

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DEL TRABAJO
GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS

Trabajo Fin de Grado

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, O EN PERIODO DE LACTANCIA, A TRAVÉS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Alumna: Andrea Piquer Colomer

Directora: Ruth Vallejo Da Costa

Zaragoza, noviembre de 2014



Universidad
Zaragoza



Facultad de
Ciencias Sociales
y del Trabajo
Universidad Zaragoza

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA	6
2.1. La incorporación de la mujer al mercado laboral y las primeras normas “protectoras”	6
2.2. Ratificación del Convenio número 3 de la OIT: avances en la protección de la maternidad.....	10
2.3. La Segunda República Española	12
2.4. La Guerra Civil y el Régimen Franquista	13
2.5. De los años sesenta a la Constitución Española de 1978.....	16
2.6. La promulgación de la Constitución Española de 1978: los primeros pronunciamientos de los tribunales.....	21
2.7. Los posteriores pronunciamientos de los tribunales: supresión de normas supuestamente protectoras.	22
2.8. La actual protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora: protección de la maternidad y lactancia.	24
3. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES	27
3.1. El deber general de protección del empresario.	28
3.2. El deber de protección específica del empresario: los trabajadores especialmente sensibles	30
4. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES.....	34
5. OBLIGACIONES PREVENTIVAS DEL EMPRESARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA.....	42
5.1. EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES	42
5.1.1. Evaluación de riesgos genérica y evaluación de riesgos específica.	43
5.1.2. Evaluación de riesgos objetiva y subjetiva.	47
5.2. MEDIDAS PREVENTIVAS.....	47
5.2.1. Adaptación de las condiciones de trabajo.	48
5.2.2. Cambio de puesto de trabajo	53
5.2.3. Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural o biológica	60
5.3. DERECHO A EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO	73
6. CONCLUSIONES	74

7. BIBLIOGRAFÍA	78
8. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL	80
9. ANEXOS	81
Anexo I.	81
Anexo II	83

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la salud y de la seguridad de la mujer en el trabajo es uno de los objetivos principales de nuestra normativa laboral. Actualmente, dicha protección se dispensa a través de la prevención de riesgos laborales. Sin embargo, durante años se ha protegido a la mujer de una manera genérica, al ser considerada como un sujeto débil cuyas únicas funciones eran el cuidado del hogar y el mantenimiento de la especie (traer niños al mundo). Dicha protección de la mujer se traducía en el establecimiento de normas prohibitivas que, a pesar de revestir un carácter proteccionista, en realidad discriminaban a la mujer en su acceso al mercado laboral relegándola al ámbito de lo doméstico. Tendrá que pasar casi un siglo entero hasta que, a la luz del principio constitucional y comunitario de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo, se establezcan normas “realmente protectoras”¹ de la mujer en el trabajo.

Se dejan a un lado aquellas normas que protegían a la mujer de manera específica sólo por el hecho de ser mujer, que dieron lugar a una protección sexista en el trabajo, al tratar de diferente manera un mismo bien jurídico en atención a las diferencias de género de sus titulares.² Mujeres y hombres somos iguales en derechos, obligaciones y capacidades³, pero existe una realidad biológica que nos diferencia: la maternidad y la lactancia. Por ello, sólo cabe establecer una protección especial de la mujer trabajadora, diferente a la protección del hombre, cuando ésta se encuentre en algún estado relacionado con su realidad biológica, es decir, el embarazo y la lactancia. No obstante, también existe otra realidad que nos diferencia a mujeres y hombres, y es la realidad social. El papel que ha jugado la mujer en la sociedad durante

¹ Véase al respecto GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, 2004

² ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 11, enero 2010, páginas 43-57. Página 43

³ LÓPEZ LÓPEZ, M^ªT., GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M. y VALIÑO CASTRO, A.: *Mujer e igualdad de trato. Análisis de la maternidad en la Unión Europea*, Ediciones Cinca, Madrid, 2011, página 5

años ha llevado a la consideración de establecer una protección de la mujer desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta la situación histórica de la mujer y el rol que juega en la sociedad. Debido al pensamiento social de la mujer como responsable del hogar familiar y la división sexual del trabajo, existen unos riesgos laborales específicos de la mujer, más allá de los meramente biológicos y sobre los cuales se debería legislar una específica protección. Sin embargo, en la actualidad, la normativa de prevención de riesgos laborales se centra únicamente en la protección de la mujer en situación de embarazo y lactancia, dejando a un lado otras realidades que diferencian a mujeres y hombres y que suponen un perjuicio para las mujeres en el mercado laboral, como el acoso sexual, la doble presencia o jornada etc.

En el presente trabajo vamos a estudiar la actual protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora a través de la prevención de riesgos laborales, centrada exclusivamente en la protección del embarazo y la lactancia. El objetivo del mismo no es otro que el de mostrar las distintas obligaciones preventivas que deben de llevarse a cabo por parte del empresario para lograr una eficaz protección de la mujer embarazada o lactante, del feto y del hijo. La mujer, debido a su estado biológico, cuando está embarazada, o en periodo de lactancia, se encuentra en una situación de especial sensibilidad a los riesgos, por lo que se le debe proteger de una manera específica para salvaguardar su salud así como la del feto y la del hijo. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la luz de los mandatos comunitarios, establece una serie de medidas preventivas a adoptar por el empresario y las cuales estudiaremos en el presente trabajo.

La metodología utilizada para la elaboración de los contenidos se ha basado en el análisis de la normativa de prevención de riesgos laborales, tanto a nivel nacional como comunitario, así como la búsqueda jurisprudencial. La información se ha obtenido de diferentes fuentes bibliográficas como libros, publicaciones y revistas especializadas, las cuales se encuentran identificadas en la bibliografía. El sistema de citas y referencias bibliográficas empleados es el propio de las ciencias jurídicas.

El presente trabajo se estructura en torno a cuatro apartados claves. En el primero, se elabora una somera evolución histórica de la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora a lo largo del siglo XX para comprender la actual regulación. A continuación, estudiaremos el deber de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, estableciendo el deber general del empresario de proteger la salud y seguridad de los trabajadores así como el deber del empresario de proteger de manera específica a ciertos trabajadores que se muestran especialmente sensible a los riesgo laborales y entre los que se encuentran las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. Una vez analizado el deber de protección del empresario, estudiaremos la protección específica de la maternidad y la lactancia, analizando el elenco de obligaciones preventivas que nuestra normativa prevé a la luz de los mandatos comunitarios. Para finalizar, estableceremos unas conclusiones respecto a lo establecido en el presente trabajo en relación con la protección de la maternidad y la lactancia.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA

La actual regulación que marca nuestro ordenamiento jurídico sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora frente a los riesgos laborales, ha sufrido, al igual que el resto de derechos sociales y laborales, una clara evolución a lo largo de la historia.

A continuación, estudiaremos en el presente epígrafe la evolución histórica de la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora, pasando de unas primeras normas “supuestamente protectoras”⁴, inspiradas en una protección genérica de la mujer⁵, a unas normas “realmente protectoras” promulgadas bajo el principio Constitucional y Comunitario de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

2.1. La incorporación de la mujer al mercado laboral y las primeras normas “protectoras”

En España, y en el resto del mundo, la incorporación de la mujer al mercado laboral, vino dada con el comienzo de la Revolución Industrial. En el último tercio del siglo XIX⁶, se empezaron a consolidar en nuestro país los primeros focos de producción fabril⁷, que permitieron a la mujer⁸ su

⁴ Véase al respecto, GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 30

⁵ Se tenía la idea de que la mujer era más débil que el hombre, situándola en un plano de inferioridad respecto a los varones, por lo que había que protegerla de manera específica

⁶ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 54: «El proceso industrial español fue lento y más tardío que el del resto de Europa, produciéndose casi un siglo más tarde»

⁷ Véase al respecto, MARTÍN VALVERDE, A.: *La formación del Derecho del Trabajo en España*, Estudio preliminar en AA.VV *La legislación social en la historia de España (De la revolución Liberal a 1936)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, página. XX; GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 55

⁸ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 53 y 55: «Hasta finales del siglo XVIII, rigió en todo el mundo, como régimen de producción económica, el régimen corporativo gremial. Era el tiempo de la pequeña industria, del pequeño taller casi familiar.... En relación con el trabajo de la mujer, los gremios y la reglamentación corporativa de la industria, limitaron el campo de acción de la mujer, reduciéndolo durante algún tiempo a la agricultura, y a aquellas ocupaciones relacionadas más íntimamente con el hogar doméstico».

incorporación a las fábricas⁹. Si bien, esta incorporación al sistema industrial no las liberó de seguir encargándose de las labores del hogar¹⁰, combinando el trabajo industrial con el trabajo domestico¹¹ (cuidado de hogar, hijos, etc.), situación que, lamentablemente, se mantiene hasta nuestros días.

Los patronos preferían el trabajo de las llamadas “fuerzas medias” (mujeres y niños) debido al menor salario que percibían respecto a los varones, convirtiéndose así en una clara competencia para éstos. Por esta razón de competencia salarial y el peligro de perder el poder jerárquico del hombre en el seno familiar¹², comenzó la controversia respecto el trabajo asalariado de las mujeres y la incompatibilidad entre trabajo fabril y trabajo domestico, legitimándose una tendencia que permaneció hasta bien entrado el siglo XX¹³: la división sexual del trabajo. La división sexual del trabajo supone el reparto de tareas en función del sexo, situando en aquella época a la mujer como sustentadora de valores sociales como el hogar y la familia¹⁴, con una mera función reproductora y domestica: mujer como ama de casa, esposa y madre.

La concepción social que se tenía de la mujer, como sujeto débil y frágil, cuyas funciones innatas eran el cuidado del hogar y de la familia, dio lugar a que el legislador laboral estableciera una protección específica de la mujer¹⁵

⁹ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 55: «El paso del sistema artesano y doméstico al de producción en una fábrica y el incremento sin precedentes de la productividad, permitieron a la mujer, que hasta ese momento realizaba su trabajo en el ámbito de su hogar y en el taller familiar, trasladar su actividad fuera del mismo e incorporarse a las fabricas, aunque combinando esa actividad con las labores del hogar»

¹⁰ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 55: «Esta decisión de trabajar fuera de la morada familiar vino motivada, además de por la aparición de una oferta de empleo hasta entonces desconocida, por la necesidad de colaborar en el presupuesto familiar, siendo su colaboración una ayuda y no el sostén principal del hogar».

¹¹ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 55

¹² ALEMANY ZARAGOZA, E: *Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días*, Pamplona: Aranzadi Social núm 22, 2004, página 4

¹³ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 57

¹⁴ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Navarra: Aranzadi. 2002, página 15

¹⁵ ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 11, , enero 2010, páginas 43-57, página 43: «La debilidad física de la mujer, la moralidad, la fisiología femenina y las obligaciones familiares fueron motivos aducidos por el primer legislador social para la regulación especial o segmentada del trabajo de la mujer».

basada en un planteamiento paternalista ¹⁶, situándola en un plano de desigualdad al equiparar su protección a la de los niños. Así, las primeras posiciones de nuestro ordenamiento jurídico respecto a la protección de la mujer en el trabajo, que revestían un carácter proteccionista, en realidad se traducen en normas de protección genéricas, que limitan el acceso al empleo de las mujeres a través de normas prohibitivas y que suponen una fuente de discriminación en el mercado laboral. Dicha posición del legislador se mantendrá hasta bien entrado el siglo XX, y no será hasta los años 90, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, cuando se establezca una real protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora.

