



Universidad de Valladolid

TRABAJO FIN DE GRADO

**PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y
MATERNIDAD**

ALUMNA.: M^a DE LAS MERCEDES ROLDÁN ESCRIBANO
TUTORA.: M^a PIEDAD LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ

JUNIO 2013



ÍNDICE

| | |
|--------------------------------|-----|
| I. JUSTIFICACIÓN..... | 1 |
| II. INTRODUCCIÓN | 2 |
| III. MARCO NORMATIVO | 5 |
| IV. MEDIDAS PREVENTIVAS | 37 |
| IV.1 EN EL EMBARAZO | 37 |
| IV.2 EN LA LACTANCIA | 76 |
| V. VISIÓN JURISPRUDENCIAL..... | 85 |
| VI. CONCLUSIONES | 101 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA | 103 |

I. JUSTIFICACIÓN

La Prevención de los riesgos laborales es una materia que en la actualidad está adquiriendo una creciente importancia debido a la necesidad de garantizar unas condiciones de seguridad y salud laboral óptimas.

Este deber de preservar la integridad física y psíquica de los trabajadores se hace aún más acuciante en el caso de colectivos con una especial sensibilidad frente a los riesgos laborales. Esta vulnerabilidad ha determinado que ya desde los orígenes del Derecho del Trabajo se adoptaran medidas específicas de protección para este grupo de trabajadores.

Dentro de este colectivo se encuentran las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia. Su adecuada protección es trascendental teniendo en cuenta los bienes jurídicos en ella implicados, ya que se trata no solo de preservar la salud y la integridad física de la mujer, sino también la de su hijo y todo esto con la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

El siguiente Trabajo Fin de Grado tiene como objeto el estudio de las medidas preventivas a adoptar en trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia. Se analizará en él también el marco normativo que las ampara y la visión jurisprudencial que se ha dado a estas normas.

En este Trabajo Fin de Grado se desarrollan el conjunto de competencias propias del título y en él se ponen en práctica los conocimientos adquiridos.

II. INTRODUCCIÓN

El desempeño de una actividad laboral¹ puede constituir un factor de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores y ser la causa de daños de diversa índole. Los riesgos presentes en el medio laboral afectan, en principio, de igual forma a todo tipo de trabajadores ya sean hombres o mujeres. Sin embargo, hay situaciones o circunstancias personales de diversa índole que pueden afectar a la persona del trabajador convirtiéndolo especialmente sensible a los riesgos derivados de su trabajo. Es el caso de la situación de maternidad, entendida en sentido amplio, comprendiendo los períodos de gestación, parto y lactancia, que afecta de forma exclusiva a la mujer provocándole una mayor vulnerabilidad frente a los distintos factores presentes en el lugar de trabajo pudiendo verse afectada su propia salud, el óptimo desarrollo del embarazo y la salud del recién nacido.

Por todo ello la protección de estas trabajadoras pertenecientes a un grupo especialmente sensible obliga a un tratamiento y a unos medios de prevención exclusivos que difieren de la genérica protección frente a los riesgos de la que son acreedores los trabajadores ordinarios.

La protección² de la maternidad tiene un doble destinatario: la del propio feto, en primer término, y la de la madre embarazada, aunque no hay inconveniente en entender que también se protege el derecho del padre a una descendencia sana.

Existe una evidencia de que las condiciones de trabajo pueden incidir³ en la problemática de la salud asociada al embarazo y al período postparto. Se han descrito riesgos específicos en el medio sanitario, en trabajos en la industria petroquímica, en actividades industriales como la del cuero, el calzado o tinción de textiles, en el sector de peluquerías, de empleadas del hogar o, en fin, de las trabajadoras agrícolas embarazadas o

¹**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Editorial Bomarzo, 2009, pág. 25.

²**DÍAZ MOLINER, R.:** *Guía práctica para la prevención de riesgos laborales*, Editorial Lex Nova, 1999, pág. 167.

³**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia*, Instituto Andaluz de Riesgos Laborales, 2012, págs. 11 y 12.

en situación de lactancia natural. Condiciones de trabajo como la bipedestación prolongada durante gran parte de la jornada laboral, el trabajo a turnos, jornadas de trabajo largas o los estados de estrés elevado se han descrito en la literatura como posibles riesgos para la trabajadora embarazada.

Para velar por su seguridad y salud en el trabajo el empresario realizará una evaluación de los riesgos⁴, que comprenderá la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar a la seguridad y la salud de las trabajadoras, al feto o a la lactancia⁵, lo que incluye cualquier aspecto del trabajo que tenga una incidencia sobre las personas y bienes protegidos. La regla general⁶ es la absoluta prohibición de que la trabajadora embarazada o que haya dado a luz recientemente pueda estar expuesta a agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que influyan negativamente en su salud o en la del feto.

La introducción en nuestro derecho interno de las normas relativas a la prevención de riesgos laborales en la maternidad tiene lugar con la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales⁷ (en adelante LPRL)⁸. Con esta Ley se produce la transposición de la Directiva 92/85/CE, incorporando la obligación empresarial de protección de colectivos de trabajadores especialmente sensibles (arts.25 y sigs. LPRL), y en particular frente a riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural (art.26 LPRL). Esta norma⁹ que si bien en su momento dio respuesta a la situación de inseguridad y carestía normativa sobre la materia, distaba mucho de ser precisa y acorde con aquélla Directiva al no prever la posibilidad de suspender el contrato a la

⁴**SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.:** *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Editorial Civitas. Tercera Edición, 2001, pág. 236.

⁵Véase artículo 26.1 LPRL.

⁶**FERNÁNDEZ MARCOS, L. (director):** “Marco jurídico de la prevención de riesgos laborales” dentro del libro *Guía práctica de prevención de riesgos laborales*, Ediciones Cinca, 2009, pág. 59.

⁷Esta Ley traspone a nuestro ordenamiento la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (llamada Directiva Marco).

⁸BOE núm. 269 10 de noviembre de 1995.

⁹**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.20.

trabajadora en situación de riesgo durante el embarazo ni durante la lactancia natural generando así una laguna normativa que la dejaba en una situación de desprotección y con el mandato comunitario abiertamente incumplido. La reforma legislativa llegó con la Ley 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar que culminó el proceso transpositivo en relación a la situación de embarazo estableciendo la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo con derecho a una prestación económica de Seguridad Social. Faltaba hacerse cargo aún de la situación de lactancia que se ha logrado con la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres cerrando y completando el círculo protector contenido en el mandato comunitario.

Se podría decir¹⁰ que el sistema de protección de la maternidad frente a los riesgos laborales ha sido regulado de forma coherente aunque tardía, respetando e, incluso mejorando en algunos aspectos el mandato comunitario.

¹⁰SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 23.

III. MARCO NORMATIVO

La legislación social¹¹ ha contenido, desde sus orígenes, normas destinadas a la protección de la mujer trabajadora en general. En ocasiones, estas normas, que teóricamente velaban por el entonces llamado “sexo débil”, se traducían en prohibiciones que, más que proteger a la mujer, la discriminaban, apartándola de una serie de puestos de trabajo.

La preocupación y el deseo de proteger la maternidad y conjuntamente la descendencia, se ha manifestado de forma continuada, desde épocas anteriores a la nuestra, a nivel internacional, comunitario y nacional¹². Esto ha dado lugar a que contemos con una amplia legislación tanto en el ámbito internacional como en el ámbito de la UE y España¹³.

La extensa labor normativa desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su creación en 1919 ha puesto de manifiesto una especial atención por la protección de la seguridad y la salud de la mujer trabajadora en general, y durante su situación de maternidad en particular.

En un primer momento se tomaron medidas meramente prohibitivas de determinados trabajos por razón de su condición de mujer al mismo tiempo que otras especialmente protectoras de la maternidad.

La normativa en la etapa inicial de la internacionalización del Derecho del Trabajo refleja esta realidad ya que se desarrollan numerosas normas prohibitivas del trabajo de la mujer en base a su condición femenina, al propio tiempo que nace una incipiente preocupación normativa por proteger la maternidad¹⁴.

¹¹ **MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.:** *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U, 2000, pág. 102.

¹² **DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención de riesgos laborales para la maternidad*, Junta de Castilla y León. Consejería de Economía y Empleo, 2009, pág. 3.

¹³ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 11.

¹⁴ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 29 y 30.

En 1919 la OIT aprobó su primer Convenio sobre la protección de la maternidad. Este sería el Convenio nº 3 relativo¹⁵ al trabajo de las mujeres antes y después del parto.

En el ámbito de la OIT en los años 50 se produce el paso de una normativa paternalista de protección de la mujer como sujeto débil a una normativa preventiva orientada a la protección de los riesgos ligados a determinadas situaciones biológicas (embarazo, maternidad y lactancia),¹⁶ únicas situaciones en las que considera justificado establecer prohibiciones y privilegios.

El fundamento¹⁷ de esta protección radica en el hecho de que el embrión o feto “es especialmente sensible a cualquier agresión externa a lo largo del primer trimestre del embarazo y en especial en la primera fase de morfogénesis hasta el primer mes y medio de gestación”

Se produce por lo tanto un cambio tanto en la regulación del trabajo femenino en general como en las normas relativas a la protección de la maternidad. Uno de los principales retos de la OIT a partir de entonces será el de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres protegiendo a las mujeres de las posibles discriminaciones por razón de su condición, de tal forma que la misma no constituya un obstáculo para el acceso de éstas al empleo¹⁸.

En este sentido aparecen nuevos instrumentos normativos adaptados a la nueva situación. El primero de ellos sería el Convenio nº 103 sobre la protección de la maternidad de 1952, que se orienta a garantizar el derecho a interrumpir el trabajo de la mujer en situación de maternidad o de lactancia de hijos.

La Recomendación nº 95, de 28 de junio de 1952 sobre protección de la maternidad interpretaría y desarrollaría el anterior Convenio. La misma tiene un capítulo, el V titulado “Protección de la salud de las mujeres durante

¹⁵Este Convenio es de fecha 29 de noviembre de 1919. Fue ratificado por España el 13 de julio de 1922 entrando en vigor el 4 de julio de 1923.

¹⁶ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 15.

¹⁷ **MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.:** *Curso de Seguridad...*, op.cit., pág. 102.

¹⁸ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 32.

el periodo de la maternidad”, y se orienta en concreto a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes, mediante medidas de carácter preventivo¹⁹. A pesar de su importancia, esta Recomendación nº 95 no es vinculante para los Estados miembros²⁰.

Tanto el Convenio nº 103 como la Recomendación nº 95 han sido revisados por la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra el 30 de mayo de 2000 en su 88ª reunión, en la cual se aprobó el Convenio nº 183 sobre protección de la maternidad el 15 de julio de 2000²¹.

El Convenio²² de la OIT nº111 permite en general las “medidas especiales de protección y asistencia” por razones de sexo, edad y otras, sin embargo la Directiva 76/207/CEE a nivel de la Unión Europea, concreta estas medidas protectoras de la mujer a los casos de embarazo y maternidad.

El artículo 2 de esta Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, establece el principio de igualdad de trato en el sentido de “ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (apartado 1º), matizando que la Directiva “no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad (apartado 3º)²³.

Al reservar esta Directiva a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere “al embarazo y la maternidad”, el apartado 3 del artículo 2

¹⁹Esta Recomendación nº 95 establece en su artículo 5 medidas referidas al tiempo de trabajo de mujeres embarazadas o lactantes (art.5.1), prohibiciones de ocupación en determinados trabajos o puestos de trabajo (art.5.2) y el derecho a cambio de puesto de trabajo sin reducción de salario (art.5.4).

²⁰**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 33.

²¹Este Convenio nº 183, en su artículo 3, contiene una previsión que compromete a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo potencialmente peligroso o lesivo para su salud o la de su hijo, ya porque dicha peligrosidad haya sido determinada por la autoridad competente, o porque derive de una evaluación en la que se haya evidenciado la existencia de riesgo significativo para ellas.

²²**MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.:** *Curso de Seguridad...*, op.cit., pág. 102.

²³**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 19.

reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de “la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste”²⁴.

La Recomendación nº191 sobre protección de la maternidad del año 2000 es una revisión²⁵ de la Recomendación nº 95 de 1952.

Cabe mencionar también el Convenio nº136 sobre protección contra los riesgos de intoxicación por el benceno de 23 de junio de 1971²⁶ que dispuso que las mujeres embarazadas y las madres lactantes no deberían ser contratadas en trabajos, que comportasen exposición al benceno o a productos que contengan benceno (art.11). También lo recoge de esta manera su Recomendación del mismo año.

Por otro lado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se reconocía “el derecho a una protección especial de la maternidad” (art.25.2)²⁷.

En el ámbito europeo es de destacar, principalmente, la Carta Social Europea de 1961 aprobada en el seno del Consejo de Europa, cuyos principios y derechos, influenciados por los recogidos en la normativa internacional, también han constituido un elemento referencial para la actuación comunitaria²⁸.

En el marco²⁹ de la Organización de las Naciones Unidas encontramos una referencia expresa a la protección de la trabajadora embarazada en el Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que estableció, de acuerdo con lo establecido previamente por la OIT, el deber de conceder especial

²⁴ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 19.

²⁵ **PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** “La protección reduccionista de la mujer en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: El embarazo como riesgo”, *Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, núm. 9, 2002, pág. 20.

²⁶ Se ratificó por España el 8 de mayo de 1973, entrando en vigor el 27 de julio de 1973.

²⁷ **DE LA GALA ANTOLÍN, E.V., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 3.

²⁸ En su artículo 8 se regula el derecho de las trabajadoras a una protección especial en el trabajo por razón de la maternidad, regulando el trabajo nocturno de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y prohibiendo a este mismo colectivo los trabajos subterráneos y aquellos otros que sean peligrosos, penosos e insalubres.

²⁹ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 34-36.

protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto mediante la concesión de licencias remuneradas o prestaciones adecuadas de la Seguridad Social (art.10.2). Posteriormente, es en la Convención de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (conocida como Pacto de Nueva York) donde encontramos referencias más detalladas a la protección de la seguridad y la salud de la mujer trabajadora. En ella se insta a los Estados Partes a tomar medidas adecuadas para la protección de la mujer en el embarazo.

La normativa comunitaria en materia preventiva toma un especial impulso a partir de la modificación en 1987 del Tratado Constitutivo de la CEE por el Acta Única Europea, al imponerse al Consejo la obligación de establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo con la finalidad de proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

Cabe destacar por su importancia la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo ,(en adelante DM), que fija un régimen jurídico común en materia de prevención de riesgos laborales para todos los sectores de actividad, a la vez que plantea entre otras, la obligación del empresario de evaluar los riesgos laborales, adaptar el trabajo a la persona (art.6.2 DM) y de proveer³⁰ de una protección específica a grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles (art.15 DM). Esta última previsión normativa de la DM encuentra su desarrollo a través de las Directivas llamadas específicas, previstas en el artículo 16 DM. Entra ellas se encuentra el grupo de las relativas a la seguridad y salud en determinados colectivos.

Este grupo de Directivas, entre otras, completan la disposición general relativa a la protección de grupos con riesgos específicos de la DM.

La décima³¹ Directiva específica es la 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992³² del Consejo sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada,

³⁰ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 16.

³¹ Esta Directiva está prevista en el apartado 1 del artículo 16DM.

³² DOCE núm. L 28, de noviembre de 1992.

que haya dado a luz o esté en período de lactancia³³. Esta norma³⁴ deriva de lo dispuesto en el artículo 15 de la DM, según el cual “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”. Esta protección³⁵ es considerada como prioritaria por la Comisión, como se desprende de su Programa de Acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, donde se fijó la adopción, entre otros objetivos, de una Directiva sobre protección en el trabajo de la mujer embarazada.

En cumplimiento de dicha propuesta normativa, la Directiva 92/85/CEE constituye el primer instrumento normativo que establece un sistema de protección integral y unitario de la maternidad, combinando medidas de tutela de la salud y seguridad laboral de la trabajadora junto a mecanismos de protección del empleo y de su capacidad económica durante dicha situación, ya que la búsqueda del objetivo de la prevención de los riesgos laborales no debe ser un obstáculo para la promoción de las mujeres en el mercado de trabajo³⁶. Por lo tanto³⁷ contempla la perspectiva preventiva, de tutela contractual y social.

Según podemos deducir del Preámbulo de esta Directiva, las trabajadoras embarazadas, parturientas o lactantes deben ser consideradas, por muchos motivos, un grupo especialmente sensible, debiéndose tomar medidas relativas a su salud y seguridad, pero sin que ello pueda desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo ni atentar contra las expectativas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres³⁸.

³³ **DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 4.

³⁴ La propuesta de esta Directiva fue presentada por la Comisión el 18 de septiembre de 1990. Sufriría una modificación el 8 de enero de 1991 para incorporar dentro del alcance protector de la norma a las trabajadoras “en período de lactancia”.

³⁵ **PÉREZ ALENCART, A.:** *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Editorial Tecnos S.A, 1993, pág.163.

³⁶ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.19.

³⁷ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 17.

³⁸ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 37.

La delimitación del ámbito de aplicación³⁹ viene establecida en el artículo 1, dónde se considera como objetivo principal de la Directiva el aplicar “medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o en período de lactancia”, las cuales tendrán esa consideración cuando cumplan con comunicar su situación al empresario, “bien directamente, bien mediante un médico o una autoridad médica con arreglo a las disposiciones legales o a las prácticas nacionales (art.2).

Se desprende del articulado de esta norma una búsqueda de proteger no sólo la seguridad y la salud, sino también el empleo de las trabajadoras.

Sin embargo la exigencia para las trabajadoras de comunicar su estado al empresario tal y como se desprende de la Directiva, supone una restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, pues la puesta en práctica de las medidas preventivas previstas parece hacerse depender de una mera formalidad, aparte de incurrir en responsabilidad en caso contrario.

La tutela⁴⁰ preventiva de estas trabajadoras es abordada en los artículos 3 a 7. La Directiva considera que existen determinadas actividades que pueden presentar un riesgo específico para la trabajadora embarazada y que deben evaluarse porque, de confirmarse la existencia de riesgo, han de establecerse mecanismos de protección (art. 4).

La Directiva introduce⁴¹ una serie de medidas preventivas, que debe llevar a cabo el empresario de manera obligatoria de acuerdo con lo dispuesto en su Sección Segunda. Para ello, distingue dos niveles de protección dependiendo de si la trabajadora está expuesta, por motivo de la actividad que realiza, a los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo listados, bien en el Anexo I o bien en el Anexo II, sección A. Este es un listado que a pesar de tener un carácter abierto representa un elemento de seguridad sobre los agentes, elementos y condiciones incluidos y una referencia mínima para una posible ampliación por los Estados Miembros.

³⁹ **PÉREZ ALENCART, A.:** *El Derecho comunitario europeo...*, op.cit., pág. 163.

⁴⁰ **NAVARRO NIETO, F. Y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 37.

⁴¹ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 39.

El primer nivel de protección se desencadena cuando la trabajadora embarazada o lactante pueda estar expuesta a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo listadas de manera no exhaustiva en el Anexo I. En este caso, la norma en su artículo 4 exige que el empresario cumpla con una serie de obligaciones con carácter previo: la evaluación de los posibles riesgos existentes en su puesto de trabajo y la comunicación del resultado de la misma y de todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo a la trabajadora. Para evaluar los posibles riesgos el empresario debe bien directamente o bien a través de los servicios de protección y prevención, determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras.

A partir de esta evaluación, el empresario dispondrá de suficientes elementos para determinar los riesgos que pueden repercutir negativamente en el embarazo o la lactancia de la trabajadora y disponer las medidas oportunas que se deban adoptar. Si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la salud de la trabajadora o alguna repercusión en el embarazo o la lactancia, la norma impone al empresario una serie de pautas dirigidas a evitar⁴² que la trabajadora continúe expuesta a dicho riesgo.

Respecto al segundo nivel de protección, el artículo 6 apartado 1, establece la prohibición de realizar cualquier actividad que, de acuerdo con la evaluación, suponga el riesgo de exposición a los agentes y condiciones de trabajo listados en su Anexo II, sección A, para el caso de trabajadoras embarazadas, y a los enumerados en el Anexo II, sección B para el caso de trabajadoras lactantes. Además, en este caso, no es necesario determinar la naturaleza, el grado o la duración de la exposición a tales agentes para que surja la obligación de adoptar las medidas oportunas por parte del empresario y de los servicios de prevención, como ocurre con los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo a que se refiere el Anexo I.

La Comunicación COM (2000) 466 final, de la Comisión de las Comunidades Europeas establece directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos

⁴² PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo...*, op.cit., pág. 163.

industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, como desarrollo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo⁴³.

Actualmente, existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008⁴⁴ por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE. Esta Directiva propuesta modifica determinados aspectos relacionados con la protección de la maternidad. En concreto, el artículo 8 (Permiso de maternidad), artículo 10 (Prohibición de despido), y artículo 11 (Derechos inherentes al contrato de trabajo) de la Directiva 92/85/CEE⁴⁵.

Haciendo referencia a la legislación nacional, la protección de la mujer es una constante histórica del Derecho del Trabajo⁴⁶. Nuestra primera ley laboral (la llamada Ley Benot, 1873), aunque era un texto legal dirigido a los niños de ambos sexos, puede ser considerada también como la primera iniciativa legislativa española sobre protección de la mujer trabajadora, pues reguló la jornada laboral y el trabajo nocturno hasta los diecisiete años, así como la asistencia a la escuela para todas las niñas hasta los catorce años.

En nuestro derecho interno, la regulación de medidas de naturaleza preventiva protectoras de la trabajadora en situación de maternidad es bastante tardía. Hasta la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) de 8 de noviembre de 1995 la normativa española se ha limitado, por un lado, a establecer garantías de orden laboral o de seguridad social en supuestos de maternidad o lactancia (suspensión del contrato o reducciones de jornada) y por otro lado, en el campo de la prevención de riesgos laborales se ha limitado a un tratamiento fragmentario, esencialmente de prohibición de la actividad laboral de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia en determinadas actividades⁴⁷.

⁴³ *Guía básica para la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia*, Generalitat Valenciana. Conselleria de Sanitat, 2006, pág. 25.

⁴⁴ COM (2008) 637 final.

⁴⁵ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.**: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 20.

⁴⁶ **VELASCO PORTERO, M.T.**: "Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y en periodo de lactancia", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención. Sección Tendencias*, núm. 68, 2010, pág.22.

⁴⁷ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.**: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 20.

Las primeras⁴⁸ normas laborales por tanto tenían un marcado acento proteccionista, en consonancia con la naciente normativa laboral internacional de la OIT.

Una de aquellas manifestaciones normativas paternalistas fue el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que fue aprobado el Reglamento de trabajos prohibidos a mujeres y a menores por peligrosos e insalubres, que recoge un listado de trabajos que podían suponer un riesgo tanto para su situación de maternidad como para su condición de mujer. También destaca la Orden de 22 de diciembre de 1959, que prohibió el trabajo femenino en cualquier actividad que supusiera un riesgo de exposición a radiaciones ionizantes y la Resolución de 1 de marzo de 1960 que prohibió el trabajo con benzol a las mujeres embarazadas o lactantes.

Los precedentes internacionales (Convenio OIT nº 111) y comunitarios (Directiva 76/207/CEE), unidos a la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y, sobre todo, a la aprobación de la Constitución española de 1978 introducen un nuevo enfoque del trabajo femenino basado en la prohibición de toda discriminación por razón de sexo a partir del reconocimiento del principio de igualdad para todos los ciudadanos.

