍA, E, “La protección de la lactancia...”*óp. cit.* pág.88.

- Precisando expresamente el carácter retributivo del derecho, reconociendo la lactancia artificial o compatibilizándolo reducción de jornada por guarda legal, etc.



## **CAPITULO IV. EL DERECHO AL PERMISO POR RIESGO POR LACTANCIA**

Como hemos mencionado anteriormente tanto las primeras normas de nuestro ordenamiento interno como la normativa internacional referente a sobre protección laboral, se centraron en dar protección a mujeres y niños. Dichas leyes evolucionaron desde la prohibición de determinadas condiciones laborales (trabajo nocturno o subterráneo) hasta el reconocimiento de derechos que protegían no sólo genéricamente a la mujer en sí, sino especialmente por su condición biológica vinculada con la maternidad en las fases de embarazo, parto, puerperio y lactancia.

A pesar de que la mujer en su etapa de embarazo o de lactancia natural reúne todas las condiciones para poder trabajar, estos cambios biológicos relacionados con la maternidad, la hacen especialmente vulnerable en determinados entornos laborales que entrañan riesgos para la salud de cualquier trabajador (sustancias químicas o biológicas, ruido, trabajo nocturno, contacto con sustancias peligrosas, estrés, frío o calor extremo, transporte de cargas pesadas, etc.)

El riesgo o factores de riesgo que pueden darse en determinados procedimientos, condiciones de trabajo así como la exposición a agentes biológicos, químicos, físicos, ergonómicos o psicosociales, pueden perjudicar la lactancia reduciendo o anulando la capacidad de lactar de la madre o pasar a la criatura a través de la leche materna, perjudicando la salud de ambos. Por lo tanto es de transcendencia social<sup>55</sup> proteger a través de la legislación, a las trabajadoras durante el embarazo y crianza, mediante una acción preventiva específica que elimine o minimice el riesgo al máximo garantizándose la salud de la mujer, del feto y del menor.

---

<sup>55</sup> Trascendencia social por los beneficios que aporta a madres e hijos. Prueba de ello es la recomendación y promoción que de la lactancia natural hacen la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) y el Comité de lactancia de la Asociación Española de Pediatría (AEP) , la alimentación exclusiva por leche materna del menor hasta los 6 meses de vida y como complemento de otros alimentos, hasta los 2 años. <http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/>

## 1. Normativa reguladora

Con la promulgación de la Constitución Española surge el mandato a los poderes públicos de protección a la maternidad, a madres e hijos (art.39.2 CE), a la integridad física y moral (art.15 CE) y a la salud pública y seguridad e higiene en el trabajo (art.40.2 CE y art.43.2 CE)<sup>56</sup> que junto con la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 92/85/CEE<sup>57</sup> del Consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre la promoción en el trabajo para la mejora de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz o en periodo de lactancia<sup>58</sup>, surgió la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LRPRL), de 8 de noviembre, modificada por la Ley 39/1999 Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la LRPRL<sup>59</sup>.

La Directiva 92/85/CEE, contiene determinadas medidas como la necesidad de evaluar los riesgos específicos, la adaptación de condiciones de trabajo, protección frente al despido, garantía de remuneración, etc. También define los términos: “trabajadora embarazada”, “trabajadora que haya dado a luz” y “trabajadora en periodo de lactancia” como cualquier trabajadora en periodo de lactancia, en el sentido de las legislaciones o prácticas estatales, que comunique su estado en la empresa, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas”<sup>60</sup>. Posteriormente

---

<sup>56</sup> GARCÍA TESTAL E. “La protección de la Lactancia en el ordenamiento laboral español”. Ed Tirant lo Blanc, págs.105-110.

<sup>57</sup> El origen de este derecho surge desde las normativa internacionales desde la Recomendación nº 95 de la OIT, de 1952, en protección de la maternidad, desarrollado en el Convenio de la OIT nº 103, en el que por primera vez se establecieron medidas preventivas para la mujer trabajadora embarazada y en periodo de lactancia, que consistían en la prohibición del trabajo nocturno, horas extraordinarias, levantamiento o empuje de grandes pesos, que requieran un equilibrio especial, etc. Teniendo derecho a ser transferida a otro puesto de trabajo que no perjudique su salud y con la misma condición salarial que su trabajo original.

Posteriormente en el año 2000 se promulga en el Convenio 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad en el que en su artículo 3 se incluyen medidas que garanticen a la mujer que se encuentra en cualquiera de las fases relacionadas con la maternidad a que no se les obligue a realizar cualquier trabajo que perjudique su salud o la de su hijo. En las medidas específicas recogidas en la Recomendación 191, que complementa el Convenio 183, se anuncian una serie de medidas con las que se pretenden eliminar el riesgo en el trabajo, adaptar las condiciones del puesto de trabajo e incluso la movilidad a otro puesto de trabajo y si estas medidas no fueran posible, la posibilidad de conceder una licencia remunerada a la trabajadora.

<sup>58</sup> Principal norma europea en materia de protección a la maternidad.

<sup>59</sup> GARCÍA TESTAL E, “La protección de la Lactancia...” pág. 105-110.

<sup>60</sup> Guía Sindical de CCOO para la prevención del embarazo y lactancia. Ed. Instituto Sindical de Trabajo Medio Ambiente y Salud (ISTAS).

mediante el RD 1488/1998 se adapta la LPRL a la Administración General del Estado.

La LPRL, de 8 de noviembre, tiene como objetivo promover la salud y seguridad de los trabajadores, para dar lugar a una verdadera cultura de prevención mediante la información y formación de los trabajadores, creando una serie de obligaciones, responsabilidades y derechos a las partes de la relación laboral. Define además como trabajador especialmente sensible a determinados riesgos (art.25 LPRL), a *“aquél que por sus características personales o su estado biológico conocido, incluido el que tenga reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sea más vulnerable a los riesgos derivados de su trabajo”* englobándolos en 7 grupos entre los que se encuentran las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia “. En el art. 26 LPRL de 8 de noviembre, se trata las obligaciones del empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo. El Art.26.4 LPRL recoge que según *“Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas(...).”*<sup>61</sup>

Dentro del marco normativo español que regula el riesgo por lactancia, se encuentra:

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).  
Art.26
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Confederación de Empresarios de Sevilla (CES). <http://cesevilla.es/boletin030215/definicion.html> (consultado 15-04-2018).

<sup>62</sup> Mediante la cual se crea la incapacidad temporal derivada del riesgo durante la lactancia natural, reconociéndose como causa de suspensión con derecho a prestación e incrementando el subsidio al 100% de la base reguladora por incapacidad temporal por contingencias profesionales, eliminando el periodo de carencia. Además considera nulo el despido por causas objetivas o disciplinarias cuando se está en situación de riesgo por embarazo o lactancia. ÁLVAREZ J.C. y PLAZA ANGULO J.J.

- RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo por lactancia natural (Capítulo V).
- RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el RD 39/1997, DE 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la mejora de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.
- Ley 36/2011, de 19 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)
- RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 48.8.
- RDL 5/2000, de 4 de agosto. Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) Art.13, que establece que el incumplimiento de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, está tipificado como infracción muy grave.

## 2. Contenido del Derecho

La finalidad de la norma que regula el derecho al riesgo por lactancia, es preservar la estabilidad en el empleo a través de la protección de la mujer y del menor, mediante la exigencia de resultados que eliminen el riesgo. En el caso de que no sea posible la eliminación del riesgo durante la lactancia natural, proteger la salud de las mujeres trabajadoras y del menor y cubrir la pérdida de ingresos que se produce durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo o de la actividad.

El ordenamiento jurídico (art.45.1.d ET, art. 48.5 ET y art. 26 LPRL) por mandato imperativo exige excepcionalmente al empresario y a la trabajadora<sup>63</sup> realizar alteraciones transitorias en las condiciones de trabajo pactadas para proteger su salud

---

"Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural." *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 111, año2011, págs.195-210.

<sup>63</sup> Según GARCIA TESTAL E. Es obligatorio para la trabajadora, porque la protección va dirigida también al menor. Sin embargo para el empresario no es obligatoria, puesto que dependerá de la posibilidad de que se haga efectiva, por lo que el empresario puede optar a la suspensión del contrato de trabajo, a no ser que exista la opción de compatibilizarlo con otro puesto.



y la del hijo menor de 9 meses. Las medidas obligatorias que debe adoptar el empresario para eliminar el riesgo, están perfectamente reguladas en el art.26 LPRL y que se pueden ordenar de la siguiente manera:

1. En primer lugar se deben definir qué puestos de trabajo pueden presentar un riesgo, dentro de la evaluación de riesgos que inicialmente tiene obligación de realizar el empresario y a continuación determinar cuáles son los puestos de trabajo que no tienen riesgo previa consulta a los representantes de los trabajadores.
2. De existir riesgo en un puesto de trabajo el empresario deberá acondicionarlo para eliminar dicho riesgo, como podría ser adaptar el horario de trabajo o eliminar el trabajo nocturno o a turnos<sup>64</sup>.
3. Con carácter subsidiario, en caso de que la adaptación del puesto no fuese posible o no garantizase suficiente protección a la trabajadora, previa certificación de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) o de las Mutuas y con el informe del médico de la Seguridad Social que asista facultativamente a la trabajadora, se la destinará a otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o de categoría equivalente
4. (o movilidad funcional) exento de riesgo temporalmente.
5. Si la movilidad funcional no fuera posible o suficiente para eliminar el riesgo, subsidiariamente el empresario deberá proporcionar a la trabajadora temporalmente un puesto de trabajo que exceda los límites de su grupo profesional o categoría no equivalente (movilidad extraordinaria). En ambos casos se respetará el conjunto de retribuciones del puesto de trabajo de origen en el caso de realizar tareas de un grupo o categoría profesional inferior. Si por el contrario se realizaran tareas de un grupo o categoría superior su retribución será la correspondiente al puesto de trabajo actual (art. 39.3 ET y 26.2 LPRL)
6. Finalmente, se prevé que si el cambio de puesto de trabajo no fuera posible por razones técnicas, objetivas o por otros motivos justificados, se le suspenderá a la trabajadora el contrato de trabajo, pero con derecho a retribución del 100% de la