La primera norma laboral española, la **Ley de 24 de julio de 1873, sobre condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas (LEY BENOT)**, fue la primera norma que estableció una protección específica de la mujer, determinando una jornada máxima de cinco horas a los niños menores de 13 y a las niñas menores de 14; prohibía el trabajo nocturno a los jóvenes menores de 15 años y a las jóvenes menores de 17 y declaraba obligatoria la asistencia a las escuelas para los niños de 9 a 13 años y a las niñas de 9 a 14 años¹⁷.

La Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores (LEY DATO) regulaba las condiciones de trabajo de mujeres y menores, prohibiendo su admisión en los establecimientos industriales y mercantiles, no a los hombres, si no presentarán certificación de estar vacunados o de padecer enfermedades contagiosas ¹⁸, entre otras medidas¹⁹. No obstante, a pesar del trato desigual hacia las mujeres, la Ley de 1900 fue la primera norma que contemplo la protección de la maternidad,

¹⁶ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, página 177

¹⁷ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 12

¹⁸ **Ley Dato**, artículo 10: «No podrán ser admitidos en los establecimientos industriales y mercantiles a los niños, jóvenes y mujeres que presenten certificación de estar vacunados y no padecer ninguna enfermedad contagiosa»

¹⁹ **Ley Dato**, artículo 6: «Se prohíbe ocupar a los niños menores de dieciséis años y a las mujeres menores de edad en talleres en los cuales se confeccionaran escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas y demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, sean de tal naturaleza que pudieran herir su moralidad»

estableciendo los primeros permisos de descanso postparto, con derecho a reserva de puesto de trabajo, así como el derecho a ausentarse del trabajo por lactancia del hijo²⁰. Pero la medida realmente protectora de la salud de la trabajadora y del hijo fue la posibilidad de que la trabajadora en su octavo mes de embarazo, tras informe facultativo favorable, pudiera abandonar el puesto de trabajo. Esta última medida puede considerarse como el origen de la prevención de riesgos laborales de la mujer trabajadora, al posibilitar a la mujer embarazada a no trabajar al encontrarse cerca de la fecha de alumbramiento. A tenor de dicho artículo, podemos considerar la Ley de 1900 como la primera norma que establece medidas realmente protectoras para la salud y seguridad de la trabajadora, a pesar de que ésta protección se estableciera atendiendo a la función reproductora de la mujer, debiéndola proteger porque el trabajo podría afectar a su único fin, ser madre.

El **Real Decreto de 25 de enero de 1908, clasificando las industrias y trabajos que se prohíben total o parcialmente a los niños menores de diez y seis años y a las mujeres menores de edad**, es una norma más que limita el trabajo de la mujer estableciendo un listado de industrias y trabajos que prohibía el trabajo a los niños menores de 16 años y a las mujeres menores de edad.

La ley más novedosa de esta época respecto a la protección de la seguridad y salud de la mujer trabajadora fue la **Ley de 27 de febrero de 1912**, conocida como la **Ley de la Silla**, la cual obligaba a los empresarios a

²⁰ Ley Dato, artículo 9: «No se permitirá el trabajo á las mujeres durante un plazo de cuatro a seis semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso será dicho plazo inferior a cuatro semanas; será de cinco ó de seis si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede, sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo. El patrono reservará a la obrera durante ese tiempo su puesto en el mismo. La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso tendrá derecho á que se lo reserve el puesto que ocupa. Las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechadas por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será en manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia».

poner a disposición de las mujeres que trabajaban en determinados tipos de sectores, como el comercio o la industria, una silla, para efectuar su jornada laboral sentadas. Esta ley se basaba en un estudio del Instituto de Reformas Sociales en el que se detallaba que trabajar muchas horas seguidas de pie podía producir deformaciones en la pelvis y, con ello, problemas en su capacidad reproductora²¹. Aunque esta norma puede entenderse como un avance en la protección de la salud de la mujer y una medida de prevención de riesgos laborales, en realidad la norma no se estableció para proteger a la mujer de los posibles riesgos laborales que pudieran afectar a su salud por el hecho de trabajar tantas horas de pie, sino para proteger y perpetuar la continuación de la especie, protegiendo más que la salud de la mujer, su función reproductora²². Se perpetuaba todavía más la idea de mujer como madre y esposa, debiéndola proteger de los posibles riesgos para que su función como madre no se viera perjudicada²³.

2.2. Ratificación del Convenio número 3 de la OIT: avances en la protección de la maternidad

El 29 de octubre de 1919 se celebró en Washington la primera Conferencia Internacional del Trabajo en la que España participó. En esta Conferencia de 1919 se adoptó, el 29 de noviembre, el llamado **Convenio Número 3 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto**, que el Gobierno Español ratificó. Dicho Convenio establecía importantes novedades que afectaban a nuestro ordenamiento²⁴, como, por ejemplo, el derecho a percibir una prestación económica suficiente para su

²¹ ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, cit., página 46

²² Véase al respecto, ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, cit., página 57

²³ ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, cit., página 46: « Se entendía que todo ello causaba un perjuicio de trascendencia social que afectaba a la propia continuidad "de la raza"»

²⁴ **Convenio número 3 de la OIT**, artículo 2: «A los efectos del presente Convenio, el término *mujer* comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, y el término *hijo* comprende a todo hijo, legítimo o no».

manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene durante el período de descanso por maternidad²⁵.

La ratificación por parte de España de dicho Convenio llevo a la modificación del ya citado artículo 9 de la Ley de 1900 (Ley Dato) mediante la aprobación del **Real Decreto de 21 de agosto de 1923**. Según el artículo 1 del Real Decreto de 1923, el artículo 9 de la Ley de 1900 fue modificado introduciendo diferentes avances en la protección de la salud y seguridad de la mujer, como la ampliación del colectivo de mujeres protegidas, así como las semanas de descanso obligatorio tras el parto, además de extenderse el tiempo de reserva del puesto de trabajo²⁶. La novedad más importante fue la incorporación de un tercer párrafo al artículo 9²⁷ donde se establecía el reconocimiento a las mujeres asalariadas de una indemnización diaria

²⁵ Convenio número 3 de la OIT, artículo 3: «En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: (a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; (b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; (c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto; (d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia».

²⁶ Real Decreto de 21 de agosto de 1923, artículo 1: «Se establece a favor de las mujeres asalariadas, cualesquiera que sean su edad, nacionalidad y estado civil, las prescripciones siguientes: 1º. A) No se permitirá el trabajo a las mismas durante un período de seis semanas posteriores al parto. B) La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazado tendrá derecho a abandonar el trabajo cuando presente certificación médica en que se declare que el alumbramiento sobrevendrá probablemente en el término de seis semanas. C) En cualquiera o en ambos de los casos a que se refieren los apartados anteriores, el patrono reservará a la obrera su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada o autorizada a dejarlo. D) Dicha obligación del patrono persistirá hasta un máximo de veinte semanas, en el caso de que una mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante períodos más largos que los señalados en los apartados A) y B) con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto, y la incapacite para trabajar. E) El error médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no perjudicará los derechos anteriormente reconocidos a las obreras embarazadas o parturientas [...]».

²⁷ Tercer párrafo añadido al artículo 9 de la Ley de 1900 «durante el periodo que, según los apartados A Y B) de la disposición 1ª. del presente artículo, estén ausentes del trabajo, las obreras tendrán derecho a la asistencia gratuita de un médico o comadrona y a una indemnización diaria suficiente para su manutención y la del niño en buenas condiciones de higiene».

suficiente para su manutención y la del niño. Dicha indemnización, de acuerdo con el artículo 3º del Real Decreto de 1923, se llevaría a cabo mediante un «*régimen de subsidio tutelar de la obrera que dé a luz*» con carácter provisional y hasta la implantación de «*la Caja del Seguro obligatorio de Maternidad*»²⁸. El artículo 3º apartado b) del citado Real Decreto establecía que tenían derecho a este subsidio todas las obreras o empleadas que dieran a luz y reunieran las siguientes condiciones: «*1º Estar afiliada en el régimen obligatorio del retiro obrero. 2º. No abandonar el recién nacido. 3º. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas*»²⁹.

El seguro de maternidad promulgado en el artículo 3º c) del Convenio de la OIT se establecerá años más tarde por el **Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929, sobre el seguro de maternidad**. En la exposición de motivos de dicho Real Decreto- Ley se establecía que se adoptará, entre otras medidas «*la implantación de un subsidio a la obrera madre, convirtiendo así en un compromiso internacional lo que antes era potestativo de cada país*». Así, España cumplió el compromiso internacional adquirido tras la ratificación del Convenio³⁰, a través de un seguro que daba cobertura sanitaria a la trabajadora y al recién nacido.

Esta ratificación del Convenio número 3 de la OIT supuso un gran avance respecto a la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora al incluir la prestación económica durante el tiempo en que la trabajadora se hallase en situación de descanso por maternidad. No obstante, todavía queda mucho tiempo para que se establezca una real protección de la trabajadora, del feto y del hijo lactante a través de medidas preventivas y realmente protectoras.

2.3. La Segunda República Española

Con la proclamación de la **Segunda República Española** (14 de abril de 1931) y la promulgación de la **Constitución Republicana** el 9 de

²⁸ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 73

²⁹ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 73

³⁰ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 73

diciembre de 1931, se consiguieron grandes cambios sociales en el ámbito familiar, como la aprobación de la **Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932** o la **Ley de 1 de marzo de 1932 sobre el divorcio**, que modificaron de forma considerable la legislación en torno a la familia y significaron una mejora de la situación de la mujer³¹. Pero a pesar de un claro reconocimiento al trabajo femenino y una voluntad por parte del Estado de mejorar sus condiciones en el trabajo³², en realidad se seguía revistiendo una supuesta protección que se traducía en claros ejemplos de discriminación como los que veníamos viendo. Bajo la apariencia de igualdad de trato en el mercado laboral y de protección de la mujer trabajadora que promulgaban las normas republicanas, todavía estaban presentes las mismas características del régimen anterior: mujer como ama de casa y esposa³³.

2.4. La Guerra Civil y el Régimen Franquista

Tras estallido de la Guerra Civil Española (1936-1939), como consecuencia del levantamiento militar de 18 de julio de 1938, España quedó dividida en dos zonas, la republicana y la nacional. Cada uno de los bandos,

³¹ GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 75

³² La CE de 1931, en su artículo primero, establecía que España era «una República democrática de trabajadores de toda clase...», y en su artículo 25, que no podía «ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, **el sexo**, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas». El precepto central en material laboral era el artículo 46, el cual señalaba que el trabajo era «una obligación social, y gozará de la protección de las leyes», estableciendo más adelante que la «legislación social regulará: [...] el trabajo de las mujeres..., y especialmente la protección de la maternidad» entre otros aspectos.