A pesar de lo anterior aún habrá que esperar casi veinte años para que una ley, la LPRL, intentara alcanzar dicho objetivo que, por otra parte, no logró cumplir en su totalidad.

Hasta la aprobación de dicha norma legal, en 1995, la normativa postconstitucional centró su atención en el establecimiento de medidas estrictamente laborales y de Seguridad Social (suspensión del contrato o reducciones de jornada⁴⁹) encaminadas a la protección de la maternidad propiamente dicha (parto) y la lactancia.

Por lo que respecta a la protección de la salud laboral, la regulación era dispersa y deficiente. La normativa vigente se reducía, por un lado, a un conjunto de normas sobre riesgos específicos que prohibían a la trabajadora desarrollar determinados trabajos al quedar expuesta a sustancias

⁴⁸ SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.45-49.

⁴⁹ NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 37.

consideradas nocivas o peligrosas para el embarazo y la lactancia: es el caso del benceno, el plomo metálico o las radiaciones ionizantes. Y, de otro lado, a lo dispuesto en el artículo 21.1 c) de la Ley General de Sanidad de 14 de abril de 1986, que establecía la obligación de vigilar las condiciones de trabajo y ambientales que pudieran resultar nocivas o insalubres durante dichos periodos de la mujer trabajadora; así como la posibilidad de “acomodar” su actividad laboral, si fuese necesario, a un trabajo compatible.

La LPRL vino a dar respuesta a esa necesidad legislativa, no sólo en relación a la protección de la maternidad sino también a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en general.

El legislador⁵⁰ parte de la consideración de que la educación y el cuidado de los hijos debe ser una tarea compartida (la llamada corresponsabilidad), así como de la idea de que la protección de la mujer y de la infancia no debe ser una carga para el empresario, por lo que el Estado tiene que establecer medidas que compensen las obligaciones asumidas por el empresario. Con ello se pretende evitar que éste considere que la contratación de mujeres le va a suponer obligaciones adicionales con respecto a la contratación de varones, lo que supondría una dificultad para el acceso de la población femenina al mercado laboral.

Por otra parte, la ley también se aleja de las disposiciones genéricas de realizar determinados trabajos, porque la generalización supone limitar la libre elección de profesión u oficio por parte de las mujeres, independientemente de su forma física o de su estado biológico. En este sentido, podemos decir que la legislación en materia de prevención adopta una perspectiva de género, es decir, que tiene en cuenta que mujeres y hombres tienen unas diferencias biológicas y otras sociales, motivadas por el distinto rol que la sociedad les otorga a unos y otros. La perspectiva de género tiene en cuenta estos dos aspectos, intentando evitar los efectos discriminatorios de ambos para garantizar la igualdad de oportunidades.

⁵⁰VELASCO PORTERO, M.T.: “Prevención de riesgos laborales” ..., op.cit., pág. 22.

La LPRL⁵¹ derogó⁵² la lista de trabajos prohibidos a las mujeres vigente con anterioridad. También derogaría la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 que constituía la norma básica del sistema de seguridad y salud en el trabajo hasta ese momento.

Antes⁵³ de esta LPRL ya se consideraba discriminatorio el despido de una trabajadora por causas relacionadas con el embarazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española de 1978, si bien era necesaria una regulación en una norma específica para dotarle de mayor eficacia.

En la Constitución⁵⁴ varios artículos hacen referencia a la protección de la salud y a la integridad física de las personas. Concretamente, el artículo 15, recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, el artículo 43 el derecho constitucional a la protección de la salud y el artículo 40.2, indica que los poderes públicos deben velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Por lo tanto la LPRL afronta el cumplimiento de este mandato constitucional dirigido a los poderes públicos.

El enfoque⁵⁵ de la LPRL toma como referencia dos pilares de la normativa comunitaria. Por un lado, el principio de adaptación del trabajo a la persona (art.15.1 LPRL en relación con el art. 6.2 DM) y la obligación empresarial de protección específica de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles (arts.25 y sigs. LPRL en conexión con el art.15 DM). La LPRL transpone en gran parte casi literalmente la DM.

Al mismo tiempo añade disposiciones de otras Directivas que por modificaciones que introducen en las condiciones de trabajo de determinados grupos de trabajadores aconsejan o exigen su transposición en una norma de rango legal. Es el caso de la Directiva 92/85/CE, incorporando la LPRL la

⁵¹ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 50.

⁵² Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a las mujeres y los menores, que la Ley expresamente deroga (Disp. Derogatoria única).

⁵³ **PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** "La protección reduccionista de la mujer" ..., op.cit., pág. 19.

⁵⁴ **DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 5.

⁵⁵ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.37.

obligación empresarial de protección de colectivos de trabajadores especialmente sensibles⁵⁶ (arts.25⁵⁷ y sigs.), y en particular frente a riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural (art.26).

La LPRL protege⁵⁸ por un lado la función de procreación (art.25.2) lo que incluye a los hombres y a las mujeres en edad fértil y protege como se ha señalado antes, la maternidad (art.26 y 4) lo que incluye a la trabajadora embarazada, que ha dado a luz recientemente o en período de lactancia.

Es en⁵⁹ concreto en este artículo 26 LPRL dónde queda principalmente incorporada la Directiva 92/85/CEE. Este artículo bajo la rúbrica “protección de la maternidad” establece un conjunto de medidas preventivas que debe afrontar el empresario, dirigidas a la protección de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada o en período de lactancia y que viene a dar respuesta, en gran parte, a la situación de inseguridad y carestía normativa existente en relación a esta materia. Este artículo protege el hecho biológico⁶⁰ del embarazo, la salud de la mujer en su condición de embarazada, en cuánto que ese hecho biológico implica una mayor vulnerabilidad frente a accidentes o enfermedades en el trabajo, y a su vez, el feto en su desarrollo intrauterino. Por otra parte, este artículo protege también la salud de la hija o el hijo recién nacido y de la madre durante el período de lactancia en las condiciones de trabajo que pueden afectarles (art. 26.4).

Más concretamente, puede decirse que el art.26 de la LPRL impone a la empresa la obligación de velar por la salud de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente frente a los riesgos derivados de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que tengan una influencia negativa para su salud o para el feto e hijo o hija lactante en cualquier tipo de actividad susceptible de presentar riesgos para ese hecho biológico. Es, de

⁵⁶El establecimiento de obligaciones particulares a cargo del empresario para tutelar la seguridad y salud laborales de estos colectivos especiales de riesgos no es más que la consecuencia de un principio preventivo recogido con carácter general: el principio ergonómico, según el cual debe adaptarse “el trabajo a la persona” (art.15.1.d) de la LPRL).

⁵⁷Este artículo al igual que el 26 se encuentra dentro del Capítulo III. Derechos y obligaciones.

⁵⁸*Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2012, pág. 11.

⁵⁹**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 52.

⁶⁰**PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** “La protección reduccionista de la mujer” ..., op.cit., pág. 18.

este modo, una protección de carácter integral, es decir, una protección de la salud no sólo de carácter físico sino también psíquica y social.

Sin embargo⁶¹ a pesar de la aparente generalidad de su título “protección de la maternidad” este artículo no abarca todos los estadios de dicha situación, es decir, embarazo, parto o puerperio y lactancia, como hace la Directiva 92/85/CEE. El artículo 26 de la LPRL que iría en concordancia con el artículo 5 de la norma comunitaria, ampara sólo las situaciones de embarazo y lactancia a efectos de dispensarles medidas de estricto carácter jurídico preventivo, mientras que la protección por parto queda regulada a través del permiso de maternidad, fuera de la norma preventiva, por la norma estatutaria. La ley General de la Seguridad Social también se encarga de parte de la regulación, limitándose la LPRL a contemplar el plano de la tutela preventiva.

Otro de los defectos de los cuales adolece y adolece el art.26 LPRL frente a la regulación detallada de la Directiva 92/85/CEE, es la imprecisión y vaguedad con que traspuso algunos de sus aspectos técnicos.

Con referencia al ámbito subjetivo de aplicación, la disposición nacional no concreta qué se entiende por trabajadora embarazada o en período de lactancia⁶².

Tampoco incorporó, en su momento, los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan suponer un riesgo para la salud de la trabajadora y/o el feto a fin de su evaluación por el empresario, al no haber traspuesto⁶³ los Anexos I y II sobre agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que contempla la Directiva.

Del mismo modo, el legislador nacional no recogió de forma expresa la obligación del empresario de informar o comunicar a la trabajadora embarazada o lactante los resultados de la evaluación específica de su puesto de trabajo de acuerdo con el art. 4.2 de la norma comunitaria.

⁶¹ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.52.

⁶² **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 37.

⁶³ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., pág. 124.

Los apartados dedicados a regular las medidas preventivas a adoptar por el empresario adolecen de grandes imprecisiones respecto a lo previsto en la disposición comunitaria, presentando, de nuevo, mayor concreción el precepto a transponer.

La mayor disonancia entre la norma española y la comunitaria se encontraba sin embargo, en la no transposición de la previsión contenida en el artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CEE sobre la posibilidad de dispensar de trabajo a la trabajadora embarazada o lactante durante el periodo necesario para la protección de su salud y su seguridad o la de su hijo si el cambio de puesto no es posible y sigue existiendo riesgo.

Al no cubrirse en la LPRL la contingencia derivada de la imposibilidad de movilidad de la trabajadora a un puesto compatible con su estado, se daba lugar a que tanto el empresario como la trabajadora soportasen las consecuencias de esta “laguna normativa”. Se propusieron diversas alternativas aunque ninguna de ellas completamente satisfactoria. Una de ellas era aplicar la teoría de los riesgos contenida en el artículo 30 ET y otra la aplicación del supuesto de suspensión de actividad por riesgo grave e inminente recogido en los artículos 21 y 44 LPRL. Estas propuestas tenían el inconveniente de que podían implicar una dificultad añadida al acceso al empleo de las mujeres en edad fértil, al aumentar el coste de su contratación generando, de esta forma, unos efectos contrarios a los perseguidos por la norma (efecto boomerang).

Se intentó por lo tanto buscar otras opciones que conjugasen los intereses de ambas partes, trabajadora y empresario. Ello significaba optar por la segunda de las alternativas previstas en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, es decir, trasladar el coste de la dispensa al Estado. Como consecuencia de esto la protección de la trabajadora embarazada que no podía ser trasladada a un puesto compatible empezó a hacerse efectiva a través de la figura de la prestación de incapacidad temporal. Se trataba de asimilar así la situación de la trabajadora gestante a un supuesto de suspensión del contrato por incapacidad temporal basándose en la imposibilidad para trabajar existente encuadrándose en el artículo 128.1 a)

LGSS a efectos de su derecho a la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

Esta solución de asemejar la prestación por una situación de riesgo durante el embarazo a la derivada de una incapacidad temporal tenía como uno de sus mayores inconvenientes que al considerarse una incapacidad temporal derivada de contingencias comunes no corría a cargo exclusivamente de la Seguridad Social sino que, por el contrario, el empresario era responsable directo de la prestación hasta el decimoquinto día de baja por lo que seguía trasladándosele parte del coste económico de la dispensa del trabajo.

Por su parte la solución de reconducir el riesgo durante la lactancia natural a una situación de incapacidad temporal era aún más forzada⁶⁴.

Haciendo referencia al Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, éste en su artículo 37.3.g) señala que: “El personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas.

Con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras (en adelante LCVFL)⁶⁵ llega una importante reforma. Esta Ley tuvo como principal objetivo armonizar las responsabilidades familiares con la actividad laboral de ambos miembros de la pareja.

Esta Ley incluyó en su contenido la corrección de los desajustes que presentaba la situación normativa anterior, incorporando las directrices marcadas por la normativa comunitaria en materia de salud laboral y seguridad en el trabajo, aunque sólo respecto de la trabajadora embarazada. Con este propósito se introdujo una reforma multidisciplinar, para dar

⁶⁴ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 53-57.

⁶⁵ Artículo 6 “Suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo”

cobertura a las previsiones que establece la Directiva 92/85/CEE, afectando a varios textos legales.

Se añade por medio de la LCVFL un cuarto nivel protector⁶⁶ para el riesgo durante el embarazo. Para ello se da una nueva redacción al artículo 26 de la LPRL en el cual se especifica que la mujer trabajadora tiene derecho a un período de suspensión⁶⁷ de su contrato de trabajo por riesgo biológico durante el embarazo cuando no sea objetivamente posible adoptar la última medida modificativa referida⁶⁸ (artículo 26.4 de la LPRL). Esta dispensa de trabajo se otorgará durante el tiempo necesario para la protección de la seguridad y salud laboral de la trabajadora.

Como resultado de lo anterior se modificó el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores⁶⁹ (en adelante ET) a fin de introducir un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo con causa en el riesgo durante el embarazo, y añadiendo otro apartado, el 5, al artículo 48 del ET para delimitar la nueva situación suspensiva. En este apartado⁷⁰ se establece que la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

La situación de suspensión no extingue el contrato pero sí excluye la realización de sus dos prestaciones básicas, la actividad laboral y el salario (artículo 45.2 del ET), por lo que es necesario arbitrar un mecanismo alternativo para garantizar la percepción de rentas por parte de la mujer durante este período. Este desplazamiento del coste de la percepción hacia el sistema público responde al objetivo de tutelar la salud de la mujer trabajadora, y del feto, sin perjudicar, al mismo tiempo, sus posibilidades de empleo, menores como consecuencia de los mayores costes que pueden

⁶⁶Contemplado en la normativa comunitaria en el art.11 de la DM.

⁶⁷Recogido por el artículo 5 de la Directiva 92/85.

⁶⁸**MOLINA NAVARRETE, C.:** "La protección de colectivos especiales de trabajadores" dentro del libro *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, Lex Nova. Primera Edición, 2001, pág. 403.

⁶⁹Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo. Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁰*Reproducción, embarazo y lactancia*, UGT, 2001, pág. 52.

derivarse de su contratación, como, por ejemplo, los derivados de la prevención en estas situaciones⁷¹.

Complementando a estas previsiones la LCVFL en cumplimiento del artículo 11.3 de la Directiva 92/85/CEE, optó por crear una nueva prestación económica a dispensar por el Sistema de Seguridad Social. Para ello se introdujo un nuevo capítulo, el IV ter, en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social⁷². En su artículo 38 crea la nueva prestación de riesgo durante el embarazo, con la finalidad de proteger la salud de la trabajadora embarazada, siendo en concreto los artículos 134 y 135 los que regulan esta prestación.

La prestación⁷³ por riesgo durante el embarazo se concede cuando existe un riesgo específico, reconocido en su puesto de trabajo, y no es técnica ni objetivamente posible un cambio del mismo, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

No se protegerán los riesgos o patologías que puedan incidir negativamente en la salud de la trabajadora o el feto cuando no estén relacionadas con el trabajo.

Son beneficiarias de esta prestación económica por riesgo biológico durante el embarazo las trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el campo de aplicación del RGSS y Regímenes Especiales, así como las socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadoras de las sociedades laborales, con independencia del Régimen de la Seguridad Social en el que estén en alta⁷⁴.

La duración del subsidio no se vincula a ningún tiempo determinado, como sí sucede con la incapacidad temporal o el permiso de maternidad, sino que se prolongará durante el tiempo que dure el riesgo para la salud de la

⁷¹**MOLINA NAVARRETE, C.:** "La protección de colectivos"..., op.cit., pág. 404.

⁷²Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷³**BLÁZQUEZ LUDEÑA, R., CAÑAS MONTALBÁN, A. y GARCÍA MAYORA, P.:** "Embarazo y actividad laboral", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Especial Directivos*, núm.22, 2005, pág. 44.

⁷⁴Disposición adicional primera de la Ley 39/1999.

trabajadora embarazada o del feto, sin contemplar expresamente como exigía la norma comunitaria, el periodo de lactancia⁷⁵.

A parte⁷⁶ de estas novedades introducidas en materia de salud laboral durante el embarazo, se crearon mediante esta ley una serie de instrumentos de refuerzo que tenían como finalidad la protección de la estabilidad en el empleo de la trabajadora embarazada y favorecer la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, haciendo compatible la maternidad con su desarrollo profesional.

Con este fin señalado en el párrafo anterior el artículo 7 LCVFL declara expresamente, en aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, la nulidad del despido que traiga su causa en el embarazo o en la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Para ello modifica los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral⁷⁷ (a partir de ahora LPL) y los artículos 53.4 y 5 del ET. En el artículo 53.4 del ET se establece⁷⁸ que la decisión extintiva del contrato de trabajo será nula en el caso de las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y riesgo durante el embarazo. Así mismo será nulo el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha de comienzo del periodo de suspensión del contrato por maternidad o riesgo durante el embarazo, a no ser que la empresa acredite, de forma objetiva y razonable, es decir, de forma que se elimine cualquier sospecha o presunción de conducta discriminatoria, que el despido no tuvo su causa en ese estado.

Se observa⁷⁹ que esta modificación establece esa prohibición de despido desde la fecha de inicio del embarazo y no desde la comunicación del mismo a la empresa. Así, también puede considerarse nulo el despido si se acredita que la empresa conoció ese estado antes de su comunicación por la

⁷⁵ **MOLINA NAVARRETE, C.:** "La protección de colectivos"..., op.cit., pág. 404.

⁷⁶ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 53-57.

⁷⁷ Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁷⁸ *Reproducción, embarazo...*, op. cit., pág. 53.

⁷⁹ **PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** "La protección reduccionista de la mujer"..., op.cit., págs. 18 y 19.

trabajadora y procedió al despido por esta causa, y cuando a pesar de no haber sido comunicado resulte evidente ese estado.

La LCVFL introduce también en su artículo 7 la no consideración como faltas de asistencia al trabajo de las ausencias debidas a riesgo durante el embarazo a efectos de la extinción del contrato por causas objetivas, modificando para ello la letra d) del artículo 52 del ET.

Asimismo, la LCVFL en su artículo 18, introduce bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social para el caso de los trabajadores desempleados contratados interinamente en sustitución de una trabajadora durante la situación de suspensión de su contrato originado por el riesgo durante el embarazo, reformando a tal efecto el artículo 1 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con las personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

Esta LCVFL a pesar de haber introducido innovaciones importantes en relación a la tutela de la salud de la trabajadora embarazada, dando cumplimiento esencial a lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, aún deja flecos importantes por incorporar a nuestro ordenamiento.⁸⁰ Era uno de estos por ejemplo la no incorporación del listado de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo contenido en los Anexos I y II. Otra laguna normativa importante era el no reconocimiento de la dispensa del trabajo en caso de riesgo durante la lactancia natural.

En relación con el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas señaladas en el artículo 42 de la LPRL que pueden recaer en caso de tal incumplimiento, cabe destacar el artículo 13, apartado 1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), que tipifica⁸¹ como infracción muy grave

⁸⁰A pesar de lo apuntado en su Exposición de Motivos.

⁸¹En su artículo 13.

“No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia”.

Cabe mencionar asimismo y como complemento a la LCVFL el RD 1251/2001, de 16 de noviembre⁸², por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIMH) tuvo como objetivo⁸³ principal combatir todas las manifestaciones aún existentes de discriminación por razón de sexo y promover la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos normativos, en aplicación del principio de transversalidad. Este principio de la LOIMH también ha tenido su reflejo en la prevención de riesgos derivados del trabajo.

Del mismo modo la nueva normativa avanza en la consideración de la maternidad como creadora de auténticos derechos, prohibiendo la discriminación por razón de maternidad o por el ejercicio de los derechos de conciliación. De igual manera introduce un amplio y extenso conjunto de medidas dirigidas a la protección de la maternidad.

Esta Ley da lugar⁸⁴ a que la protección normativa de la maternidad en el ámbito laboral esté sustentada sobre tres principales ejes de actuación: la protección de la salud de la mujer y del hijo con la suspensión del contrato por maternidad biológica durante las seis primeras semanas y por riesgo durante el embarazo y durante el periodo de lactancia; el cuidado del hijo durante los primeros meses de vida con la suspensión del contrato por maternidad durante diez semanas y la corresponsabilidad del padre en el reparto de las cargas familiares derivadas del nacimiento del hijo con la suspensión del contrato por paternidad.

Entre los factores que más negativamente influyen en el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres al empleo y en el

⁸²BOE núm.276 de 17 de noviembre.

⁸³**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 64.

⁸⁴**ESCUDERO PRIETO, A.:** “La protección de la maternidad en el ámbito laboral introducida por la LOIMH”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 7, 2008, págs. 508-511.

desempeño de la relación laboral, se encuentra la maternidad y el desigual reparto social de las responsabilidades entre mujeres y hombres en el cuidado de los hijos existente en la actualidad. Por tanto la íntima relación existente entre la igualdad de género y la maternidad en el ámbito laboral ha provocado que la protección de la maternidad adquiera una gran importancia y se constituya en un valor social primordial. La exposición de motivos de la LOIMH reconoce y asume que no se puede abordar la maternidad y la igualdad por razón de sexo en el ámbito laboral si no se emplean instrumentos de distinto tipo que van más allá del estricto ámbito de la relación laboral. Por lo tanto en su exposición de motivos esta Ley expresa que el logro de la igualdad efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo el compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en el ámbito de las relaciones entre particulares.

En la protección de la maternidad, la LOIMH ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al periodo de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y que ha supuesto la introducción de modificaciones en: ET, LPRL, LPL y en la normativa de Seguridad Social(TRLGSS).

La LOIMH, en materia⁸⁵ de prevención de riesgos laborales, modifica la LPRL en lo relativo a las políticas públicas dirigidas a conseguir los objetivos de igualdad, detectando las posibles situaciones que pudieran derivar en daños laborales y que están relacionadas con el género. A tal fin, se introduce un nuevo apartado, el cuarto, al art. 5 LPRL (Disp.Adic.12ª de la LOIMH). A través de ésta, se insta a las Administraciones Públicas a que promuevan la igualdad entre ambos sexos en todo lo relacionado con los sistemas de recogida y tratamiento de datos, así como en la investigación y

⁸⁵SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 64.

estudios en materia preventiva, de forma que se puedan detectar y prevenir todos aquellos riesgos o daños derivados del trabajo. Con ello se facilita la recogida de información sobre los riesgos y daños laborales vinculados con el género, que después incidirán en las actuaciones y medidas a tomar por las empresas, reflejándose, en su caso, en los planes de igualdad y en los planes de prevención.

Con respecto⁸⁶ al Plan de Igualdad de Oportunidades, hay que tener en cuenta que la LOIMH ha establecido que tienen la obligación de realizarlo las empresas de más de 250 trabajadores y las de menos si concurren determinadas circunstancias. En su contenido debe estar lo relativo a la prevención de riesgos laborales femeninos.

La introducción⁸⁷ del riesgo durante la lactancia como causa de suspensión del contrato responde a la exigencia de la Directiva 92/85/CEE que prevé la dispensa de prestación laboral de la mujer trabajadora también en este caso y que era uno de los principales puntos de esta Directiva que no habían sido traspuestos aún a nuestro ordenamiento interno. Por tanto la LOIMH regula como una nueva prestación de Seguridad Social la situación de riesgo durante la lactancia natural de menores de nueve meses. No se ha fijado⁸⁸ en la LPRL el ámbito temporal de la protección de esta situación, lo que ha hecho que, por analogía con el artículo 37.4 del ET, que fija el permiso de lactancia durante nueve meses, se extienda a esa duración la protección.