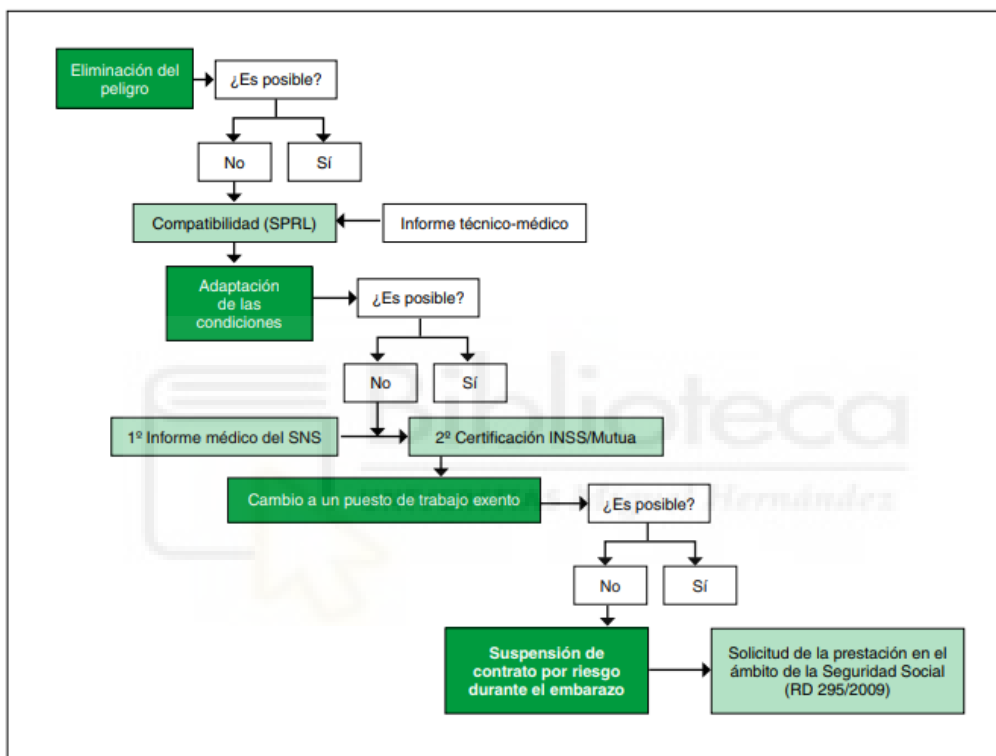
---

<sup>64</sup> Ibid., pág. 123. “modificaciones relativas a las condiciones de las instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo; agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, (...) y relativas a la organización y ordenación” (art.4.7 LPRL).

base reguladora a cargo de la Mutua a la que pertenece la empresa o al INSS dependiendo de la entidad gestora que gestione las contingencias profesionales<sup>65</sup>

Por último, puntualizar que por ser una prestación que deriva de contingencias profesionales no se requiere periodo de cotización previo y el empresario estará obligado a continuar con la cotización de la Seguridad Social.

Gráfica III: Medidas preventivas según la LPRL, hasta la concesión de la prestación por riesgo por lactancia.



Fuente: Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Esta última y subsidiaria medida tuvo su origen en la necesidad de transponer la Directiva 92/85/CEE a nuestro ordenamiento jurídico interno, en el que se añade la contingencia de riesgo durante la lactancia en materia de Seguridad Social mediante la inclusión del Capítulo IV, artículos 135 bis y 135 ter de la LGSS.

<sup>66</sup> “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”. Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. (Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

## **2.1 Período de protección y especial protección**

El periodo de protección surge en el momento en que se suspende el contrato de trabajo y una vez disfrutadas las 16 semanas del derecho por maternidad. La prestación se abonará el tiempo necesario para salvaguardar la salud de la trabajadora o del menor, hasta que cumpla los 9 meses.

La situación de protección también podrá finalizar si se abandona la lactancia natural antes de del cumplimiento de los 9 meses del menor<sup>67</sup>, que el puesto de trabajo quede exento de riesgo o que las posibilidades de adaptación del mismo lo permitan.<sup>68</sup>

La trabajadora tendrá derecho a reserva de puesto de trabajo y podrá reincorporarse cuando finalice la situación.

El despido de la trabajadora durante la suspensión del contrato de trabajo será considerado nulo, a no ser que se declare despido procedente por motivos no relacionados con la lactancia natural.

## **2.2 Destinatarias o Beneficiarias**

A diferencia del permiso por lactancia natural, la suspensión del contrato por riesgo por lactancia, está destinado exclusivamente a aquellas mujeres trabajadoras que amamantan a sus hijos siempre y cuando cumplan los requisitos como son:

- Estar en situación de lactancia natural de un hijo menor de nueve meses.
- Afiliadas y en situación de alta en la Seguridad Social o asimiladas al alta. Las trabajadoras autónomas deberán estar al corriente en sus pagos de las cuotas. No será necesario un periodo de cotización previo, al tratarse de una prestación derivada de contingencias profesionales.
- Estar desempeñando un trabajo que pueda afectar negativamente a su salud y/o a la de su hijo.

---

<sup>67</sup> Para ello, según GARCIA TESTAL E. se requiere un control médico, que certifique la continuación de la lactancia natural.

<sup>68</sup> GARCÍA TESTAL E. “*La protección de la lactancia...*” óp. cit. págs. 126-130.

- En situación de riesgo durante la lactancia que haya sido certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- En situación de suspensión de contrato de trabajo por la empresa por imposibilidad de adaptación o de poder ofrecerle otro puesto que esté exento de riesgo.

### 3. Problemática en el reconocimiento del derecho. El riesgo específico

La doctrina científica determina que “la legislación española no protege genéricamente a la mujer trabajadora, sino sólo a aquella que se encuentra en situación de embarazo, parto o lactancia”<sup>69</sup>. Para que sea efectiva esa protección y se suspenda el contrato de trabajo cuando existe riesgo por lactancia, deben darse previamente los siguientes factores:

- Que sea imposible la eliminación de los riesgos por parte del empresario según establece la LPRL.
- Que sea imposible un cambio de puesto de trabajo.
- Que se acredite un riesgo específico para la lactancia natural.

Es necesario que el riesgo no sólo sea general, es decir, que derive de una determinada actividad laboral susceptible de afectar a cualquier trabajador, sino que además debe ser específico. Para que se dé el riesgo específico, la salud de la trabajadora debe ser agravada por su condición de madre lactante, que dicho riesgo sea real y relevante para la mujer en situación de lactancia, además debe aparecer de forma clara y precisa en el desempeño de las funciones propias de la trabajadora. Los agentes, condiciones y procedimientos que lo provocan deben poder determinarse en función del grado, evaluación y tiempo de exposición.

El establecimiento de la existencia del riesgo específico lo que pretende es evitar que cualquier mujer trabajadora que amamante a un hijo menor de 9 meses, pueda acceder a la suspensión del contrato de trabajo por el mero hecho de que a su puesto

---

<sup>69</sup> MONTOYA MELGAR A. “Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales” Aranzadi Social 5, año 200, pág. 68.

se le asocie un riesgo.<sup>70</sup> Esta situación nos lleva a la conclusión de que determinar el riesgo específico es una tarea extremadamente compleja que dificulta la creación de un listado en el que figuren agentes, condiciones y procedimientos que entrañan un riesgo, debido a la cantidad y variedad de factores que lo pueden determinar.

La falta de riesgo específico es la que ha llevado al Tribunal Supremo a denegar multitud de solicitudes de reconocimiento del derecho, especialmente en el personal sanitario. Un ejemplo lo encontramos en una reciente sentencia, concretamente la STS 783/2017 de 10 de octubre<sup>71</sup>, en la que se desestima la solicitud de suspensión del contrato por riesgo por lactancia, al no concurrir riesgo específico en el desempeño del trabajo de una ATS/DUE en el SUMMA, en la Unidad Medicalizada de Emergencias, por no estar en contacto con residuos sanitarios. Otro ejemplo es la STSJ 315/2017 de 31 de marzo<sup>72</sup>, en la que tampoco se reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una educadora de un centro de integración del menor justificando la medida el Tribunal en que el plan de prevención ya recoge medidas correctivas por las que se exime a la trabajadora de realizar tareas que le suponen un riesgo. En consecuencia el Tribunal interpreta su negativa al reconocimiento del derecho de la siguiente manera: "coincidimos en que no existe riesgo directo (o específico) frente a la lactancia en unos casos, mientras que en otros se dan medidas preventivas no agotadas que impiden la aparición de riesgos".

En sentido contrario fue especialmente comentada la STS de 24 de abril de 2012<sup>73</sup>, en la que a una tripulante de cabina de pasajeros de una compañía aérea, ni la Mutua ni la propia empresa reconocen situación de riesgo por lactancia. La empresa no había realizado la evaluación de riesgos pertinente, y por lo tanto no había ofrecido un cambio de puesto a la trabajadora (art. 26 LPRL). En la sentencia, el Tribunal Supremo considera incompatible la toma o la extracción de leche con el horario de trabajo, produciéndose riesgo de mastitis e inhibición de la leche para la trabajadora. Más recientemente la STSJ de 9 de octubre de 2017, reconoce el derecho a la

---

<sup>70</sup> TRIGUEROS SÁNCHEZ C. "El riesgo por lactancia delimitación: STS 13 mayo 2015" Murcia diciembre 2016. <http://revistas.um.es/analesderecho>

<sup>71</sup> STS, Sala de lo Social, Sec. 4ª, 783/2017, de 10 de octubre, Recurso 174/2016.

<sup>72</sup> STSJ Madrid, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, de 31 de marzo de 2017, Recurso 58/2017.