³³ Véase al respecto, NÚÑEZ PÉREZ, M.G.: *Trabajadoras en la Segunda República*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección Tesis Doctorales, 1989; GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 76 y 77: «En consecuencia, por un lado se reconocía la igualdad de todo trabajador con independencia de su sexo, pero por otro, pervivían medidas que bajo la apariencia de protectoras de la mujer, la limitaban infundadamente y la perjudicaban. Estas disposiciones relativas al trabajo femenino, no facilitaban la integración de la mujer en la vida laboral en condiciones de igualdad con los hombres: por el contrario suponían constantes trabas y diferencias de trato que, encubiertas con el argumento de necesaria protección a los más débiles y defensa de la estabilidad familiar, agudizaban tal desigualdad y convertían a la mujer en mano de obra barata, con escasa cualificación y con pocas posibilidades de promoción laboral y social»... «A pesar, por tanto, del aparente espíritu más abierto y permisivo que se respiraba en las normas republicanas, tal legislación no dejaba de estar teñida de aires moralistas y paternalistas, o en la línea que venimos exponiendo, supuestamente protectores, entre otras razones por la difícil situación que atravesaba el mercado de trabajo en los años treinta, que impedía la libre concurrencia de mujeres para evitar mayor desempleo que el ya grave existente»

durante el enfrentamiento bélico, producirán sus propias normas³⁴. La norma laboral más importante, aprobada en el bando nacional, fue **El Fuero de Trabajo de 1938**³⁵, que supondrá el freno a la igualdad entre los sexos, por lo menos teórica, que inspiraban las normas republicanas³⁶, procurando el retorno de la mujer a su hábitat natural: el hogar³⁷. El Fuero de Trabajo establecía en el apartado 1º de la II Declaración que *«El Estado... en especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica»*; así mismo, la **Orden de 27 de diciembre de 1938, sobre obreras en paro**, establecía en su preámbulo: *«El problema del trabajo de la mujer, es una de las constantes preocupaciones del Poder Público y la primera necesidad que para abordarlo se siente, es la de determinar el alcance que tiene en los presentes momentos y prever el que tendrá una vez terminada la guerra. La tendencia del Nuevo Estado es que la mujer dedique su atención al hogar y se separe de los puestos de trabajo; pero es el caso que por consecuencia de la misma guerra, son numerosas las que, quedando como cabeza de familia, tendrán que trabajar para sostener a sus hijos»*³⁸. Como vemos, el Nuevo Estado reivindica la idea de mujer como esposa y madre, guarda del hogar familiar, justificando

³⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Madrid, Civitas, 1992, página 170: «Si la II República y su legislación viven en la guerra civil su etapa terminal, ocurre lo contrario con el Nuevo Estado y su aparato normativo, que, cabalmente, emergen con la guerra civil, durante la cual se sientan las bases del dilatado régimen de Franco».

³⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Cit., página 199: «El texto legal fundamental en el que se plasma de modo más completo el ideario del Nuevo Estado sobre el trabajo y su régimen jurídico es, evidentemente, el Fuero de Trabajo, aprobado en Burgos por el Jefe de Estado, por Decreto el 9 de marzo de 1938, previa formulación por el Consejo Nacional de FET y de la JONS, sobre una ponencia del gobierno». ESPUNY TOMÁS, M.J.: *Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)*. Revista Iuslabor, núm. 1/2007, edición virtual, Barcelona, 2007, página 1: «El Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 (BOE, número 505, de 10 de marzo) recoge el programa ideológico del régimen. Declarado Ley Fundamental de la Nación por la Ley de 26 de Julio de 1947, muestra en su articulado compuesto por "declaraciones" la fuerza programática y la redacción doctrinal propia primer franquismo».

³⁶ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 78

³⁷ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 50

³⁸ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 78: «Con el fin de conocer el número de estas mujeres, la Orden dispone la realización de determinados informes y encuestas»

únicamente el trabajo de la mujer fuera del hogar en el caso de que no existiera varón como sustentor familiar³⁹.

Ya instaurado el Régimen de Franco, entre otras normas, encontramos la **Ley de Contrato de Trabajo** de 1944⁴⁰, que establecía, entre otras limitaciones a la mujer, la autorización del marido para la concertación de contratos de trabajo⁴¹. No obstante, regulaba el descanso por maternidad y lactancia en sus artículos 166, 167 y 168⁴² en los mismos términos que veníamos viendo; y en su artículo 169 reconocía el derecho de las mujeres a disponer de un asiento en establecimientos no fabriles, al igual que la Ley de la Silla de 1912⁴³.

El **Decreto 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a las mujeres y menores**, es otra de las normas aprobadas durante el régimen franquista bajo la apariencia de norma "protectora" pero que en realidad no era más que otra norma discriminatoria que limitaba el trabajo de la mujer. En el citado Decreto, se establece un listado de trabajos

³⁹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 79: «Continuaba siendo una convicción generalizada la de que la mujer suponía competencia laboral para el varón, y en consecuencia se tendía a eliminar dicha competencia para evitar las altas costas de desempleo masculino»

⁴⁰ Decreto de 31 de marzo de 1944 por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro II de La Ley de Contrato de Trabajo.

⁴¹ **Ley de Contrato de Trabajo**, artículo 11, d) señala: «La mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración»

⁴² GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 81: «Mantenía los mismo derechos y obligaciones para las trabajadoras que en la regulación precedente. Así, su artículo 166 concedía a la mujer trabajadora, que hubiera entrado en el octavo mes de embarazo, el derecho a abandonar su trabajo siempre que presentara certificación médica en que se hiciera constar que el alumbramiento se produciría aproximadamente en el término de seis semanas. Además se le concedían seis semanas de descanso después del parto. Durante todo este tiempo, el patrono debía reservar a la obrera su puesto de trabajo (artículo 167), y añadía este artículo, en la línea de sus antecedentes: *Dicha obligación del patrono persistirá hasta un plazo máximo de veinte semanas, en el caso de que la mujer abandone su trabajo o permanezca ausente de él durante períodos más largos que los señalados en el artículo precedente, con motivo de una enfermedad que, según certificado médico, sea consecuencia del embarazo o del parto y la incapacite para trabajar. El error del médico en el cálculo de la fecha del parto no podrá perjudicar nunca los derechos anteriormente reconocidos a las obreras embarazadas o parturientas.* Por su parte, el artículo 168, recogía derechos similares a los de la regulación precedente para los casos de lactancia.

⁴³ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 81

prohibidos a mujeres y niños y que ha perdurado hasta nuestros días⁴⁴. La justificación de dicha prohibición se basa en la idea de que la mujer es más débil que el hombre, que adolece de una capacidad laboral e intelectual limitada⁴⁵ y que las malas condiciones laborales ponían en peligro la supervivencia de la especie e impedían consagrar sus obligaciones naturales⁴⁶.

Excepto aquellas normas protectoras de la maternidad y la lactancia, todas las demás son normas “supuestamente protectoras”, que perpetuaban la situación de inferioridad social y laboral de la mujer, dificultando su acceso al empleo⁴⁷ y relegándola al ámbito domestico exclusivamente. Prohibiendo a la mujer trabajar no se protege su salud y seguridad en el trabajo, sino que se la discrimina. No obstante, no hay que olvidar que dichas medidas de protección de la maternidad tenían su razón de ser en el hecho de que había que proteger a la mujer en el trabajo porque podía verse dañada su función reproductora, no por el hecho de que la maternidad es una realidad biológica que diferencia a mujeres y hombres y por ello hay que dispensar una protección específica a éstas.

2.5. De los años sesenta a la Constitución Española de 1978

Con el cambio de gobierno de 1957 que llevo a los “tecnócratas” del Opus Dei al poder⁴⁸, se producen una serie de factores que impulsaron cambios en la situación social, económica, política y jurídica de España,

⁴⁴ El listado de trabajos prohibidos a las mujeres ha estado vigente hasta la promulgación de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que en la letra b) de su Disposición Derogatoria Única deroga los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, si bien sigue en vigor en todo lo referido al trabajo de los menores.

⁴⁵ GARCÍA MURCIA, J.: *Mujer y salud en el trabajo; algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad*, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, (Coord., BORRAJO DACRUZ), La Ley, 2010, página 596

⁴⁶ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 81

⁴⁷ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 81

⁴⁸ CAPEL, R.M.: *Historia de los cambios políticos y sociales en España*, en AA.VV *La mujer española: de la tradición a la modernidad (1960-1980)*, Madrid, Tecnos, 1986, páginas 17 y 18: «Con la reorganización ministerial de 1957, comienzan a llegar al Gobierno los llamados por su carácter profesional, “tecnócratas”, prácticamente todos proceden de los medios industriales y universitarios. Ellos inauguran lo que se conoce como “nueva política económica”, cuyo objetivo principal era integrar a España en el mundo del capitalismo occidental, y mas concretamente en el mercado europeo»

modificando lenta y progresivamente la situación social de la mujer⁴⁹. Las distintas medidas liberadoras⁵⁰ de los “tecnócratas”, impulsaron un crecimiento económico que llevo consigo un incremento del empleo y por tanto, mayor demanda de mano de obra, que permitió liberar a la mujer del yugo marital y paternal que hasta entonces venía sufriendo, para permitir su incorporación al mercado laboral. Así, con la **Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y Laborales de la Mujer de 22 de julio de 1961**⁵¹, se abolía la autorización marital para el concierto de contratos de trabajo, estableciendo en su artículo primero el reconocimiento «*a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley*».

Dicha Ley se desarrollo por el **Decreto 258/1962**, de 1 de febrero, que fue mejorado por el **Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora** en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961⁵², que en su artículo cuarto establecía el derecho al descanso por maternidad de la trabajadora gestante antes y después del parto, en los periodos tanto voluntario como obligatorios y a la

⁴⁹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 82: «En efecto, en esta etapa comienzan a ponerse las bases del reconocimiento del principio de igualdad por razón de sexo en materia laboral que dará lugar a grandes cambios a favor de la mujer trabajadora». ALBERDI, I.,: *La educación de la mujer en España*, en AA.VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978, páginas 71 y 72: «Uno de los factores que han provocado ese cambio ha sido la generalización de la educación a toda la población femenina. Esta educación que se presentaba como una necesidad económica, sobre todo a partir de los setenta, para las mujeres suponía una preparación para ser eficaces en proceso productivo»

⁵⁰ www.aularagon.org: «Como el Plan de Estabilización de 1959, que sentaba las bases de una economía más moderna, que buscaba equipararse con el resto de economías internacionales. Aunque sus efectos a corto plazo fueron negativos (el paro aumentó en los primeros años de su aplicación), al poco tiempo demostró sus beneficios y se convirtió en la palanca que activó el crecimiento económico español durante los años 60»

⁵¹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 83: «Ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, aprobada sobre una proposición de ley basada en un texto elaborado por la Sección Femenina de Falange Española»

⁵² GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 83: «El Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer, reconoce una serie de derechos para la mujer trabajadora, unos ya establecidos con anterioridad por nuestras normas y otros novedoso, muy interesantes y básicos en la materia que nos ocupa»

percepción del subsidio correspondiente⁵³; así como el derecho de la mujer trabajadora a obtener una excedencia voluntaria para atender a la crianza y educación inicial de sus hijos. No da derecho a reserva el puesto de trabajo, pero cuando la trabajadora quiera incorporarse, se le asignara la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría⁵⁴. También se reconocen los mismos derechos respecto a la lactancia que ya poseía la mujer trabajadora en normas anteriores y establece que en empresas con cien o más trabajadoras fijas, se deben habilitar locales adecuados para la lactancia⁵⁵. Pero lo más novedoso de dicho Decreto son los avances que establece respecto a la igualdad de oportunidades, señalando por primera vez que, el Estado atenderá al desarrollo del principio de igualdad de oportunidades en el ámbito de la formación profesional y promoción social de la mano de obra femenina, así como la evitación de discriminación por razón de sexo a los cursos de formación profesional⁵⁶. Otra gran novedad estipulada en el Decreto de 1970

⁵³ Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, artículo 4: «Uno. La trabajadora tendrá derecho. En caso de gestación, a los periodos, de descanso voluntario y obligatorio, y a la percepción del subsidio correspondiente, en las condiciones establecidas por la Ley de Seguridad Social y disposiciones complementarias. Dos La trabajadora madre de, familia numerosa, con derecho a subsidio de maternidad, podrá solicitar, con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo. que se le complete dicho subsidio hasta el cien por cien del salario base de cotización, de acuerdo con las normas Que se dicten al efecto y las previsiones que se establezcan en los planes anuales de inversión de dicho Fondo»

⁵⁴ Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, artículo 5: «Uno. El alumbramiento da derecho a la mujer trabajadora a obtener una excedencia voluntaria, por un periodo mínimo de un año y máximo de tres. a contar desde que termine el descanso obligatorio por maternidad, para atender a la crianza y educación inicial de sus hijos, sin remuneración alguna. Los sucesivos alumbramientos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia voluntaria que, en su caso, pondrá fin al que Viniera: disfrutando. A estos efectos, la trabajadora deberá poner en conocimiento de la Empresa su propósito de pedir dicha excedencia para el cómputo del plazo que se inicia. Dos. La mujer que se halle en la situación a que se refiere el apartado precedente podrá solicitar el reingreso en la Empresa, que deberá destinarla a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría. Tres. La excedencia a que se refiere el párrafo uno no afectará a los beneficios asistenciales y económicos derivados de la Seguridad Social que puedan corresponder a la mujer trabajadora, cuando ésta hubiere optado por mantener su alta, con la cotización íntegra a su cargo»

⁵⁵ Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, artículo 5: «Cuatro. Cuando la trabajadora continuase en situación de actividad tendrá derecho durante el período de lactancia a un descanso de una hora, dentro de la jornada de trabajo diaria, divisible en dos periodos de treinta minutos. Cinco. Las Empresas que den empleo a cien o más trabajadoras fijas deberán habilitar, en caso necesario, locales adecuados para la lactancia».