Con esta prestación por riesgo durante la lactancia natural, se cubre el déficit protector existente para esta contingencia a la que configura en los mismos términos protectores que los establecidos, con carácter general, para la situación de riesgo durante el embarazo. Con este fin se da una nueva redacción al artículo 26 LPRL⁸⁹ en orden a modificar la prestación de riesgo durante el embarazo y a establecer la nueva situación protegida relativa al

⁸⁶VELASCO PORTERO, M.T.: "Prevención de riesgos laborales"..., op. cit., pág. 22.

⁸⁷ESCUDERO PRIETO, A.: "La protección de la maternidad"..., op.cit., pág. 525.

⁸⁸SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch "Colección Laboral", 2000, págs. 123 y 124.

⁸⁹SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.65.

riesgo durante la lactancia natural. Incrementa⁹⁰ a su vez el subsidio para las dos situaciones al 100% de la base reguladora de la Incapacidad Temporal por contingencias profesionales y elimina el periodo de carencia exigido para el acceso a la prestación, al considerar ambas situaciones contingencias profesionales.

Esta modificación de la prestación de riesgo durante el embarazo que afecta a la naturaleza de esta prestación se produce debido a que no sólo ha considerado como contingencia de naturaleza profesional⁹¹ este riesgo durante el embarazo sino que también ha elevado la cuantía del subsidio igualándolo al de maternidad biológica. Esta medida permite corregir el desajuste existente entre la regulación del riesgo durante el embarazo por el artículo 26 de la LPRL, como riesgo profesional, y la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, que la ordenaba dentro de los riesgos derivados de contingencias comunes. La transformación de su naturaleza, pues, supone la reformulación de distintos aspectos que rodean la ordenación de la prestación. De igual modo ha equiparado los efectos jurídicos de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural a la situación de riesgo durante el embarazo. Esto⁹² último se realiza mediante una nueva redacción del apartado 4 del artículo 26 LPRL y del artículo 48.5 LET.

Se realiza además una modificación en la LET para ampliar la tutela frente al despido en casos de suspensión por riesgo durante la lactancia (art.53.4 y 55 LET).

Esta Ley⁹³ establece también el derecho al disfrute de vacaciones en fecha distinta a cuando se produzca el riesgo durante la lactancia natural, cuando coincida con el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa.

⁹⁰DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.: *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 8.

⁹¹Artículo 135 LGSS.

⁹²NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 38.

⁹³DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.: *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 8.

Posteriormente, el Real⁹⁴ Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, da respuesta al necesario desarrollo reglamentario que las novedades introducidas por la LOIMH demandaban, no sólo por la intensidad de las mismas, al modificar el régimen jurídico de la prestación por riesgo durante el embarazo, sino también por la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social que conllevan, al introducir la prestación del riesgo durante la lactancia natural⁹⁵. El presente Real Decreto⁹⁶ deroga el Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo y regula e integra todas las modificaciones y novedades normativas derivadas de la Ley de Igualdad.

Este Real Decreto aborda entre otras cuestiones y en relación con las situaciones protegidas de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el concepto de situación protegida, beneficiarias y procedimiento para el reconocimiento del derecho⁹⁷ así como la fijación de las normas para determinar la entidad, gestora o colaboradora, que debe asumir la cobertura de la prestación, regulando las especialidades necesarias en relación con los colectivos que carecen de protección específica por contingencias profesionales.

La LOIMH⁹⁸ define la situación protegida a efectos de obtener la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, considerándose como tal el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, esto no resulte posible o no pueda exigirse, o en caso de las trabajadoras por cuenta propia, el periodo de interrupción de la actividad desempeñada durante la lactancia natural, por su incidencia

⁹⁴Ministerio de Trabajo e Inmigración, BOE 21.3.2009.

⁹⁵Artículos 135 bis y ter LGSS.

⁹⁶**DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 8.

⁹⁷Términos regulados en los Capítulos IV y V.

⁹⁸**DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op cit., pág. 9.

negativa en la salud de la madre o en la del hijo. El régimen jurídico de esta prestación por riesgo durante la lactancia natural se afronta, en el Real Decreto, en paralelo con el previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, se realiza en las mismas condiciones que este.

A su vez el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con 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 periodo de lactancia, desarrollando el listado de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo generadores de riesgo⁹⁹.

Se decidió¹⁰⁰ modificar concretamente el Reglamento de los Servicios de Prevención, por considerarla la norma más idónea para ello, ya que contiene las disposiciones de carácter general relativas a la evaluación de riesgos en el trabajo.

Mediante este Real Decreto se modifica¹⁰¹ el artículo 4.1.b del Reglamento de los Servicios de Prevención incluyendo un nuevo párrafo relativo a la evaluación de los riesgos respecto a las trabajadoras embarazadas o madres en periodo de lactancia e incorporando el contenido de los anexos I y II de la Directiva a través de los nuevos anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención.

De este modo, el anexo VII incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño o niña durante el periodo de lactancia natural¹⁰², en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, mientras que el nuevo anexo VIII se encuentra dividido en dos

⁹⁹ Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE.

¹⁰⁰ **DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.:** *Guía de prevención...*, op cit., pág. 6.

¹⁰¹ Véase "Apéndice 1: La maternidad y su regulación en materia de prevención de riesgos laborales", *Directrices para la evaluación...*, op.cit., pág. 124.

¹⁰² **FERNÁNDEZ MARCOS, L. (director):** *Guía práctica de Prevención...*, op.cit., pág. 60.

partes. La parte A incluye una lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales el empresario, una vez que conozca el estado de embarazo, deberá impedir a la trabajadora embarazada realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de exposición a los mismos, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del feto. Por otra parte, la trabajadora en periodo de lactancia no podrá, en ningún caso, realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la parte B del mismo anexo, cuando se ponga en peligro su seguridad o su salud o la del niño o niña durante el periodo de lactancia natural.

La anterior¹⁰³ reforma normativa, no reduce el nivel de protección ya establecido en nuestro país respecto a las trabajadoras embarazadas y madres en periodo de lactancia, sino que pretende facilitar la realización de la evaluación de riesgos, sin que ello suponga una regresión respecto a las cotas de seguridad ya alcanzadas, ya que las dos listas incorporadas mantienen el carácter no exhaustivo que predica la Directiva.

Por último una reforma normativa completa la evolución jurídica del tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la maternidad. Se trata del RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que han incorporado las ausencias por riesgo durante la lactancia natural como ausencias no computables a efectos de la valoración del absentismo en la empresa como causa de extinción del contrato por causas objetivas, ex art.52 d) LET, que hasta ese momento había incluido únicamente las ausencias por riesgo durante el embarazo.

Una vez revisada¹⁰⁴ la regulación general existente en la materia, a continuación se hace referencia a la normativa específica de desarrollo de la

¹⁰³ DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. y TOQUERO LOZANO, H.: *Guía de prevención...*, op. cit., pág. 6.

¹⁰⁴ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., págs. 124 y 125.

misma que en su articulado haga referencia explícita a la protección de la maternidad.

En relación con la normativa existente en función de la exposición de las trabajadoras embarazadas a determinados riesgos laborales destaca en primer lugar el Real Decreto 664/1997 de 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo y el Real Decreto 1311/2005 sobre la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas, que en sus artículos 4.3.f y 4.4.c, respectivamente, disponen que el empresario al realizar la evaluación de riesgos deberá prestar especial atención a los efectos o riesgos adicionales para aquellos trabajadores especialmente sensibles expuestos al riesgo, incluidas las trabajadoras embarazadas.

La radiación¹⁰⁵ de los equipos con pantallas de visualización, a excepción de la parte visible del espectro electromagnético se debe reducir a niveles insignificantes desde el punto de vista de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, como establece el Real Decreto 488/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con pantallas de visualización.

Por su parte¹⁰⁶ el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas (modificado por Real Decreto 1802/2008, de 3 de noviembre, pasando a nombrarse Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas), en el anexo III contiene las frases R 61, 63 y 64 que indican riesgos o posibles riesgos durante el embarazo de efectos adversos para el feto así como para los lactantes. Del mismo modo, también hay que citar el Reglamento (CE) nº1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de

¹⁰⁵ **AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.:** *Factbook. Prevención de riesgos laborales*, Aranzadi & Thomson, 2000, pág.281.

¹⁰⁶ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., pág.125.

sustancias y mezclas, por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) nº1907/2006 que en sus frases H también tiene indicaciones sobre tales riesgos.

El Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) establece¹⁰⁷ que puede resultar necesario identificar diferentes DNEL¹⁰⁸ para cada sector pertinente de la población (...) y, posiblemente, para determinados subsectores vulnerables (por ejemplo, niños y mujeres embarazadas).

Respecto al Real Decreto 783/2001¹⁰⁹, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (RPSRI) se puede destacar que regula en su artículo 10 la protección durante el embarazo y la lactancia. En su artículo 12.2.B. declara¹¹⁰ que no se autorizará la participación en exposiciones especialmente autorizadas a las mujeres embarazadas y aquellas que en periodo de lactancia puedan sufrir una contaminación corporal.

El Real Decreto¹¹¹ 1085/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de diagnóstico médico, establece en su artículo 19 la obligatoriedad de implantar en todas las instalaciones de rayos X de diagnóstico médico un “Programa de Protección Radiológica” que considera específicamente las situaciones de las mujeres embarazadas entre otras.

Por otro lado cabría destacar el Real Decreto 815/2001, de 13 de julio, sobre justificación del uso de las radiaciones ionizantes para la protección radiológica de las personas con ocasión de exposiciones médicas, que en su artículo 8 “Protección radiológica de las personas que ayuden

¹⁰⁷ En el Anexo I. Disposiciones Generales para la evaluación de las sustancias y la elaboración de los informes sobre la seguridad química. Punto 1.4.Etapa 4. Identificación de los niveles sin efectos obtenidos (DNEL).

¹⁰⁸ Valores límites de exposición.

¹⁰⁹ BOE nº 178, de 26 de julio.

¹¹⁰ *Reproducción, embarazo...*, op. cit., pág. 37.

¹¹¹ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., págs.125 y 126.

voluntariamente a pacientes sometidos a exposiciones médicas” excluye del mismo a las madres gestantes.

Haciendo alusión al Real Decreto 1296/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo, en su artículo 6 regula que, cuando en el reconocimiento médico se detecte el estado de gestación de la solicitante, el médico reconocedor determinará la aptitud teniendo en consideración, por una parte, la condición biológica de ésta y, por otra, las limitaciones existentes impuestas por el puesto de trabajo a desempeñar a bordo. En su anexo II, punto 2.15, se establecen los requisitos para determinar la aptitud de las trabajadoras.

Existen otras disposiciones que aunque no regulan explícitamente la protección de la maternidad en el caso de la exposición a determinados riesgos laborales, sí la contemplan indirectamente al hacer alusión a trabajadores especialmente sensibles. Es el caso del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (artículo 3); del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (artículo 6); o del Real Decreto 486/2010, de 23 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales (artículos 4.4 y 6.4.c).

Hay que tener en cuenta también una serie de disposiciones que regulan las características de determinados lugares de trabajo y en las que en su articulado, con objeto de proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas y madres lactantes, se determina que se deberán habilitar zonas en las que puedan tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas. Sería el caso del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo¹¹², que requiere que el empresario provea instalaciones de descanso para las trabajadoras embarazadas o de parto

¹¹²Anexo V, parte A., Punto 3

reciente¹¹³ y en periodo de lactancia con la posibilidad de descansar tumbadas¹¹⁴ en las condiciones adecuadas. También es el caso del Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras¹¹⁵, del Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el artículo 109 del Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera¹¹⁶ y del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción¹¹⁷.

Por último¹¹⁸ habría que hacer referencia a la reglamentación de determinados colectivos específicos en los que también existe una protección expresa, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, de la maternidad. Por ejemplo este sería el caso, entre otros del Real Decreto 179/2005 sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil (artículo 10). También del Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (artículo 11). Asimismo se refiere a ello el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las fuerzas armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa (artículo 15) y Orden FOM/1267/2008, de 28 de abril.

Como conclusión se podría decir que la protección de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia se encuentra ampliamente regulada tanto a nivel internacional como en la legislación española. En nuestra normativa nacional

¹¹³ **AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.:** *Factbook. Prevención de riesgos...*, op.cit., pág.282.

¹¹⁴ **AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.:** *Factbook. Prevención de riesgos...*, op.cit., pág. 283.

¹¹⁵ Anexo, parte A., punto 17.

¹¹⁶ Anexo, parte A, punto 19.

¹¹⁷ Anexo IV, punto 17.

¹¹⁸ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., págs.126 y 127.

está regulada con detalle tanto en sus disposiciones de carácter general como en su normativa específica de desarrollo

IV. MEDIDAS PREVENTIVAS

IV.1 EN EL EMBARAZO

El artículo 14.1 LPRL establece de forma expresa el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, derecho que la Ley opta por construir a partir del correlativo deber del empresario a la protección de sus trabajadores. Para dar debido cumplimiento a esta obligación, deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias. Además el empresario deberá inspirarse en una serie de principios rectores que deben presidir la acción preventiva y que vienen enunciados en el artículo 15 LPRL.

También es deber del empresario realizar una evaluación de riesgos laborales a los que pueden estar expuestos sus trabajadores (artículo 16 LPRL), efectuar una planificación de la acción preventiva, asegurar la vigilancia de la salud de su personal (artículo 22 LPRL), proporcionar a los trabajadores una información sobre los riesgos y medidas preventivas (artículo 18 LPRL) y una formación adecuada al puesto de trabajo¹¹⁹.

El artículo 26 de la LPRL haciendo referencia a la protección de la maternidad, prevé un régimen de protección que parte del cumplimiento de dos obligaciones elementales y sucesivas: la evaluación de riesgos y la adopción de las medidas preventivas específicas.

La evaluación de riesgos puede ser definida como un proceso técnico dirigido a estimar la magnitud de los riesgos de cada puesto de trabajo que no han podido evitarse, con el fin de obtener la información necesaria para adoptar las medidas preventivas adecuadas si fuesen necesarias¹²⁰.

Esta evaluación debe ser realizada por el empresario¹²¹ con carácter inicial y general. Las características del contenido de esta evaluación se

¹¹⁹BLÁZQUEZ LUDEÑA, R., CAÑAS MONTALBÁN, A. y GARCÍA MAYORA, P.: "Embarazo y actividad"..., op.cit., pág. 44.

¹²⁰SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.94 y 95.

¹²¹En este sentido PÉREZ CAMPOS, A.I.: "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XL, 2007, pág.202, señala que "resulta ciertamente criticable que la evaluación inicial de los riesgos laborales, de cuyos resultados depende el posterior establecimiento de las medidas de prevención, sea competencia exclusiva del empresario, sin que ésta exclusiva atribución quede justificada, pues

encuentran reguladas en el artículo 16 LPRL y en el capítulo II RSP, que lo desarrolla. Según esta normativa, el empresario o a través de él, los Servicios de Prevención, deberán evaluar, inicialmente de manera general y posteriormente con carácter periódico, los riesgos de todos los puestos de trabajo de la empresa, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes, las condiciones en que se realiza el trabajo y las peculiaridades de los trabajadores que deben desempeñarlos. Abarca, por tanto, no sólo cuantos aspectos del diseño productivo afecten a la actividad prestada por la trabajadora y que impliquen riesgos para su salud, sino que el artículo 16.2. a) de la LPRL tras su modificación por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, exige que estos aspectos sean valorados de manera conjunta¹²².

Esta evaluación inicial debe realizarse también con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos y acondicionamiento de los lugares de trabajo. Si los resultados de la evaluación ponen de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario debe realizar las actividades preventivas necesarias para eliminar, reducir o controlar dichos riesgos. La evaluación se deberá actualizar cuando se produzca un cambio en las condiciones de trabajo y, señaladamente, con ocasión de los daños producidos en la salud de los trabajadores.

Haciendo referencia a las características de los trabajadores que deban desempeñar estos trabajos, matiza el artículo 4.1.b) del RSP que la evaluación se llevará a cabo teniendo en cuenta la posibilidad de que el trabajador que ocupe un determinado puesto o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por su estado biológico conocido, a alguna de las condiciones de trabajo.

Esta evaluación de riesgos deberá tener por tanto en consideración dos criterios: uno objetivo, la naturaleza de la actividad, otro subjetivo, la exposición de determinados trabajadores a riesgos especiales derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que, en ocasiones, se

también las medidas de prevención se configuran en la Ley como un derecho de los trabajadores (artículo 14 LPRL)".

¹²²ESCUDERO PRIETO, A.: "La protección de la maternidad" ..., op.cit., pág. 523.

acumulan a los riesgos derivados de la propia prestación laboral, duplicando así la peligrosidad¹²³.

Esta evaluación habrá de realizarse por tanto teniendo en cuenta la posibilidad de que cualquiera de los puestos de trabajo evaluados pueda ser ocupado por trabajadoras que, en un momento dado, estén embarazadas o en período posparto¹²⁴, y no sólo porque es consustancial a la propia evaluación de los riesgos según los artículos 16 LPRL y 4.1.b) RSP, sino porque el propio artículo 25 LPRL señala la necesidad de tener en cuenta la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación., tanto en los aspectos de fertilidad, como del desarrollo de la descendencia¹²⁵.

El artículo 26 LPRL contiene las prescripciones que la legislación española contempla para proteger la salud de la mujer trabajadora y de su hijo en los casos de embarazo, parto reciente y período de lactancia. Este artículo dispone que “la evaluación de riesgos deberá comprender 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 (definidos en el artículo 4 LPRL) que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico (artículo 26.1 LPRL).

Haciendo referencia al momento para realizar esta evaluación de los riesgos que pueden afectar a la maternidad, el artículo 26 LPRL no lo precisa ya que se limita a describir el contenido del proceso de evaluación, por lo tanto se entiende que no se trata de un proceso diferente ni paralelo al establecido con carácter general en el artículo 16LPRL, ni siquiera exclusivo

¹²³ **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** “Salud laboral y trabajo femenino” ..., op.cit., pág.201.

¹²⁴ En este sentido **BLÁZQUEZ LUDEÑA, R., CAÑAS MONTALBÁN, A. Y GARCÍA MAYORA, P.:** “Embarazo y actividad laboral”..., op.cit., pág.44 y *Prevención de riesgos laborales de la trabajadora en situación de embarazo, que ha dado a luz o de lactancia*, OSALAN Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, 2005, pág.10 afirman que “en el caso de que no se hayan tenido en cuenta las situaciones de embarazo en la evaluación inicial de los riesgos, se procederá a la revisión de dicha evaluación, de acuerdo con el artículo 4.2 del RSP”.

¹²⁵ **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2011, pág.94.

para evaluar los riesgos potencialmente lesivos para las situaciones de maternidad. Se trata pues, de que en el proceso inicial y general de evaluación de riesgos de un determinado puesto de trabajo o actividad se incluya la perspectiva de que pudiera, eventualmente, ser ocupado por una trabajadora embarazada o lactante.

Esta evaluación específica se une a la ordinaria reforzándola, realizándose simultáneamente a la evaluación genérica prevista en el artículo 16 LPRL¹²⁶.

De lo anterior se infiere que la evaluación se debe realizar teniendo en cuenta la posibilidad de que quién ocupe un determinado puesto de trabajo o vaya a ocuparlo esté embarazada o en edad fértil. Esto tiene la importante ventaja de que de este modo se evita que las trabajadoras sean sometidas a un proceso de evaluación justo cuando se encuentren en la situación protegida y se mantengan en su puesto de trabajo hasta que se conozcan los resultados, ya que de esta manera seguirían estando expuestas a los riesgos de su puesto de trabajo hasta ese momento.

Sin embargo, la ambigüedad de los términos en que está redactada la norma da lugar a que el empresario proceda, en muchas ocasiones, a evaluar específicamente los riesgos e informar de los resultados en el momento en que conoce el estado de embarazo o lactancia de la trabajadora. Hay autores que incluso interpretan la norma de esta manera.

Una vez realizada la evaluación de riesgos con carácter inicial, el empresario estará obligado a seguir evaluando los riesgos tanto generales como los específicos de la maternidad de forma periódica. Se trata de un proceso dinámico y cambiante; por tanto, la evaluación debe actualizarse cuando cambien las condiciones de trabajo, someterse a consideración y revisión si se produjesen daños en los trabajadores, efectuar controles periódicos para detectar posibles situaciones peligrosas y, añade el artículo 4.2.c) del RSP, en caso de incorporación de un trabajador cuyo estado biológico lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto¹²⁷.

¹²⁶ SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 97.

¹²⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 99.

Con una finalidad de promoción y garantía de la protección de la trabajadora, la LOIMH incluyó un mandato al Gobierno para que por vía reglamentaria integrara el contenido de los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE en el ordenamiento español. Esta inclusión en nuestra normativa de los citados anexos no tenía como finalidad reducir el nivel de protección alcanzado, sino facilitar la realización de la evaluación de riesgos. La introducción de estos listados se produjo por medio del RD 298/2009, de 6 de marzo¹²⁸, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención, que especifica ahora que, en la evaluación inicial de riesgos, se tendrá en cuenta la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo, sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

La opción por mantener el carácter no exhaustivo del listado que predica la Directiva 92/85/CEE, hace posible su futura ampliación para adaptarlo a los posibles cambios tecnológicos y nuevos conocimientos científicos que se puedan producir sobre la materia.

En virtud de la nueva redacción dada al artículo 4.b) RSP, la evaluación de riesgos debe tener en consideración especialmente que el nuevo Anexo VII de este Real Decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante dicho periodo de lactancia, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, así como que el nuevo Anexo VIII establece una enumeración no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a las cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural¹²⁹.

Como auxilio interpretativo ligado a los listados de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo enumerados en los Anexos I y II de

¹²⁸La incorporación al derecho español de los mencionados Anexos es indicada en su Exposición de Motivos y, textualmente, en su Disposición Final 2ª.

¹²⁹**CAIRÓS BARRETO, D.M.:** "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., pág.95.

la Directiva 92/85/CEE y en cumplimiento de sus propios preceptos, la Comisión hacía públicas en el año 2000 unas directrices para la evaluación de los riesgos en la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que esté en periodo de lactancia¹³⁰.

La LOIMH, por su parte, dispuso la elaboración por vía reglamentaria de unas “directrices sobre evaluación del riesgo” que sirvan de guía para evaluar los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la seguridad o la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. El RD 295/2009 en su Disposición Adicional 3ª delegó en el Ministerio de Trabajo e Inmigración la elaboración de dichas guías en las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo.

Con respecto a la evaluación de los riesgos y aunque la Ley no lo prevé expresamente, sería recomendable que a través de la negociación colectiva se estableciera la obligación de, una vez conocido el embarazo o la lactancia de una trabajadora, el empresario, como parte de la revisión y actualización de la evaluación, completase dicha evaluación realizando una valoración personalizada que tuviese en cuenta las circunstancias individuales de la trabajadora¹³¹.

Esto sería deseable que fuese así ya que se parte de la base de que el embarazo no es una enfermedad sino un aspecto de la vida cotidiana y de que los cambios fisiológicos y psicológicos que conlleva pueden suponer que condiciones de trabajo consideradas aceptables en una situación normal, dejen de serlo. Por ello el empresario debería proceder a una evaluación de riesgos específica¹³² tras conocer el embarazo de una trabajadora y adoptar

¹³⁰Directiva 92/85/CEE del Consejo, COM 2000/466 final. Bruselas 05.10.00.

¹³¹**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.103.

¹³²En este sentido *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., págs. 12 y 13, **MORENO, N., ROMANO, D. y BRUNEL, S.:** *Guía Sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*, ISTAS y CCOO, 2008, pág.20, *Guía básica para la prevención...*, op.cit., pág.24 y *Guía de salud laboral. Prevención de riesgos laborales en maternidad y lactancia*

las medidas necesarias con el fin de evitar toda exposición que pueda dañar su salud o la de su hijo durante la gestación¹³³, teniendo en cuenta además que una evaluación única puede no ser suficiente ya que el embarazo es un proceso dinámico y no una condición estática.