<sup>73</sup> STS, Sala de lo Social, Sec. 4ª, de 24 de abril de 2012, Recurso 18/2011.

prestación a una enfermera de la unidad de hematología, por considerar que existe riesgo específico de contacto con agentes citostáticos.<sup>74</sup>

La complejidad que conlleva la acreditación de riesgo específico, tiene que ver con que haya una gran litigiosidad y que la mayoría de las sentencias sean desfavorables a las reclamaciones de riesgo por lactancia. Si a esta dificultad se une que en caso de que la empresa, la Mutua o los servicios médicos del INS, no reconozcan la existencia de riesgo, la carga de la prueba recaerá sobre la afectada, siendo la trabajadora la que ve vulnerados sus derechos cuando no se ha realizado correctamente una evaluación de riesgos y evaluación específica, conforme a la Directiva 92/85/CE<sup>75</sup>. Esta situación afecta a la salud de la trabajadora y a la del menor, por lo que podrá apelar ante cualquier órgano jurisdiccional nacional o de otro Estado miembro, a través del artículo 19.1 de la Directiva 2006/54/CE que regula la “inversión de la carga de la prueba”<sup>76</sup>, denunciando discriminación directa o indirecta<sup>77</sup>. Según el Tribunal la afectada podrá alegar inversión de la carga de la prueba posteriormente, cuando impugne una decisión relativa a la evaluación de riesgos de la empresa.<sup>78</sup> Una vez acreditada debidamente que la trabajadora se haya

---

<sup>74</sup> STSJ Galicia, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, de 9 de octubre de 2017, Recurso 1318/2017.

<sup>75</sup> DIRECTIVA 92/85/CEE del Consejo, 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, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)

<sup>76</sup> STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2017, Recurso 1052/2014, Fd. 4. En dicha sentencia, la afectada una vez ejercido su obligación en “inversión de la carga de la prueba” será la parte demandada (empleador, entidad gestora o mutua) la que tenga que demostrar objetivamente que no existe riesgo.” (...) El segundo paso en la aplicación de las reglas de la distribución de la carga de la prueba obliga a examinar si la entidad gestora competente y la empleadora han cumplido con la carga de la prueba que les corresponde una vez que la trabajadora demandante ha aportado hechos de los cuales se puede deducir la existencia de una discriminación por razón de sexo. A juicio de la Sala, las partes demandadas no han cumplido con las exigencias que esa carga de la prueba les impone pues se han limitado a aportar un informe emitido por Doctor del Servicio de Medicina Preventiva - Prevención de Riesgos Laborales que se limita a especificar que la trabajadora "se considera, en el momento actual, APTA (en mayúsculas) para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo no existiendo riesgo para la lactancia". No se contienen en las actuaciones mayores explicaciones sobre cómo se ha alcanzado esa conclusión”.

<sup>77</sup> STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2017, Recurso 1052/2014 (...) la conducta de las partes demandadas no ha sido conforme a lo establecido en las normas aplicables sobre el riesgo durante la lactancia natural, y, de otro lado, que a la trabajadora demandante no le quedaba otra posibilidad más que reclamar la prestación con la finalidad de evitar las consecuencias de la discriminación por razón de sexo (...)

<sup>78</sup> STJUE de 19 octubre de 2017. Asunto nº C-531/15. <http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ057278.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2018).

en situación de riesgo para la lactancia y ha demostrado que sí existe riesgo específico, recaerá la carga de la prueba sobre los demandados (empresa, entidad gestora o mutua) que tendrán que demostrar real y objetivamente que no existe riesgo para la lactancia conforme a las normas de la Directiva 2006/54/CE.<sup>79</sup>

Así pues, recientemente el TSJ de Galicia planteó una cuestión prejudicial en el caso de una enfermera de urgencias que demanda a un centro hospitalario de A Coruña y al INSS. Dicha cuestión planteada al TSJUE se basaba en que si el empresario no realiza correctamente la evaluación de riesgos suponiendo un trato desfavorable a la empleada y en consecuencia discriminatorio por razón de sexo, esta situación podía alterar las normas sobre inversión de la carga de la prueba recogidas en la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad en asuntos de empleo y por la que la parte demandada debía probar específicamente que se han puesto todos los medios para eliminar o reducir el riesgo a estándares acordes con la LPRL. Finalmente en el recurso se aceptan las pruebas indiciarias<sup>80</sup> por parte del Tribunal en las que se invierte la carga probatoria, siendo la parte contraria o empleadora la que debe demostrar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Finalmente, dado que a la afectada se le había reconocido la baja por riesgo durante el embarazo, el TJUE alegó que debía reconocérsele también la baja por riesgo durante la lactancia porque si no estaríamos ante un caso de discriminación directa por razón de sexo.

Es relevante destacar que en muchos casos, a la mujer embarazada se le reconoce más fácilmente el derecho al riesgo por embarazo, hecho que se incluye en los planes de prevención de las empresas debido a que conlleva un riesgo más evidente. Sin embargo, no sucede lo mismo con el riesgo por lactancia, menos contemplado

---

<sup>79</sup> Así pues en la sentencia anteriormente comentada (STS de 24 de abril de 2012), la tripulante de cabina de avión de pasajeros, ante la negativa de la empresa y de la Mutua de reconocer riesgo específico para la lactancia natural en su puesto de trabajo, tuvo que demostrar que sí concurría riesgo específico para su salud y la de su hijo, obteniendo sentencia favorable en suplicación. Por lo tanto la determinación del riesgo específico no debe ser criterio subjetivo de la empresa o de los interesados en el reconocimiento del riesgo, sino que éste debe ser relevante, objetivo y alcanzar a conocer con detalle la naturaleza extensión, características y tiempo de exposición.

<sup>80</sup> Es conveniente aclarar que el simple hecho de que el informe que emite la jefa de la enfermera afectada no es concluyente para certificar que existe riesgo específico en el puesto de trabajo, pero sí es muestra suficiente para que se invierta la carga de la prueba. Diario de Ley, nº 9100, Sección Jurisprudencia, de 15 de diciembre de 2017, ed. Wolters Kluwer.

en los planes de prevención de las empresas y menos accesible para las afectadas en gran parte por la complejidad en determinar el riesgo específico.

### 3.1 Alternativas a la suspensión del contrato

En caso de que no se haya realizado por la empresa una correcta evaluación de riesgos o las entidades responsables de su reconocimiento se niegan a aceptar que existe riesgo, aun siendo un requisito objetivo o razonable puede convertirse “en un obstáculo difícilmente insoslayable para dar cobertura al interés jurídico digno de tutela”.<sup>81</sup> Por lo tanto si la trabajadora no quiere entrar en un complicado proceso judicial, ¿qué opciones tiene?

Una de las opciones podría ser la de recurrir directamente a la Directiva 92/85/CEE<sup>82</sup>. Ya que el ordenamiento comunitario lo permite para poder conseguir la suspensión de su contrato y la consiguiente prestación.<sup>83</sup>

Otra opción podría ser la de solicitar la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET), aunque no tendría derecho a ninguna prestación de la Seguridad Social.

También la trabajadora podría cesar unilateralmente en la prestación laboral alegando riesgo grave e inminente (art 19.5 ET y 21 LPRL) pero son vías que por la inseguridad jurídica, resulta poco atractiva y que junto con la opción de la excedencia supone una pérdida de derechos para la trabajadora.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> BELTRÁN DE HEREDIA I, "Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia" *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 116, año 2012, pág.160.

<sup>82</sup> DIRECTIVA 92/85/CEE del Consejo, 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, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)

<sup>83</sup> CAMPOS PEREZ A.I. "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención." Anuario jurídico y económico escurialense 40, año 2007: págs. 225 y 226 afirma que la normativa española no ha hecho una correcta transposición de la Directiva 92/85/CEE e incluso la incumple en lo que respecta al riesgo por lactancia, puesto que en su artículo 1º se tiene por objetivo “Promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia”. Sin embargo en la normativa española mientras que a la mujer embarazada se le dispensa del trabajo que entraña un riesgo para su salud o la del feto, en caso de existir riesgo para la madre lactante lo que sucede es que se adapta su puesto de trabajo o se le traslada a otro que no entrañe riesgo.

<sup>84</sup> PEREZ CAMPOS A.I. "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención" Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL , año 2007. págs 225-227



La realidad de la situación de las trabajadoras que no se sienten amparadas por la normativa y se ven abocadas a emprender una complicada aventura judicial, es que deben elegir entre seguir dando de mamar a su hijo o hija o salir del mercado laboral.



## **CAPITULO V. GUIA JURÍDICA DE LACTANCIA**

Esta guía jurídica, es fruto de la recopilación de las dudas o cuestiones que planteaban aquellos interesados o interesadas que acudían una vez al mes a las sesiones o talleres que organizaba la Asociación de apoyo a la lactancia la Mama d' Elx, ofreciendo información jurídica sobre todo lo relacionado con la lactancia natural y el riesgo por lactancia y que sin ser el principal propósito de dicha colaboración, se dio lugar a la publicación de esta guía que presentamos a continuación.





**La Mama d'Elx**  
GRUPO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA

*Guía  
jurídica  
de lactancia*

 **clínica jurídica**  
UNIVERSITAS Miguel Hernández



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
Y JURÍDICAS DE ELCHE

TITULACIÓN DE RELACIONES LABORALES  
Y RECURSOS HUMANOS

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

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



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

Elaborada por:

M<sup>ª</sup> Carmen Gómez Cerdán  
Rosario Carmona Paredes

En el marco de la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche  
Solicitud de número de depósito legal 05TUI/2017/23196

Asociación La Mama d'Elx.  
Grupo de apoyo a la lactancia materna.  
Centro Social El Raval  
Carrer Boix i Rosario, 2  
03202 Elche (Alicante)  
[lamamadex@gmail.com](mailto:lamamadex@gmail.com)

# Índice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 PRESENTACIÓN.....</b>  | <b>3</b>  |
| <b>2 INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>3 EL PERMISO POR LACTANCIA.....</b>  | <b>5</b>  |
| 3.1 Normativa .....   | 5         |
| 3.2 El término “Lactancia” desde el punto de vista jurídico .....             | 5         |
| 3.3 Modalidades de ejercicio del derecho.....                                 | 5         |
| 3.4 Titularidad del permiso de lactancia.....                                 | 8         |
| 3.5 Carácter retribuido de la norma .....                                     | 8         |
| 3.6 Requisitos formales y materiales .....                                    | 9         |
| 3.7 La Tutela del Derecho o protección frente al despido .....                | 10        |
| <b>4 RIESGO POR LACTANCIA .....</b>   | <b>12</b> |
| 4.1 Normativa .....   | 12        |
| 4.2 El riesgo durante la lactancia natural .....                              | 14        |
| 4.3 Beneficiarias de la norma .....   | 14        |
| 4.4 Comunicación de la trabajadora.....                                       | 15        |
| 4.5 Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación. ....        | 16        |
| 4.6 Nacimiento y extinción del derecho.....                                   | 18        |
| 4.7 Obligaciones de la empresa .....  | 19        |
| 4.8 Protección frente al despido .....  | 20        |
| 4.9 Bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social..... | 20        |
| 4.10 Tramitar la prestación de riesgo por lactancia .....                     | 21        |
| <b>5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                                     | <b>22</b> |

## 1 PRESENTACIÓN

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

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



## 2 INTRODUCCIÓN

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

- 1. La de las normas que conceden derechos a las trabajadoras y trabajadores en razón a la lactancia de hijos e hijas menores, promoviendo la atención a las responsabilidades familiares y la conciliación laboral.*
- 2. La de la salud laboral y las normas protectoras del proceso biológico de la lactancia natural, por la posibilidad de que los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo afecten la salud de la madre y se transmitan al hijo o hija a través de la leche materna.*



## 3 EL PERMISO POR LACTANCIA

### 3.1 Normativa

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

- RDL 2/2015, de 23 de octubre, Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar. Ley 12/2001, de 9 de julio, que introduce regulación excepcional al permiso de maternidad y paternidad.
- LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (impulsando la corresponsabilidad entre hombre y mujer).
- Ley 39/2010, de 22 de diciembre, que introdujo en su disposición final 21ª la conciliación para la atención con el cuidado de menores afectados por enfermedades graves.