⁵⁶ Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, artículo 7: «Uno: La Administración atenderá con los medios necesarios al desarrollo del principio de igualdad de oportunidades en el ámbito de la formación profesional y la promoción social, de la mano de obra femenina a todos los niveles. Dos, En el acceso a los cursos de formación profesional se evitará toda discriminación por razón de sexo; sea cual fuere la actividad económica para la que aquellos se programen, a

fue el reconocimiento de la armonización del empleo de las trabajadoras con sus responsabilidades familiares, facilitándoles un acceso preferente a puestos de trabajo de jornada reducida o media jornada⁵⁷. Es la primera vez que se reconoce el establecimiento de medidas de conciliación de vida laboral con responsabilidades familiares⁵⁸, aunque primeramente solo se establecen medidas respecto a las mujeres⁵⁹, pues todavía se tenía la mentalidad de que las tareas domésticas eran únicamente femeninas.

Otra de las normas importantes de esta época, antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978 y en periodo de transición hacia la democracia, fue la **Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales**, que trató de consagrar el principio de igualdad entre mujeres y

excepción de lo previsto en el artículo siguiente. Las trabajadoras que se hubieren acogido a los beneficios establecidos en el artículo quinto, número uno, del presente Decreto, tendrán derecho preferente para asistir a los cursos de readaptación profesional de adultos»

⁵⁷ Decreto 2310/1970 de 20 de agosto, artículo 9: «El Servicio Nacional de Encuadramiento y Colocación Y las Oficinas de Colocación adoptarán las medidas precisas para la mayor actividad de lo dispuesto en este Decreto con especial atención al empleo de las trabajadoras con responsabilidades familiares, facilitándoles, cuando así lo soliciten, acceso preferente a puestos de trabajo en régimen de jornada reducida o de media jornada».

⁵⁸ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 84 «En la década de los sesenta, la OIT comprendió la necesidad de ocuparse del trabajo de la mujer en las circunstancias especiales que concurrían cuando tenía que hacer frente a responsabilidades familiares y profesionales, esto se tradujo en la aprobación en 1965, de una Recomendación, la núm. 123, sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. Esta Recomendación, insta a los gobiernos a llevar a cabo una política adecuada con miras a hacer posible que las mujeres con responsabilidades familiares que trabajan fuera de su hogar puedan ejercer su derecho a hacer, y "alentar, facilitar o asegurar el establecimiento de servicios que permitan a la mujer cumplir armoniosamente sus varias responsabilidades familiares y profesionales". Habla también de la necesidad de fomentar una política de comprensión pública de los problemas de esas trabajadoras y de adoptar medidas para asegurar que no haya discriminación alguna en la educación y formación de jóvenes de ambos sexos. Véase al respecto, ALONSO LIGERO, M.S.: *Directrices y normas internacionales sobre el trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, en AA. VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978, páginas 105 y 106»

⁵⁹ Véase al respecto, LÓPEZ-MOINS DE CAVO, C.: *La mujer con responsabilidades familiares y los servicios sociales*, en AA.VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978, página 67: «La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), definía lo que son trabajadoras con responsabilidades familiares como "aquellas mujeres casadas, solteras o viudas que tienen responsabilidades familiares y estas ocupadas contractualmente durante toda o media jornada, bien como asalariadas remuneradas por día, por mes u otra forma, o bien como miembros del personal de dirección o de encuadramiento, o ejerciendo una profesión liberal" . Sólo hablaba, por tanto de trabajadoras y no de trabajadores: «y aunque en primero momento sólo se refiere a la mujer, con el tiempo se irá viendo la necesidad de incluir en dicha política al hombre, para lograr la plena igualdad de ambos trabajadores»

hombres⁶⁰ limitando las normas protectoras de la mujer al hecho de la maternidad⁶¹. Cabe destacar la posibilidad de sumar el tiempo no disfrutado antes del parto, así como un período de excedencia para el cuidado de hijos, en los mismos términos que el Decreto de 1970⁶². También regulaba el derecho a un tiempo para la lactancia similar al de las normas anteriores, aunque se flexibiliza su disfrute al añadir la posibilidad de sustituir ese derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad⁶³. Y por último, como derecho también destacable establecido en esta Ley, es el reconocimiento al trabajador, tanto mujer como hombre, de una reducción de jornada, con la reducción salarial correspondiente, para el cuidado de hijo o minusválido a su cargo⁶⁴.

Aunque todavía se establecían trabajos prohibidos a las mujeres atendiendo únicamente a razones de discriminación por razón de sexo⁶⁵, la Ley de 1976 supuso un gran avance al suprimir aquellas normas que, bajo la

⁶⁰ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 10: «Uno. Los derechos y obligaciones establecidos en la legislación laboral afectarán por igual al hombre y a la mujer. Dos. La mujer, cualquiera que sea su estado civil, podrá convenir toda clase de contratos de trabajo y ejercitar los derechos correspondientes en iguales condiciones que el varón, inclusive la percepción de su remuneración. A igualdad de trabajo percibirá las mismas retribuciones»

⁶¹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 85

⁶² Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 25: «Cuatro. La mujer trabajadora tendrá derecho al menos a un periodo de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho después del parto. El período posnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto. Asimismo tendrá derecho a un período de excedencia no superior a tres años por cada hijo nacido y vivo a contar desde la fecha del parto. Los sucesivos alumbramientos darán derecho a nuevo período de excedencia, que, en su caso, pondrá fin al que viniera disfrutando. La mujer que se halle en la situación a que se refiere el apartado precedente podrá solicitar el reingreso en la Empresa, que deberá destinarla a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría»

⁶³ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 25: «Cinco. Las trabajadoras tendrán derecho a una pausa de una hora en su trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, cuando la destinen a la lactancia de su hijo menor de nueve meses. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad»

⁶⁴ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 25: «Seis. El trabajador que tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un minusválido físico o psíquico, y siempre que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, de al menos un tercio de su duración, con la disminución proporcional del salario correspondiente. Este derecho sólo podrá ser ejercitado por uno de los cónyuges»

⁶⁵ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, artículo 25 «Tres. Podrán ser excluidos para la mujer los trabajos especialmente peligrosos, insalubres o penosos para su naturaleza, así como los que puedan afectar a su situación de embarazo o a la maternidad. La exclusión se regulará siempre por Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical»

aparición de normas protectoras para las trabajadoras, en realidad perpetuaban la desigualdad y discriminación de la mujer en el mercado laboral⁶⁶, estableciendo mejoras en los derechos maternos, así como añadiendo figura del varón para el cuidado de hijos y familiares, dejando a un lado la retrograda idea de que la mujer debía de ser quien se encargará de las tareas familiares.

2.6. La promulgación de la Constitución Española de 1978: los primeros pronunciamientos de los tribunales

Con la promulgación de la **Constitución Española** (en adelante CE) de 27 de diciembre de 1978, España es declarada «*Estado social y democrático de Derecho*»⁶⁷. Es, desde este momento, cuando el Derecho del Trabajo debe alcanzar una igualdad, real y efectiva, establecida en el artículo 9.2 CE⁶⁸, de derechos y deberes entre hombres y mujeres⁶⁹, y pasar el filtro constitucional del artículo 14 CE⁷⁰, que proclama el principio de no discriminación por razón de sexo⁷¹. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), será la norma laboral por excelencia⁷² y en la cual dicha igualdad se reconoce plenamente⁷³.

Sin embargo, tuvieron que pasar varios años hasta que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) tuviera en cuenta la situación histórica y real

⁶⁶ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 86

⁶⁷ Constitución Española, preámbulo y artículo primero

⁶⁸ CE, artículo 9: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

⁶⁹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 87

⁷⁰ CARDONA RUBERT, M^aB: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 25

⁷¹ CE, artículo 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

⁷² GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 87

⁷³ Estatuto de los Trabajadores, artículo 4, apartado segundo, letra c): Los trabajadores tienen derecho «A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español»

de la mujer trabajadora⁷⁴ para conseguir una correcta aplicación del principio de igualdad promulgado en la CE. En los primeros años de andadura, el TC entendió que para lograr una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, todas aquellas medidas que se establecían “a favor” de las mujeres, debían de ser trasladadas al hombre, pues si no se hacía, se estaba discriminando a los varones⁷⁵. Esta primera posición del TC no tuvo en cuenta la situación real de la mujer en la sociedad y su situación en el mercado laboral⁷⁶ y no consideró que en realidad, aquellas medidas que protegían a la mujer de manera genérica y que los varones venían denunciando como discriminatorias para ellos, en realidad eran discriminatorias para la propia mujer, puesto que dificultaban e impedían su acceso al empleo⁷⁷ y provocaban el mantenimiento de la situación de inferioridad de la mujer⁷⁸

2.7. Los posteriores pronunciamientos de los tribunales: supresión de normas supuestamente protectoras.

La **STC de 16 julio de 1987 (RTC 1987/128)** será el punto de partida del cambio de posición del TC al considerar la situación que históricamente venía padeciendo la mujer trabajadora⁷⁹ y realizar un análisis crítico de las normas supuestamente protectoras⁸⁰. Dicha sentencia no consideró que fuera contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE la ventaja económica reservada a las mujeres trabajadoras en concepto de

⁷⁴ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 92

⁷⁵ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 94: «Por su parte, la STC 98/1983, de 15 de noviembre y 38/86, de 21 de marzo, resolvieron supuestos parecidos. En la primera, el problema se originaba en torno al distinto régimen de trabajo nocturno que para el personal femenino y masculino derivaba de la Ordenanza de 1973. Se establecía para el personal masculino una jornada nocturna superior que la femenina, resultado, además, perjudicado en su régimen salarial, al deber hacer menos horas extraordinarias nocturnas. El TC, de manera coherente con su doctrina anterior, resolvió el amparo estimando la pretensión masculina de igualdad, y extendiendo el trato más beneficioso que gozaba el personal femenino al personal masculino. En la sentencia 38/1986, la cuestión a discutir era de nuevo sobre horas extraordinarias nocturnas, siendo el recurrente en este caso un empleado administrativo del INSALUD. Nuestro Alto Tribunal, volvió a apreciar discriminación para el varón, y resolvió el recurso equiparando a ambos sexos»

⁷⁶ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 96

⁷⁷ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 97

⁷⁸ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 96

⁷⁹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 96

⁸⁰ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 97

guardería, por estimar que se trataba de eliminar situaciones discriminatorias existentes que dificultaban el acceso y promoción del trabajo a la mujer, de manera que la diferencia de trato tenía una función de corrección de dicha situación: *«La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas»* [STC de 16 julio de 1987 (RTC 1987/128)].

Pero la Sentencia clave a efectos de suprimir las normas supuestamente protectoras⁸¹ que protegían a la mujer de manera genérica, será la **STC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992/229)**, que permitió el trabajo de la mujer en las minas. Dicha Sentencia estableció que *«El mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo idad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o 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 trabajo»* [STC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992/229)].