Por lo tanto, al margen de las medidas referidas en el artículo 26 LPRL debe contemplarse también como instrumento de prevención la obligación empresarial de vigilancia de la salud de forma periódica, en los casos de adaptación de condiciones de trabajo o de cambio de puesto de trabajo. Es una exigencia general para la empresa (artículo 22 LPRL y 37.3 b) RSP) y expresamente se indica en el artículo 37.3 g) RSP que “el personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (...), y propondrá las medidas preventivas adecuadas¹³⁴”.

Se deja constancia de esta manera de la necesidad de que el médico de empresa o el médico del servicio de prevención intervengan en la vigilancia de la salud de la trabajadora embarazada ya que pueden ser los primeros en conocer alguno de los síntomas o signos que podríamos denominar de “alarma”. Lo ideal sería que esta forma de actuar se acompañara de un intercambio de información permanente con los especialistas que siguen el curso del embarazo¹³⁵.

Esta evaluación de riesgos adicional o específica debe comprender al menos cuatro fases:

1. Identificación de los peligros y las áreas de actividad en las que exista riesgo para el embarazo: agentes físicos, químicos, biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; carga de trabajo etc.

natural, UGT-EUSKADI, pág.6 destacan” *la necesidad de realizar esta evaluación adicional una vez se conoce el estado de embarazo de la trabajadora*”.

¹³³Ello debería hacerse lo antes posible puesto que el primer trimestre del embarazo es el más delicado.

¹³⁴**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 53.

¹³⁵*Guía sobre riesgos laborales durante el embarazo*, Secretaría de Salud Laboral CC.OO Castilla y León, 2007, pág.76.

2. Identificación de los puestos de trabajo y de la categoría de las trabajadoras (embarazada, parto reciente, lactancia). Esto puede presentar dificultades de difícil solución tanto porque la propia mujer no sabe que está embarazada en las primeras semanas, como por reticencias a la hora de informar al empresario.
3. Identificación de los riesgos existentes en los puntos anteriores, especificando las fuentes de daño, quién o qué puede ser dañado y la manera en que puede ocurrir el daño.
4. Resultado de la evaluación y medidas de prevención y protección propuestas: tanto en términos cualitativos como cuantitativos, (naturaleza, intensidad y duración de la exposición): Debe ser realizada por personal competente y tener en cuenta la información facilitada por la propia trabajadora, así como que los riesgos pueden variar en función de si la trabajadora está embarazada, o en periodo de lactancia¹³⁶.

Haciendo referencia a la etapa de identificación de los peligros y en lo relativo a la protección de la maternidad, un determinado agente presente en el lugar de trabajo puede pertenecer principalmente a tres categorías:

1. Estar incluido en los anexos VII y VIII del RD 39/1997
2. Ser considerado por la comunidad científica como nocivo para la reproducción o ser sospechoso de serlo
3. Estar presente en el entorno laboral de una trabajadora que presenta una alteración de la reproducción

Puede darse el caso por otra parte de que el desempeño de una determinada actividad que evaluada en abstracto no implique riesgo alguno para la maternidad, resulte perjudicial a una determinada trabajadora por sus antecedentes fisiológicos, psicológicos o físicos.

Fruto de la realización de esta evaluación de riesgos es la producción de un listado de puestos de trabajo exentos de riesgos para la

¹³⁶ *Guía sobre riesgos laborales...*, op.cit., pág.74.

trabajadora embarazada, que ha dado a luz recientemente o en periodo de lactancia¹³⁷. Esta relación de puestos exentos deberá determinarla el empresario, previa consulta con la representación de los/as trabajadores/as (artículo 26.2 LPRL)¹³⁸. Esta es una consulta preceptiva, aunque la respuesta dada por los representantes no vincula al empresario¹³⁹. Su elaboración, por lo tanto, y a pesar de que por la literalidad del artículo 26.2 LPRL pudiera parecer que es coetánea al proceso de movilidad funcional de la trabajadora, debe tener carácter previo a él como resultado del proceso de evaluación.

El empresario no puede ampararse en la falta de esta relación de puestos sin riesgos para justificar una negativa al cambio de puesto de trabajo. En sentido contrario, si no es posible la adaptación del puesto, la evaluación de riesgos surte una eficacia automática a estos efectos, de modo que la inexistencia de puestos disponibles exentos de riesgos da derecho a la interesada a la dispensa de trabajo y al correspondiente subsidio¹⁴⁰.

Una vez finalizado el proceso de evaluación, tanto específico como personalizado, de un puesto de trabajo de acuerdo con el artículo 26 LPRL, y a pesar de que no se mencione en este artículo de forma expresa, el empresario deberá, a continuación, de informar a la trabajadora afectada y a los representantes de los trabajadores de los resultados de la evaluación y de las medidas a adoptar, como se exige en el artículo 4.2 de la Directiva 92/85/CEE, sin perjuicio del derecho de información general de los trabajadores al respecto (artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE).

A pesar de que el artículo 26.1 LPRL no hace referencia expresa a tal obligación, las trabajadoras afectadas deberán tener conocimiento de tales

¹³⁷ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., pág.13.

¹³⁸ En este sentido **PEDROSA ALQUÉZAR, S.**: “La protección reduccionista de la mujer” ..., op.cit., pág.20 opina que “estas o estos representantes son tanto los representantes unitarios, incluyendo así a los delegados de prevención, como los sindicales, en la medida en que estos últimos tienen también encomendadas funciones en materia de salud laboral como se deduce, entre otros, del artículo 64.1.9ª b) del ET”. Por su parte **SÁNCHEZ CASTILLO, M.**: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.136 establece que “aunque la norma no especifica a qué representantes debe realizarse la consulta, si a los unitarios o a los específicos en materia preventiva, cabe entender que si existen estos últimos dada su mayor formación al respecto, la consulta debe hacerse a ellos”.

¹³⁹ **PÉREZ CAMPOS, A.I.**: “Salud laboral y trabajo femenino” ..., op.cit., pág.205.

¹⁴⁰ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.**: *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.136.

extremos por aplicación del artículo 18.1 LPRL que establece la obligación genérica para el empresario de informar” directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos”.

Se debe suministrar a las trabajadoras la información siguiente:

1. Los riesgos de su trabajo que podrían incrementarse si ella está embarazada, en periodo de lactancia o de parto reciente.
2. Sus derechos bajo la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que deja constancia de la protección dirigida a ellas y a sus hijos, en caso de embarazo o parto reciente
3. Cualquier trabajadora embarazada debe recibir formación en cómo hacer su trabajo de forma segura mientras esté embarazada. Debe animársela a informar sobre cualquier dificultad que encuentre, a su superior, y a usar las instalaciones de descanso provistas cuando las necesite.
4. La exigencia de pasar controles médicos especiales
5. Las medidas de prevención y protección frente a los riesgos existentes¹⁴¹.

Por tanto para que la trabajadora pueda ejercer sus derechos de protección del embarazo o lactancia mediante la oportuna comunicación, es importante que la empresa proceda a esta información y por ello es recomendable que en los protocolos de información sobre riesgos laborales se incorpore una información lo más detallada posible sobre puestos de trabajo con y sin riesgos para la mujer embarazada o en situación de lactancia natural, la naturaleza y características de los riesgos en caso de existir y la conveniencia de comunicar su situación biológica llegado el caso y el procedimiento de comunicación que debe seguirse¹⁴².

Dispone el artículo 26.1 LPRL que “si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud (de las trabajadoras) o una

¹⁴¹ **AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.:** *Factbook. Prevención de riesgos...*, op.cit., pág.284.

¹⁴² **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.52.

posible repercusión sobre el embarazo, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo”.

La LPRL establece hasta tres mecanismos a través de los cuales el empresario debe salvaguardar la salud de la trabajadora y de su hijo. La norma no hace referencia alguna a la gravedad de los riesgos¹⁴³, de modo que tampoco es posible para el empresario la distinción de ningún grado de peligrosidad: constatado el riesgo, deben tomarse las medidas necesarias. Estos mecanismos actúan de manera sucesiva, y en virtud del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la capacidad organizativa de la empresa, siendo en cualquier caso obligatorios, ya que se imponen al empresario con el fin de evitar los riesgos de exposición de la trabajadora, y de carácter temporal, porque su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia natural.

En los casos en que no se pueda afirmar con rotundidad la inexistencia de un riesgo para la salud de la trabajadora embarazada, la toma de decisiones es problemática y debe analizarse caso por caso. Cuando se identifique un riesgo que la lógica y los datos disponibles caracterizan como posible y grave pero para el que las pruebas científicas no permiten determinar con la suficiente certeza la relación causa-efecto se aplicaría el principio de precaución. Este principio entendido como la respuesta a un escenario complejo, con factores de riesgo sospechosos y consecuencias graves e impredecibles. Aplicado este principio en el caso expuesto con anterioridad nos llevaría a actuar como si el riesgo fuera cierto, lo que se vería reforzado por el artículo 5.2 del RD 39/1997 que establece la obligación de

¹⁴³En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.107 señala “la coincidencia de la norma española con la Directiva 92/85/CEE al no entrar a realizar ninguna valoración y no exigirse que el riesgo fuera de una cierta entidad o gravedad. Sin embargo a diferencia de la norma comunitaria que exige la evidencia del riesgo, el artículo 26 LPRL mejora y amplía la protección, extendiendo los supuestos de aplicación a aquellos otros en los que la evaluación revele la presencia de meros indicios de que tal riesgo pueda producirse, o lo que es lo mismo, es suficiente que el riesgo sea simplemente potencial o probable para activar las medidas”. Asimismo **PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** “La protección reduccionista de la mujer” ..., op.cit., pág. 19 establece que “basándose en la LPRL es suficiente con que el peligro para la salud de la trabajadora o el feto durante el periodo de gestación y para la trabajadora y neonato durante el periodo de lactancia sea potencial, es decir, basta con una ligera posibilidad de que ese peligro pueda materializarse para que la empresa tenga la obligación de adoptar medidas que eliminen la exposición a ese riesgo”.

adoptar, en caso de duda, las medidas preventivas más favorables, desde el punto de vista de la prevención en caso de que el procedimiento de evaluación utilizado no proporcione confianza sobre su resultado¹⁴⁴.

Por lo tanto el empresario debe cumplir con la obligación de adoptar las medidas cuando se den las circunstancias del supuesto de hecho, aunque las medidas no le sean solicitadas por la trabajadora. Estas medidas no son sólo un derecho de la trabajadora sino también un deber a la hora de cumplirlas ya que la protección tiene carácter imperativo, sobre todo cuando está en juego la salud del recién nacido o la viabilidad del feto.

Para que el empresario tenga la obligación de adoptar estas medidas se tienen que dar dos requisitos que configuran el supuesto de hecho. En primer lugar es necesario que el empresario tenga conocimiento, por cualquier vía, de que la trabajadora está en situación de embarazo. El desconocimiento le exime de toda responsabilidad. En segundo lugar es igualmente necesario que los resultados de la evaluación de riesgos revelen la presencia de un riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora o una posible repercusión sobre el embarazo¹⁴⁵.

Con relación al conocimiento por parte del empresario del embarazo de la trabajadora, a diferencia de lo establecido en la Directiva 92/85/CEE, en la que se señala expresamente la obligación de la trabajadora embarazada, púérpera o en periodo de lactancia de comunicar al empresario su estado para hacer efectivo el deber de seguridad de este y para determinar el comienzo de la consecuente adopción de medidas de protección para la seguridad y salud de las trabajadoras, ni el artículo 26 LPRL, ni ninguna otra norma española impone la obligación a la trabajadora de comunicar su estado de embarazo, parto reciente o lactancia, sino que tal comunicación se configura como un derecho que pertenece a su ámbito de intimidad y que la trabajadora puede ejercer o no según estime conveniente.

A pesar de ello resulta obvio que el cumplimiento de la obligación por parte del empresario en relación a estas trabajadoras de realizar evaluaciones iniciales y periódicas teniendo en cuenta sus circunstancias especiales, así

¹⁴⁴ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., pág.14.

¹⁴⁵ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.106.

como de prevenir la exposición a los riesgos físicos y psico-sociales de las mismas está ligado íntimamente a su conocimiento de dicha circunstancia, no pudiendo de otro modo cumplir con su obligación general de seguridad, y en consecuencia no pudiendo exigírsele responsabilidad¹⁴⁶.

Aunque no se tipifique en nuestro derecho la obligación de la mujer de comunicar su estado al empresario, en materia preventiva sí señala el artículo 29.2 LPRL que los trabajadores deberán “ Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores” Así como “ cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores”¹⁴⁷.

La obligación se desprendería también, aparte de lo mencionado en el párrafo anterior, de su deber de buena fe contractual y de la protección debida al feto, acreedor de cualquier medida tendente a evitarle riesgos innecesarios y, por consiguiente, de la obligación de diligencia respecto de terceros facultados para llevarla a término, y no hay duda de que su madre o su padre, cuando preste servicios en la misma empresa son los más capacitados para ello¹⁴⁸.

Teniendo en cuenta el mayor riesgo de las primeras semanas, es importante la existencia de canales eficaces de información entre los responsables de prevención y la trabajadora. La situación de embarazo se puede comunicar a través de diversas vías:

¹⁴⁶En este sentido **SALCEDO BELTRÁN, M.C.:** *El deber de protección...*, op.cit., pág.123, afirma que “*si bien se trata de un estado que pasados varios meses es patente, la trabajadora deberá comunicar al empresario su estado desde que tenga conocimiento del mismo si pretende que se le dispense protección desde el inicio de la gestación*” y **MORENO, N., ROMANO, D. y BRUNEL, S.:** *Guía Sindical para la prevención...*, op.cit., pág.30, establecen que “*aunque nuestro ordenamiento no contempla expresamente esta obligación de realizar la comunicación a la empresa, sin embargo, para poder reconocer su situación legalmente y exigir la adopción de las medidas oportunas, es necesaria la comunicación a la empresa del estado de la trabajadora*”.

¹⁴⁷**CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., págs.101 y 102.

¹⁴⁸**RIVAS VALLEJO, P.:** “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74, 2008, págs. 245 y 246.

- A través del informe del personal facultativo del Servicio Público de Salud que asiste a la trabajadora. Dicho informe es preceptivo para la gestión de las prestaciones económicas por maternidad.
- Directamente, por parte de la trabajadora, a través de cualquier mecanismo probatorio (testigos, carta, etc.)
- Esta comunicación podrá ser directa a la empresa o a través del personal delegado de prevención o del servicio de prevención¹⁴⁹.

Una vez que se detectan los riesgos posibles o existentes en el puesto de trabajo, el empresario debe poner en marcha una serie de medidas de carácter preventivo que el artículo 26 LPRL enumera con carácter de mínimos de derecho necesario, todas ellas con la finalidad de evitar la exposición de la trabajadora a dichos riesgos. Todas estas medidas son de naturaleza temporal al depender su puesta en funcionamiento de una circunstancia transitoria como es el embarazo.

El primer nivel de protección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva 92/85/CEE, está compuesto por un conjunto de medidas primarias, básicas, de carácter coyuntural que, según el artículo 26 LPRL, tienen como finalidad “la adaptación de las condiciones de trabajo¹⁵⁰ o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada” incluyendo “cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”

Se entiende que no sólo son posibles las simples adaptaciones de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo sino también cualquier otro tipo de modificación importante y sustancial de las mismas.

En estas adaptaciones se incidirá sobre todo en las condiciones materiales en que se trabaja, la distribución del tiempo de trabajo, el cambio

¹⁴⁹ *Prevención de riesgos laborales de la trabajadora...*, op.cit., pág.9.

¹⁵⁰ En el artículo 4 LPRL se definen las condiciones de trabajo como “cualquier característica (del puesto de trabajo) que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”.

de horario, la transformación de las características del puesto, la alteración de los procesos de trabajo, y la supresión de horas nocturnas¹⁵¹.

Dejando a un lado las modificaciones del tiempo de trabajo, el resto de condiciones de trabajo que pueden adaptarse se pueden englobar dentro del concepto a que se refiere el artículo 4.7º de la LPRL, pero también forman parte de las condiciones de trabajo a las que se refieren los artículos 3.2 o 41 ET¹⁵². Por consiguiente se podría adaptar cualquier condición de trabajo¹⁵³ que, sin cambiar de puesto o función, eliminase el riesgo a que estaría expuesta la trabajadora de no mediar tal adaptación.

Algunas de las concretas medidas que podrían ponerse en marcha para adaptar las condiciones de trabajo serían: correcciones posturales para evitar dolencias en la espalda o posibilidad de descansar elevando las piernas en trabajos en los que exista riesgo de padecer problemas circulatorios.

Por otro lado debe tenerse en cuenta, además, la existencia de una serie de prohibiciones específicas, contenidas en la normativa reglamentaria, sobre prohibición temporal (durante el periodo de embarazo y lactancia) de exposición a ciertas sustancias o agentes, tales como el benceno o el plomo¹⁵⁴.

Resulta interesante y cuando menos curioso el hecho de que el artículo 26 LPRL haga una distinción de las condiciones de trabajo en función de su carácter, de modo que señala por un lado la adaptación de las condiciones de trabajo de cualquier tipo y las que tienen que ver con el tiempo

¹⁵¹ *Guía sobre riesgos laborales...*, op. cit., pág.73.

¹⁵² En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.110 afirma sin embargo que *“formalmente no cabe encuadrarlas en el ámbito de aplicación del artículo 41 del ET, pues no responden ni al mismo fundamento ni a la misma finalidad. Tampoco resulta aplicable el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET. Por último, la temporalidad de la medida impide igualmente tal configuración”*.

¹⁵³ En este sentido **SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.:** *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 238 ponen como ejemplo de condiciones de trabajo que podrían adaptarse *“el sistema de trabajo y rendimiento al que hace referencia el artículo 41.1 ET, aunque esta causa entraría en la órbita de las condiciones no materiales de trabajo a que se refiere el artículo 4.7ºd) LPRL”*.

¹⁵⁴ **RIVAS VALLEJO, P.:** *“Salud y género: perspectiva”* ..., op.cit., pág. 245.

de trabajo que, al fin y al cabo, son unas condiciones de trabajo más que, eso sí, posiblemente presenten más problemas aplicativos e interpretativos¹⁵⁵.

Haciendo referencia a la manera de llevar a cabo las medidas previstas, el artículo 26 LPRL no se pronuncia al respecto, entendiendo que el empresario debe proceder de forma inmediata a la adaptación o a la modificación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo cuando exista algún riesgo real o potencial para la salud de la trabajadora embarazada una vez que este tenga conocimiento de dicha situación, sin requisitos adicionales, ya que cualquier demora podría acarrear riesgos añadidos.

Por consiguiente no es necesaria ninguna intervención médica que determine la situación de daño actual o potencial para la trabajadora, el feto o el neonato, ni tampoco se puede aplicar excepción alguna, de tal manera que la adaptación de las condiciones de trabajo, incluido el tiempo de trabajo, se convierte en una obligación general del empresario, a cumplir a partir de la evaluación de riesgos que ha realizado¹⁵⁶.

La Directiva 92/85/CEE ofrece al empresario la posibilidad de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de forma alternativa o conjunta. El artículo 26 LPRL aunque no lo reconoce de este modo¹⁵⁷ habrá que interpretarlo en este sentido¹⁵⁸. Nada se señala en la norma, sin embargo, con respecto a las posibles ampliaciones puntuales y coyunturales de jornada, como la necesidad de la empresa de que se realicen horas extraordinarias, aunque se trate de las debidas a fuerza mayor. Por razones de coherencia y seguridad jurídica¹⁵⁹ la posibilidad de modificación del tiempo de trabajo comprenderá no sólo la alteración del sistema de trabajo a turnos o la no realización del trabajo nocturno, sino además, por aplicación de la

¹⁵⁵Véanse **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., pág. 104, **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** "Salud laboral y trabajo femenino" ..., op.cit., pág.203 y **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** "La prevención de riesgos laborales en España: una aproximación al tema desde la perspectiva de género", *Letras jurídicas*, núm. 21, 2010, pág.5.

¹⁵⁶**CAIRÓS BARRETO, D.M.:** "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., pág.104.

¹⁵⁷Este artículo 26 LPRL hace referencia a "la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo", con lo cual de una interpretación literal del mismo habría que concluir que el empresario sólo puede escoger una de las dos opciones.

¹⁵⁸En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.113.

¹⁵⁹**CAIRÓS BARRETO, D.M.:** "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., pág. 105.

Recomendación nº 95 de la OIT, de 1952 (aunque en la correspondiente a 2000 se obvia tal extremo), la no realización de horas extraordinarias, no mencionadas en el artículo 26.2 LPRL.

La importancia de adaptar el tiempo de trabajo de tal manera que la trabajadora embarazada, puérpera o en periodo de lactancia no se vea obligada a realizar trabajo nocturno, a turnos u horas extraordinarias, radica en que este tipo de trabajos implican una distribución irregular del tiempo de trabajo que, con seguridad, va a poner a esta en una situación de posible riesgo, especialmente de tipo psicosocial: cansancio, fatiga, trastornos del sueño y modificaciones de los hábitos alimentarios debidos a la alteración del ritmo circadiano, estrés y otras alteraciones del sistema nervioso y del aparato digestivo, dolores musculares etc. También como consecuencia de este tipo de trabajos se produce una afectación de la vida familiar y laboral. El trabajo nocturno, por añadidura, está relacionado igualmente con la prematuridad del parto y abortos.

La indemnidad económica de la trabajadora, es una cuestión importante que se plantea en estos casos, dado que los complementos salariales derivados del trabajo a turnos o nocturno no se garantizan en la norma explícitamente, con excepción de lo que el párrafo 2 del artículo 26 LPRL señala con respecto a los cambios que supongan movilidad funcional ordinaria o extraordinaria.

La adopción de estas medidas encaminadas a la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo no debe conllevar una merma de las retribuciones para la trabajadora, ya que en el caso de que estas dejaran de percibirse lo harían como consecuencia del cumplimiento de una medida preventiva frente a un riesgo laboral. Si las retribuciones no se percibiesen por esta causa, el derecho de la trabajadora reconocido por la Ley no sería plenamente efectivo.

Por lo tanto a pesar de que supone en ciertas ocasiones mantener los complementos en supuestos en los que se deja de realizar el tipo o modo de trabajo que los justificaba, parece claro el hecho de que la trabajadora debe seguir percibiéndolos, aun cuando por motivos de embarazo o lactancia

natural haya dejado de prestar trabajo nocturno o a turnos, porque tal situación deriva de un riesgo profesional¹⁶⁰.

Respaldando lo anterior el artículo 8 de la LOIMH señala que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad.

También se plantea la cuestión de si el empresario puede ofrecer a la trabajadora embarazada estando en la situación de tener que adaptar las condiciones y/o el tiempo de trabajo, no una adaptación o redistribución del tiempo de trabajo, sino la reducción de jornada por razón del embarazo. En estas circunstancias, legal y técnicamente sólo sería posible dicha reducción de jornada por necesidades derivadas de la lactancia natural (artículo 37.5 ET), nunca por otras circunstancias ligadas al embarazo, ya que esta medida supondría una lesión de los derechos laborales de la trabajadora porque la reducción de jornada lleva consigo la correspondiente reducción de salario, y se trataría más bien de una forma de eludir las medidas de modificación de funciones o de paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia natural¹⁶¹.

