

SOLICITUD DE PRESTACIÓN POR EXPOSICIÓN A RIESGOS LABORALES DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

En el ámbito laboral, la seguridad y salud son derechos fundamentales, siendo prioritario el derecho a la protección frente a riesgos laborales.

La exposición a riesgos laborales y los daños sufridos en ausencia de la prevención afectan de manera desigual a mujeres y hombres. Esto se debe en parte a las diferencias biológicas, pero también influyen otros factores sociales y culturales, de ahí que sea necesaria la aplicación de la perspectiva de género a la seguridad y salud en el trabajo e imprescindible para conseguir una igualdad efectiva y real.

A raíz de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se introduce el principio de transversalidad, abordando el derecho a la igualdad y no discriminación no sólo por la cuestión del sexo de la persona, también por aquellas circunstancias que tengan una conexión directa con el sexo de esta.

Dentro de las diferencias biológicas existen factores de tipo hormonal, genético y anatómico pero existe una circunstancia en la que el estado de la trabajadora en situación de embarazo o lactancia la hace especialmente sensible a determinados riesgos, estando potencialmente expuesta a sufrir consecuencias perjudiciales tanto para ella como para su hijo/a en el ámbito de la relación laboral.

Por ello, es importante que se conozca el marco normativo sobre la prevención y protección en estos casos, haciendo compatible el estado de gestación o lactancia con la actividad laboral. Las obligaciones de la empresa para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo y el procedimiento en los casos en los que no pueda garantizarse mínimamente su seguridad plena y

la de su descendencia y pueda solicitar la suspensión y prestación por riesgo en el embarazo o la lactancia.

La presente guía pretende establecer unos criterios de actuación y pasos a seguir para que toda aquella afiliada a CCOO-Servicios que se encuentre en la situación de riesgo laboral durante el embarazo o la lactancia natural pueda solicitar la prestación por dicho motivo.

PERO ¿QUÉ ENTENDEMOS POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL?

Es el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo, por su incidencia negativa en la salud de la madre o en la del hijo, por otro compatible con su situación, pero esto no resulte posible o no pueda exigirse por motivos justificados.

Dado que legalmente se ha calificado esta situación como contingencia de naturaleza profesional, se ha eliminado la exigencia de cumplimiento de un periodo previo de cotización para su obtención y su cuantía es el 100 por 100 de la base reguladora aplicable a las contingencias profesionales.

1. CIRCUITO DE ACTUACIONES A REALIZAR DURANTE TODO EL PROCESO

- a) La trabajadora deberá estar en situación de embarazo o período de lactancia natural (la ley prevé el periodo del riesgo de la lactancia natural hasta que el menor cumpla nueve meses)
- b) Comunicación escrita y fehaciente de la situación a la Empresa.
- c) Solicitud de la trabajadora embarazada al facultativo del Servicio Público de Salud de un informe en el que se acredite la situación de embarazo (es decir, que el embarazo es normal –no es un embarazo de riesgo-¹) y la fecha probable del parto. (Art. 39.1 RD 295/2009).

¹ Es muy importante recalcar al médico del Servicio Público de Salud (generalmente el/la ginecólogo/a) que diga, si así lo es, que el embarazo es normal y no es de riesgo, ya que en ocasiones añaden algunos datos del embarazo que pueden dar a entender que puede ser un embarazo de riesgo.

- d) La evaluación de riesgos debe recoger obligatoriamente (Arts. 26.1 LPRL y 4.1.b) RSP) *“la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”*. Esto se debe realizar con independencia de que en ese momento haya o no trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural. Este elemento es esencial, ya que la mayoría de las evaluaciones de riesgo no contemplan esta obligación legal, y el no hacerlo impide una correcta adaptación, cambio de puesto o solicitud de prestación de riesgo para el embarazo, según el caso.
- e) Si los resultados de la evaluación de riesgos identifican y valoran la existencia de riesgo para la embarazada o la lactancia natural, la empresa tiene la obligación legal de adaptar el puesto de trabajo y para tal fin *“adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas, incluirán, cuando resulte necesario la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”* (Arts. 26.1 LPRL Y 4.1.b) RSP).