⁸¹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 103

Esta doctrina del TC responde a los criterios del Derecho Comunitario promulgados en la Directiva 76/207/CEE⁸², de 9 de febrero de 1976, 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, y a las condiciones de trabajo de eliminar «*aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser⁸³*».

A partir de este momento y a la luz de una real y eficaz aplicación del principio de igualdad y no discriminación, se inicia un proceso de supresión de normas que protegían a la mujer de manera genérica e injustificada⁸⁴, que culminó con la promulgación de la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**, al establecer en su Disposición Derogatoria Única la derogación de los trabajos prohibidos a las mujeres del **Decreto 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a las mujeres y menores**.

2.8. La actual protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora: protección de la maternidad y lactancia.

La actual regulación española relativa a la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora debe entenderse a la luz de los mandatos procedentes de la Unión Europea. Dichos mandatos comunitarios no establecen una protección específica de la salud y seguridad de la mujer como la que veníamos viendo, sino una protección basada en una igualdad de trato respecto del varón. No se debe proteger a la mujer en el trabajo de manera genérica por el simple hecho de ser mujer, pues si no se crea una situación de

⁸² Modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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, y a las condiciones de trabajo y posteriormente por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

⁸³ Directiva 76/207/CEE, artículo 3.2 c)

⁸⁴ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada...* cit., página 28

desigualdad respecto al hombre, limitando su derecho al trabajo y elección de oficio⁸⁵.

Tras la derogación de aquellas normas que protegían a la mujer de manera genérica, que suponían una fuente de desigualdad y discriminación, la maternidad y la lactancia se convirtieron en las únicas situaciones en las que se debe establecer una protección específica de la mujer en el trabajo. Por ello, en la actualidad, la protección de la salud y seguridad de la mujer se puede resumir en la específica protección de la maternidad y lactancia.

El embarazo y la lactancia suponen una realidad biológica que diferencia a mujeres y hombres y durante la cual, la mujer se encuentra en un estado de especial sensibilidad frente a los riesgos laborales, pudiendo éstos menoscabar su salud, la del feto o la del hijo lactante. Por ello, y sin transgredir el principio de igualdad entre mujeres y hombres, el embarazo y la lactancia son las únicas situaciones en las que cabe dispensar una protección específica de la mujer, tal y como establece la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en su preámbulo «*El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, **es legítimo proteger la condición biológica de una mujer** durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad*». No se considera una vulneración del principio de igualdad el establecimiento de unas medidas específicas cuando estas tengan su razón de ser en la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, del feto o del hijo lactante.

Pero la condición biológica no es la única realidad que diferencia a mujeres y hombres. La situación histórica de la mujer, el rol que ha asumido

⁸⁵ CE, artículo 35: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

como madre, esposa y ama de casa y la división sexual del trabajo han llevado a que en la actualidad existan unos riesgos en el mundo laboral específicos de las mujeres⁸⁶. A pesar de que en la actualidad las únicas medidas preventivas de protección de la mujer trabajadora están centradas en la protección de la maternidad y lactancia, se está impulsando una protección específica de la mujer a través de una prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta además de los factores biológicos, los factores sociales que diferencian a mujeres y hombres y que tienen una incidencia sobre el trabajo, dando origen a unos riesgos “femeninos” específicos. Sin embargo, esta perspectiva no es el objeto de nuestro trabajo, pues nos vamos a centrar en la específica protección de la maternidad y lactancia, pero debemos de tener en cuenta que a pesar de que todavía no existe una normativa específica, si bien tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se han conseguido introducir nuevas definiciones de riesgos, existe otra realidad distinta a la biológica que nos diferencia a mujeres y hombres y sobre la cual cabe establecer una protección y prevención específica.

Pero el objeto del presente trabajo es definir la protección de la salud y seguridad de la mujer embarazada o en periodo de lactancia a través de la prevención de riesgos laborales. Por ello, llegados a este punto, debemos hacer una diferencia entre la protección de la maternidad y la lactancia en sentido estricto⁸⁷, es decir, al momento posterior al parto; y la protección de la mujer embarazada o lactante a través de la prevención de riesgos laborales, que en el presente trabajo es el tema que nos preocupa y el cual vamos a desarrollar..

⁸⁶ RIVAS VALLEJO, M.P.: *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, NºExtra 74, 2008, páginas 227-286, página 231: «Cabe aseverar que existen riesgos laborales específicos de las mujeres, afirmación constatada por diversos estudios sobre el particular (pese a que la atención al mismo es novedosa en el ámbito de la salud), como es el caso de los siguientes: Acoso, laboral genérico o sexual [...] Dobles jornadas (o doble presencia) [...] Riesgos ligados a actividades feminizadas [...] Riesgos derivados de otros factores de discriminación»

⁸⁷ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 191

3. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES

El artículo 118 A del **Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea** (en su reforma mediante el Acta única Europea de 1986) señala que: «*Los estados miembros procurarán promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y salud de los trabajadores y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito. [...] **El Consejo adoptará, mediante directivas**, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente[...]*». Es decir, funda la obligación de establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, sin otro fin que el de armonizar la política de los estados miembros con la política comunitaria en esta materia y elevar el nivel de protección en materia de salud y seguridad laboral de los trabajadores. La Directiva más significativa y que más relevancia tiene respecto a la seguridad y salud de los trabajadores es la **Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en su trabajo**, o como coloquialmente se la conoce, **Directiva Marco de Seguridad** (en adelante Directiva Marco). La Directiva Marco contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria, fijando los principios generales relativos a la prevención de riesgos laborales y de la protección de la salud de los trabajadores.

Así mismo, la Constitución Española (en adelante CE) reconoce el derecho fundamental «*a la vida y a la integridad física y moral*» en su artículo 15. Derecho fundamental que se extiende también al ámbito laboral: «*debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la **plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral**, ya que ésta no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las*

*organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo» [STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985/ 88)]. En esta línea, la CE manifiesta en su artículo 40 apartado 2, que «**los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo [...]**. Este precepto, incluido dentro del Título I, Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica, al presentarse como principio programático de la política social y económica, necesita de una norma que lo desarrolle para permitir el ejercicio del mismo.*

La normativa nacional que desarrolla la política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo, debido al **mandato constitucional** recogido en el art. 40 que encomienda a los poder públicos a velar por la seguridad y salud en el trabajo y la **necesidad de armonizar la política nacional con la política comunitaria**, será de la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales** (en adelante LPRL) que supone la transposición de la Directiva Marco a nuestro ordenamiento jurídico y que tiene por objeto «*la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, y ello en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales*⁸⁸».

3.1. El deber general de protección del empresario.

El artículo 5 de la Directiva Marco establece que «*el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo*». Dicho artículo se transpone a nuestro ordenamiento jurídico dando lugar al artículo 14 de la LPRL que materializa **el deber de protección del empresario** de la seguridad y salud de los trabajadores estableciendo que: «**Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El**

⁸⁸ Exposición de motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

*citado derecho supone la existencia de un **correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales**. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo [...]*»

El deber de protección del empresario respecto de los trabajadores en materia de salud y seguridad laboral también se encuentra recogido en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), configurándose como uno de los derechos de los trabajadores recogidos en el artículo 4.2 apartado d): derecho a «**su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene**». Pero dicho derecho a una adecuada política de seguridad e higiene se concreta más adelante en el artículo 19 estableciendo que «*El trabajador, en la prestación de sus servicios, **tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene***». Por lo que podemos afirmar que el deber de protección de los trabajadores, además de la encomendación comunitaria y constitucional, se configura como una obligación contractual del empresario: «*Estamos aquí ante la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de un deber de garantía en favor del trabajador o una **obligación del patrono en el ámbito del contrato de trabajo**, y no propiamente ante un supuesto de aplicación del artículo 1902 del Código Civil*». No se trata pues de un supuesto de incumplimiento de la obligación genérica de no dañar a otro sino de la específica, **ínsita en todo contrato de trabajo, de garantizar la seguridad de los trabajadores al servicio de la empresa**» [STSJ de Castilla y León de 10 de julio de 2001].

3.2. El deber de protección específica del empresario: los trabajadores especialmente sensibles

El derecho comunitario y español establecen el deber del empresario de dispensar a sus trabajadores una protección y prevención eficaz de los riesgos derivados de su trabajo (artículo 5 Directiva Marco y artículo 14 LPRL). Sin embargo, la Directiva Marco establece en el artículo 15 que *«Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica»*. Dicho artículo se transpone a nuestro ordenamiento jurídico dando lugar al artículo 25 de la LPRL dedicado a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos: *«El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo»*. Por lo que a tenor de dichos artículos, la normativa establece una protección general de todos los trabajadores y una protección específica a ciertos trabajadores que por sus características personales, estado biológico conocido o discapacidad sean merecedores de una protección especial⁸⁹.

La Directiva Marco establece la sensibilidad mediante la **designación de grupos expuestos**, siendo la pertenencia a uno de los grupos la que determina la protección específica⁹⁰: *«Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles [...]»*. Como vemos, la Directiva Marco hace referencia a la **consideración objetiva del riesgo**, señalando una serie de grupos con unas características comunes sobre los cuales se dispensa una determinada protección⁹¹. Sin embargo, en nuestro ordenamiento interno, la especial sensibilidad a los riesgos viene dada por la particular incidencia que tiene sobre el trabajador singularmente considerado y no por la mera pertenencia a un

⁸⁹ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, 2ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, página 136

⁹⁰ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 136

⁹¹ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 139

grupo con unas características comunes⁹². Así, la LPRL, al contrario que la Directiva Marco, no establece una lista cerrada de sujetos especialmente protegidos, ampliando la protección de los trabajadores especialmente sensibles al considerar las singulares características personales a la hora de determinar su especial sensibilidad.

No obstante, a pesar de la ampliación de los trabajadores especialmente sensibles al considerar las singulares características de éstos, la LPRL también prevé la perspectiva de la Directiva Marco, en relación con la protección de la maternidad, de los menores y de los trabajadores temporales, estableciendo una regulación específica en los artículos 26, 27 y 28 respectivamente, en la que la especial sensibilidad viene establecida mediante la designación de los grupos expuestos: *«Respecto de las situaciones y sujetos protegidos, el mismo precepto -art. 25.2- hace una alusión genérica a cualquier trabajador que pueda presentar una característica especial que lo haga acreedor de protección especial, sin distinguir colectivos específicos. **Por tanto, la protección especial no se dirige a trabajadores específicamente diferenciados, sino a cualquiera que, por su especial sensibilidad, características biológicas, físicas, etc. pueda estar expuesto a mayores riesgos.** Lo único que sucede es que, a continuación, **dedica preceptos específicos a ciertos colectivos**, que se entienden como **particularmente necesitados** o acreedores de tutela: menores, embarazadas o lactantes y trabajadores temporales»* [STSJ Cataluña 23 de enero 2008]. Por lo tanto, la LPRL en su artículo 25 no establece una lista cerrada de trabajadores especialmente sensibles, pero establece una serie de colectivos que por sus características o estado biológico conocido precisan de una especial protección.

Del propio artículo 25 observamos tres tipos obligaciones empresariales para la protección específica de los trabajadores especialmente sensibles. No obstante, dichas obligaciones son "genéricas", y como ya hemos dicho, para la protección de la salud y de la seguridad de la trabajadora embarazada, o

⁹² VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 136

lactante, se establecerán unas medidas concretas establecidas en el artículo 26 de la LPRL.