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

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

El artículo 37.4 ET regula que el personal laboral tendrá derecho a una reducción de jornada o permiso de ausencia al trabajo en los supuestos de nacimiento de hijo o hija y adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el art. 45.1.d) ET de un menor de nueve meses. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, la duración del permiso o reducción de jornada se multiplicaría por el número de hijos. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por sólo uno de los progenitores si ambos trabajan.

### 3.3 Modalidades de ejercicio del derecho

Tanto la concreción horaria como la forma de determinación del permiso de lactancia es una elección libre del personal laboral. Entre las modalidades de disfrute del permiso, la persona beneficiaria podrá elegir entre:

- **Reducción de jornada de media hora.** Pudiendo incorporarse media hora más tarde a su jornada laboral o salir media hora antes.
- **Ausencia de una hora.** Mediante la cual, quien ha iniciado la jornada laboral tiene derecho a ausentarse una hora o dividirla en dos fracciones de tiempo, teniendo que reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada.
- **Acumulación del permiso.** Esta modalidad permite la acumulación de la hora de lactancia en jornadas completas, siempre y cuando lo permita el convenio colectivo en



vigor o así lo pacte la empresa y el personal laboral, respetando lo establecido en la negociación colectiva. No permite el incremento proporcional de acumulación en caso de parto, adopción o acogimiento con fines de guarda legal múltiples.



### **Consultas frecuentes**

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

El requisito previo es ser trabajador hombre o mujer (aunque solamente será ejercido por uno de los dos) y no se exigirá periodo de carencia alguno.

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

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

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

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

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

No, salvo mejora pactada con la empresa o en convenio colectivo. La reducción de jornada es obligatoriamente de media hora al principio o final del tiempo de trabajo. Sí es cierto que esta modalidad de disfrute supone hoy día de difícil elección puesto que habría que incluir en la media hora el tiempo de desplazamiento desde el lugar de trabajo al domicilio familiar. Es por eso que algunos convenios colectivos sí lo permiten, mejorando las condiciones de la norma. Sin embargo, en una jornada partida, la ausencia de una hora al final de la mañana sí podría considerarse ausencia si la persona que disfruta del permiso se tiene que incorporar por la tarde al trabajo.

### **¿Se puede disfrutar al mismo tiempo de la suspensión por maternidad a tiempo parcial con el permiso de lactancia?**

No, es incompatible (Disposición Adicional Primera del RD 295/2009). Sólo se podrá disfrutar de ambos derechos de modo sucesivo, en primer lugar se disfrutará la maternidad a tiempo parcial y cuando finalice, disfrutar del permiso por lactancia. Esta situación conlleva a una pérdida de derechos puesto que el disfrute de la maternidad a tiempo parcial se puede extender en el tiempo (si se disfrutase el 50% se superarían los 6 meses), limitándose el ejercicio del derecho al permiso de lactancia que caduca a los 9 meses de edad del niño o niña. Por este motivo dicha incompatibilidad no está exenta de fundadas críticas, ya que la ley se anticipa a posibles acumulaciones de derechos que presume fraudulentas.

### **¿Es compatible el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos o hijas tras haber ejercido el derecho al permiso de lactancia acumulada?**

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

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

Son derechos independientes, por lo que los días de vacaciones aunque coincidan con el permiso se podrán disfrutar aunque haya finalizado el año natural al que correspondan esas vacaciones.

### **¿Cuántos días me corresponden si quiero disfrutar de una lactancia acumulada?**

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

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

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

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

### **3.4 Titularidad del permiso de lactancia**

A partir de la Ley 3/2012, de 6 de julio sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el permiso de lactancia se configura como “derecho individual de los trabajadores hombres o mujeres”, pudiendo ser ejercido por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. Se abandona por lo tanto la tendencia feminizada de la norma, puesto que se encuentra desvinculado del hecho biológico del amamantamiento natural. Por otro lado, el derecho se reconoce al personal trabajador cuando el otro progenitor ejerce su actividad por cuenta ajena o propia.

### **3.5 Carácter retribuido de la norma**

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

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

### 3.6 Requisitos formales y materiales

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

Además, puesto que es un derecho individual, la persona beneficiaria deberá entregar un justificante de la empresa del otro progenitor o progenitora que certifique que no está haciendo uso del mismo derecho.

#### **¿Qué sucede si la empresa no está de acuerdo o guarda silencio respecto al horario elegido por el personal trabajador?**

En esta situación, la trabajadora o el trabajador puede acudir al Juzgado de lo Social en un plazo de 20 días, desde el momento en que la empresa expresa su disconformidad para presentar una demanda. Se podrá además acumular la demanda por daños y perjuicios por la demora en el ejercicio del derecho, aunque la empresa podrá quedar exonerada si permite al trabajador o trabajadora ejercer el



derecho al permiso hasta la resolución judicial. Este procedimiento tiene carácter especial, urgente y su tramitación es preferente [art. 139 a), b) LRJS], que culmina con una sentencia firme contra la cual no habrá posibilidad de recurso.

**MODELO DE SOLICITUD DEL PERMISO POR LACTANCIA**

**A LA ATENCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE LA EMPRESA \_\_\_\_\_**

En Elche a \_\_ de \_\_\_\_ del 20\_\_

Estimados señores;

Estimadas señoras;

Mediante la presente Dña. /D. \_\_\_\_\_ trabajadora/dor con DNI \_\_\_\_\_ que presta servicio en el Centro de trabajo \_\_\_\_\_ como \_\_\_\_\_ les informo que con fecha XX/XX/XXXX nació mi hija/o, por lo que les comunico que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores a partir del DD/MM/AA comenzaré a disfrutar del ejercicio del permiso por lactancia de menor, de la siguiente forma:

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

Sin nada más que añadir, atentamente.

Firma

Nombre y apellidos

### **3.7 La Tutela del Derecho o protección frente al despido.**

Desde el artículo 39.1 CE se insta a los poderes públicos a garantizar protección social, económica y jurídica de la familia. Por este motivo, si se despide al personal trabajador durante el permiso por lactancia y tras interponer la demanda pertinente en el plazo de 20 días desde la comunicación, el despido será considerado nulo de forma automática por vulneración de derechos fundamentales. Del mismo modo queda igualmente protegido el personal trabajador dentro del preaviso establecido.

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

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

No, esto no quiere decir que la persona que disfruta del permiso quede completamente blindada ante el poder de organización y decisión de la empresa y no pueda ser despedida, puesto que si se incurriese en incumplimientos graves y culpables, podría ser despedida disciplinariamente; o si concurren causas objetivas de despido o se vea afectada por un despido colectivo.

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

Sí, puesto que se trata de un derecho que tienen los trabajadores hombres o mujeres que puede ser disfrutado por uno de los dos progenitores, siempre y cuando la trabajadora o trabajador lo preavise con 15 días a la empresa (art.37.4 ET).



## 4 RIESGO POR LACTANCIA

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

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

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

### 4.1 Normativa

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

- *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).*
- *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.*
- *LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH).*
- *RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo por lactancia natural. Capítulo V.*
- *RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la mejora de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia .*
- *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LIS).*

*El objetivo de la LPRL de 8 de noviembre, es fomentar en la sociedad una auténtica cultura preventiva a través de la información y formación de las trabajadoras y trabajadores, además de ordenar una serie de obligaciones, responsabilidades y derechos a las personas que participan en la relación laboral. Dicha Ley introduce a través de los artículos 25 y 26 regulación específica para los supuestos de maternidad,*

que fueron modificados y ampliados con la introducción de la LO 3/2007 para la igualdad entre hombres y mujeres.

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

En el Art. 26.4 de la LPRL, regula el grado de protección de la maternidad y de la lactancia natural y específica sobre la lactancia que: “Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas (...)”





## 4.2 El riesgo durante la lactancia natural

Será situación protegida aquella en la que se encuentra la trabajadora durante el período de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un o una menor de 9 meses, en los casos en que debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, por influir éste negativamente en su salud o en la del hijo o hija, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (Art. 31 RD 295/2009).

Es necesario insistir, que este derecho no pretende dar protección genérica a la mujer trabajadora, sino que se centra en la condición biológica de la mujer, relacionada con la maternidad y lactancia natural, debido a que determinados agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosas puedan ocasionar un riesgo específico.

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

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

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

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



## 4.3 Beneficiarias de la norma

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

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

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

#### **4.4 Comunicación de la trabajadora**

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo para la empresa estas medidas no tienen carácter obligatorio, puesto que la norma lo supedita a que sea o no viable la adaptación del puesto de trabajo.

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

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

#### **4.5 Solicitud para el reconocimiento del derecho a la prestación.**

Las fases del proceso serían las siguientes:

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

Fuente: Seguridad Social Activa. [http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV\\_035098](http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035098)



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

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

### **¿En qué situación queda mi contrato?**

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

### **¿Cotizo durante la suspensión del contrato?**

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

### **¿Quién reconoce el subsidio y abona la prestación?**

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



#### 4.6 Nacimiento y extinción del derecho

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

Se extinguirá cuando:

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

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

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

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

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

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

#### 4.7 Obligaciones de la empresa

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

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

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

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



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

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

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

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

La trabajadora puede actuar por distintas vías:

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

### **4.8 Protección frente al despido**

La LO 3/2007 de Igualdad para hombres y mujeres, protege a la mujer que se encuentra en periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y lactancia declarando la nulidad del despido. Salvo que se declare la procedencia del despido si se produce por causas no relacionadas con este derecho.