Por otra parte el artículo 26.1 LPRL establece de forma explícita que es “el empresario” el que “adoptará las medidas necesarias”, pareciendo que con ello se descarta la intervención de otros sujetos en dicha tarea. También el apartado primero del artículo 18 LPRL establece el deber del empresario de informar directamente a cada trabajador de las medidas de protección y prevención aplicables, por lo que parece corroborar lo establecido en el artículo 26 LPRL. No obstante, el artículo 37.3 g) del RSP dispone el asesoramiento de los Servicios de Prevención en esta tarea.

Del mismo modo el artículo 18 LPRL en su apartado 2, establece la obligación del empresario de “consultar a los trabajadores y permitir su

¹⁶⁰En este sentido **PEDROSA ALQUÉZAR, S.** :“La protección reduccionista de la mujer”...,op.cit., pág.19, dice que *“estas modificaciones no deben suponer una disminución de salario, puesto que podría entenderse que el hecho de que los riesgos de la empresa puedan perjudicar la salud de la trabajadora embarazada impidiéndole el desarrollo de la jornada laboral ordinaria que tenga reconocida es un impedimento imputable a la empresa en virtud del artículo 30 del ET, y por tanto, éste debe abonarle el salario correspondiente a su jornada íntegra”*.

¹⁶¹**CAIRÓS BARRETO, D.M.**:“Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., págs.105-107.

participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo”

Haciendo referencia a la consulta a los representantes de los trabajadores o, en su caso, delegados de prevención, el artículo 26 LPRL sólo prevé esta consulta de forma expresa para confeccionar la lista de puestos de trabajo exentos de riesgos como ya se expuso con anterioridad. De este modo habrá que tener en cuenta lo establecido con carácter general en el artículo 33.1 b) LPRL sobre la consulta a éstos por parte del empresario en el momento de adoptar las decisiones relativas a la organización y desarrollo de las actividades preventivas en la empresa y la posibilidad que les es ofrecida por el artículo 36.2.f) de la citada Ley de formular propuestas al empresario con la finalidad de recabar de este la adopción de medidas de carácter preventivo. Sin embargo tanto la consulta como las propuestas no son vinculantes.

Con respecto al trabajo nocturno, mientras que la Directiva 92/85/CEE dedica todo un artículo, el número 7, al trabajo nocturno, el artículo 26 LPRL por su parte contiene sólo una sucinta regulación sobre este aspecto. Por otro lado, sin embargo, el artículo 26 LPRL extiende el tratamiento dispensado al trabajo nocturno al trabajo a turnos y a diferencia de la Directiva otorga protección no sólo a la trabajadora embarazada sino también a la trabajadora que se halle en periodo de lactancia de acuerdo a lo establecido en el artículo 26.4 LPRL.

La Directiva 92/85/CEE prevé que las trabajadoras, en ningún caso, se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo a reserva de la presentación de un certificado médico. La norma española, por su parte, se limita a imponer la no realización del trabajo nocturno o del trabajo a turnos en los casos en que resulte necesario, sin exigir la certificación para activar la protección.

Con respecto a las medidas a adoptar para no realizar el trabajo nocturno, la Directiva 92/85/CEE prevé, de forma expresa, la posibilidad “...del traslado a un trabajo diurno o, de una dispensa de trabajo...cuando dicho traslado no sea técnica y /u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”. Aunque el

artículo 26 omite en el apartado primero las soluciones alternativas a la no realización del trabajo nocturno o a turno; sin embargo cabe entender esas medidas incluidas en ese mismo apartado y en los siguientes de dicho artículo. Ya que al establecer que “dichas medidas incluirán..., la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos” está incluyendo el traslado a un trabajo diurno o la no realización del trabajo a turnos como primer nivel protector¹⁶².

Una de las críticas que se hace de la LPRL es que debería haber señalado con mayor precisión y contundencia el alcance de la obligación de adaptación de las condiciones de trabajo, ya que este nivel se presenta como uno de los más difíciles de cumplir sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, al tener el empresario que asumir el coste económico y organizativo que puede conllevar dicha adaptación. Es por ello que en estos casos es bastante común que el empresario prefiera declarar la imposibilidad de la adaptación y proceder directamente al cambio de puesto de trabajo¹⁶³.

Cuando la adaptación del tiempo de trabajo o de cualquier otra condición de trabajo no resulte posible o se manifieste insuficiente para la evitación del riesgo y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social(en adelante INSS)¹⁶⁴ o de las Mutuas¹⁶⁵, en

¹⁶²**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.114-118.

¹⁶³En este sentido **SÁLCEDO BELTRÁN, M.C.:** *El deber de protección...*, op.cit., pág. 125, dice que “*se le critica a esta redacción legal la no utilización de los términos del artículo 5.2 de la Directiva 85/92/CEE de imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad, pero se entiende que están implícitos*”. **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.122, señala que “*habrá que interpretar el artículo 26 LPRL de acuerdo con la norma comunitaria y tomar en consideración sólo valoraciones relacionadas con la situación económica, técnica u organizativa de la empresa como potenciales causas que justifican la decisión empresarial de movilidad y no por la mayor o menor conveniencia personal del empresario*”.

¹⁶⁴En este sentido *Guía sobre riesgos laborales...*, op. cit., pág. 77 y **MORENO, N., ROMANO, D. y BRUNEL, S.:** *Guía Sindical para la prevención...*,op.cit., pág. 20, establecen que “*en el caso de que tal cambio de puesto de trabajo no se dedujese de la Evaluación de Riesgos, también podría iniciarse el proceso a partir de un informe médico de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o de las Mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, que certificase que las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto*”

¹⁶⁵En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.126, establece que “*por su parte, la LCVFL dio una nueva redacción al párrafo primero del*

función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud¹⁶⁶ que asista facultativamente a la trabajadora, un segundo nivel concreta el principio de adaptación, a través del cambio de puesto de trabajo o función a fin de poder compatibilizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales y el adecuado desarrollo del proceso gestatorio. El empresario está obligado a confeccionar la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos en el plan de seguridad con la finalidad de que la trabajadora embarazada o con hijos lactantes pueda ser destinada a uno de estos puestos o función compatible con su estado. Como ya se dijo con anterioridad esta relación de puestos de trabajo exentos de riesgos es fruto de la evaluación de riesgos y deberá elaborarla el empresario previa consulta con los/as representantes de los/as trabajadores/as (artículo 26.2 LPRL)¹⁶⁷.

El artículo 26 LPRL, por consiguiente, establece dos posibles causas para proceder al cambio de puesto de la trabajadora. La primera de ellas sería que “la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible” y la segunda que “a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto”. En este segundo caso, para justificar la insuficiencia de las medidas preventivas tomadas deben tenerse en cuenta diferentes aspectos que rodean al puesto de trabajo y a la trabajadora que lo ocupa, procediendo por tanto a la “individualización” del caso¹⁶⁸.

artículo 26.2 previendo una doble intervención facultativa desdoblando el trámite en dos fases : por una parte, modificó el sujeto emisor del certificado pasando ahora a los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y, por otra, introdujo la exigencia de un informe, en este caso del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora”.

¹⁶⁶En este sentido **PEDROSA ALQUÉZAR, S.:** “La protección reduccionista de la mujer” ..., op.cit., pág.20, opina que “el informe del médico del Servicio Nacional de Salud debería ser vinculante sólo si decide el cambio de puesto, pues en caso contrario debería prevalecer la decisión que opte por el cambio en cuanto que lo que se pretende proteger es un derecho fundamental cuya aplicación no debe dejarse a decisiones personales. Con respecto al certificado de los Servicios Médicos del INSS o de las mutuas y aunque la Ley no diga nada al respecto, ese certificado debería orientar sobre cuál debe ser el puesto más adecuado para esa trabajadora embarazada”.

¹⁶⁷**SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.:** *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., pág.238.

¹⁶⁸**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.123.

Para iniciar el proceso, en el caso de que el cambio de puesto de trabajo no se dedujese de la evaluación de riesgos, se precisará en primer lugar del informe del médico del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente que asista facultativamente a la trabajadora. El contenido de este informe debe expresar el estado de gestación de la trabajadora, la fecha probable del parto y la repercusión negativa que sobre aquél tienen las condiciones de su puesto de trabajo. Para facilitar la tarea del facultativo exige el artículo 39.1 del RD 295/2009 que su informe vaya acompañado de un certificado de la empresa en el que consten los datos relativos a la actividad desempeñada por la trabajadora afectada y las condiciones del puesto de trabajo¹⁶⁹. Este informe debe entenderse que tendrá carácter preceptivo puesto que la norma establece que el informe será requisito previo para la certificación, pero no vinculante.

La fase de certificación corresponde a los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que esté asociada la empresa.

Hay que destacar que la entidad gestora o colaboradora puede considerar que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo y podrá denegar la expedición de la certificación médica. Ello supone que no se podría argumentar por parte de la empresa la necesidad de suspensión del contrato según el artículo 26.3 LPRL y la trabajadora no podría iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación (artículo 39.2 RD 295/2009)¹⁷⁰.

Por lo tanto el empresario debe asignar a la trabajadora a un puesto de trabajo o función diferente, que debe ser compatible con su estado. Este puesto debe estar dentro de su grupo profesional o categoría equivalente (iusvariandi ordinario), de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional (artículo 39 ET apartado

¹⁶⁹En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.128, establece que *“a pesar de que ésta es la documentación que se debe acompañar a la solicitud de la correspondiente prestación de Seguridad Social, entendemos que no hay obstáculo para aportar dicha información en esta fase pues, sin duda, constituye un punto de apoyo valioso para el médico a la hora de informar”*.

¹⁷⁰**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.57.

primero)¹⁷¹ y durante el tiempo necesario hasta que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto de trabajo anterior. Si esta vía no es posible, es decir, en los casos que no exista puesto de trabajo o función compatible dentro de su grupo profesional o categoría, se recurrirá a la movilidad extraordinaria (ius variandi extraordinario) dentro de otro grupo o categoría (artículo 39.2 ET) , en cuyo caso se conservará el derecho al conjunto de retribuciones del puesto de origen.

Esta movilidad funcional extraordinaria por lo tanto es subsidiaria a la anterior ya que se pondrá en efecto tan sólo si fracasa el mecanismo precedente, es decir, si no existiese puesto de trabajo o función dentro del mismo grupo profesional o categoría profesional equivalente exento de riesgo¹⁷².

De este modo tanto en el caso de movilidad funcional ordinaria, como extraordinaria, debe tratarse de otro puesto de trabajo exento de riesgos, debe respetar las titulaciones académicas o profesionales de la trabajadora, su dignidad personal y profesional, sus derechos de información, formación y promoción profesional y se deberá garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo incluidos los derechos económicos de la trabajadora, el mantenimiento de su retribución¹⁷³. También se establece la imposibilidad de despido objetivo por ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación.

El artículo 26.2 LPRL en su párrafo tercero señala con referencia a las retribuciones que, en el caso del desempeño de funciones correspondientes a un grupo o categoría distinta de la ostentada con anterioridad por la trabajadora, está conservará el derecho “al conjunto de

¹⁷¹En este sentido **SALCEDO BELTRÁN, M.C.:** *El deber de protección...*, op.cit., pág. 125, dice que en el caso de la movilidad funcional “habrá que remitirse a lo dispuesto en el artículo 39 del ET, con la única diferencia que en este caso se trata de una obligación empresarial frente a la regulación estatutaria que la determina como una facultad”, **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora”..., op. cit., pág.108, dice que “ se trata de un nuevo supuesto de movilidad funcional que comparte régimen jurídico con el regulado en el artículo 39 LET , pero no su presupuesto habilitante y características, tratándose de una movilidad distinta, por razones sanitarias, más urgente y necesaria que las debidas a razones técnicas u organizativas”.

¹⁷²**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.140.

¹⁷³*Guía sobre riesgos laborales...*, op. cit., pág. 77.

retribuciones de su puesto de origen”. En este caso se entiende que el legislador se está refiriendo al supuesto de traslado a funciones inferiores y peor retribuidas puesto que si se trata de funciones superiores y con mayor salario, aunque nada se dice, remitiéndose al artículo 39 LET, la trabajadora tendrá” derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen”¹⁷⁴

Ahora bien, la redacción del precepto del artículo 26 LPRL “al conjunto de retribuciones de su puesto de origen” referida al desempeño de funciones inferiores, sí se diferencia sustancialmente de lo establecido en el artículo 39 LET, referida exclusivamente a la “retribución de origen”. Por consiguiente, al exigir la LPRL el mantenimiento del “conjunto de las retribuciones” quiere decir claramente que esa retribución engloba todos los complementos del puesto de origen, incluyendo también los correspondientes a circunstancias no presentes en el nuevo puesto de trabajo¹⁷⁵.

En el caso de que la trabajadora sea trasladada a un puesto mejor retribuido y con respecto al mantenimiento de las percepciones económicas disfrutadas, pese a la dicción literal del artículo 26 LPRL que establece que “la trabajadora conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen” se entiende que el legislador se refiere al caso de que la trabajadora sea trasladada a un puesto con una retribución inferior. Por tanto, es lógico pensar que si la trabajadora va a realizar funciones superiores percibirá la retribución correspondiente a las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.3 ET., para prevenir el enriquecimiento injusto del empresario.

La LPRL adolece de falta de concreción respecto de este cambio de puesto de trabajo o función, de lo cual derivan varios aspectos problemáticos. Por un lado está el supuesto de que la trabajadora sea trasladada a un puesto de trabajo mejor remunerado o de grupo o categoría profesional superior como hemos visto en el apartado anterior y por otro los supuestos de posibilidad o no de desplazamiento de la trabajadora o de necesidad de

¹⁷⁴ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.143.

¹⁷⁵ **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., págs. 108 y 109.

certificado médico no sólo para el traslado, sino también para el retorno al puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad.

Haciendo referencia a si el cambio de puesto de la trabajadora podría acarrear al mismo tiempo un desplazamiento, se ha venido señalando que esta posibilidad supondría una alteración de la finalidad protectora del precepto y podría tener efectos negativos sobre la trabajadora.

La LPRL no hace referencia expresa a una posible movilidad geográfica de la trabajadora en situación de riesgo por embarazo, parto reciente o en periodo de lactancia. Esta cuestión es importante ya que de admitirse como posible el cambio de residencia éste procedería con carácter preferente a la suspensión del contrato de trabajo.

Parece, y así lo considera la doctrina científica, que el silencio legal acerca de una posible movilidad geográfica cierra toda posibilidad a que la misma pudiera llevarse a cabo, ya que podría suponer un riesgo más para la salud de la madre, del feto o del hijo. Es decir, la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo constituye un límite a la facultad empresarial de cambio de lugar de trabajo¹⁷⁶.

Con respecto a la certificación médica que acredita la existencia de un perjuicio para la salud de la trabajadora o de su hijo, hay que tener en cuenta que dicha exigencia no está de acuerdo con la normativa comunitaria donde se reconoce el derecho al cambio de puesto de manera incondicionada desde que se tenga constancia de la existencia de un riesgo que no se puede evitar ni paliar.

Los problemas que surgen respecto de la necesaria certificación médica dan lugar al planteamiento de numerosas cuestiones. Entre ellas se encuentra en primer lugar la naturaleza esencialmente pública de la intervención médica en relación con los riesgos derivados del embarazo. En segundo lugar estaría el desdoblamiento de la intervención médica, como ya se señaló anteriormente, en dos fases diferentes, interviniendo a su vez dos sujetos distintos, con una fase previa de informe, que queda reservada al facultativo que en el Servicio Público de Salud atiende a la trabajadora

¹⁷⁶ PÉREZ CAMPOS, A.I.: "Salud laboral y trabajo femenino" ..., op.cit., págs. 208-210.

embarazada y una fase de certificación que compete a los Servicios Médicos del INSS y de las Mutuas, dónde se haga constar que la trabajadora debería de desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado¹⁷⁷. Esto supone una complicación burocrática¹⁷⁸ que disminuye o limita la eficacia del derecho, al mismo tiempo que puede plantear un problema cuando el médico personal de la trabajadora no pertenezca al sistema nacional de salud.

En los casos de retorno de la trabajadora a su puesto de origen por haber cesado la situación de riesgo en éste y debido al silencio del legislador en este extremo parece lógico pensar que así como es necesario el certificado¹⁷⁹ para acreditar el riesgo también debe serlo para concluir en su desaparición.

Por otro lado es una tarea bastante difícil para las empresas el disponer de funciones distintas dentro del mismo puesto de trabajo de la trabajadora, o puestos de trabajo distintos, aptos para ser llevados a cabo por la trabajadora por estar exentos de riesgos para su estado de gestación, puerperio o lactancia. Sin embargo, esta predeterminación de funciones y puestos de trabajo exentos de riesgos aporta seguridad jurídica y eficacia a las evaluaciones de riesgos.

Estas dificultades de aplicación podrían haber dado lugar a la posible infrutilización de este supuesto de cambio de trabajo o función y el consiguiente paso directo al siguiente nivel de protección, que consiste en la

¹⁷⁷ **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** "Salud laboral y trabajo femenino" ..., op.cit., págs.206 y 207.

¹⁷⁸ En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.131, dice que "cabe pensar que si el cambio de puesto evita el acceso a la prestación social, la certificación de la Entidad Gestora o Colaboradora controla indirectamente el acceso a tal protección. Si la finalidad de la certificación es el control de acceso a la protección social, el trámite de la certificación aparte de aportar complejidad por la burocracia que implica, resulta absolutamente contrario al mandato de la norma comunitaria".

¹⁷⁹ En este sentido **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs.58 y 59, señalan sin embargo que "las dudas se pueden suscitar en ambos supuestos en la determinación del momento en que, manteniéndose el embarazo o la lactancia, cesa la situación de riesgo en el puesto de trabajo. La solución en este caso debe venir de su constatación por los servicios de prevención de la empresa, sin necesidad de nuevo informe del facultativo del SPS (dado que este se limita a constatar el estado biológico de la trabajadora), pero dejando a salvo la posibilidad de que la trabajadora reclame de nuevo una certificación médica sobre la situación de riesgos".

suspensión del contrato con derecho al percibo de una prestación de la seguridad social¹⁸⁰.

Según lo establecido en el artículo 26.2 LPRL, “el cambio de puesto de trabajo o función se llevará de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional, y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación”. Esto último sucederá cuando la trabajadora deje de encontrarse en situación de embarazo o cuando el proceso de gestación lo permita. También puede durar hasta que comience el periodo de suspensión del contrato por maternidad o bien hasta que se produzca la adaptación posterior de las condiciones y/o del tiempo de trabajo y por consiguiente cesen los riesgos del puesto de trabajo originario que provocaron la movilidad. Obviamente esta medida preventiva de cambio de puesto de trabajo o función también finalizará cuando se extinga el contrato de trabajo.

Este tipo de movilidad funcional, por consiguiente, es especial, no sólo por su presupuesto habilitante, sino por su intrínseco carácter temporal. Una vez pasado o eliminado el riesgo, la trabajadora volverá a su puesto original sin posibilidad de consolidar el nuevo, aunque lo desempeñe durante un largo espacio de tiempo, ni de promocionar, al contrario de lo que sucedería aplicando estrictamente las reglas de movilidad funcional del artículo 39 LET.

Sin embargo, si por razones congénitas o secuelas derivadas del proceso de gestación o del parto, el estado biológico de la mujer perdiera de por vida su inmunidad frente a los riesgos del puesto de trabajo originariamente ocupado, en este caso el principio de adaptación del trabajo a la persona generará el derecho de la trabajadora a ocupar definitivamente el puesto transitoriamente desempeñado u otro similar, protegida siempre del riesgo al que resulta sensible la trabajadora.

Conforme al apartado 3º del artículo 26 “si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora

¹⁸⁰ CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., págs. 107 y 109.

afectada a la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) ET. Esta norma sigue las directrices normativas del artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CE y es incorporada a nuestro ordenamiento con la LCVFL¹⁸¹

La situación de suspensión de contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se produce, por lo tanto, cuando en la empresa no existen puestos de trabajo exentos de riesgo para el embarazo. Dicha situación debe estar siempre relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo. Es importante establecer una diferenciación entre la situación en que la evolución clínica del embarazo presenta problemas genéricos propios del embarazo, lo que sería una incapacidad temporal común, y aquella situación en la que la fuente del problema es la exposición laboral que genera un riesgo para la salud de la trabajadora, que presenta un embarazo clínico sin problema, y/o el feto, situación que daría origen al subsidio de riesgos durante el embarazo¹⁸².

La norma es ambigua, sobre todo porque puede fundarse en que el cambio de puesto de trabajo “no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados¹⁸³”. Estos motivos no pueden ser técnicos, de modo que podrían ser económicos, o de otra índole, por ejemplo que produjeran algún tipo de perjuicio para los derechos profesionales de la trabajadora y que no permitieran adoptar una medida de movilidad funcional.

Por su parte esta suspensión del contrato de trabajo también podría basarse en dificultades técnicas u objetivas, que serán normalmente circunstancias relativas a la organización de la empresa, como la no existencia de puestos exentos de riesgos, la no capacitación de la trabajadora, etc.

¹⁸¹ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.59.

¹⁸² *Guía sobre riesgos laborales...*, op. cit., pág. 80.

¹⁸³ En este sentido **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** “Salud laboral y trabajo femenino”...,op.cit., págs. 214 y 215, dice que “en este supuesto legal la referencia a lo razonable (...) da entrada, sin duda, al empleo de criterios de valoración de los costes y beneficios derivados del cumplimiento de estos deberes en materia de garantía de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada.(...)Se está dando preferencia a las necesidades organizativas de la empresa frente a la tutela de la seguridad o salud de la trabajadora embarazada. Tales valoraciones dan lugar a la entrada de otro sujeto, la Seguridad Social, para afrontar el coste de la protección de la trabajadora embarazada”.

En la práctica esta ambigüedad deriva en la facilitación de esta medida suspensiva como vía para afrontar esta problemática de riesgos, eludiendo el empresario la aplicación preferente de las medidas preventivas precedentes. Esto es así porque la genérica formulación legal que exige una interpretación restrictiva deja en manos del empresario la decisión sobre la imposibilidad o inexigibilidad del cambio de puesto, sin sujeción a control alguno, negativa que, no obstante, deberá ampararse en motivos empresariales que no lo hagan exigible, bien sean organizativos, técnicos o productivos. Se echan en falta, no obstante, mecanismos que permitan apreciar con un mínimo de imparcialidad la existencia o ausencia de esas circunstancias que justifican la transferencia de la responsabilidad económica a la Seguridad Social¹⁸⁴.

Otra cuestión que se plantea con respecto a la literalidad de la norma, es la derivada de la expresión utilizada por el artículo 26.3 LPRL de que “podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato”. De este modo da la impresión de que el legislador concede al empresario el derecho a pasar a la trabajadora a la situación de suspensión del contrato o a otra situación alternativa cuya identificación no es desvelada por la norma. No debe interpretarse en ese sentido este artículo, no sólo porque la Directiva 92/85/CEE señala preceptivamente que “la trabajadora embarazada estará dispensada de trabajo” sino porque se trata del reconocimiento de un derecho a favor de la trabajadora, en beneficio de su salud o la de su hijo, de manera que para el empresario nunca se convertirá en una decisión a adoptar en función de su interés empresarial¹⁸⁵.