Dichas obligaciones del artículo 25 son:

- Tener en cuenta las características personales o **estado biológico conocido** de los trabajadores en **las evaluaciones de riesgos** y, en función de éstas, el empresario **adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias**⁹³.
- **No podrá emplear** a trabajadores que por características personales, **estado biológico** o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo⁹⁴.
- **Tener en cuenta** en las evaluaciones **los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación** de los trabajadores y trabajadoras⁹⁵.

Es decir, el empresario deberá tener en cuenta el estado en el que se encuentren los trabajadores en las **evaluaciones de riesgos** para poder **adoptar las medidas necesarias** para su eficaz protección frente a los

⁹³ LPRL, artículo 25: «El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias»

⁹⁴ LPRL, artículo 25: «Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

⁹⁵ LPRL, artículo 25: «Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias»

riesgos, que supone la aplicación del principio de acción preventiva de adaptar el trabajo a la persona⁹⁶. Además, **no podrá emplear a los trabajadores** para aquellos trabajos puedan suponer un peligro para ella misma o para los demás. Y por último, hace referencia a la **protección de la función procreadora**, es decir, regula la protección especial contra alteraciones de la función reproductora, por la presencia de factores físicos y químicos que pueden causar anomalías cromosómicas que desencadenen mutaciones o problemas conexos con la herencia de los genes, como abortos espontáneos, malformaciones y esterilidad⁹⁷.

⁹⁶ LPRL, artículo 15. d) :«Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud»

⁹⁷ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 138

4. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA FRENTE A LOS RIESGOS LABORALES

La obligación del artículo 15 de la Directiva Marco de proteger de manera específica a ciertos grupos de trabajadores y de acuerdo con lo establecido en su artículo 16⁹⁸ de adoptar directivas específicas, se promulgó la Directiva 92/85/CEE del consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Dicha directiva recoge la regulación de la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, al considerarlas como *«por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad»*. En ella se establecen distintas medidas dirigidas a su protección durante la prestación de servicios, el reconocimiento de los permisos de maternidad, de los permisos para exámenes parentales, la prohibición de despido y el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo⁹⁹.

Respecto a la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora embarazada o lactante, la Directiva 92/85/CEE establece la obligación de llevar a cabo evaluaciones de riesgos, teniendo en cuenta los agentes, procedimientos y condiciones del Anexo I¹⁰⁰; la adaptación del puesto de trabajo cuando la evaluación revelase un riesgo para la trabajadora ¹⁰¹; el

⁹⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 191

⁹⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 193

¹⁰⁰ Directiva 92/85/CEE, artículo 4: *«Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá 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 que hace referencia el artículo 2, para poder: apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2; determinar las medidas que deberán adoptarse»*

¹⁰¹ Directiva 92/85/CEE, artículo 5.1: *«Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva, 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una*

cambio de puesto cuando fuese necesario o la dispensa de la prestación de servicios¹⁰²; la no realización de trabajo nocturno, cuando se estime necesario¹⁰³ y la prohibición de realizar actividades que supongan riesgos para la salud de la trabajadora embarazada o lactante, estableciendo un Anexo II con un listado no exhaustivo de agentes y condiciones de trabajo consideradas peligrosas.

Dichas medidas respecto a la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada o lactante se transpusieron a nuestro ordenamiento jurídico dando lugar al artículo 26 de la LPRL, que siguiendo la línea comunitaria, establece unas medidas específicas para la protección de la maternidad y la lactancia entiendo a las trabajadoras embarazadas o lactantes como colectivo que por su estado biológico conocido se muestran más sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Sin embargo, la transposición de la Directiva no ha llevado de manera completa ni en el mismo periodo de tiempo¹⁰⁴, lo que provocará problemas interpretativos y situaciones de desamparo relacionadas con la maternidad y la lactancia¹⁰⁵. Si bien es cierto que tras los cambios introducidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de

trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo».

¹⁰² Directiva 92/85/CEE, artículo 5.2 y 5.3: «2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada. 3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud»

¹⁰³ Directiva 92/85/CEE, artículo 7: « Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad la salud de la trabajadora afectada».

¹⁰⁴ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 193

¹⁰⁵ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 138

marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIMH) y el RD 298/2009, de 6 de marzo que modificará el Reglamento de los Servicios de Prevención para incorporar la lista de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto¹⁰⁶ se consiguió una mayor aproximación al mandato comunitario, nuestra normativa nacional respecto a la protección de la salud de la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia todavía no ha alcanzado una real y eficaz protección¹⁰⁷. No obstante, el efecto directo que tiene la Directiva 92/85/CEE permitirá, en cualquier caso, reconocer los derechos que en la misma se disponen, así como la posibilidad de que puedan ser invocados ante los Tribunales Nacionales¹⁰⁸.

El artículo 26 de la LPRL relativo a la protección de la maternidad, establece distintas obligaciones preventivas, que deben ser asumidas por parte del empresario, de forma gradualista, para garantizar la protección de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada o lactante, así como del feto o del hijo, pues la protección de la maternidad y la lactancia es un derecho de la trabajadora, pero es también una obligación, puesto que el bien jurídico protegido es también la protección del feto y del hijo¹⁰⁹. Por ello, para que el empresario pueda llevar a cabo las distintas medidas preventivas, éste debe ser conocedor del estado en el que se encuentra la trabajadora.

La comunicación por parte de la trabajadora de su estado al empresario es uno de los temas más controvertidos en relación con la protección de la salud de la trabajadora embarazada, pues dicha obligación de comunicación no se contempla en nuestro ordenamiento, al contrario de la Directiva 92/85/CEE, que en su artículo 2 cuando define los sujetos protegidos de su ámbito de aplicación, establece claramente *«trabajadora...que comunique su estado al*

¹⁰⁶ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 138

¹⁰⁷ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 139

¹⁰⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 194

¹⁰⁹ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 139

empresario». Los Tribunales entienden, que, aunque la comunicación del embarazo pertenece a la esfera privada de la trabajadora (artículo 18 CE: «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»), para que se lleven a cabo las medidas de prevención de riesgos necesarias para salvaguardar la salud de la trabajadora, del feto y del hijo lactante, es necesario que el empresario sea conocedor de su estado de embarazo: *«Hay que señalar que la legislación española, [...] no ha incluido las definiciones de la Directiva 92/85 CEE del Consejo (LCEur 1992, 3598), relativas a la mujer embarazada o en período de lactancia, como la trabajadora que, en esas situaciones, «comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».* Al omitir esta definición, se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. **El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 de la Ley 31/1995, no se active si la trabajadora no comunica su estado –pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso– y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar** » [STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2000 (Rº 1078/2000)].

La comunicación de la trabajadora de su estado al empresario no es una obligación de la trabajadora, de acuerdo con nuestro ordenamiento laboral, sino que además pertenece al ámbito del derecho a la intimidad personal recogida en el artículo 18 CE¹¹⁰. No obstante, como establece la sentencia mencionada, la trabajadora no podrá exigir responsabilidades en materia de prevención debido al no establecimiento por parte del empresario de las medidas preventivas necesarias para la protección de la trabajadora embarazada debido a la omisión de comunicación por parte de la misma, en el

¹¹⁰ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 216

caso de que el embarazo no fuese notorio, pues entonces el empresario sí que tiene conocimiento de su estado. Para que el empresario pueda llevar a cabo las medidas establecidas en el artículo 26 de la LPRL para una eficaz protección de la mujer embarazada o lactante, debe ser conocedor de que el puesto de trabajo está siendo ocupado por una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia y por tanto, la comunicación de su estado por parte de la trabajadora resulta necesaria.

Podemos entender que existe una comunicación recíproca¹¹¹: por una parte, la comunicación o información del empresario a las trabajadoras de los riesgos existentes de sus puestos de trabajo en el caso de que estuvieran o pudieran quedarse embarazadas; y, por otra parte, la comunicación de la trabajadora de su estado al empresario. La primera comunicación, la emanada de parte del empresario, se establece en el artículo 4.2 de la Directiva 92/85/CEE: *«se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, **los resultados de la evaluación** contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo»*. Dicha obligación del empresario de informar a las trabajadoras de los resultados de la evaluación no se establece en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la incompleta transposición de la Directiva a nuestro ámbito nacional¹¹². Sin embargo, aunque el artículo 26 de la LRPL relativo a la maternidad no establezca dicha obligación de informar a la trabajadora de los resultados de la evaluación, el empresario quedaría igualmente obligado en virtud del artículo 18 de la LPRL relativo al deber de información, siendo una obligación del empresario de

¹¹¹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 216

¹¹² Directiva 92/85/CEE: *«Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá 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 que hace referencia el artículo 2, para poder: apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2»*

informar de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos que le afectan¹¹³, pues resulta fundamental que la trabajadora sea informada de los posibles riesgos de exposición durante el embarazo y la lactancia biológica¹¹⁴. Algunas condiciones de trabajo y agentes de tipo físico, químico o biológico son especialmente peligrosos en los primeros meses de embarazo¹¹⁵, por ello es necesario que la trabajadora conozca la información de las evaluaciones de riesgos para saber si dichas condiciones o agentes le pueden afectar y así comunicárselo al empresario para que éste pueda llevar a cabo las medidas preventivas necesarias.

En cuanto a la obligación de comunicación de la trabajadora, el artículo 26 de la LPRL no se pronuncia al respecto, pero al igual que ocurre con el deber de información del empresario, el artículo 29.2.4º de la LPRL establece la obligación a los trabajadores de *«informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de 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»*. Por ello, lo más lógico es comunicar el estado de embarazo al empresario, si éste no fuera notorio, para que el empresario pueda tomar las medidas preventivas oportunas y realizar las evaluaciones de riesgos pertinentes, pues como hemos nombrado anteriormente, la trabajadora no podrá exigir responsabilidad al empresario del no establecimiento de medidas preventivas en relación con el embarazo debido a la omisión de comunicación por parte de la trabajadora.

¹¹³ LPRL, artículo 18: *«1. A fin de dar cumplimiento al deber de protección establecido en la presente Ley, el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con: a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función. b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior. c) Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley (medidas de emergencia)»*.

¹¹⁴ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 144

¹¹⁵ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 49

Para evitar que la comunicación de su estado suponga fuente de discriminación, la legislación española, a la luz los mandatos comunitarios¹¹⁶, ha establecido una serie de medidas para evitar dicha discriminación y proteger a la mujer trabajadora frente al despido. Medida que ya estaba contemplada en la Directiva 92/85/CEE, pero que en su incompleta transposición tardará en incorporarse dicho precepto a nuestro ordenamiento. Así, tras la promulgación de la Ley 39/1999 y la novísima LOIMH, se introdujeron cambios en el ET para declarar nulo cualquier caso de despido que tuviera relación directa con la maternidad y la lactancia. Así, el artículo 17.1 del ET, en relación con el artículo 8 de la LOIMH¹¹⁷, establece la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones del empresario que den lugar en el empleo a discriminación por razón de sexo¹¹⁸. Así mismo, en el artículo 53.4 ET, también se establece la nulidad de despido de la trabajadora embarazada¹¹⁹.

¹¹⁶ Directiva 92/85/CEE, artículo 10: Prohibición de despido «Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.»

¹¹⁷ LOIMH, artículo 8: «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

¹¹⁸ ET, artículo 17: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español»

¹¹⁹ ET, artículo 53.4: «será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo

Una vez que el empresario sea conocedor del estado de la trabajadora, establecerá las distintas obligaciones preventivas establecidas en el artículo 26.

de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo. b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley. c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo¹¹⁹ o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente».

5. OBLIGACIONES PREVENTIVAS DEL EMPRESARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA LACTANCIA.

El artículo 26 de LPRL establece distintas obligaciones preventivas, que deben ser asumidas por parte del empresario, de forma gradualista, para garantizar una protección real y efectiva de la salud y seguridad de la trabajadora embarazada o lactante y que suponen una concreción del artículo 25 de la LPRL y del artículo 15.1 apartado d) relativo al principio de acción preventiva de adaptar el trabajo a la persona.