### **4.9 Bonificación de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social**

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

#### **4.10 Tramitar la prestación de riesgo por lactancia**

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

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

Los distintos modelos están disponibles en:

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

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

- Llamando al teléfono: 901 16 65 65.
- A través de internet: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es), o en: <https://sede.seg-social.gob.es>, o en <https://sede-tu-seg-social.gob.es>.
- Pueden dirigirse previa cita por teléfono 901 10 65 70, o por escrito, a cualquiera de los centros de atención e información (CAISS) de que dispone el INSS en todo el territorio nacional.



## 5 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007.
- CAMPOS PÉREZ, A.I. “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención.”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XL, 2007.
- DE HEREDIA RUIZ, I.B., “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, 2012.
- GARCIA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Guía sindical para la prevención de riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia. 2ª edición. Noviembre 2008. Editado por: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS] <http://www.ccoo.es/3c2203c6a412b2233b65b3fc1dd25700000001.pdf>
- Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Coordinación de Unidades Médicas. “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113410.pdf>
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. NTP 664: “Lactancia materna y vuelta al trabajo”. [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp\\_664.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_664.pdf)
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud; Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. La salud laboral en la negociación colectiva en España (1995-2002): recopilación de buenas cláusulas. <http://www.istas.ccoo.es/descargas/negociacion.pdf>
- Secretaría de Salud Laboral de CCOO de Madrid. “Jurisprudencia sobre la prestación de riesgo por embarazo y lactancia”. Primera edición diciembre 2014. [http://www.feccoomadrid.org/comunes/recursos/15708/pub146103\\_Jurisprudencia\\_sobre\\_la\\_prestacion\\_de\\_riesgo\\_por\\_embarazo\\_y\\_lactancia.pdf](http://www.feccoomadrid.org/comunes/recursos/15708/pub146103_Jurisprudencia_sobre_la_prestacion_de_riesgo_por_embarazo_y_lactancia.pdf)



# La Mama d'Elx

GRUPO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA

Centro Sociocultural de El Raval

C/ Boix i Rosario, 2 · ELCHE

Tel. **620 033 375** · **627 771 528**

[lamamadelx@gmail.com](mailto:lamamadelx@gmail.com)

[www.lamamadelx.es](http://www.lamamadelx.es)

 **clínica jurídica**  
UNIVERSITAT Miguel Hernández

UNIVERSITAT  
Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
Y JURÍDICAS DE ELCHE

TITULACIÓN DE RELACIONES LABORALES  
Y RECURSOS HUMANOS

## CAPITULO VI. REPERCUSIÓN Y DIVULGACIÓN DE LA GUÍA JURÍDICA DE LACTANCIA

La guía jurídica de lactancia fue presentada durante la celebración en Elche de la Semana Europea de lactancia, en el Palacio de Congresos, el 30 de septiembre del 2017.

SEPTIEMBRE  
20 € SOCIAS  
32 € NO SOCIAS

Ajuntament d'Elx #LMMDELX17 La maia d'Elx

https://www.ticketea.com/entradas-conferencia-semana-europea-lactancia-materna-2017/

Semana Europea de Lactancia. Jornada 30 SEP'17 - 9:30h.

11:30h Aspectos psicológicos 12:00h Aspectos nutricionales

Lactancia en niñas y niños mayores

10:30h Guía Jurídica de Lactancia

www.AlbertoSoler.es 13:30h - Calendario Lactancia 2018 www.JulioBasulto.com

\* organiza \* colabora \* patrocina \* apoya la lactancia materna \*

ticketea emocion visitelche.com clínica jurídica UNIVERSITAT Miguel Hernández SICA CASA DONA

A partir de su lanzamiento, la guía tuvo una gran aceptación entre distintos colectivos y profesionales del sector, siendo inmediata su repercusión a través de redes sociales, *blogs*, *webs* y otros medios informativos como prensa, radio, TV.

Actualmente se encuentra recomendada y recogida para su descarga, entre otras, en los siguientes blogs y webs recogidos de la entrada en google el 29/01/2017:

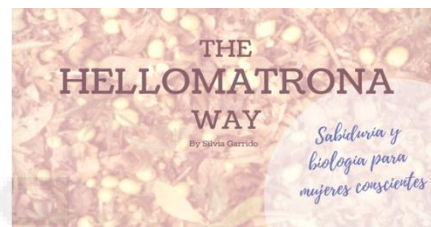
- **Clínica Jurídica UMH** <https://clinicajuridica.edu.umh.es/2017/10/05/ya-puedes-descargar-la-guia-juridica-lactancia/>
- **ACPAM**. (Associació catalana pro alletament matern). <http://www.acpam.org/informacion-lactancia/>
- **Amamantar Asturias**. (Asociación de mujeres de apoyo a la lactancia materna). <https://amamantarasturias.wordpress.com/2017/10/16/guia-juridica-de-lactancia/>

- **APILAM.** (Asociación para la Promoción e Investigación Científica y Cultural de la Lactancia Materna). <https://apilam.org/recursos-lactancia-materna/guia-juridica-de-lactancia-materna/>
- **El parto es nuestro.** (Asociación sin ánimo de lucro formada por usuarias/os y profesionales, que pretende mejorar las condiciones de atención a madres e hijos durante el embarazo, parto y posparto en España). <https://www.elpartoesnuestro.es/recursos/guia-juridica-de-lactancia>
- **Bebés y más.** <https://www.bebesymas.com/lactancia/publican-la-guia-juridica-de-lactancia-conoce-todos-tus-derechos-como-madre-lactante>
- **iHan.** (Iniciativa para la humanización de la asistencia al nacimiento y la lactancia). <https://www.ihan.es/doc/>
- **La Mama d´Elx.** asociación de apoyo a la lactancia materna. <https://elblogdelamamadex.wordpress.com/2017/10/29/guia-juridica-de-lactancia/>
- **Mammalia.** (Asociación para la normalización de la lactancia materna). <https://drive.google.com/file/d/0B5RKR9XL-c7yQUIISF9UamQ1S0U/view>
- **Netrisk.** (Asesoría y consultoría jurídico-técnica especializada en Prevención de Riesgos Laborales). <https://elblogdelamamadex.files.wordpress.com/2017/10/guc3ada-jurc3addica-de-lactancia.pdf>
- **Diario Información** <https://elblogdelamamadex.wordpress.com/2017/10/29/guia-juridica-de-lactancia/>
- **Universiland** (Universidad de Alicante) [https://universiland.com/media/blogtrender/guia-juridica-para-la-lactancia\\_78](https://universiland.com/media/blogtrender/guia-juridica-para-la-lactancia_78)
- **IHAM** (Iniciativa para la humanización de la asistencia al nacimiento y la lactancia) <https://clinicajuridica.edu.umh.es/2017/10/05/ya-puedes-descargar-la-guia-juridica-lactancia/>
- **Servicio Comunicación UMH** <http://comunicacion.umh.es/2017/10/05/guia-juridica-de-lactancia/>



## Servicio de Comunicación

Universidad Miguel Hernández de Elche



## INFORMACIÓN



Posteriormente, durante la XV edición del Congreso anual de FEDALMA celebrado en Priego (Córdoba), entre los días 13 y 14 de abril del presente año, con el lema "Lactancia y conciliación: hagamos que sea posible"; la Asociación la Mama d'Elx participó de forma activa, presentando el póster: " **Presentación de la Guía Jurídica de Lactancia de la Mama d'Elx**"; siendo reconocido con el premio al mejor póster en la categoría de grupos de apoyo a la lactancia, otorgado por el Comité Científico.

Cartel Ganador:

**Guía jurídica de lactancia**

Guía práctica bajo el marco español, recoge soluciones jurídicas, dando a conocer aquellas necesidades que no han tenido reconocimiento y que dificultan el disfrute de este derecho.

La lactancia materna es parte fundamental de los derechos humanos para la salud y está recogido como tal en diferentes convenios y declaraciones internacionales junto a las medidas para su protección. Entre estas, se encuentran las relacionadas con la conciliación de la lactancia y el trabajo remunerado, para en siempre ser posible y es importante que las mujeres conozcan qué pueden hacer en determinadas circunstancias y a quién acudir.

Autores:  
Berta Ferrández Rodríguez,  
Begoña Carrasco Parrales y  
Mª Carmen Gómez Cardón

**Metodología:**

Para este trabajo, la Asociación La Mama d'Elx junto a la clínica jurídica de la Universidad Miguel Hernández han realizado el último número de cada mes durante un período de un año un "Taller jurídico de lactancia" de hora y media habiendo organizado un total de 12 talleres, a los que podían acudir todas personas que quisieran plantear cuestiones que les preocupasen del ámbito jurídico laboral en relación con la lactancia materna.

Los talleres de asesoramiento y asistencia jurídica se realizaron sin ánimo de lucro, desde el compromiso con la justicia social, de parte del gobierno de la provincia, reales, cultura y derecho a disfrutar del permiso de lactancia y la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

El resultado ha sido la elaboración de una guía práctica que recoge las dudas y problemas que surgen cuando se desea hacer uso del derecho a la lactancia natural en el ámbito laboral, haciéndolo extensivo a aquellas personas que ejercen el derecho al permiso por lactancia.

Esta guía se divide en dos apartados basados en el marco jurídico español, uno específico para el permiso por lactancia y otro para el riesgo por trabajo durante la lactancia.

Cada apartado se divide a su vez en diversas subsecciones, incluyendo para cada una una serie de cuestiones generales planteadas en los talleres y su respectiva respuesta basada en el marco legislativo español.

**Conclusiones**

Con este trabajo se ha observado que son muchas las personas que tienen dudas sobre el marco legal para conciliar lactancia y trabajo, poniendo de manifiesto la importancia de crear y hacer accesibles recursos que faciliten a las personas en estas situaciones conocer qué medidas legales se pueden poner en marcha y a quién acudir. De este modo, se ha conseguido el objetivo propuesto de crear una guía práctica que permita conocer qué medidas legales existen para una adecuada conciliación.