La suspensión del contrato se configura, por tanto, como una obligación para la empresa de darse la situación descrita en el artículo 26.3 LPRL y de existir una certificación médica (solicitada oportunamente por la trabajadora) que acredite la situación de riesgo que justificaba el cambio de puesto de trabajo conforme al artículo 26.2 LPRL¹⁸⁶. La suspensión no es sólo un derecho de la trabajadora si se cumplen todos los requisitos y condiciones

¹⁸⁴ **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** “Salud laboral y trabajo femenino” ..., op.cit., pág. 215.

¹⁸⁵ **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., pág.111.

¹⁸⁶ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.59.

del artículo 26 LPRL, sino que se convierte en un deber al igual que el resto de las medidas. La LPRL en su artículo 29.6 impone al trabajador la obligación de cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar condiciones de trabajo seguras que no entrañen riesgos para su seguridad y salud, obligación que ha de ser entendida dentro del más genérico deber de obediencia al empresario y de sometimiento a las exigencias de la buena fe (artículo 20.1 y 2 ET)¹⁸⁷.

Las características a destacar de esta posibilidad de suspensión del contrato de trabajo son dos: la de obligatoriedad, como se acaba de señalar y la de temporalidad. Su obligatoriedad hace referencia a que no son susceptibles de renuncia, habida cuenta de la propia finalidad de la norma, cuya aspiración no es sólo la protección de la trabajadora, sino también la del feto o hijo de ésta. La temporalidad es consecuencia de que su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia.

Sin embargo la obligada suspensión contractual, cuando concurren determinadas circunstancias, tanto para el empresario como para la trabajadora, no va a impedir la posible reclamación de ésta frente a la situación suspensiva del empresario, en el caso de que la trabajadora estime que la imposibilidad del cambio de puesto es inexistente o los motivos alegados no justifican la inexigibilidad¹⁸⁸.

La finalidad de esta suspensión del contrato de trabajo, además de conseguir la estabilidad en el empleo para la mujer, es procurar que el trabajo no perjudique ni a la trabajadora embarazada ni al feto en su gestación.

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, aunque formalmente se presenta como institución de suspensión contractual, materialmente nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y del feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por aquélla, formando parte, por tanto, del derecho de la trabajadora a su protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral (artículo 14.1 LPRL).

¹⁸⁷ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.152.

¹⁸⁸ **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** "Salud laboral y trabajo femenino" ..., op.cit., pág.218.

La situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo¹⁸⁹ (artículo 45.2 del ET).

El artículo 11.1 de la Directiva 92/85/CE dispone que “deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras” En nuestra normativa se acompaña a la suspensión contractual con el reconocimiento de esta situación biológica como una contingencia que tiene asignada una prestación económica de la Seguridad Social.

Esta suspensión del contrato de trabajo podrá iniciarse cuando concurren dos requisitos. En primer lugar cuando se constate el riesgo en el puesto de trabajo. Esto debe ser acreditado por la Entidad Gestora o la Mutua, de manera que si dicha certificación no se produce no podría plantearse la suspensión según el artículo 26.3 LPRL.

En segundo lugar, se requiere la verificación por la empresa de la imposibilidad de las medidas del artículo 26.2 LPRL. En efecto, será necesario que la empresa acredite “la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”, debiendo ir acompañada dicha declaración de informe sobre estos particulares emitido por el servicio de prevención propio de la empresa (artículo 39.4 b) RD 295/2009). Esta es una cautela normativa a la que se somete la conducta empresarial que puede frenar cualquier maniobra fraudulenta por parte de la empresa encaminada a impedir la movilidad de la trabajadora y pasar directamente a la suspensión¹⁹⁰.

Esta suspensión por riesgo durante el embarazo durará “el período necesario para la protección de la seguridad o salud de la trabajadora y

¹⁸⁹ **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** “Salud laboral y trabajo femenino” ..., op.cit., págs. 211 y 212.

¹⁹⁰ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.147.

mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado” (artículo 26.3 LPRL)¹⁹¹.

Por lo tanto la suspensión tendrá carácter temporal, prolongándose cuánto sea necesario para proteger la salud de la trabajadora o del feto, así como la propia viabilidad del embarazo y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Se constata de esta manera cómo la duración de la suspensión está abierta y condicionada a las causas que la motivan¹⁹².

Por otra parte, el artículo 48.5 LET prevé que en el supuesto de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 26 LPRL, “la suspensión del contrato finalizará el día que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado” (artículo 26.3 LPRL). También finalizará obviamente en caso de aborto.

Los efectos en la relación contractual de la situación de suspensión son los generales para los supuestos suspensivos: reserva de puesto de trabajo y antigüedad (en este caso por aplicación del artículo 46.1 ET).

También se aplica la previsión contenida en el artículo 48.4 in fine ET, según el cual, “los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato” que incluye los supuestos de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

Con respecto al disfrute de las vacaciones, el artículo 38.3.2 LET establece que en caso de que el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de

¹⁹¹ NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs.60 y 61.

¹⁹² PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino” ..., op.cit., pág. 219.

dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

Por otra parte hay una serie de garantías en materia de extinción del contrato, dónde se contemplan estos supuestos de suspensión. La LCVFL, trasponiendo la Directiva 92/85/CEE, estableció más garantías del ejercicio de los derechos laborales relacionados con la maternidad, asegurando la permanencia de la trabajadora en el empleo en aquellos casos en que la extinción del contrato se inste por el empresario con ocasión de su disfrute. Este objetivo se materializó mediante la reforma de los artículos 52 d), 53.4 y 55.5 del ET (referidos al despido objetivo y disciplinario, respectivamente) y los correlativos de la LPL (artículos 108.2, 122.2 y 189.1).

Una de estas garantías sería la contenida en el artículo 52 d) ET que, a efectos de justificación de una extinción contractual por absentismo excluye del cómputo de las faltas de asistencia las ausencias debidas, entre otras causas, a maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (tras la reforma del precepto con el RDL 10/2010 ya se incluye expresamente el supuesto de ausencias por riesgo durante la lactancia natural)¹⁹³.

Otra medida consistió, por una parte, en compendiar en los artículos 53.4 y 55.5 del ET los supuestos, ligados a la protección por maternidad o al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, durante los cuales cualquier decisión extintiva del empresario (despido objetivo y disciplinario) debía merecer la calificación de nulidad. Entre las situaciones protegidas frente a la extinción del contrato se encuentran: la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, por riesgo durante el embarazo, por adopción o acogimiento preadoptivo y permanente de un menor de seis años, el embarazo de la trabajadora desde su inicio hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por maternidad, el permiso por lactancia y la reducción de jornada por guarda legal y la excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares. El legislador establece que el despido será nulo “salvo que se declare la

¹⁹³ NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs.62 y 63.

procedencia de la decisión por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.” La LOIMH ha seguido la estela marcada por la LCVFL, si bien amplia sensiblemente el número de supuestos protegidos y, sobre todo, la extensión temporal de la tutela. Con la LOIMH se añaden supuestos nuevos en los que se opta por la calificación de nulidad del despido, entre ellos el de la extinción del contrato por riesgo durante la lactancia¹⁹⁴.

Durante este tiempo de suspensión se mantiene la obligación empresarial de cotizar, según señala expresamente en la actualidad la Disposición Final segunda del RD 295/2009, de 6 de marzo. Sin embargo la cuota empresarial por todos los conceptos, incluidos los de contingencias profesionales y cuotas de recaudación conjunta, de una trabajadora en suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia pueden ser bonificadas al 100% si se realiza un contrato de sustitución con una persona desempleada, según redacción de la Disposición Adicional décimo sexta de la LOIMH. De igual manera el contrato de interinidad que podría realizarse para sustituir a la trabajadora podría estar también bonificado hasta el 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluyendo las debidas por contingencias profesionales y las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, cuando se realice con persona desempleada, según señaló el artículo 1 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, modificado posteriormente por la LCVFL, para incorporar la suspensión por riesgo durante el embarazo y por la Disposición Adicional décimo quinta de la LOIMH para incorporar el riesgo durante la lactancia natural.

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural tiene reconocida su correspondiente situación protegida por la legislación de Seguridad Social, tal y como disponen los artículos 134 y 135 bis LGSS. Las prestaciones correspondientes a las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia natural tienen la naturaleza de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, según estableció la LOIMH, lo que obvia la necesidad de

¹⁹⁴ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.202-204.

periodo previo de cotizaciones, pero no el alta. Es exigible que la trabajadora se encuentre en alta real (también presunta), pero no se permite el acceso al subsidio desde una situación asimilada al alta. Deberán asimismo estar afiliadas a la Seguridad Social. Haciendo referencia a la relación entre la Incapacidad temporal y el riesgo durante el embarazo, el artículo 45.1 RD 295/2009 señala que cuando la trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicita la prestación de riesgo durante el embarazo, no procede el reconocimiento del subsidio hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas, incorporando la misma solución cuando se trata de la situación contraria, del paso de situación de riesgo durante el embarazo a incapacidad temporal¹⁹⁵.

Esta prestación económica se diferencia, por consiguiente, de lo que suele ser habitual en el sistema de la Seguridad Social ya que con ella no se pretende reparar o compensar un daño o una situación de necesidad ya actualizada, sino que estamos ante una prestación netamente preventiva que busca evitar, justamente, la actualización del riesgo en daño preservando la salud de la trabajadora¹⁹⁶. Esta prestación tiene como objetivo igualmente, la cobertura de la pérdida de ingresos que se produce en los periodos de suspensión del contrato.

Son beneficiarias de esta prestación las trabajadoras por cuenta ajena en situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo, cuando estén dadas de alta y afiliadas aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente¹⁹⁷. La base reguladora se obtiene por la adición de dos sumandos: El primero sería la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior al de la fecha en que se inicie la suspensión del contrato, sin horas extraordinarias dividida por

¹⁹⁵CAIRÓS BARRETO, D.M.: "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., págs.111 y 112.

¹⁹⁶MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección de colectivos especiales" ..., op.cit., pág.404.

¹⁹⁷Cuantía establecida por el RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

el número de días a que corresponda dicha cotización. El segundo sería la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior, dividida entre 365 días. Esta se determinará de manera distinta en los casos de pluriempleo, trabajo a tiempo parcial, contratos para la formación y para los colectivos de artistas y profesionales taurinas.

El derecho al subsidio nace desde el mismo día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Este se abonará durante el periodo de suspensión o permiso necesario para la protección de la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto. Este derecho se extingue por diversas causas: suspensión del contrato de trabajo por maternidad, reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas, interrupción del embarazo y fallecimiento de la beneficiaria.

El reconocimiento del derecho corresponde a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales. La entidad gestora competente podrá declarar la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, así como la entidad que, en su caso, deba anticiparlas.

El derecho al subsidio puede ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria: actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio, realice cualquier trabajo o actividad, ya sea por cuenta ajena o propia, excepto en aquellas actividades que la trabajadora viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo y durante los periodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas.

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponde a la entidad gestora (INSS o ISM) o a la mutua de accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante la mencionada situación se produzca un cambio de la entidad.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho se inicia a instancia de la interesada ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda, solicitando la certificación médica sobre la existencia de riesgo, para ello deberá aportar: un informe del médico del servicio público de salud en el que se acredite la situación del embarazo y la fecha probable del parto y un certificado de la empresa sobre la actividad que realiza y las condiciones del puesto de trabajo.

En el caso de que la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo denegará la expedición de la certificación médica, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

Una vez que se certifique el riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo.

Son beneficiarias de esta prestación económica, a parte de las trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el campo de aplicación del RGSS y Regímenes Especiales ya nombradas anteriormente, las socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadoras de las sociedades laborales, con independencia del régimen de la Seguridad Social en el que estén en alta (disposición adicional primera de la LCVFL). También las trabajadoras por cuenta propia incluidas en el campo de aplicación del RGSS y Regímenes Especiales.

En el caso de los regímenes especiales, la prestación se concede en los mismos términos y condiciones que en el régimen general de la Seguridad Social con algunas particularidades. Son destacables las características

especiales en relación a la pluriactividad y a los trabajadores por cuenta propia o autónomos¹⁹⁸.

En caso de que no se reconozca inicialmente el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo por no concurrir la situación protegida en el momento de la petición, 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, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo. En caso de denegación de la prestación hay múltiples vías que estas trabajadoras pueden utilizar¹⁹⁹ para hacer valer su derecho.

Por lo tanto, el coste de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural se asume íntegramente por parte del sistema público de Seguridad Social, tanto en lo que hace referencia a las cotizaciones de la trabajadora y su sustituto, como en cuanto al subsidio a favor de la trabajadora. Todo lo anterior junto con las dificultades de la pequeña y mediana empresa para la adaptación de las condiciones de trabajo o la modificación de funciones, traen como consecuencia la infrautilización de las medidas iniciales y el intento de pasar a la trabajadora a la situación de suspensión del contrato, lo que justifica, a su vez, el fomento del mantenimiento del empleo de la trabajadora en estas situaciones²⁰⁰, ya que sus posibilidades de empleo podrían ser menores como consecuencia de los mayores costes que pueden derivarse de su contratación, como, por ejemplo, los derivados de la prevención en estas situaciones²⁰¹.

Por otra parte y dentro del apartado cuarto del artículo 26, las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

¹⁹⁸ *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2012, págs.26-32.

¹⁹⁹ *Guía de salud laboral. Prevención de riesgos laborales...* op.cit., pág. 33

²⁰⁰ **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., págs.112 y 113.

²⁰¹ **MOLINA NAVARRETE, C.:** "La protección de colectivos especiales" ..., op.cit., pág.404.

La trabajadora podrá disfrutar asimismo de un periodo de descanso por maternidad biológica. La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente. El derecho a la prestación nacerá a partir del mismo día de la fecha del parto o desde la fecha de inicio del descanso, de ser éste anterior. El periodo durante el cual se recibirá la prestación es de dieciséis semanas ininterrumpidas que se ampliarán en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo, si se trata de un parto múltiple. El periodo de descanso se distribuirá a opción de la interesada, salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que son de descanso obligatorio para la madre.

IV.2 EN LA LACTANCIA

La lactancia es un periodo de duración variable que puede durar, según los casos, de varios meses a varios años. La lactancia puede ser natural o artificial o, incluso, mixta. Esta lactancia, si es natural, implica un estrecho y repetido contacto con el niño, conexión que si la madre está expuesta en su trabajo a agentes físicos o químicos pueden secretarse en la leche materna y así transmitirse al recién nacido; o incluso transmitirse también por otras vías: cutánea, respiratoria, por la ropa, etc.²⁰².

A su vez, el delicado equilibrio hormonal del que depende la producción de leche materna puede verse afectado también por sustancias químicas o por condiciones de trabajo (estresores, jornadas prolongadas, trabajo nocturno o a turnos, situaciones de alejamiento prolongado madre-criatura, etc.) En concreto, las alteraciones hormonales provocadas por el estrés, podrían tener repercusión en la producción láctea. La secreción de prolactina sigue un ciclo circadiano, lo que se vería alterado cuando la mujer trabaja a turnos y, por tanto, afectaría a la producción láctea. Durante esta etapa además, existe la posible alteración de la capacidad reproductiva del lactante varón por afectación de las células precursoras de los espermatozoides cuyo número definitivo se establece durante los seis primeros meses de vida²⁰³.

Por estos motivos nuestra legislación otorga una especial importancia a la prevención de los riesgos laborales en esta etapa de lactancia natural.

La nueva redacción dada al apartado 4 del artículo 26 LPRL por la LOIMH ha supuesto un cambio sustancial en el régimen jurídico²⁰⁴ de la situación de riesgo durante la lactancia, aproximándolo al establecido por la LCVFL para la situación de embarazo y, en consecuencia, dando cumplimiento, aunque muy tardío, a la Directiva 92/85/CEE.

²⁰² **PÉREZ CAMPOS, A.I.:** "Salud laboral y trabajo femenino" ..., op.cit., pág.199.

²⁰³ *Directrices para la evaluación de riesgos...*, op.cit., págs.10 y 101.

²⁰⁴ En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.164, dice que "tanto la suspensión por riesgo durante el embarazo como durante la lactancia natural quedan configuradas dentro del Estatuto de los Trabajadores bajo un régimen jurídico propio".

La situación de riesgo durante el embarazo y la de riesgo durante la lactancia natural cuentan en la actualidad con unas medidas de prevención y protección análogas. Sin embargo la ambigua e imprecisa redacción de la norma sigue creando diversos problemas interpretativos que dan lugar a que surja la duda sobre si el régimen legal previsto en el artículo 26 LPRL para el embarazo y la lactancia es el mismo o diverge en algún punto; discrepancia que supondría una contradicción con respecto a la normativa comunitaria que realiza un tratamiento conjunto y uniforme de ambas situaciones.

El apartado 4 del artículo 26 LPRL señala que “lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será 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 INSS o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en función de la entidad con la que tenga la empresa concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

La necesidad de aportación de un certificado por la trabajadora, es quizás uno de los puntos más conflictivos de la regulación española en materia de protección de la lactancia. Con la nueva redacción de la LPRL dada por LOIMH se ha homogeneizado el contenido de la certificación con la exigida para el riesgo durante el embarazo. Si esta exigencia de certificado en la fase preventiva para el riesgo durante la lactancia natural (también lo era para el riesgo durante el embarazo) tuviese propósitos fiscalizadores del acceso a una futura prestación social como única finalidad, no sería acorde con el mandato comunitario pues la Directiva 92/85/CEE no establece ninguna formalidad para activar las medidas de prevención.

A diferencia de la situación de riesgo durante el embarazo, el apartado cuarto respecto al primero del artículo 26 LPRL realiza un distinto

tratamiento sobre los elementos cuya influencia negativa en la lactancia es necesario certificar facultativamente. En el apartado primero se hace distinción entre “agentes, procedimientos y condiciones de trabajo” que deben analizarse en la evaluación y pueden repercutir negativamente en el embarazo; por el contrario, el apartado cuarto, respecto de la lactancia, sólo hace referencia a las “condiciones de trabajo” cuya influencia negativa es necesario certificar.

La LPRL no incluye a la trabajadora lactante entre las categorías de trabajadoras a las que se debe tener en cuenta para la realización de la evaluación de riesgos. Sin embargo, la obligatoriedad de la evaluación de riesgos²⁰⁵, está fuera de toda duda ya que constituye el punto de partida del régimen de protección de la maternidad establecido tanto en el artículo 26 LPRL como en la norma comunitaria²⁰⁶.

Otra duda interpretativa que plantea la norma es la de si es necesario el certificado para activar todos los niveles de protección previstos, incluida la adaptación del puesto de trabajo. Aunque aparentemente se está exigiendo a la lactancia natural las mismas condiciones que se exige en relación al embarazo, una lectura más detenida parece llevar a otra conclusión. Esta sería que en relación al embarazo, es suficiente para la adaptación de las condiciones de trabajo que así resulte de la evaluación de riesgos; en cambio, en caso de lactancia, la literalidad de la norma muestra que la adopción de tales medidas parece estar condicionada por la presentación del certificado médico que constate la influencia negativa de las condiciones de trabajo en la salud de la trabajadora o del hijo. Sería, por tanto, la trabajadora la que iniciaría el proceso preventivo mediante la

²⁰⁵En este sentido *Guía sobre riesgos laborales...*, op.cit., pág.85, dice que “si la evaluación de riesgos pone en evidencia la existencia de riesgos para la lactancia y no es técnica ni objetivamente posible eliminar dicho riesgo a través de la adaptación de las condiciones de trabajo, ni a través del cambio de puesto, la legislación prevé la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, con derecho a una percepción de una prestación económica”. Por su parte **AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.: Factbook. Prevención de riesgos...**, op.cit., pág.282, establece que “como parte de la evaluación de riesgos, el técnico de prevención debe obtener información sobre los productos químicos a los que están expuestas las madres en periodo de lactancia. La información debe recoger el potencial de paso del producto químico al niño”.

²⁰⁶**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.157.

presentación del certificado en el que se hiciese constar el peligro que para ella supone su puesto de trabajo y no el empresario que, a pesar de conocer los resultados de la evaluación y la situación de lactancia, no estaría obligado legalmente a adoptar medida alguna hasta que no se las requiriese formalmente.

Se entiende que no puede realizarse una interpretación literal de la norma, pues no sólo contradice la norma comunitaria sino que difiere del régimen protector establecido para el riesgo durante el embarazo. Por ello al ser obligatoria la previa evaluación de riesgos, la certificación sólo debe exigirse en caso de insuficiencia en la adaptación de las condiciones²⁰⁷ o del tiempo de trabajo para proceder a la movilidad funcional (como sucede en la situación de riesgo durante el embarazo, a cuyo régimen legal el legislador remite expresamente).

Por lo tanto la certificación médica del apartado cuarto en relación a la movilidad funcional del apartado segundo, se requerirá en el mismo momento que en el supuesto de riesgo durante el embarazo. La certificación no sería necesaria para proceder a adaptar las condiciones del puesto de trabajo ni tampoco para cambiar a la trabajadora de puesto o función si es imposible la adaptación: el empresario debe proceder a la movilidad funcional directamente ya que sigue existiendo la situación de riesgo. No obstante, si se ha realizado la adaptación pero resulta insuficiente la propia trabajadora podrá demostrar la ineficacia de las medidas y exigir formalmente el cambio a través de la certificación médica en la que se haga constar que las condiciones de su puesto de trabajo, a pesar de la adaptación, continúan generando riesgos para la situación en la que se encuentra²⁰⁸.

Al igual que en la situación de riesgo durante el embarazo, se considera que el informe del médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora es el instrumento idóneo, tanto para hacer constar la comunicación de la situación de lactancia como

²⁰⁷En este sentido **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 58, establecen que *“debe interpretarse en este caso que la certificación exigida sólo se refiere a la remisión que efectúa el apartado 4º al apartado 2º, y no al apartado 1º del artículo 26, dónde no entra en juego la exigencia de certificación médica”*.

²⁰⁸**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.161 y 162.

para certificar que las condiciones de trabajo pueden repercutir negativamente en la trabajadora y poder solicitar una evaluación individualizada en la que se concreten los riesgos subjetivos de la trabajadora no detectados en la evaluación general²⁰⁹.

En relación a las medidas preventivas previstas en el apartado cuarto del artículo 26 para la situación de riesgo durante la lactancia natural, se observan en ellas las mismas características que en las medidas previstas para la trabajadora embarazada. Se remite directamente este apartado cuarto al régimen jurídico establecido para las mismas en los apartados 1 y 2 de dicho artículo.

Sin embargo, a pesar de esta análoga regulación, hay que señalar ciertas peculiaridades propias de cada situación que, aunque relacionadas, no son idénticas.

Haciendo referencia al carácter temporal de las medidas ya que la lactancia natural es una situación transitoria que no se prolonga indefinidamente en el tiempo, hasta la nueva regulación introducida por la LOIMH, el debate que se planteaba era el de su duración. Ahora ese debate respecto al periodo máximo de duración de la suspensión del contrato ha sido resuelto ya que la nueva redacción dada al artículo 26.4 LPRL por la LOIMH únicamente tiene en cuenta el límite de edad de nueve meses del menor para referirse al periodo suspensivo. También, claro está, puede finalizar ese periodo suspensivo al igual que sucede con la suspensión por riesgo durante el embarazo, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a ese puesto o a otro compatible con su estado o cuando concluya la lactancia natural (si esta finaliza antes de los nueve meses de edad del menor).