5.1. EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES

El principal instrumento a partir del cual se establecen las distintas medidas preventivas para la eficaz protección de la trabajadora embarazada o lactante, así como del resto de trabajadores, es la **evaluación de riesgos laborales**.

La evaluación de riesgos se configura como uno de los **principios de acción** preventiva del artículo 15 de la LPRL además de establecerse como **una obligación empresarial** en el artículo 16 de la LPRL¹²⁰. El artículo 3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante RSP) define la evaluación de riesgos como «el proceso dirigido a **estimar la magnitud** de aquellos **riesgos que no hayan podido evitarse**, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de **adoptar medidas preventivas** y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse». Consiste en un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad laboral con el objetivo de determinar las causas de posibles riesgos y establecer las medidas necesarias para eliminarlos o reducirlos¹²¹.

¹²⁰ En trasposición de los artículo 6.2 b) y 3.a) de la Directiva Marco

¹²¹ GONZÁLEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., página 134

5.1.1. Evaluación de riesgos genérica y evaluación de riesgos específica.

Como hemos visto anteriormente, la protección de la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico responde a la inclusión de la trabajadora embarazada, lactante o puérpera como “trabajador especialmente sensible” debido a su estado biológico conocido. Por ello, debemos hacer mención a la obligación empresarial, recogida en el artículo 25.1 de la LPRL, de tener en cuenta dicho estado en las evaluaciones de riesgos: **«el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias».**

Así mismo, el artículo 26.1 de la LPRL establece que **«La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley 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 que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos».**

Como vemos, en ambos preceptos la evaluación de riesgos se configura como un eje fundamental de protección de la salud de la trabajadora, pues a partir de ella se tomarán las medidas preventivas necesarias para evitar la exposición a los riesgos que puedan afectar su salud así como a la del feto o del hijo lactante.

El artículo 26.1 hace referencia a la evaluación de riesgos del artículo 16 de la LPRL que establece que **«el empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido»**. El artículo 4 del RSP hace una mayor precisión de las evaluaciones nombradas en el artículo 16 y establece que **«la evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse deberá extenderse a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurren dichos riesgos. Para ello, se tendrán 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»**; y en su apartado segundo que a partir de la evaluación inicial **«deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por: c) La incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto»**.

Así que, de lo establecido los artículos 16 de la LPRL y del artículo 4 del RSP, podemos concluir que por un lado existe una evaluación **inicial general** de los riesgos, teniendo en cuenta que el puesto al que se refiere la evaluación **puede ser ocupado** por un trabajadora (que en el futuro puede quedarse embarazada), y por otro, que existe una “**evaluación específica**” cuando el puesto ya es ocupado por una mujer. En este sentido, el empresario deberá tomar las medidas preventivas y de protección adecuadas atendiendo al posible estado biológico de la trabajadora. Por lo tanto, la obligación de evaluar los riesgos específicos de la maternidad y la lactancia surge antes, incluso, del conocimiento efectivo de la presencia de mujeres embarazadas en los puestos de trabajo¹²².

La comunicación del estado en el que se encuentra la trabajadora al empresario se muestra indispensable para que éste pueda llevar a cabo la evaluación de riesgos específica. Si el empresario no es conocedor del estado biológico de la mujer trabajadora, no podrá llevar a cabo sus obligaciones preventivas. Igualmente, como ya hemos nombrado anteriormente, el empresario queda obligado a comunicar a las trabajadoras de los riesgos existentes de sus puestos de trabajo en el caso de que estuvieran o pudieran quedarse embarazadas (comunicación recíproca), que en este nivel de protección, resulta fundamental.

Las evaluaciones de riesgos sirven para determinar que puestos de trabajo quedan exentos de riesgos para las trabajadoras embarazadas, pues como veremos más adelante, estos puestos exentos de riesgos específicos para la maternidad y la lactancia servirán para poder destinar a las trabajadoras embarazadas o lactantes cuando, a pesar de llevar a cabo las diferentes medidas preventivas, la trabajadora no pueda realizar la actividad laboral de su puesto de trabajo.

¹²² CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 34

No obstante, para facilitar dichas evaluaciones de riesgos, deben tenerse en cuenta los Anexos VII y VIII del RSP. Tras la aprobación del RD 298/2009, que modificó el artículo 4 del RSP, se introdujeron dos Anexos al RSP, que establecen dos listados no exhaustivos por un lado, de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural (Anexo VII RSP¹²³); y por otro lado, de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural (Anexo VIII RSP¹²⁴). El RSP en su artículo 4 establece que la trabajadora embarazada o en período de lactancia no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva del Anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del feto o del hijo. Es decir, cuando en la evaluación de riesgos se detecte que los agentes o condiciones de trabajo establecidos en el Anexo VIII puedan suponer un daño para la salud y seguridad de la trabajadora así como para el feto o el hijo, ésta no podrá llevar a cabo su actividad y se deberán llevar a cabo las distintas medidas preventivas que estudiaremos a continuación. Dichos Anexos ya estaban contemplados en la Directiva 92/82/CEE ¹²⁵, pero en su incompleta transposición, al ser de carácter no exhaustivo y para evitar la inducción al error de considerar que solo esos agentes, procedimientos y condiciones eran susceptibles de evaluarse¹²⁶, no se incluyeron. Pero se observó que con dichos listados se facilitaba la identificación de los riesgos, sin que ello suponga

¹²³ Véase Anexo I, página 81

¹²⁴ Véase Anexo II, página 83

¹²⁵ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 145

¹²⁶ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 145

limitar los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que hacen desencadenar las distintas medidas del artículo 26¹²⁷

5.1.2. Evaluación de riesgos objetiva y subjetiva.

Las evaluaciones de riesgos mencionadas se realizan desde un punto de vista objetivo, considerando los riesgos objetivos del puesto de trabajo, sin tener en cuenta las circunstancias personales de la trabajadora o las diferentes circunstancias que puedan darse durante su embarazo. Por ello, surge la necesidad de realizar evaluaciones de riesgos subjetivas, una vez conocida la trabajadora que ocupa el puesto de trabajo, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la trabajadora así como demás circunstancias propias de su embarazo. Pero dicha evaluación subjetiva atendiendo a las características personales de la trabajadora y de su embarazo no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento, impidiendo de este modo una eficaz protección de la salud de la trabajadora así como del feto y del hijo.

5.2. MEDIDAS PREVENTIVAS

Artículo 26.1 LPRL: «[...] Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, **el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo** [...]».

Cuando el empresario haya llevado a cabo las evaluaciones de riesgos oportunas y estas revelen la presencia de riesgos para la salud de la trabajadora embarazada o del feto, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para evitar la exposición de la trabajadora a los riesgos detectados¹²⁸. Por ello, el artículo 26 de la LPRL establece una serie de medidas a tomar de forma escalonada, de manera que en caso de no poderse aplicar la primera medida establecida, se establezca la segunda y así sucesivamente¹²⁹. La adopción de una u otra medida está condicionada por

¹²⁷ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 145

¹²⁸ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 47

¹²⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 219

diversos factores como las características propias de la trabajadora, la actividad que realiza, la naturaleza del riesgo etc. La nota común que caracteriza a todas estas medidas es que son de carácter temporal, aplicables hasta que desaparezca la situación transitoria que protegen (embarazo o lactancia).

5.2.1. Adaptación de las condiciones de trabajo.

Artículo 26.1 LPRL: «[...]Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, **a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada** [...]»

La primera medida preventiva para la protección de la salud de la trabajadora embarazada, del feto y de la trabajadora lactante y del hijo, que recoge el artículo 26 de la LPRL es **la adaptación provisional de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo¹³⁰**: «la protección de la maternidad se articula con especial rigor, sobre una serie de medidas que sucesivamente está obligado a adoptar el empresario, que concreta el art. 26 LPRL de forma progresiva, y en todo caso con mantenimiento de las retribuciones de la trabajadora. **La primera medida es adaptar las condiciones del puesto de trabajo que ocupe la trabajadora embarazada o su tiempo de trabajo, de forma que se elimine la exposición de ésta al riesgo específico**» [STSJ de Cataluña, de 20 de julio de 2000 (Rº 6471/2000)]. Dicha adaptación de las condiciones de trabajo supone una concreción en al 26 del artículo 15.d) de la LPRL del principio de acción preventiva de adaptación del puesto a la persona.

¹³⁰ **LPRL**, artículo 4.7: «Se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición: a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo. b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia. c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados. d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.»

La adaptación de las condiciones de trabajo debe realizarse tanto en los supuestos de riesgos reales y certeros, así como en aquellos casos en los que existan indicios de que los riesgos puedan producirse¹³¹, tal y como vienen señalando los tribunales: *«para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse»* [STC 62/2007, de 27 de Marzo de 2007].

Podemos diferenciar dos tipos de adaptación: por un lado, existe una **adaptación “física”** del puesto de trabajo a la situación de la trabajadora, es decir, una adecuación de las características del puesto al estado en el que se encuentra la trabajadora (condiciones de trabajo recogidas en las letras a) b) y c) del artículo 4.7 de la LPRL¹³²); y por otra lado, una adaptación de las condiciones de trabajo relativas a la **organización y ordenación del tiempo de trabajo** (artículo 4.7 d) de la LPRL¹³³). El problema que se plantea respecto a la adaptación de éstas últimas condiciones de trabajo, condiciones “inmateriales”, es que a las mismas también se refiere el artículo 41 ET relativo a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo¹³⁴. Por lo que cabría preguntarse que si las modificaciones de las condiciones de trabajo a efectos preventivos pueden ser consideradas como modificación sustancial de las condiciones de trabajo y debe seguirse el procedimiento del artículo 41 ET. Pero la respuesta es clara, **las modificaciones que se practiquen a efectos**

¹³¹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 221

¹³² LPRL, artículo 4.7: *«Se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición: a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo. b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia. c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados».*

¹³³ LPRL, artículo 4.7 d) *«Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador»*

¹³⁴ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 50

preventivos sobre las condiciones de trabajo no tienen la consideración de modificación sustancial, debido a que atienden a razones meramente preventivas y no de carácter económico, técnico, organizativo o de producción¹³⁵.

La aplicación de las distintas medidas de adaptación de las condiciones de trabajo comporta unos gastos y la normativa no se pronuncia respecto a estos, por lo que tendrán que ser asumidos por el empresario. La obligación de adaptación de las condiciones de trabajo plantea problemas de carácter salarial que suponen unos costes preventivos para el empresario, pues la trabajadora tiene derecho a percibir la totalidad de su salario a pesar de que se produzcan cambios en su ordenación del tiempo de trabajo. Y aunque la LPRL en su artículo 26.2 sólo se pronuncia respecto al mantenimiento de las retribuciones en supuestos de cambio de puesto de trabajo, la jurisprudencia entiende que dichas retribuciones se mantendrán en todas las medidas que recoja el artículo 26 de la LPRL: **«Es difícil entender una protección de la mujer embarazada [...]sin un respeto a las retribuciones que venía percibiendo, o lo que es lo mismo te impongo el turno fijo para la protección de tu embarazo, pero te dejo de abonar lo que venías percibiendo cuando no estabas en estado de gestación y por dicho estado es por lo que te privo de hacer el turno nocturno y el trabajo en festivos. Así las cosas resultaría que el Estado obligaría a una actuación proteccionista de la empresa frente a la mujer embarazada, pero dicha protección no alcanzaría al sueldo. Y mal se puede proteger sin respetar las retribuciones, siendo que interpretaciones como la defendida por la recurrente llevaría a seguir manteniendo que el embarazo es situación que debe soportar económicamente la mujer, lo que evidentemente no es acorde con una normativa que se autotitula «Protección de la maternidad» [(STS) de Extremadura, de 29 de noviembre de 2001 (Rº 532/2001))]**. Como establece la sentencia, si no se mantuviera las retribuciones, la protección alcanzaría el sueldo y el coste de la prevención recaería sobre la trabajadora, vulnerando así

¹³⁵ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 51

lo establecido en el artículo 14 de la LPRL: *«El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores»*

Otra duda que se plantea respecto a la retribución de la trabajadora embarazada o lactante, cuando se cambien sus condiciones de trabajo, es la de sí también tiene derecho a percibir las retribuciones de carácter extrasalarial. El artículo 26 hace referencia al conjunto de retribuciones del puesto de origen, pero no determina si se trata de las retribuciones salariales o extrasalariales. El carácter extrasalarial supone una retribución como consecuencia directa del trabajo, no por los servicios prestados, por lo que como no se trata de una contraprestación por los servicios realizados, podría entenderse que estos complementos extrasalariales no pueden considerarse salario. Pero la jurisprudencia se pronuncia al respecto dejando claro que la trabajadora tiene derecho a percibir todas las retribuciones que percibía antes de la adaptación del puesto, tanto salariales como extrasalariales: *«La actora ha tenido que ser destinada a una categoría diferente, pero no por ello ha de perder «el conjunto de retribuciones de su puesto de origen», entendiendo que se refiere a todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin citar excepción alguna»* [(STSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2003 (Rº 551/2002))].