**THANK YOU**

Agradecemos a la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández y a la todas las personas que han contribuido a los talleres realizados para la elaboración de esta guía y que se han interesado por este derecho básico como es la lactancia, aportando sus experiencias de conciliación, sus dudas y la resalta de sus logros.

**clínica jurídica**  
UNIVERSITAS Miguel Hernández

**FEDALMA**  
FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE LACTANTES Y PRELACTANTES

**La Mama d'Elx**  
GRUPO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA

## Diploma acreditativo:



El Comité Científico del XV congreso FEDALMA (Federación Española de Asociaciones Pro-Lactancia Materna) ha concedido el premio al mejor póster, en la categoría de grupos de apoyo a:

**Título:** "Presentación de la Guía Jurídica de Lactancia de La Mama d'Elx".

**Autoras:** "ANAÍS FERRÁNDEZ RODRÍGUEZ, ROSARIO CARMONA PAREDES, MARI CARMEN GÓMEZ Cerdán"

**Pilar Aguilera Serrano**  
Presidenta del Comité Organizador

**Eva María Sánchez Poyato**  
Presidenta del Comité Científico.



## CAPITULO VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS A FUTURO

**PRIMERA:** Como hemos podido comprobar, en los orígenes del derecho al permiso por lactancia (Ley de 13 de marzo de 1900 que regula las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños), la norma era más protectora sobre todo para la lactancia natural, por dos razones:

- Permitía practicarla más allá de la hora diaria de permiso, descontando del salario el tiempo que excedía de la hora reconocida en la norma.
- Se podía extender todo el tiempo que durara el amamantamiento del menor.

Sin embargo desde la rectificación de la norma en 1944 hasta nuestros días se va a producir un retroceso en el derecho al estipularse un tiempo determinado en el disfrute de la misma. Este límite temporal resulta claramente insuficiente sobre todo para aquellas madres que quieren prolongar la lactancia materna más allá de los 9 meses del menor, como así recomienda la OMS por los beneficios que conllevan para la salud y el bienestar de madre e hijo.

**SEGUNDA:** Existe un gran vacío en la regulación de la figura jurídica de la lactancia; muestra de ello es que dicho vacío legal se cubre con dictámenes jurisprudenciales, de ahí que hayamos sufrido cambios sustanciales en la concreción del riesgo y el permiso por lactancia sin alterar de forma alguna la normativa vigente.

**TERCERA:** Aspectos que deberían ser incuestionables como el disfrute de la lactancia acumulada se ha derivado a la negociación colectiva y pacto de empresa, adquiriendo un carácter facultativo, permitiendo de esta manera que no todos los trabajadores y trabajadoras tengan derecho a optar por esta modalidad.

**CUARTA:** En muchas ocasiones el beneficiario o beneficiaria queda perjudicado cuando no tienen más opción que acogerse a la reducción de jornada de la media hora o la hora de ausencia, siendo en esta última modalidad difícil de ejercer a día de hoy debido a las grandes distancias que tienen los trabajadores desde el hogar al centro de trabajo.



**QUINTA:** Es necesario que la norma proteja a las trabajadoras que practican la lactancia materna para que no realicen desplazamientos con pernocta, durante los 9 meses de vida del menor, dado el perjuicio que provoca tanto a la trabajadora como al menor, la interrupción prolongada de la lactancia natural.

**SEXTA:** En trabajos de riesgo, las madres que quieren practicar la lactancia natural más allá de los 9 meses de vida del menor se ven obligadas a elegir entre trabajar o seguir amamantando a sus hijos. La opción de dejar el trabajo va a obligarlas a:

- Suspender su contrato de trabajo por acuerdo entre las partes pero sin percibir contraprestación económica alguna.
- Solicitar excedencia voluntaria suponiendo la no reserva de puesto de trabajo y la ausencia de cotización.
- Vulneración del derecho fundamental de discriminación por razón de sexo para la mujer que va a suponer una desventaja con respecto al hombre en el acceso a la formación y promoción al mercado laboral.

**OCTAVA:** En los casos de riesgo por lactancia se sigue cuestionando la inversión de la carga de la prueba, para que no sea la propia afectada la que tenga que demostrar que se encuentra en situación de riesgo. Algunos expertos juristas advierten que ésta situación atenta a su derecho fundamental de discriminación por razón de sexo.

**NOVENA:** El permiso de lactancia, ha ido perdiendo el sentido de la función para la que fue creada, que era la de alimentar al menor con leche materna y posteriormente por lactancia artificial, cuya titular exclusiva era la mujer trabajadora. Para pasar a ser un permiso de titularidad neutra que ofrece cuidados al menor prolongando el permiso de maternidad. Pero para que sea verdaderamente un permiso que apueste por la conciliación y la corresponsabilidad, es necesario que sea obligatorio para ambos progenitores, como única forma de romper el rol tradicional de la mujer cuidadora, y optar a una nueva “cultura del cuidado” en una sociedad más igualitaria.

La magnífica experiencia obtenida en la colaboración de estos talleres y el contacto con todas aquellas personas que han ido exponiendo sus dudas e inquietudes, no sólo ha permitido la realización de este trabajo de fin de grado y la elaboración de la Guía Jurídica, sino también conocer de primera mano los problemas que muchas madres y padres tienen a la hora de conciliar su vida profesional con la familiar.





## Acceso a la documentación y publicaciones



[Normal](#)

[Grande](#)

[+Grande](#)

Nueva búsqueda

### COMPATIBILIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA CON LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS.

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| Tipo de actuación:              | Sugerencia   |
| Fecha:                          | 19/08/2015   |
| Administración:                 | Generalitat Valenciana. Conselleria de Educació, Investigació, Cultura y Deporte |
| Respuesta de la Administración: | Rechazada  |
| Queja número:                   | 15005212   |

### TEXTO

Se ha recibido su escrito de 5 de mayo de 2015 , en el que se contiene información relativa a la queja mencionada más arriba.

#### Consideraciones

En dicho escrito adjunta el informe elaborado ad-hoc por el Servicio Territorial de Personal de Valencia de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte.

En el informe remitido el Servicio territorial expone que: *"de acuerdo con el artículo 8.1 del Decreto 7/2008, del Consell que regula los permisos y licencias del personal docente, el solicitante tiene derecho, por lactancia de un hijo menor de doce meses, cuando concluya su permiso maternal, a una hora diaria de ausencia del trabajo, obviamente si no trabaja no tiene derecho a este permiso."*

Igualmente señala el citado informe que: *“En el artículo 8.3 se establece que el personal podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por una ampliación del permiso maternal en un mes, resulta innecesario señalar que para poder disfrutar de esa acumulación de lactancia estamos entendiendo que el solicitante va a trabajar hasta que el menor tenga doce meses.*

*El derecho a disfrutar de este permiso lo da el estar trabajando hasta los doce meses del menor, por lo tanto, si el solicitante solicita o disfruta de una excedencia antes de dicha fecha el permiso de acumulación de lactancia se estaría dando de manera incorrecta y habría que reclamarle los haberes percibidos.*

*La propia solicitud de permisos y licencias que esta en la página web de nuestra Conselleria (Anexo I) recoge estas peculiaridades del permiso por acumulación de lactancia”.*

En relación a lo manifestado esta Institución debe poner de relieve que el artículo 48. f de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que *“por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.*

*Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.”*

Durante el período de disfrute del permiso por lactancia, el funcionario permanece en situación de servicio activo, tal y como establece el artículo 123.3 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, que establece: *“Las licencias o permisos no variarán la situación de servicio activo”.*

Por otra parte y en relación con la excedencia voluntaria para atender al cuidado de cada hijo, el artículo 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público la regula como sigue: *“Los funcionarios de carrera tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo (...)”.*

La norma se refiere a la misma con el término *‘tendrán’* derecho, frente a otros tipos de excedencias (como la voluntaria por interés particular o por agrupación familiar) en las que la norma indica que *‘podrán’* concederse.

Es decir, este tipo de excedencia se configura como un auténtico derecho de los funcionarios, que no puede ser negado o desconocido, y tan sólo se permite su limitación (párrafo cuarto del citado artículo 89.4) *“si dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios”*; y aun en este caso, sólo podría limitarse su ejercicio simultáneo, sin dejar desprotegido al menor, puesto que en todo caso va a disfrutar de los cuidados y atenciones de uno de los progenitores.

En el mismo sentido numerosas sentencias de los tribunales. Por ejemplo, la Sentencia núm. 203/2000 de 24 julio del Tribunal Constitucional señala que *“la excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (artículo 39.3 CE), constituye, en*

*efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (artículo 39.1 CE).*

*La trascendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado. Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los artsículos 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992 [LCEur 1992, 3598], relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996 (LCEur 1996, 1756), que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES).(…)”*

Por otra parte, a juicio de esta Institución, parece una interpretación errónea, establecer una conexión entre la prestación de servicios efectivos y la generación del citado permiso, cuando la naturaleza del mismo es la de conceder al funcionario, ante la existencia de un hijo menor lactante, el derecho a eximirse de prestar servicios efectivos durante una hora diaria o su disfrute en jornadas completas. Es decir, el permiso por lactancia se genera por la existencia de un hijo menor de doce meses y no, a diferencia de lo que pueda ocurrir con otros derechos, como las vacaciones, en razón proporcional al tiempo que efectivamente se haya trabajado en el año de referencia, sin perjuicio de que para ejercitar determinados derechos, como el derecho al citado permiso o el derecho a las vacaciones, en todo caso, el funcionario debe encontrarse en situación de servicio activo en la Administración donde solicita el ejercicio de aquél.

Finalmente se señala en el escrito remitido que *“la propia solicitud de permisos y licencias que esta en la página web de nuestra Conselleria (Anexo I) recoge estas peculiaridades del permiso por acumulación de lactancia”*, sin embargo esta Institución no observa aquellas.

El citado modelo de solicitud señala: *“la sustitución del tiempo de lactancia por una ampliación del permiso maternal en un mes prevista en el artículo 8.3 del Decreto 7/2008, de 25 de enero, del Consell, no podrá ser solicitada cuando a continuación del permiso por maternidad, el/la interesado/a solicite la excedencia o licencia por interés particular prevista en el artículo 20 del mismo decreto...”*

De dicho modelo únicamente puede deducirse que es incompatible la ampliación del permiso maternal con la licencia por interés particular. A sensu contrario, puede inferirse que, en los restantes casos, si es compatible dicha ampliación con la solicitud de la excedencia por cuidado de hijos del artículo 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público.