Sin embargo, en relación al cambio de puesto o función, dicho artículo habla de lactancia natural en general, sin establecer límite alguno a la duración de la misma. Se entiende que en el supuesto de adaptación de las condiciones de trabajo o de movilidad funcional, la adaptación o el cambio deberán extenderse durante el tiempo que dure el amamantamiento, sea

²⁰⁹ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.158 y 159.

inferior o superior a nueve meses ya que si el legislador hubiese querido limitar el periodo de protección en estos casos lo hubiera especificado, como ha hecho en el supuesto en que procede la suspensión contractual. Por consiguiente para proceder al cambio de puesto de trabajo o a la adaptación de las mismas deben darse por fuerza dos elementos: lactancia natural y persistencia del riesgo independientemente de la edad del menor.

En el caso de la finalización del derecho a la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia natural por la llegada del término fijado, se puede plantear el problema de que continúe la lactancia natural más allá de los nueve meses del menor y por tanto siga existiendo la situación de riesgo de reincorporarse la trabajadora al puesto generador de la situación de riesgo. En nuestra legislación, al no estar prevista la suspensión del contrato para mayores de nueve meses²¹⁰, no cabría calificar la situación de la lactancia natural más allá de los nueve meses de edad como causa de suspensión prevista en el artículo 45.1.d) LET y del derecho a la prestación económica del artículo 135 ter LGSS.

Más allá de este período de nueve meses, por lo tanto, la protección específica que pueda establecerse se instrumenta por otras vías, concretamente a través de la suspensión de común acuerdo (artículo 46.3 ET), por previsión en convenio colectivo (artículo 46.6 ET) o articulando alguna fórmula específica de reducción de jornada por lactancia natural (pero sin amparo en el artículo 37.4 ET) por ir más allá de los nueve meses del menor²¹¹.

No debe confundirse la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural con el permiso por lactancia ya que su configuración jurídica es diferente en base a su diferente finalidad. El objetivo de la suspensión por riesgo durante la lactancia natural es la protección de la salud de la madre y

²¹⁰En este sentido **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág. 178, dice que *“la decisión del legislador de implantar un límite temporal a la situación protegida puede obedecer a motivos meramente presupuestarios: a la Entidad Gestora o Colaboradora, y en definitiva a la Seguridad Social, les interesa que esta situación, de tan difícil control, no se prolongue de forma indeterminada en el tiempo y que se acote temporalmente la percepción del subsidio. A pesar de ello, creemos que la norma preventiva debería haber dejado abierto el periodo de duración mientras la madre, por indicación del pediatra, lo considere oportuno”*.

²¹¹**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág. 61.

del recién nacido frente a los riesgos que rodean al trabajo de la madre, mientras que el permiso por lactancia queda configurado en la norma estatutaria como una medida estrictamente laboral con naturaleza jurídica de permiso retribuido. Esta última estaría regulada en el artículo 37.4 ET que establece el derecho de la trabajadora a interrumpir su jornada diaria en una hora, o, en su caso, a reducirla en media hora para atender la lactancia, tanto natural o artificial, del hijo menor de nueve meses y pudiendo ser disfrutado también por el padre en el caso de que ambos trabajen.

Con respecto a esa hora de ausencia y esa división en dos fracciones, debe señalarse que puede resultar insuficiente en algunos casos, como en supuestos en los que el domicilio familiar está lejos del centro de trabajo o en supuestos en los que por las circunstancias del niño es necesario una determinada frecuencia y duración de esa lactancia²¹².

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Esta prestación tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, al igual que la derivada de riesgo durante el embarazo. La cuantía de la prestación es el 100% de la base reguladora por contingencias profesionales²¹³.

El derecho al subsidio nace desde el mismo día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural.

Las características de esta prestación y sus requisitos son homólogos a los de la prestación por riesgo durante el embarazo.

²¹²**PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.:** “La salud integral de la mujer trabajadora: carencia de una efectiva protección”, *Premio Concepción Gimeno de Flaquer*, 2006, pág.19.

²¹³El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de hijo menor de nueve meses ha establecido que la cuantía de ambas prestaciones es el 100% de la base reguladora por contingencias profesionales.

Como peculiaridades cabe destacar que no procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad, cualquiera que fuere el progenitor que los disfrute. A tal efecto, quedará anulada la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad cuando, habiéndose reincorporado al trabajo, se aprecie la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral.

Esta prestación se abonará durante el periodo necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del hijo, durante el periodo de lactancia natural y finalizará el día en que se reincorpore a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, se abonará durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural.

El derecho al subsidio se extingue en las siguientes situaciones:

- En el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.
- Por extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas.
- Por interrupción de la lactancia natural.
- Por fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

La trabajadora estará obligada a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del subsidio²¹⁴.

La normativa contempla dos supuestos en los que se puede anular o suspender la prestación:

²¹⁴ *Maternidad, paternidad, riesgo durante...*, op.cit., págs.34-36.

- Cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- Cuando realice cualquier trabajo o actividad, ya sea por cuenta ajena o propia, siempre que se hayan iniciado con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, incompatibles con su estado.

V. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia en materia de prevención de riesgos laborales y maternidad ha evolucionado a la par que la normativa, proporcionando a la mujer una protección cada vez más integral al mismo tiempo que blindando sus derechos laborales de tal manera que hace posible que la prevención de su seguridad y salud y la del feto o lactante no suponga un obstáculo al desarrollo de su carrera profesional en igualdad de oportunidades.

Con referencia a la especial protección de la salud de la mujer en la situación de embarazo y en el periodo de lactancia natural, esta viene fundamentada en la específica condición biológica de la mujer que la distingue del varón. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la supresión de todas aquellas normas jurídicas que tienen como finalidad la protección de la mujer como ser fisiológicamente más débil y que, por tanto, implican reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo²¹⁵.

La vigilancia de la salud, por su parte, es un derecho de la trabajadora y no se puede convertir en un instrumento de control empresarial de aptitudes o capacidades de las empleadas²¹⁶. Por otro lado, conforme al artículo 22.1 LPRL, los reconocimientos médicos son, como regla general, voluntarios para el trabajador, como corresponde al derecho de toda persona a su intimidad y a disponer libremente de su cuerpo y de su salud. De hecho, las excepciones que el artículo 22 LPRL contempla a la necesidad de consentimiento del trabajador son tan amplias que pueden convertir la obligatoriedad de los reconocimientos en la regla general, como se reconoce en la STS 28/12/2006, pero tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente de acuerdo a la doctrina constitucional²¹⁷.

En relación a las situaciones jurídicas protegidas en el artículo 26 LPRL, éstas son en las que se encuentran las trabajadoras embarazadas o

²¹⁵Véase la STC 229/1992, de 14 de diciembre.

²¹⁶Véase la STS 196/2004.

²¹⁷**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.41.

lactantes que puedan sufrir en su puesto de trabajo un riesgo que influya negativamente en su salud y su seguridad y/o la del feto o la del niño. Por consiguiente, no se pretende proteger la salud de la trabajadora embarazada o lactante frente a las posibles patologías o enfermedades ya diagnosticadas que dicho estado conlleva y que son ajenas al trabajo²¹⁸.

Las situaciones a las que se pretende dar cobertura son producto del ambiente laboral, siendo necesario que exista una relación de causalidad entre el trabajo desempeñado por la trabajadora y el riesgo que puede afectar a su situación, ya sea porque la trabajadora esté en contacto con sustancias o agentes que conlleven tales riesgos o por el empleo de determinados procedimientos de trabajo o por las condiciones del puesto de trabajo, y además que se originen con la única presencia de una situación de riesgo y no con el riesgo actualizado²¹⁹, es decir manifestado ya el daño en la salud o declarada la patología²²⁰. Por lo tanto la situación protegida es una mera situación de riesgo o peligro²²¹.

El riesgo, por tanto, debe tener relación con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados por la mujer; en otro caso, es decir, en otras situaciones de riesgo, como las que derivan de patologías propias que se pueden presentar en cualquier embarazo y que

²¹⁸Véanse la STSJ de Navarra de 30 de abril 2002, (AS 2002/1616); STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2003 (AS 2004/1254) o la STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004/2312).

²¹⁹Véanse entre otras muchas, TSJ Murcia de 9 de marzo de 2009; STSJ Murcia de 11 de mayo de 2009; TSJ Aragón de 3 de diciembre de 2009; STSJ Asturias de 7 de noviembre de 2008 y STSJ de Madrid de 8 de julio de 2002 (AS 2002/3761) que reconoce la procedencia del cambio de puesto de trabajo cuando la dosis de radiación a la que estaba expuesta la trabajadora no alcanzaba el límite máximo permitido por el artículo 10 del RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, porque “ aunque según la norma reglamentaria no se alcanzan los niveles que supondrían un peligro, es evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto de trabajo en el que la mujer deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo”.

²²⁰**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 73 y 74.

²²¹Véanse entre otras SSTSJ Aragón de 10 de julio de 2008 y de 15 de julio del mismo año y STSJ Cataluña de 1 de junio de 2004.

son ajenas a la etiología profesional, pueden quedar cubiertas por la prestación de incapacidad temporal²²².

Un problema adicional que puede presentarse en estos casos es la imposibilidad de reconocerle a la trabajadora derecho a la prestación por riesgo estando el contrato suspendido previamente por IT. De acuerdo con el artículo 37.1 RD 295/09 de 6 de marzo, si la trabajadora está en IT no es posible acceder al subsidio de riesgo durante el embarazo hasta que no se extinga la IT por cualquiera de sus causas. La doctrina jurisprudencial es que la prestación por riesgo sólo podrá solicitarse una vez que finalice el periodo de IT y por consiguiente cuando el riesgo se actualiza, por tener que incorporarse la trabajadora a su puesto de trabajo²²³.

Otro problema que se puede plantear es cuando se discute que una situación de suspensión previa por contingencias comunes debió ampararse en una suspensión por riesgo. En este sentido se admite por los tribunales²²⁴ que el hecho de que la baja se haya producido por enfermedad común, y que se encontrase la trabajadora en tal situación cuando solicita la prestación económica por riesgo durante el embarazo, no es argumento suficiente para denegar esta solicitud viendo el diagnóstico y el riesgo que el trabajo desempeñado suponía para el feto y la trabajadora²²⁵.

²²²Véanse STSJ Asturias 8-1-2010 en la que para el Tribunal no cabe duda que en fecha de inicio del proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes por amenaza de aborto, la trabajadora presentaba un riesgo durante el embarazo, pues la amenaza de aborto que se le diagnosticó, resulta incompatible con el trabajo de oficial de peluquería realizado por aquella, el cuál precisa de bipedestación durante toda la jornada de trabajo, no existiendo puesto de trabajo alternativo que pueda ocupar la trabajadora. Que la baja se le haya producido por enfermedad común y se encontrase en tal situación cuando solicita la prestación no es argumento suficiente para denegarla a la vista del diagnóstico y el riesgo, que según los informes aportados, el trabajo desempeñado suponía para el feto y para la trabajadora. ; STSJ Andalucía 3-12-2009; STSJ Navarra 29-12-2009 y STSJ Extremadura 30-12-2010 en la que el Tribunal estima que la baja laboral debe calificarse desde el inicio como baja por riesgo durante el embarazo.

²²³Véanse STSJ Comunidad Valenciana 17-2-2011; STSJ Asturias 25-5-2007; STSJ Extremadura 27-7-2010; STSJ Navarra 29-12-2009; STSJ Castilla la Mancha 30-9-2010 y STSJ Andalucía 8-7-2010.

²²⁴Véanse la ya nombrada STSJ Asturias 8-1-2010 y STSJ Castilla la Mancha 18-3-2010.

²²⁵**NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs. 70 y 71.

Por otro lado la doctrina jurisdiccional revela que no existe coincidencia en la valoración de los riesgos en el puesto de trabajo durante el embarazo o lactancia natural, de un lado, por el facultativo del servicio de salud y de los servicios de prevención de las empresas y, de otro lado, por las mutuas o incluso entre diversas mutuas²²⁶. La casuística es amplia en supuestos de certificación de riesgos durante el embarazo²²⁷ y en supuestos de certificación de riesgos durante la lactancia natural²²⁸. Hay que destacar la doctrina jurisdiccional sentada en la STSJ Murcia 1-12-2009 que realiza observaciones acerca de cómo deben dirimirse las divergencias, en caso de existir, entre los diversos facultativos, las cuáles se resolverán en todo caso “en el sentido más favorable para la protección de la integridad física del feto o de la mujer gestante” tratando asimismo de “evitar situaciones de discriminación por efecto de la gestación”.

El artículo 26.1 LPRL establece dos tipos de obligaciones para la empresa. En primer lugar, la evaluación de riesgos y, en segundo lugar, la adopción de medidas para evitar la exposición a los riesgos detectados. Esta obligación empresarial puede tener alcance constitucional por afectación del derecho fundamental a la integridad personal contemplado en el artículo 15 CE²²⁹.

En lo que se refiere a la evaluación de riesgos la doctrina jurisdiccional fija dos principios. En primer lugar, la evaluación de riesgos debe contemplar tanto los riesgos presentes como potenciales, ya que es un principio judicial que las medidas deben adoptarse ante riesgos presentes o potenciales, es decir, lo que se está protegiendo no son las consecuencias de un accidente, sino el “riesgo” que pudiera suponer el trabajo desarrollado por la mujer²³⁰. Por tanto, la situación de riesgo durante el embarazo o lactancia natural hace referencia a la situación misma de riesgo, sin necesidad de producción efectiva del daño.

²²⁶Véase STSJ Asturias 16-10-2009.

²²⁷Véanse STSJ Murcia 9-12-2009 y 9-4-2010; STSJ Asturias 8-1-2010 y STSJ Castilla la Mancha 15-2-2010.

²²⁸Véanse STSJ Murcia 7-7-2010; STSJ Murcia 15-3-2010; STSJ Madrid 30-4-2010 y Extremadura 8-7-2010.

²²⁹Véase STC 62/2007.

²³⁰Véase por todas, STSJ Murcia 21/06/2010.

En segundo lugar, la valoración debe ser de riesgos específicos. Es decir, debe quedar acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la situación biológica de la trabajadora²³¹. En esta especificidad de los riesgos debe diferenciarse la situación de embarazo²³² y lactancia²³³, porque los riesgos pueden afectar de manera diferente al embarazo y a la lactancia natural²³⁴.

²³¹Véanse las SSTs 17-3-2011 y 18-3-2011. Los pronunciamientos del TS se producen en relación con un supuesto de distintas ATS/DUE en situación de lactancia natural en el Hospital de la Costa del Sol solicitantes de la prestación económica por riesgo durante la lactancia del artículo 135 ter LGSS, contándose en estos litigios ante resolución administrativa del INSS denegatoria de la misma. La cuestión planteada al TS se centra en valorar si basta la existencia de unos riesgos genéricos, sin exigir especificidad, o por el contrario cabe exigir una especificación de los riesgos y de su alcance en el concreto puesto de trabajo de que se trate, así como de su incidencia en la madre (distinguiendo las situaciones de embarazo y lactancia). Concluye el TS que corresponde la desestimación de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS en “ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural” cuando “no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos(...), lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores”(STS 17-3-2011).

²³²La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha estimado a fecha de 30-4-2013 un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a una Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al considerar que la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, alcanzando a la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición. La trabajadora prestaba sus servicios como ATS en Urgencias de un hospital. Según el alto tribunal, aun siendo cierto que constan informes con los riesgos del puesto de trabajo y con las funciones de la trabajadora, éstos sólo contienen una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar relacionados con un puesto de trabajo de aquella naturaleza, de médico del servicio de urgencias hospitalarias, sin precisar los concretos agentes nocivos detectados en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante.

²³³En este sentido el TS considera que no puede admitirse la mera declaración empresarial de riesgo durante la lactancia, que se limita a una exposición genérica y abstracta de peligros en el desempeño de los puestos de trabajo por parte de la trabajadora. El TS concluye que no puede admitirse el reconocimiento de la prestación prevista por lactancia natural en el artículo 135 bis y ter LGSS cuando no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, lo que no haría posible a su vez saber si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo.

²³⁴Véase la STSJ Murcia de 31/01/2011 “en casos de riesgos por agresión física, que se contempla como riesgo específico para el caso de embarazo o en el caso de riesgos biológicos limitando los referidos a la lactancia”.

Respecto a la comunicación del estado de embarazo por parte de la trabajadora hay dos posibilidades interpretativas. Se puede entender, por un lado, que la trabajadora debe comunicar su estado al empresario, al menos, cuando no sea evidente, para que éste pueda adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la salud de la madre y/o del feto, lo que no aparece reflejado en nuestras normas, ni parece casar bien con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, o bien, se entiende que el empresario debe desplegar la actividad protectora aunque no tenga constancia del estado de embarazo de la trabajadora (o de parto reciente o periodo de lactancia si la trabajadora se incorpora inicialmente a la empresa), lo que dará lugar a situaciones poco razonables y a un amplio abanico de incumplimientos de la norma y consecuente responsabilidad objetiva empresarial.

La interpretación más segura debe ser entender que no existe obligación legal de comunicar el estado de embarazo, parto o lactancia por parte de la trabajadora, especialmente, debido al riesgo de uso con intenciones y efectos discriminatorios de tal información por parte de la empresa. Se despliega completamente el deber de seguridad, en especial, el relativo a la evaluación de riesgos y la adopción de las medidas preventivas correspondientes si la trabajadora puede demostrar que el empresario tenía conocimiento de su estado o podía haberlo tenido, porque se lo comunicó, era notorio o porque era conocido en la empresa por medios indirectos, como por ejemplo, a través de los reconocimientos médicos. En caso de incumplimiento en sus deberes en materia de salud laboral, el empresario incurriría en responsabilidad por incumplimiento de su deber de seguridad si se produjera el daño o no se hubieran adoptado las precauciones y medidas protectoras legalmente exigibles. Sin embargo si el estado de la trabajadora era desconocido o de imposible conocimiento para el empresario o para la empresa, no parece razonable, ni acorde a derecho que pueda desplegarse completamente la obligación preventiva que impone la norma, pues supondría tanto como institucionalizar una responsabilidad objetiva y automática sin límite y sin cobertura legal²³⁵.

²³⁵ CAIRÓS BARRETO, D.M.: "Seguridad y salud de la trabajadora" ..., op. cit., págs.102 y 103.

Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la trabajadora no tendría obligación de comunicar su estado al empresario, ya que puede preferir mantenerlo oculto por diversos motivos que forman parte de su intimidad (artículo 18 CE)²³⁶ y deben ser respetados. Ahora bien, esto eximiría de responsabilidad al empresario, siempre que no hubiera conocido de alguna otra forma ese estado de embarazo. Si fuese así, aunque nada diga la trabajadora, debe proceder a adoptar las medidas adecuadas para proteger la salud de la trabajadora y el feto²³⁷. Ésta falta de comunicación no puede entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad susceptible de justificar un despido²³⁸. Por otro lado, puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta²³⁹.

Por lo tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado considerando que si el embarazo, el parto o la lactancia influyeran en la contratación de la trabajadora²⁴⁰, fuese motivo de despido, supusiese la no reincorporación de la trabajadora a su puesto de origen tras

²³⁶ Así lo establece la STSJ Madrid 18 mayo 2000, la STC 41/2002, de 25 de febrero y también la STC 17/2003 de 30 de enero que establecen que “no es exigible la comunicación del embarazo al empresario al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (artículo 18.1 CE)”. De este modo se excluye una interpretación del artículo 29 LPRL que imponga a la mujer trabajadora la obligación de comunicar su estado al empresario. Más recientemente están las SSTs de 17 de octubre de 2008 y de 16 de enero de 2009 y la STC 92/2008, de 21 de julio.

²³⁷ STJCEE de 8 de noviembre de 1990-Dekker-.

²³⁸ STJCEE de 4 de octubre 2001-asunto Tele Danmark A/S, C-109/2000 referida a una trabajadora que es despedida, precisamente, por no haber indicado en la entrevista previa a la contratación que estaba embarazada. El TJCEE considera que “si bien es cierto que la Directiva 76/207/CEE no contiene disposición alguna a este respecto, sí debe entenderse, de acuerdo con la citada norma, que el embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y, es más, ni la trabajadora está obligada a comunicar su estado, ni el empleador está obligado para preguntar a la trabajadora si está encinta. Asimismo destacan la STJCEE de 14 de julio de 1994, caso Webb, C-32/93, la STJCEE de 30 de junio de 1998, asunto Brown, C-394/96, en la que el Tribunal de Justicia tampoco autoriza como causa de despido las constantes ausencias de una trabajadora derivadas del estado de embarazo, la STJCEE de 8 de septiembre de 2005, asunto McKenna, C-191/03 y STJCEE de 11 de noviembre de 2010, Dita Danosa, C-232/09.

²³⁹ STJCEE 27 de febrero 2003, asunto Busch, C-320/2001 que trata de la reincorporación anticipada al trabajo de una trabajadora embarazada que disfrutaba de un “permiso de crianza”.

²⁴⁰ STJCEE 3 de febrero de 2000, asunto Mahlburg.

una ausencia o incluso la renovación de un contrato temporal²⁴¹, la actuación empresarial llevaría aparejada la calificación de discriminación directa por razón de sexo. En el mismo sentido lo ha venido interpretando nuestra jurisprudencia constitucional incluso con anterioridad a la jurisprudencia comunitaria²⁴². En concreto, la STC 136/1996 establece que “para que opere el desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, presentar esta prueba indiciaria. Por su parte el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales²⁴³”.

En posteriores sentencias a nivel nacional, sin embargo, se ha establecido la nulidad de los despidos²⁴⁴ producidos durante el embarazo, la maternidad y la solicitud y disfrute de los permisos familiares; pasando a considerar que estos no son supuestos concretos de despido discriminatorio sino supuestos específicos de despido nulo con entidad propia, por expresa y manifiesta voluntad del legislador, que así los califica, proporcionando a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, al debilitar al extremo la carga de la prueba de la demandante. Esto es así porque no serán aquí necesarios ni siquiera indicios que se dirijan a evidenciar la probabilidad de la situación o la intencionalidad discriminatoria, sino que bastará la coincidencia temporal entre el estado o situación que se

²⁴¹STJCCEE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar.

²⁴²STC 94/1984, de 16 de octubre, la 166/1988, de 26 de septiembre, la 173/1994, de 7 de junio, la 20/2001, de 20 de enero, la 136/1996, de 23 de julio, que alcanza no sólo a la estabilidad en el puesto de trabajo sino también a la formación profesional, acceso al empleo y condiciones de trabajo, la 98/2003, de 2 de junio, la 161/2004, de 4 de octubre o la 182/2005, de 4 de julio.

²⁴³**PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.:** “La salud integral de la mujer”..., op.cit., pág.10.

²⁴⁴La doctrina judicial avaló esta concepción objetiva o automática de la nulidad. Entre otras muchas, STSJ de Madrid de 20 de enero de 2006 (AS 2006, 1461); STSJ de 5 de octubre de 2005 (AS 2005, 2776); STSJ de Navarra de 20 de enero de 2006 (AS 2006,1803); STS de 26 de febrero de 2004 (Ar. 2004,1013) y STSJ de Canarias/Tenerife de 17 de febrero de 2004.

ha de acreditar y el despido, sin importar, en consecuencia, la ausencia o no de conocimiento previo del embarazo por parte del empresario²⁴⁵.

A pesar de que la posición mayoritaria dentro de la Jurisprudencia considera la nulidad objetiva o automática de estos despidos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada por la STS de 19 de julio de 2006 ha ofrecido y sigue ofreciendo una interpretación alejada de los términos legales y del deseo del legislador de la LCVFL, al cuestionar la concepción objetiva de la nulidad²⁴⁶.