En este supuesto, la trabajadora deberá conservar la totalidad de sus retribuciones durante el embarazo o lactancia con independencia de que tenga el puesto adaptado por riesgo, por cuanto no solo se debe preservar su salud sino también la plenitud de sus derechos, entre los que se encuentran los de carácter económico.

- f) Cuando no sea posible esta adaptación del puesto de trabajo, o habiéndose realizado la misma, las condiciones de trabajo continúan siendo un riesgo para la salud de la madre, del feto o del bebé, la trabajadora solicitará al INSS² o a la MCSS³ (en función de con quién tenga la empresa concertada la cobertura de los riesgos profesionales) que certifique la existencia del riesgo para el embarazo o la lactancia natural, y deberá la trabajadora acompañar a la solicitud de la certificación un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo (Art. 26.2 LPRL y art. 39.2 RD 295/2009).

² INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social

³ MCSS: Mutua Colaboradora de la Seguridad Social

IMPORTANTE: En este punto se producen varias situaciones posibles:

- El artículo 39.2 RD 295/2009, en el primer párrafo establece expresamente que dicha certificación a realizar por MCSS ó INSS se realizará *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL), ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda”*. Este elemento es esencial, ya que como indicamos anteriormente, si la evaluación de riesgos laborales contempla correctamente el riesgo para embarazo y lactancia natural, así como la imposibilidad de la adaptación del puesto de trabajo o que ésta no ha sido suficiente, tal y como indica el apartado 1 del artículo 26 LPRL, aquí ya queda legamente acreditado el riesgo, ya que es el servicio de prevención (en cualquiera de sus modalidades) el único competente para evaluar el riesgo, (Arts. 31.3. apartados b) y c) LPRL, y 4.3, 34, 35, 36 y 37 RSP). En este caso, si está debidamente documentado, el INSS o MCSS no podría denegar la certificación del riesgo. Ya hemos indicado anteriormente que la mayoría de evaluaciones de riesgos no lo contemplan.
 - En el caso de que no estuviera realizada correctamente la evaluación de riesgos, y mientras ésta no se modifique adecuadamente, el servicio de prevención podría, y debería, realizar un informe de identificación y valoración individual de la trabajadora afectada, así como la imposibilidad de la adaptación del puesto de trabajo o que ésta no ha sido suficiente, conforme a los requisitos establecidos legalmente (Arts. 26.1 LPRL Y 4.1.b) RSP). Esta actuación, que se produce en muchas empresas no se realiza en este momento del circuito, sino que se hace con posterioridad a la certificación de MCSS o INSS, con lo cual no tiene ninguna utilidad jurídica.
 - El trámite de esta certificación es fundamental en todo el proceso, ya que si no se dispone de la misma, lo cual ocurre en la mayoría de casos, impide que se puedan realizar los pasos que detallamos a continuación.
- g) Una vez que no ha sido posible o eficaz la adaptación del puesto de trabajo, y la trabajadora dispone de la certificación de la existencia del riesgo expedida por MCSS (o por INSS), se deberá proceder por la empresa al cambio de puesto de trabajo o función, compatible con su estado de salud. Para ello la empresa deberá determinar (siendo ésta

una obligación legal), *“previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos”* (Arts. 26.2 LPRL y 4.1 RSP).

- h) Si el cambio de puesto de trabajo o función no fuera técnicamente u objetivamente posible, o no se pueda exigir por motivos justificados, *“podrá/deberá* (según se aplique el artículo 26.3 LPRL o el 39.3 del RD 295/2009) *declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo...durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado”* (Arts. 26.3 LPRL, 45.1.d) ET, 39.3 RD 295/2009).

La suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia va acompañada de la percepción de una prestación económica del 100% de la base reguladora por contingencias profesionales del mes anterior a la suspensión. No se requiere periodo de cotización para tener derecho a la prestación por riesgo por embarazo y lactancia. (Art.187 TRLGSS).

Por otra parte, conviene saber que la suspensión del contrato por este motivo no impide asistir a los cursos de formación programados por la empresa, debiendo garantizarse en todo caso la no exclusión de la trabajadora de la promoción profesional o de los ascensos en el trabajo.

En este supuesto, como previamente tiene que haberse expedido certificación de la existencia de riesgo por MCSS (o INSS), no existe ningún riesgo para la trabajadora porque podrá acceder a la prestación que detallamos en el punto siguiente.

En el caso en el que no se reconozca la situación de riesgo para el embarazo o la lactancia, nuestra recomendación es que te pongas en contacto con los delegados/as de CCOO de Prevención de Riesgos Laborales en tu centro de trabajo o con los servicios jurídicos del sindicato a fin de valorar las posibles acciones a tomar.

- i) Una vez tramitada la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o lactancia y de forma correlativa, la trabajadora podrá solicitar la prestación *“a la dirección*

provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia (en este caso el INSS) en que aquella tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que le corresponda” (Art. 39.4 RD 295/2009).

Documentos que deberá acompañar la trabajadora a esa solicitud (Art. 39.4 RD 295/2009):

- ✓ Certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o la lactancia (que es el que expide la MCSS (ó INSS) que ya hemos comentado extensamente con anterioridad). Como se puede apreciar sin este certificado no se puede solicitar la prestación.
- ✓ Declaración de la empresa de la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, así como la fecha en que la trabajadora ha suspendido la relación laboral (que será la fecha desde la cual, en caso de concederse la prestación de riesgo por embarazo o lactancia natural, se aplicará la prestación).

Esta declaración deberá ir acompañada de informe del servicio de prevención sobre todos estos temas.

- ✓ Certificado de empresa en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales, correspondiente al mes anterior a la suspensión del contrato, y en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas a la trabajadora durante el año anterior a la fecha de suspensión del contrato. Deberá constar expresamente la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior a la suspensión laboral en caso de haberse realizado las mismas.

El INSS “dictará resolución expresa, que se notificará en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada” (Art. 39.5 RD 295/2009).

Un elemento relevante, es que en ese mismo artículo del RD 295/2009, establece que si no se reconoce por el INSS inicialmente el derecho a la prestación, se indicará a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta

la certificación médica sobre la existencia de riesgo y la evolución del estado de gestación. Como podemos observar, esta es la excusa a la que se acogen las MCSS para aplicar los criterios SEGO, pero sin suficiente amparo legal, ya que esta posibilidad, que no obligación, no les ampara para no tener en cuenta la documentación del servicio de prevención, cuando la evaluación de riesgos o informe específico está bien realizado. En estos casos no será necesaria una nueva solicitud, sino solamente aportar la documentación requerida.

Si existen contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, como hemos señalado en el párrafo anterior, el INSS podrá solicitar informe a Inspección de Trabajo para que se pronuncie al respecto. Dicha petición deberá ir acompañada de la documentación presentada. Inspección de Trabajo deberá emitir informe en un plazo máximo de 15 días, y a partir del mismo el INSS dictará resolución. En este caso, el plazo de 30 días quedará suspendido hasta la recepción del informe de Inspección de Trabajo por el INSS (Art. 39.6 RD 295/2009).

En cuanto a quien debe tramitar la solicitud de certificación de la existencia de riesgo, así como la solicitud de la propia prestación, es la trabajadora. Es fundamental no dejar estos trámites en manos de la empresa, ya que en ese caso la trabajadora pierde el control de la documentación entregada y de si la tramitación se ha realizado correctamente, puede incluso que no se realice. Además, es habitual que entre empresa y MCSS se dilaten los plazos con lo que la trabajadora puede perder derechos a la hora de reclamar.

2. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL EN ERTES POR COVID-19

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social publicó el 17 de abril de 2020 una circular dirigida a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para establecer un criterio de actuación común en relación con la prestación de riesgo durante el embarazo o lactancia natural con motivo de la inclusión de la beneficiaria en un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE).

Divide la situación en dos supuestos:

1º Trabajadora que se encuentra en situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y se incluye dentro de un ERTE.

Ante esta situación, hace dos diferenciaciones.

- *ERTE con suspensión total de la actividad.* En esta situación procede una suspensión temporal de la prestación, ya que se considera que al suspenderse la actividad, el riesgo cesa, por lo que no procede seguir percibiendo la prestación. Una vez que finalice el ERTE, como la trabajadora debe volver a incorporarse a su actividad laboral, podrá iniciar otra vez el percibo de la prestación.
- *ERTE con reducción de jornada.* En estos supuestos la prestación se suspendería en aquella parte en que se ha reducido la jornada por ERTE y se inicia el percibo de la prestación por desempleo por el porcentaje de la jornada que se reduce. Por el tiempo restante que tuviera que realizar actividad laboral, tendría derecho a percibir la prestación.

2.- Trabajadora que se encuentra incluida en un ERTE con reducción de jornada e inicia una prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

Esta situación solo es posible en el caso de que el ERTE contemple la reducción de jornada.

Si se determina que existe riesgo durante el embarazo para la madre, para el feto o el neonato en relación con la lactancia natural, podría compatibilizarse la prestación de desempleo que le corresponda por el ERTE con la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, teniendo en cuenta solo el tiempo en que no tiene reducida la jornada por el ERTE.

3. DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS

En el siguiente enlace a la página web de la Seguridad Social se encuentran los formularios actualizados que se mencionan en el presente texto, necesarios para la solicitud de la prestación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

¿Qué es el riesgo durante el embarazo?

Es la situación en la que se encuentra la trabajadora durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, cuando debiendo cambiar de puesto de trabajo, por influir éste negativamente en su salud o en la del feto, a otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte posible o no pueda exigirse por motivos justificados.

¿Qué trámites se deben de realizar?

La **trabajadora** deberá comunicar a la **Entidad gestora o Mutua Colaboradora con la Seguridad Social** la suspensión del contrato o actividad por riesgo durante el embarazo, acompañando:

- **Informe del médico** del **Servicio Público de Salud** que la asiste.
- **Declaración de la empresa o de la trabajadora por cuenta propia**, sobre los trabajos y actividades realizadas, condiciones del puesto de trabajo, categoría, riesgo específico...

Los **servicios médicos de la Entidad gestora o de la Mutua** emitirán **certificado médico** acreditando que las condiciones del puesto influyen negativamente en la salud de la trabajadora o del feto.

La **trabajadora presentará la solicitud**, según **modelo oficial**, a la que acompañará, además de los documentos indicados anteriormente:

- **Declaración de la empresa** sobre inexistencia de otro puesto compatible con el estado de la trabajadora.
- La **documentación necesaria** para acreditar la identidad y las circunstancias determinantes del derecho.

¿Dónde se tramitan?

La **solicitud y documentación** indicada puede presentarse en cualquiera de los **Centros de la Entidad Gestora (INSS o ISM) o de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social**.

El **Director Provincial** de la Entidad gestora (INSS o ISM) **de la provincia en que reside la interesada**, dictará y notificará la resolución a la interesada en el plazo de 30 días.

¿Cuándo se inicia la prestación?

Trabajadoras por cuenta ajena:

el derecho nace el mismo día en que se inicia la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.

Trabajadoras por cuenta propia:

el día siguiente a aquél en que se emite el certificado por los servicios médicos de la Entidad gestora o de la Mutua.

Fuente: seg-social.es