### **Decisión**

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, y en especial, en consideración a la trascendencia constitucional del derecho a la excedencia por cuidado de hijos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo,

he resuelto formular la siguiente resolución:

#### SUGERENCIA

**“Reconocer a doña (...) su derecho a acumular el disfrute del permiso de lactancia en su modalidad acumulada en jornadas completas con su derecho a la excedencia por cuidado de hijos del artículo 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.**

A la espera de recibir una comunicación en la que se manifieste la aceptación o rechazo de la Sugerencia formulada, le saluda muy atentamente,

Soledad Becerril  
Defensora del Pueblo

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO ESTÁ A TU DISPOSICIÓN PARA ESTUDIAR TUS QUEJAS Y PROBLEMAS**

[¿Deseas presentar una queja?](#)

También se puede remitir por correo postal, por fax, o entregar en persona, en nuestro servicio de atención al ciudadano en c/ Zurbano, 42 (28010 Madrid).

Si lo prefieres, puedes descargar este formulario en formato pdf [Descargar formulario](#) y, una vez que lo hayas cumplimentado, nos lo envías por correo electrónico a: [registro@defensordelpueblo.es](mailto:registro@defensordelpueblo.es)

Si tienes alguna dificultad para poner tu queja puedes ponerte en contacto con nosotros en el teléfono gratuito 900 101 025.



# DIARI OFICIAL

## DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Any XXXI

Dimarts, 29 de gener de 2008 / Martes, 29 de enero de 2008

Núm. 5690

**I. DISPOSICIONS GENERALS****Conselleria d'Educació**

DECRET 7/2008, de 25 de gener, del Consell, pel qual es regulen els permisos i llicències del personal docent no universitari dependent de la Conselleria d'Educació. [2008/971]

4566

**Conselleria de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge**

DECRET 8/2008, de 25 de gener, del Consell, pel qual es regula la circulació de vehicles pels terrenys forestals de la Comunitat Valenciana. [2008/993]

4575

**II. AUTORITATS I PERSONAL****A) OFERTES D'Ocupació PÚBLICA, OPOSICIONS I CONCURSOS****Ajuntament d'Albalat dels Sorells**

Extracte de les bases reguladores del procés de selecció de tres places d'auxiliar administratiu. [2008/337]

4581

**Ajuntament de Mislata**

Bases específiques per a la provisió de quatre places d'administratiu d'administració general. [2008/311]

4582

**Universitat de València**

RESOLUCIÓ de 7 de gener de 2008, del Rectorat de la Universitat de València, per la qual es convoquen proves selectives d'accés al grup A (subgrup A1), per promoció interna, sector d'administració especial, escala tècnica superior de prevenció de riscos laborals (perfil higiene industrial), d'aquesta Universitat. [2008/316]

4587

RESOLUCIÓ de 7 de gener de 2008, del Rectorat de la Universitat de València, per la qual es convoquen proves selectives d'accés al grup A (subgrup A1), per promoció interna sector d'administració especial, escala tècnica superior de prevenció de riscos laborals (perfil seguretat), d'aquesta universitat. [2008/317]

4600

**B) NOMENAMENTS I CESSAMENTS****Universitat Jaume I**

RESOLUCIÓ de 7 de gener de 2008, per la qual es fa públic el resultat del concurs de mèrits per a la provisió d'una plaça de professorat col·laborador en l'àrea de coneixement d'Organització d'Empreses del Departament d'Administració d'Empreses i Màrqueting convocat per la Resolució del Rectorat de la Universitat Jaume I de Castelló, de data 2 d'abril de 2007 (DOCV d'11 d'abril de 2007). [2008/958]

4613

**I. DISPOSICIONES GENERALES****Conselleria de Educación**

DECRETO 7/2008, de 25 de enero, del Consell, por el que se regulan los permisos y licencias del personal docente no universitario dependiente de la Conselleria de Educación. [2008/971]

4566

**Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda**

DECRETO 8/2008, de 25 de enero, del Consell, por el que se regula la circulación de vehículos por los terrenos forestales de la Comunitat Valenciana. [2008/993]

4575

**II. AUTORIDADES Y PERSONAL****A) OFERTAS DE EMPLEO PÚBLICO, OPOSICIONES Y CONCURSOS****Ayuntamiento de Albalat dels Sorells**

Extracto de las bases reguladoras del proceso de selección de tres plazas de auxiliar administrativo. [2008/337]

4581

**Ayuntamiento de Mislata**

Bases específicas para la provisión de cuatro plazas de administrativo de administración general. [2008/311]

4582

**Universitat de València**

RESOLUCIÓN de 7 de enero de 2008, del Rectorado de la Universitat de València, por la que se convocan pruebas selectivas de acceso al grupo A (subgrupo A1), por promoción interna, sector de administración especial, escala técnica superior de prevención de riesgos laborales (perfil higiene industrial), de esta Universidad. [2008/316]

4587

RESOLUCIÓN de 7 de enero de 2008, del Rectorado de la Universitat de València, por la que se convocan pruebas selectivas de acceso al grupo A (subgrupo A1), por promoción interna, sector de administración especial, escala técnica superior de prevención de riesgos laborales (perfil seguridad) de esta universidad. [2008/317]

4600

**B) NOMBRAMIENTOS Y CESES****Universitat Jaume I**

RESOLUCIÓN de 7 de enero de 2008, por la que se publica el resultado del concurso de méritos para la provisión de una plaza de profesorado colaborador en el área de conocimiento de Organización de Empresas del Departamento de Administración de Empresas y Marketing, convocado por la Resolución del Rectorado de la Universitat Jaume I de Castellón, de fecha 2 de abril de 2007 (DOCV de 11 de abril de 2007). [2008/958]

4613

*Article 8. Permis per lactància*

1. El sol·licitant, per lactància d'un fill menor de dotze mesos, o per adopció o acolliment en idèntic supòsit, tindrà dret, quan conloga el seu permís maternal o per adopció o acolliment, a una hora diària d'absència del treball.

La seua concreció dins de la jornada de treball correspon al sol·licitant. No obstant, això, mitjançant una resolució motivada i per raons organitzatives prou acreditades, es podrà establir una reducció de jornada diferent de la sol·licitada.

2. El permís per lactància podrà ser disfrutat indistintament per la mare o pel pare, en el cas que els dos treballen, però en qualsevol cas només per un d'ells. Prèvia renúncia del pare, este permís podrà disfrutar-lo el cònjuge o parella de fet de la mare.

3. El personal podrà sol·licitar la substitució del temps de lactància per una ampliació del permís maternal o per adopció o acolliment en un mes. La sol·licitud s'haurà de fer, com a mínim, quinze dies abans de la finalització del permís maternal o per adopció o acolliment.

4. Este permís serà ampliable en la mateixa proporció per part, adopció o acolliment múltiple i requerirà coneixement previ pel centre educatiu.

*Article 9. Permis per paternitat*

El personal tindrà dret a un permís de quinze dies naturals per naixement, adopció o acolliment d'un fill o filla, a disfrutar pel pare a partir de la data de naixement, de la resolució administrativa o judicial d'acolliment o de la resolució judicial per la qual es constituïska l'adopció. Prèvia renúncia del pare, este permís podrà disfrutar-lo el cònjuge o parella de fet de la mare.

*Article 10. Permis per interrupció de l'embaràs*

En cas d'interrupció de l'embaràs, la docent tindrà dret a un permís de sis dies naturals i consecutius a partir del fet causant, sempre que no es trobe en situació d'incapacitat temporal.

*Article 11. Permis mèdic, educatiu i assistencial*

1. Sempre que s'acredite la impossibilitat de l'assistència fora de la jornada de treball, el personal podrà acudir durant la seua jornada laboral, per necessitats pròpies o de menors, ancians o discapacitats a càrrec seu, a consultes, tractaments i exploracions de tipus mèdic, a reunions de coordinació dels seus centres d'educació i a consultes de suport addicional en l'àmbit socio-sanitari.

2. Estes absències duraran el temps indispensable per a la seua realització i seran preferentment en horari no lectiu.

*Article 12. Permis per malaltia greu o defunció*

1. Per malaltia greu o defunció del cònjuge o parella de fet o d'un familiar de primer grau per consanguinitat (pares i fills), es tindrà dret a un permís de quatre dies hàbils. Si el fet causant ocorre a més de 100 quilòmetres de la localitat de residència del docent, el permís serà de sis dies.

2. Per malaltia greu o defunció d'un familiar de segon grau per consanguinitat (germans, avis i néts) o de primer grau per afinitat (pares i fills polítics), es tindrà dret a un permís de tres dies hàbils. Si el fet causant ocorre a més de 100 quilòmetres de la localitat de residència del docent, el permís serà de cinc dies.

3. Estos permisos es comptabilitzaran a partir del dia que es produïska el fet causant.

4. Es concedirà permís per malaltia greu quan hi haja hospitalització o siga acreditada per un metge competent la gravetat de la malaltia. El permís es concedirà cada vegada que s'acredite una nova situació de gravetat.

5. En els casos de malaltia greu, hospitalització en institució sanitària o hospitalització domiciliària de llarga duració, els dies de permís es podran utilitzar seguits o alterns, a petició del personal.

*Artículo 8. Permiso por lactancia*

1. El solicitante, por lactancia de un hijo menor de doce meses, o por adopción o acogimiento en idéntico supuesto, tendrá derecho, cuando concluya su permiso maternal o por adopción o acogimiento, a una hora diaria de ausencia del trabajo.

Su concreción dentro de la jornada de trabajo corresponde al solicitante. No obstante, mediante resolución motivada y por razones organizativas suficientemente acreditadas, podrá establecerse una reducción de jornada diferente a la solicitada.

2. El permiso por lactancia podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre, en el caso de que ambos trabajen, pero en cualquier caso sólo por uno de ellos. Previa renuncia del padre, este permiso podrá disfrutarlo el cónyuge o pareja de hecho de la madre.

3. El personal podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por una ampliación del permiso maternal o por adopción o acogimiento en un mes. Dicha solicitud deberá efectuarse, como mínimo, quince días antes de la finalización del permiso maternal o por adopción o acogimiento.