Las dudas que había suscitado esta línea jurisprudencial claramente atenuadora de la finalidad de la reforma normativa de la LCVFL y de la rotundidad de su texto, se han despejado con el giro dado por la STS de 17 de octubre de 2008, confirmado posteriormente por la STS de 16 de enero de 2009. La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo se ajusta a la doctrina señalada al respecto por la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio²⁴⁷ que sin titubeos afirma que “todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art.3.1 CC) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5, b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”²⁴⁸.

Por otra parte la STS 17-3-2011 observa que las medidas preventivas contempladas en el artículo 26 LPRL “ son relevantes porque de

²⁴⁵**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs. 206 y 207.

²⁴⁶STS de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 6653 y 8040) y STS de 24 de julio de 2007.

²⁴⁷En este sentido **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., pág. 102, señala que “en materia laboral, en concreto, con respecto a los despidos discriminatorios, tras la importantísima STC 92/2008, de 21 de julio, ha quedado meridianamente claro que, al menos por lo que respecta al despido de la trabajadora embarazada, la legislación española no exige para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo, postparto o permisos relacionados con la maternidad de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por parte del empresario que despide, y menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado”.

²⁴⁸**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.208 y 209.

no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido con sus obligaciones preventivas”. A su vez, La STC 161/2004, de 4 de octubre establece que “la decisión empresarial de suspender el contrato de trabajo, carente así de justificación razonable, resultó ser discriminatoria por razón de sexo para la recurrente, con vulneración del artículo 14”²⁴⁹. Por lo tanto considera que la obligación de la empresa de valorar las posibilidades de adaptación de las condiciones de trabajo, la movilidad o la suspensión debe tomar en consideración también que la medida debe evitar obstaculizar el derecho al trabajo de la trabajadora, y en este sentido la práctica extendida de la suspensión puede ir en contra de este derecho, y en consecuencia, puede ser calificada de discriminatoria²⁵⁰.

Haciendo referencia a las medidas preventivas a adoptar para la protección de la trabajadora embarazada o del hijo lactante y en relación al trabajo nocturno, a partir de la previsión del artículo 26.1 párrafo final LPRL y del artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE, la doctrina jurisdiccional²⁵¹ considera que el trabajo nocturno supone en principio una situación de riesgo para la idoneidad del embarazo o de la lactancia natural, por lo que “hay que partir de

²⁴⁹ **CAIRÓS BARRETO, D.M.:** “Seguridad y salud de la trabajadora” ..., op. cit., pág.113.

²⁵⁰ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs. 51 y 52.

²⁵¹ El TJCE es reacio a que la mujer embarazada realice trabajo nocturno al declarar que si bien el artículo 5 de la Directiva 76/207, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo “ se opone a que un estado miembro mantenga en su legislación excepciones a una prohibición general del trabajo nocturno supeditadas a requisitos más restrictivos para las mujeres que para los hombres”, queda a salvo la excepción que se pueda justificar por la necesidad de garantizar las condiciones biológicas de la mujer (Sentencia Minne, de 3 de febrero de 1994, apartado 13º); o como señala el apartado 15º de la Sentencia Stoeckel, de 25 de julio de 1991, “ sea cuales fueren los inconvenientes del trabajo nocturno, no parece que los riesgos a que se exponen las mujeres en este tipo de trabajo, sean, de modo general, diferentes a aquellos a los que se exponen los hombres pero salvo en el caso de embarazo o maternidad”.

la presunción legal de riesgo y por lo tanto desvirtuar la misma acreditando aquellas circunstancias especiales que suprimen tal riesgo²⁵².

Por su parte, la turnicidad²⁵³ como factor de riesgo es valorada judicialmente en determinados sectores en relación con la lactancia natural. Es el caso de las ATS/DUE o el de las trabajadoras tripulantes de cabina de avión. En este último supuesto se observa en la STSJ Madrid 30-12-2010, como síntesis de la doctrina en estos casos, que “el sistema de turnos a que se halla sometido la trabajadora y la dificultad de extraer la leche materna por falta de tiempo y espacio en las debidas condiciones de higiene determinan no una incomodidad, sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, e influye negativamente en la salud del lactante al no poder dar a su hijo la lactancia natural o tener que suspender la lactancia materna por sus condiciones de trabajo”.

La doctrina jurisdiccional²⁵⁴ viene a reconocer una especie de indemnidad retributiva en los supuestos de cambio de condiciones de

²⁵²Véase STSJ Madrid 30-12-2009.

²⁵³Véase STSJ Castilla-La Mancha, de 21 de octubre de 2009 (AS 2010/2), en la que se había acreditado la existencia de riesgos derivados de los turnos de trabajo, que por su duración y alto nivel de concentración eran susceptibles de producir estrés, así como impedimentos para compatibilizarlos con las tomas del lactante, señalando la sentencia que “ tal ritmo de trabajo puede tener como consecuencia un perjuicio para la lactancia natural y ser causa de su inhibición” e implica, consecuentemente, la concurrencia en el puesto de trabajo de riesgos para la lactancia natural y el derecho de la trabajadora al subsidio por riesgo para la lactancia natural.

²⁵⁴ Véanse STSJ de Cataluña 20-07-2000 (Ar.3700) dónde reconoce a una médico embarazada el derecho al percibo de la retribución de las guardias reclamadas y no realizadas por imperativo legal, al entender que “ de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido”(artículo 26 LPRL); STSJ de Extremadura 29-11-2001 (Ar.2002) que dice que “mal se puede proteger sin respetar las retribuciones” Si así fuera “llevaría a seguir manteniendo que el embarazo es una situación que debe soportar económicamente la mujer, lo que evidentemente no es acorde con la normativa que se autotitula protección de la maternidad”. Ambas sentencias estiman que la empresa está obligada a adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo, en este caso, liberando a la trabajadora de la realización de guardias en el servicio de radiodiagnóstico de un hospital con mantenimiento de la remuneración. Cabría destacar también la STSJ de Madrid de 28 de julio de 1999 (Ar.6214) y la STS de 28 de enero de 1991(Ar.189) que declara que “en caso de verse cambiada o reducida la jornada de la trabajadora, esta reducción no debe suponer una disminución de salario, puesto que podría entenderse que el hecho de que los riesgos de la empresa puedan perjudicar la salud de la trabajadora embarazada impidiéndole el desarrollo de la jornada laboral ordinaria que tenga reconocida es un impedimento imputable al empresario, en virtud del artículo 30 del ET, y por tanto, éste debe abonarle el salario correspondiente a su jornada íntegra”.

trabajo²⁵⁵, ya que las retribuciones dejan de percibirse como consecuencia del cumplimiento de una medida preventiva frente a un riesgo laboral. Si no se percibiesen por esta causa, el derecho de la trabajadora reconocido por la Ley no sería plenamente efectivo. Así lo han entendido todos los pronunciamientos judiciales adoptados hasta el momento que tienden a mantener la totalidad de las retribuciones salariales que viniera percibiendo la trabajadora, incluidas las vinculadas de la ejecución de ese determinado puesto de trabajo²⁵⁶.

Haciendo referencia a la movilidad funcional²⁵⁷ de la trabajadora cuando las adaptaciones del puesto de trabajo no sean posibles o sean insuficientes, se puede plantear el problema de que la trabajadora sea derivada a un puesto de funciones superiores y con mayor salario., en cuyo caso aunque nada se dice en la LPRL, por la expresa remisión al artículo 39 ET, se entiende que tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas²⁵⁸.

La redacción dada al artículo 26 LPRL que señala que la trabajadora tendrá derecho “al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”, referida

²⁵⁵ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs. 54 y 55.

²⁵⁶ Véase STSJ Cataluña de 25 de mayo de 2010 (AS/2010/1700) que analiza un supuesto en el que a una trabajadora se le había reconocido una baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por riesgo de aborto y, debido a ello, su índice de absentismo superó el porcentaje que el convenio colectivo consideraba máximo para generar el derecho a la obtención de un complemento retributivo por objetivos. Entre las ausencias que el convenio colectivo consideraba no computables se encontraba la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, pero no por contingencias comunes. La empresa no abonó el complemento por objetivos ese año porque la trabajadora no cumplía los requisitos exigidos en el convenio colectivo, señaladamente el relativo al índice de absentismo, y la trabajadora reclamó el percibo del mismo, dado que era conocido por la empresa que la causa de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes era el riesgo de aborto. La sala dictaminó que “no debe desconocerse que dicho proceso de incapacidad laboral por contingencias comunes lo fue por una causa vinculada al embarazo, extremo que no se discute, y que, como consecuencia del mismo, la demandante ha sufrido una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales asociado con el ejercicio previo de un derecho vinculado con el embarazo”

²⁵⁷ Véase STSJ de Cataluña de 11-12-2003 o 2004(AS/2004/1171) señala que conforme al artículo 26.2 LPRL “la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”, entendiéndose que se refiere a todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin citar excepción alguna”.

²⁵⁸ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.143.

al desempeño de funciones inferiores va en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señalaba que la posibilidad de garantizar los pluses del puesto de trabajo precedente en caso de movilidad funcional debe hacerse de manera clara e inequívoca, ya que en tanto excepciones a la regla general, deben interpretarse restrictivamente y según el artículo 1286 Cc, las cláusulas equívocas deben interpretarse de acuerdo al sentido más acorde a la naturaleza y objeto del contrato²⁵⁹.

Por tanto los principios de equivalencia de prestaciones y de evitación del enriquecimiento injusto del empresario determinan que la jurisprudencia haya entendido que en el caso de desempeño de funciones de niveles, grupos o categorías superiores, el trabajador perciba la retribución del nuevo puesto desempeñado, pero con respecto a los complementos por puesto de trabajo, dejarán de percibirse aquellos que no se correspondan con las funciones nuevamente desarrolladas.

En cuanto a la situación de suspensión del contrato de trabajo y haciendo referencia a los efectos generales de esta suspensión del contrato de trabajo se pueden observar diversas sentencias, entre las que podríamos destacar la STSJ del País Vasco de junio de 1996²⁶⁰, (Ar.3145), que afirma que “(...) el contrato de trabajo subsiste y todos los demás efectos del contrato también. La suspensión afecta, en definitiva, a la ejecución del contrato sin repercusión alguna sobre el vínculo, el cual permanece, lo que explica que derechos y deberes recíprocos del empresario y trabajador subsistan (...).

Por otra parte y teniendo en cuenta la vigencia del vínculo jurídico en la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, aunque la norma estatutaria no menciona expresamente el mantenimiento o no de otros derechos y obligaciones de las partes aparte del derecho a la conservación del puesto de trabajo o la continuidad en el

²⁵⁹En este sentido la STS de 7 de julio de 1999, RJ 1999/6798 dictamina que “siendo el contrato de trabajo de carácter sinalagmático es claro que las retribuciones asignadas a determinadas circunstancias concurrentes en la prestación de trabajo no deben abonarse cuando esas circunstancias son inexistentes”

²⁶⁰Otras sentencias que versan sobre los efectos generales de la suspensión del contrato de trabajo: STS de 19 de noviembre de 1986 (Ar.6478); o la STSJ de la Rioja de 26 de junio de 1997 (Ar.2283).

cómputo de la antigüedad , la jurisprudencia ha interpretado el artículo 45.2 del ET, entendiendo, que lo que no está suspendido está vigente²⁶¹, y por tanto, se entiende que ciertos derechos y deberes, cuyo cumplimiento posee cierta autonomía respecto de las prestaciones básicas, siguen plenamente vigentes y por lo tanto, son exigibles²⁶².

Con respecto al derecho o no de la trabajadora a beneficiarse de las mejoras producidas en su puesto de trabajo durante este periodo de suspensión, cabe destacar la STJCE de 13 de febrero de 1996 (Caso Gillespie) y de 30 de marzo de 2004 (Caso Alabaster). En ambas Sentencias, el TJCE establece que el principio de no discriminación exige que la trabajadora que sigue vinculada jurídicamente al empresario, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del periodo cubierto por el salario de referencia y el final del permiso por maternidad²⁶³.

Haciendo referencia al derecho a las vacaciones, en la actualidad tanto la doctrina como los Tribunales, declaran que la estricta proporcionalidad que el ordenamiento jurídico español establece del ejercicio del derecho a las vacaciones respecto de los servicios prestados tiene excepciones en determinadas ausencias y consideran una de estas excepciones la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural²⁶⁴, por tratarse de situaciones derivadas de la maternidad, teniendo en cuenta la interpretación tan amplia que de este precepto ha realizado la jurisprudencia. Por lo tanto para los Tribunales la interpretación correcta del artículo 38 LET, en su último párrafo, cuando establece el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de “incapacidad temporal derivada del

²⁶¹Véase la STS de 25 de febrero de 1985 (Ar/694).

²⁶²**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.185-187.

²⁶³**SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., pág.190.

²⁶⁴Véanse STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2004; STSJ de Canarias de 29 de marzo de 2004 y STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2004 que considera como principal argumento manejado para proclamar la inocuidad de estos periodos la finalidad reparadora que las vacaciones persiguen y que responden a las exigencias de mejora de la protección de la seguridad y salud laboral.

embarazo”, se está refiriendo también a la prestación de “riesgo durante el embarazo”²⁶⁵.

Una sentencia a destacar relativa al derecho al disfrute de las vacaciones es la STJCE de 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino Gómez) la cuál afirmó que una trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales en periodo distinto del de su permiso por maternidad²⁶⁶. A raíz de esta Sentencia, la doctrina del Tribunal Supremo rectificó su postura y a través de la STS de 10 de noviembre de 2005, declaró expresamente que negar la compatibilidad de las vacaciones con el disfrute del periodo de baja maternal supondría establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer; y ello principalmente porque la mujer vería reducido o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad.

La maternidad²⁶⁷ es reconocida como valor constitucional vinculado con la posición social y jurídica de un sexo específico tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidades de la mujer²⁶⁸.

En el caso concreto de riesgo durante la lactancia natural, los tribunales vienen realizando una interpretación judicial favorable a la suspensión, ya que debe tenerse en cuenta que “afectado un lactante, se debe de tener en cuenta el interés del menor, en la medida que la finalidad de la ley pretende su protección”²⁶⁹.

En estos casos de riesgo durante la lactancia natural se puede dar la circunstancia de que ésta se prolongue más allá de los nueve meses de edad del lactante, el cual es un supuesto excluido de la suspensión del artículo 45.1.d) del ET). En este caso ante la imposibilidad de asignar otro puesto de trabajo se podría amparar el despido de la trabajadora en causas técnicas u

²⁶⁵ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., pág.85.

²⁶⁶ Siguiendo esta doctrina, la STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6º añade que de esta manera “ha de ser incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el goce de las vacaciones”.

²⁶⁷ **SÁNCHEZ CASTILLO, M.:** *La protección de la maternidad...*, op.cit., págs.194-196.

²⁶⁸ Véase STC 324/2006, de 20 de noviembre, que establece en orden a reconocer el derecho al disfrute de las vacaciones en periodo distinto del permiso por maternidad.

²⁶⁹ Véase en este sentido la STSJ Murcia 12-1-2009.

organizativas ex artículo 52 c) LET. Los pronunciamientos de suplicación²⁷⁰ parecen rechazar esta hipótesis.

En determinados supuestos se ha planteado la acumulación en jornada completa de la reducción de las horas de ausencia por lactancia, conforme a las previsiones del artículo 37.4 LET. Este derecho se presenta en estos casos como alternativa a la suspensión, sin embargo no es aceptable en el caso de lactancia exclusivamente natural, existencia de riesgo e imposibilidad de cambio de puesto de trabajo²⁷¹.

Por otra parte la suspensión del contrato de trabajo no es óbice para que éste pueda extinguirse por cualquier causa legítima y así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia²⁷². Ésta ha entendido a su vez con respecto a los contratos temporales que si la suspensión se prolonga más allá de la duración del contrato, ésta finalizará una vez que haya tenido lugar la extinción del contrato²⁷³.

Haciendo referencia a las exigencias formales para el reconocimiento del subsidio económico, la STSJ de Castilla la Mancha 20-4-2010 establece que estamos ante una serie de exigencias “que no son de mera índole burocrática sino constitutiva del derecho”²⁷⁴.

En relación a las situaciones a las que se pretende dar cobertura con la prestación económica, éstas vienen delimitadas en la jurisprudencia²⁷⁵. Las situaciones de riesgo o patologías que puedan repercutir en la salud de la trabajadora o del feto y que no tengan relación con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado por aquélla quedan excluidas de protección a los efectos del artículo 135 LGSS²⁷⁶.

²⁷⁰ STSJ Madrid 2-12-2010.

²⁷¹ STSJ Madrid 30-12-2010.

²⁷² Véase STS de 3 de julio de 1987 (Ar.5075).

²⁷³ Véase STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1997, AS 1997, 4030.

²⁷⁴ **NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.:** *Políticas de tutela frente...*, op.cit., págs. 60,63 y 65.

²⁷⁵ Véanse SSTSJ Murcia de 11 de mayo, de 16 de marzo, de 9 de marzo y de 26 de enero de 2009; STSJ Aragón de 3 de diciembre de 2009 y STSJ Asturias de 7 de noviembre de 2008.

²⁷⁶ Véase STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2003 (AS 2004/1254).

VI. CONCLUSIONES

La protección de la mujer embarazada o lactante frente a los riesgos del puesto de trabajo ha sido objeto de atención desde que ésta se incorporó al mercado de trabajo. Aunque en un principio las normas que se aprobaron eran claramente paternalistas e iban dirigidas por igual a todas las mujeres, paulatinamente se produjo un cambio de mentalidad y las disposiciones de prevención de riesgos empezaron a encaminarse a proteger especialmente a la mujer en los casos de embarazo y lactancia.

La sociedad actual está muy concienciada con la prevención de los riesgos laborales en el embarazo y la lactancia ya que no sólo se trata de preservar la salud y seguridad de la madre sino que a través de ésta se salvaguardan igualmente las del hijo por nacer o el lactante. Desde que la mujer se introdujo en el mercado laboral hasta el momento actual se observa una constante mejora de las medidas de protección dirigidas a asegurar el óptimo desarrollo del embarazo y del proceso de lactancia natural.

Al mismo tiempo a medida que la sociedad ha ido evolucionando se han ido sentando las bases para que esta especial protección que le es otorgada a la mujer en estas situaciones no suponga un menoscabo de sus legítimas aspiraciones al desarrollo profesional y a la mejora de sus condiciones de trabajo, garantizando de este modo sus derechos laborales y la igualdad de oportunidades con respecto al hombre.

La evolución de la normativa que hace referencia a la prevención de riesgos laborales en la maternidad ha seguido un curso paralelo al de la sociedad.

Tomando como referencia la Directiva 92/85/CEE, la normativa española ha ido incorporando disposiciones que tienen como objetivo la protección de la mujer embarazada y del feto o la del hijo lactante, en caso de lactancia natural, frente a los riesgos del puesto de trabajo.

Estas leyes que, aunque de manera lenta y paulatina, se han ido introduciendo en nuestro derecho, han provisto de una protección cada vez más integral a la trabajadora embarazada y a su hijo, mejorando y ampliando

cada una de ellas con respecto a la anterior las medidas preventivas a adoptar para procurar su seguridad y salud.

La jurisprudencia ha ayudado en gran medida a interpretar estas normas. Al igual que lo sucedido con la normativa ha ido experimentando una evolución que ha dado lugar a que con el paso del tiempo se hayan sentado las bases para una mayor y mejor protección de la maternidad en el trabajo.

Se puede concluir que en la actualidad existe un amplio elenco de leyes y disposiciones que protegen el bien jurídico de la maternidad, aunque es necesario seguir mejorando esta normativa para procurar a la mujer embarazada o lactante una protección cada vez más completa. Además sería conveniente un mayor control de la aplicación efectiva de las medidas de protección de la maternidad en el puesto de trabajo ya que siguen existiendo incumplimientos por parte de determinadas empresas a la hora de llevar a la práctica estas medidas lo que trae como consecuencia que la mujer se vea obligada en ciertos casos a renunciar a sus derechos laborales o incluso a su puesto de trabajo si no desea soportar riesgos que podrían suponer un peligro para su seguridad y/o la de su hijo.

A su vez es imprescindible seguir luchando para la consecución de una igualdad de oportunidades real, ya que a pesar de todas las metas alcanzadas, las mujeres siguen siendo discriminadas en muchas empresas por su condición biológica y en muchas ocasiones se ven obligadas a elegir entre su derecho a ser madres y su derecho al desarrollo como profesionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AUDELCO.AUDITORÍA DE RIESGOS LABORALES.: *Factbook. Prevención de riesgos laborales*, Aranzadi &Thomson, 2000.

BLÁZQUEZ LUDEÑA, R., CAÑAS MONTALBÁN, A. Y GARCÍA MAYORA, P.:“Embarazo y actividad laboral” *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Especial Directivos*, núm.22, 2005.

CAIRÓS BARRETO, D.M.:“Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2011.

CC.OO. CASTILLA Y LEÓN SECRETARÍA DE SALUD LABORAL: *Guía sobre riesgos laborales durante el embarazo*, 2007, pág.76.

DE LA GALA ANTOLÍN, E., LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, P. Y TOQUERO LOZANO, H.: *Guía de prevención de riesgos laborales para la maternidad*, Junta de Castilla y León. Consejería de Economía y Empleo, 2009.

DÍAZ MOLINER, R.: *Guía práctica para la prevención de riesgos laborales*, Editorial Lex Nova, 1999, pág. 167.

ESCUDERO PRIETO, A.: “La protección de la maternidad en el ámbito laboral introducida por la LOIMH”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 7, 2008.

FERNÁNDEZ MARCOS, L. (director): “Marco jurídico de la prevención de riesgos laborales” dentro del libro *Guía práctica de prevención de riesgos laborales*, Ediciones Cinca, 2009.

GENERALITAT VALENCIANA. CONSELLERÍA DE SANITAT: *Guía básica para la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia*, 2006, pág. 25.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Prestaciones*, 2012.

INSTITUTO VASCO DE SEGURIDAD Y SALUD LABORALES. OSALAN: *Prevención de riesgos laborales de la trabajadora en situación de embarazo, que ha dado a luz o de lactancia*, 2005, pág.10.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección de colectivos especiales de trabajadores" dentro del libro *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, Lex Nova. Primera Edición, 2001.

MONTOYA MELGAR, A. Y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U, 2000.

MORENO, N., ROMANO, D. Y BRUNEL, S.: *Guía Sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*, ISTAS y CCOO, 2008.

NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia*, Instituto Andaluz de Riesgos Laborales, 2012.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.: "La protección reduccionista de la mujer en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: El embarazo como riesgo.", *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, núm. 9, 2002.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: "La salud integral de la mujer trabajadora: carencia de una efectiva protección", *Premio Concepción Gimeno de Flaquer*, 2006.

PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Editorial Tecnos S.A, 1993.

PÉREZ CAMPOS, A.I.: "La prevención de riesgos laborales en España: una aproximación al tema desde la perspectiva de género", *Letras jurídicas*, núm. 21, 2010, pág.5.

PÉREZ CAMPOS, A.I.: "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XL, 2007.

RIVAS VALLEJO, P.:“Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74, 2008, págs. 245 y 246.

SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch “Colección Laboral”, 2000.

SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Editorial Bomarzo, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Editorial Civitas. Tercera Edición, 2001.

UGT- EUSKADI: *Guía de salud laboral. Prevención de riesgos laborales en maternidad y lactancia natural*, pág.6.

UGT: *Reproducción, embarazo y lactancia*, 2001, pág. 52.

VELASCO PORTERO, M.T.:“Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y en periodo de lactancia”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención. Sección Tendencias*, núm. 68, 2010, pág.22.