4. Este permiso será ampliable en la misma proporción por parto, adopción o acogimiento múltiple y requerirá previo conocimiento por el centro educativo.

*Artículo 9. Permiso por paternidad*

El personal tendrá derecho a un permiso de quince días naturales por nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo o hija, a disfrutar por el padre a partir de la fecha de nacimiento, de la resolución administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Previa renuncia del padre, este permiso podrá disfrutarlo el cónyuge o pareja de hecho de la madre.

*Artículo 10. Permiso por interrupción del embarazo*

En caso de interrupción del embarazo, la docente tendrá derecho a un permiso de seis días naturales y consecutivos a partir del hecho causante, siempre y cuando no se encuentre en situación de incapacidad temporal.

*Artículo 11. Permiso médico, educativo y asistencial*

1. Siempre y cuando se acredite la imposibilidad de la asistencia fuera de la jornada de trabajo, el personal podrá acudir durante su jornada laboral, por necesidades propias o de menores, ancianos o discapacitados a su cargo, a consultas, tratamientos y exploraciones de tipo médico, a reuniones de coordinación de sus centros de educación y a consultas de apoyo adicional en el ámbito socio-sanitario.

2. Estas ausencias durarán el tiempo indispensable para su realización y serán preferentemente en horario no lectivo.

*Artículo 12. Permiso por enfermedad grave o fallecimiento*

1. Por enfermedad grave o fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho o de un familiar de primer grado por consanguinidad (padres e hijos), se tendrá derecho a un permiso de cuatro días hábiles. Si el hecho causante ocurriera a más de 100 kilómetros de la localidad de residencia del docente, el permiso será de seis días.

2. Por enfermedad grave o fallecimiento de un familiar de segundo grado por consanguinidad (hermanos, abuelos y nietos) o de primer grado por afinidad (padres e hijos políticos), se tendrá derecho a un permiso de tres días hábiles. Si el hecho causante ocurriera a más de 100 kilómetros de la localidad de residencia del docente, el permiso será de cinco días.

3. Estos permisos se contabilizarán a partir del día en que se produzca el hecho causante.

4. Se concederá permiso por enfermedad grave cuando medie hospitalización o sea acreditada por médico competente la gravedad de la enfermedad. Dicho permiso se concederá cada vez que se acredite una nueva situación de gravedad.

5. En los supuestos de enfermedad grave, hospitalización en institución sanitaria u hospitalización domiciliaria de larga duración, estos días de permiso podrán utilizarse seguidos o alternos, a petición del personal.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### BIBLIOGRAFÍA:

- CAMPOS PÉREZ A.I. "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención." Anuario jurídico y económico escurialense 40, año 2007.
- GARCÍA TESTAL, E., "La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español", ed. Tirant lo Blanch, año 2008.
- MONTOYA MELGAR A. "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales" Aranzadi Social 5, año 2000.
- MAGANTO ETXEBERRÍA, J. M., & PORCEL, A. "La corresponsabilidad entre los miembros de la familia, como factor de conciliación". Ed. Educatio siglo XXI, año 2010.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, año 2007.
- ÁLVAREZ JC. Y PLAZA ANGULO JJ, "*Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural.*" Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social 111, año 2011.
- AROCHENA LOUSADA JF; ESPECIALISTA DEL ORDEN SOCIAL, Magistrado; de Galicia, Tribunal Superior de Justicia. "*El tiempo en las leyes con perspectiva de género*". Revista de derecho social, 2010, no 49.
- BELTRÁN DE HEREDIA I, "*Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia.*" Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social 116, año 2012.
- CATALÁ POQUET R, "*El permiso de lactancia tras las últimas reformas*". Actualidad laboral, nº 4, año 2014.
- DE HEREDIA RUIZ, I.B., "Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia", Temas Laborales, año 2012.

- ESPUNY TOMÁS, MJ, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, IUS Labor, 2/ 2006.
- ESPUNY TOMÁS. MJ. “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”. IUS Labor, año 2007.
- ORTIZ SÁENZ R, “Descansos alternativos y permisos retribuidos: evolución jurisprudencial”. DS: Derecho y salud, año 2011, vol. 21.
- SEMPERE NAVARRO AV. “*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*”, en AA.VV. ed. Aranzadi Año 2013.
- SERRANO ARGÜESO, M; EREÑAGA DE JESÚS, N. “*De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía*”. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 44, año 2014.
- TRIGUEROS SÁNCHEZ C. “El riesgo por lactancia delimitación: STS 13 mayo 2015” Murcia diciembre 2016.

#### **WEBGRAFÍA:**

- Boletín Oficial del Estado, 6 de septiembre de 2016, núm. 215. Consultado el 15 de abril del 2018. Disponible en:  
<https://www.boe.es/boe/dias/2016/09/06/pdfs/BOE-A-2016-8225.pdf>
- Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya. Consultado el 5 de mayo de 2018.  
<https://www.parlament.cat/web/documentacio/publicacions/butlleti-bopc/index.html>
- CEF-laboral social. Consultado el 25 de marzo de 2018. <http://www.laboral-social.com/cuestiones-practicas-tener-cuenta-reduccion-jornada.html>
- Conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Editado por el Ministerio de Igualdad y elaborado por la Fundación mujeres. Consultado el 14 de marzo de 2018.  
[http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183\\_Conciliacion\\_de\\_la\\_vida\\_laboral\\_familiar\\_y\\_personal\\_.pdf](http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183_Conciliacion_de_la_vida_laboral_familiar_y_personal_.pdf)

- Defensor del Pueblo. Consultado 15 de abril de 2018.  
<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/compatibilidad-del-permiso-de-lactancia-en-su-modalidad-acumulada-con-la-excedencia-por-cuidado-de-hijos/>
- Diario de Ley, nº 9100, Sección Jurisprudencia, de 15 de diciembre de 2017, ed. Wolters Kluwer.
- Guía sindical para la prevención de riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia. 2ª edición. Noviembre 2008. Editado por: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS]. Consultado el 22 de marzo de 2018.  
<http://www.ccoo.es/3c2203c6a412b2233b65b3fc1dd25700000001.pdf>
- [http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183\\_Conciliacion\\_de\\_la\\_vida\\_laboral\\_familiar\\_y\\_personal](http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183_Conciliacion_de_la_vida_laboral_familiar_y_personal) .
- <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113410.pdf>
- Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. Consultado el 12 de abril de 2018. <http://www.inmujer.gob.es>
- Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”. Consultado el 18 de mayo de 2018.  
[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias\\_INSHT/2011/11\\_23\\_DIR\\_MATER.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2011/11_23_DIR_MATER.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística (INE). Consultado el 21 de junio de 2018.  
<http://www.ine.es/>
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. NTP 664: “Lactancia materna y vuelta al trabajo”. Consultado el 10 de junio de 2018.  
[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)
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud; Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. La salud laboral en la negociación colectiva en España (1995-2002): recopilación de buenas cláusulas. Consultado el 14 de abril de 2018. <http://www.istas.ccoo.es/descargas/negociacion.pdf>
- Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social. Consultado el 24 de marzo de 2018. <http://www.seg-social.es>

- Organización Mundial de la Salud (OMS). Consultado el 19 de abril de 2018.  
<http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/>
- Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural. Consultado el 23 de marzo de 2018. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113410.pdf>
- Prestaciones de la Seguridad Social (Ministerio de Empleo y Seguridad Social). [http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/prestaciones\\_SS\\_otra\\_proteccion/index.htm](http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/prestaciones_SS_otra_proteccion/index.htm)
- Secretaría de Salud Laboral de CCOO de Madrid. “Jurisprudencia sobre la prestación de riesgo por embarazo y lactancia”. Primera edición diciembre 2014. Consultado el 3 de junio de 2018.  
[http://www.feccoomadrid.org/comunes/recursos/15708/pub146103\\_Jurisprudencia\\_sobre\\_la\\_prestacion\\_de\\_riesgo\\_por\\_embarazo\\_y\\_lactancia.pdf](http://www.feccoomadrid.org/comunes/recursos/15708/pub146103_Jurisprudencia_sobre_la_prestacion_de_riesgo_por_embarazo_y_lactancia.pdf)

#### **SENTENCIAS DESTACADAS:**

STJUE Sala 5ª, de 19 octubre de 2017. Asunto nº C-531/15.

STC de 25 de mayo 109/1993.

STC de 24 de julio del 2000, Recurso de amparo 2.947/97.

STS, Sec. 1ª, de 19 de abril de 2018, Recurso 1286/2016.

STS, Sec. 4, de 24 de abril de 2012, Recurso 18/2011.

STS Madrid, Sec.1ª, 852/2009, de 16 de enero, Recurso 1758/2008.

STS, Sec. 1ª, de 11 de noviembre de 2009, Recurso 133/2008.

STS, Sec. 4ª, de 20 de junio de 2005, Recurso 83/2004.

STS, Sec. 4ª, 43/2017 de 24 de enero, Recurso 1902/2015.

STS, Sec. 4ª, 783/2017, de 10 de octubre, Recurso 174/2016.

STSJ Madrid, Sec. 6ª, 563/2016, de 21 de julio, Recurso 466/2016.

STSJ Madrid, Sec. 5ª, 702/2015, de 5 de octubre, Recurso 425/2015.

STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 1ª, 1731/2009, de 11 de diciembre, Recurso 1332/2006.

STSJ Navarra, 253/2009, de 19 de octubre, Recurso 274/2009.

STSJ Andalucía, Sevilla, Sec. 1.ª, 2762/2015, de 5 de noviembre, Recurso 634/2015.

STSJ Castilla y León, Burgos, Sec. 1.ª, 523/2012, de 12 de julio

Recurso 459/2012.

STSJ Madrid, Sec. 1.ª, 315/2017, de 31 de marzo, Recurso 58/2017.

STSJ Galicia, Sec. 1.ª, de 9 de octubre de 2017, Recurso 1318/2017.

STSJ Madrid, sec.5ª, 702/2015 de 5 de octubre, Recurso 425/2015.

STSJ Galicia, de 8 de noviembre de 2017, Recurso 1052/2014.

SJS Pamplona/Iruña, n.º 2, de 4 de septiembre de 2017, Recurso 295/2017.