En resumen, la primera medida preventiva que debe tomar el empresario respecto a la protección de la salud de la mujer embarazada o lactante cuando la evaluación de riesgos revelé la existencia de riesgos o la posibilidad de que existan riesgos perjudiciales para su salud, la del feto o del hijo lactante, es la de adaptar las condiciones de trabajo, tanto materiales (características del puesto) como inmateriales (tiempos de trabajo) para su eficaz protección.

Artículo 26.1 LPRL: *«[...]Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. [...]»*

Continuando con la lectura del primer párrafo del artículo 26, respecto a la adaptación de las condiciones de trabajo, se establece la no realización de

trabajo nocturno o trabajo a turnos, cuando resulte necesario. Hay que tener en cuenta que esta prohibición de realizar trabajos nocturnos o a turnos no supone discriminación para la mujer, pues son cuestiones distintas la prohibición genérica del trabajo nocturno o a turnos para la mujer y la prohibición de trabajo nocturno o a turnos cuando la mujer se encuentre en situación de embarazo o lactancia. Esta mención especial a la no realización de trabajo nocturno o a turnos obedece a estudios médicos que revelan que las actividades desempeñadas en estas condiciones generan una especial tensión física y psíquica con incidencia sobre el embarazo, causando mayor número de partos prematuros e incluso abortos¹³⁶, puesto que altera los ritmos biológicos naturales¹³⁷.

Esta cuestión queda recogida en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y concretamente del trabajo nocturno, que en su exposición de motivos establece que *«Ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo»*. La trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de dicho mandato comunitario ha dado lugar al artículo 36 ET que establece que *«los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deben gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de seguridad y salud adaptado a la naturaleza de su trabajo [...]»*. El artículo 36.4 ET reconoce la influencia negativa sobre la salud del trabajo nocturno y del trabajo a turnos y reconoce para todos los trabajadores, no sólo las mujeres embarazadas, el derecho a un cambio de trabajo diurno¹³⁸: *«Los trabajadores nocturnos a los que se*

¹³⁶ CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., página 49

¹³⁷ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 229

¹³⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 233

*reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno **tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno** que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos».* Así pues, cuando esta medida se lleve a cabo, supondrá un cambio de puesto, por lo que ya pasaremos a la aplicación de la segunda medida preventiva recogida en el artículo 26 de la LPRL relativa al cambio de puesto de trabajo. Pero no hay que olvidar que cuando se lleve a cabo esta medida respecto a las mujeres embarazadas o lactantes, es de carácter temporal, debido a la imposibilidad de adaptar las condiciones de trabajo. Si se trata de un cambio de puesto debido a la condición biológica de la mujer trabajadora, como ya hemos nombrado anteriormente, no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino una medida preventiva para la protección eficaz de la salud de la trabajadora o del feto, de carácter temporal y prevencionista.

5.2.2. Cambio de puesto de trabajo

Artículo 26.2 LPRL: *«Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, **ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.** El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.*

El cambio de puesto o función se llevará a cabo 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 al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, 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».

Quando la adaptación de las condiciones de trabajo no resulte posible o aun habiéndose realizado no haya servido para eliminar los riesgos del puesto que puedan perjudicar a la salud de la trabajadora embarazada o lactante y del

feto o hijo lactante, la segunda medida preventiva que recoge el artículo 26 de la LPRL es el cambio de puesto de trabajo. La trabajadora embarazada o lactante deberá ser trasladada a un puesto de trabajo diferente exento de riesgos para su salud o para la del feto o se le deben asignar funciones compatibles con su estado biológico.

Aunque el riesgo que exista en el trabajo no sea lo suficientemente agresivo como para tomar esta medida, si existiera un puesto de trabajo compatible, el empresario debe proceder al cambio, para evitar cualquier riesgo: **«El texto legal habla de la evaluación de estos riesgos, y 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 que la mujer deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo, máxime cuando como dice el juzgador de instancia el organismo recurrente no da una razón objetiva, fundada en las necesidades de servicios que justifique no atender a la petición de la trabajadora»** [STSJ de Madrid, de 8 de julio de 2002 (Rº1750/2002)]. Los tribunales han considerado que aunque el riesgo sea mínimo, si existe otro puesto de trabajo en el que el riesgo es todavía menor, el cambio de puesto debe realizarse.

Para proceder al cambio de puesto de trabajo, en primer lugar es necesario conocer previamente cuáles son los puestos de trabajo exentos de riesgos para la mujer trabajadora y en segundo lugar, será necesario que exista un procedimiento mediante el cual se haga efectivo el cambio de puesto. La evaluación de riesgos concreta o específica determinará, cuando no sea posible la adaptación del puesto de trabajo, el momento en el que deba realizarse el cambio de puesto de trabajo¹³⁹. Es posible que el cambio de

¹³⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 242

puesto de trabajo sea necesario desde el primer momento en el que la trabajadora sea conocedora de su estado de embarazo o lactancia para evitar consecuencias fatales sobre la propia trabajadora o el feto¹⁴⁰. Pero también puede suceder que en función de los riesgos del puesto, el cambio de puesto de trabajo se produzca en momentos posteriores.

5.2.2.1. Puestos de trabajo exentos de riesgos

Artículo 26.2 LPRL: *«El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos»*

El empresario debe trasladar a las trabajadoras embarazadas o lactantes a puestos de trabajo exentos de riesgos para una eficaz protección de su salud, de la del feto o del hijo lactante. La LPRL establece la obligación de realizar un listado con puestos de trabajo exentos de riesgos, previa consulta de los trabajadores no vinculante¹⁴¹. Dicho listado de puestos de trabajo exentos de riesgos se realiza a través de la evaluación de riesgos general, considerando que el puesto de trabajo pueda ser ocupado por una mujer embarazada o lactante. Debemos recordar los Anexos VII y VIII del RSP.

Como ya hemos nombrado anteriormente, los listados no exhaustivos establecidos en dichos Anexos ayudarán a facilitar las evaluaciones de riesgos y por tanto, a determinar los puestos de trabajo exentos de riesgos, al establecer ciertos puestos de trabajo que no podrán ser ocupados por la trabajadora embarazada o lactante al suponer un riesgo de exposición de los agentes y condiciones del Anexo VIII.

5.2.2.2. Certificación médica

Artículo 26.2 LPRL: *«Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, **y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los***

¹⁴⁰ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 239

¹⁴¹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 242

riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado».

Para poder llevar a cabo el cambio de puesto de trabajo, además de existir un listado con puestos exentos de riesgos, es necesario que exista un certificado que establezca la necesidad de cambio de puesto de la trabajadora debido a la imposibilidad de la adaptación de las condiciones de trabajo.

Esta es una de las cuestiones que más modificaciones ha sufrido desde la promulgación de la LPRL¹⁴². En un primer momento, la certificación medica venía dada por el médico del Servicio Público de Salud al que perteneciera la trabajadora. Posteriormente y a tenor de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral, el artículo 26 vuelve a ser redactado exigiéndose por un lado la intervención del facultativo del Servicio de Salud, y por otro, la intervención de los servicios médicos del INSS o en su caso de la Mutua. Así, el médico del Servicio Nacional de Salud tiene competencia para emitir informe, siendo los servicios médicos del INSS o de las mutuas los que decidan y den la certificación medica correspondiente. Con la aprobación de la LOIHM, que modifica el artículo 134 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) se establece el riesgo durante el embarazo como contingencia profesional y se redacta el actual artículo 26 de la LPRL estableciendo que serán los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, quienes se encargaran de la expedición del certificado médico que establezca la necesidad de cambio de puesto de trabajo.

Al ser considerada la situación de riesgo durante el embarazo y lactancia como contingencia profesional y ser responsable del pago de las prestaciones la Mutua o entidad colaboradora, se establece en la actual regulación que sean éstas quienes certifiquen la imposibilidad de adaptación de las condiciones. Este es el paso previo a la solicitud de la situación por riesgo

¹⁴² MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 243

durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. Para obtener el certificado médico de cambio de puesto, la trabajadora debe solicitar al médico del Servicio Público de Salud un informe donde se acredite la situación de riesgo y un certificado de la empresa sobre la actividad que desarrolla y las condiciones de su puesto. Una vez obtenga el informe del facultativo y el certificado de la empresa, solicitará a la entidad gestora o Mutua una certificación médica sobre la existencia del riesgo. Si el cambio de puesto es posible, la trabajadora pasará a ocupar un nuevo puesto de trabajo de la forma que a continuación estudiaremos. En caso de no ser posible el cambio de puesto de trabajo, se pasará al siguiente nivel de medidas preventivas establecido en el artículo 26: la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia.

5.2.2.3. Forma de llevar a cabo el cambio de puesto de trabajo

Una vez oficialmente determinada mediante la certificación médica la necesidad del cambio de puesto de trabajo, el siguiente paso es el de proceder a su efectiva realización. Para ello, el artículo 26.2 de la LPRL establece que el cambio de puesto de trabajo seguirá las reglas aplicables a la movilidad funcional establecidas en el artículo 39 ET. La movilidad funcional permite al empresario un correcto y adecuado desarrollo de su proceso productivo, de forma que puede adaptar sus recursos humanos a las necesidades organizativas, productivas y económicas¹⁴³.

El cambio de puesto o de funcionales se realizará, en primer lugar, a un puesto de la misma categoría o grupo profesional mediante las reglas establecidas en el artículo 39 ET para la **movilidad funcional ordinaria** o **movilidad horizontal**; y en segundo lugar, la normativa prevé una **movilidad extraordinaria o movilidad vertical** mediante la cual se podrá trasladar a la trabajadora embarazada a un puesto cuyas funciones y riesgos son compatibles con su estado, pudiendo ser un grupo profesional superior o inferior. Pero estas medidas son de carácter temporal y la trabajadora, como

¹⁴³MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 250

ya hemos visto anteriormente, tiene derecho a la percepción de la totalidad de su salario, incluidas las retribuciones de carácter extrasalarial.

En cuanto a la movilidad horizontal, será de aplicación el artículo 39.1 y 39.3 ET, de tal forma que el cambio se debe producir dentro del mismo grupo profesional. Hay que tener en cuenta que este cambio funcional debe actualizarse a la luz de la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 3/2012 de 16 de julio de 2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. De manera que a partir de ahora hay que entender que el cambio funcional tiene que hacer referencia al cambio de puesto dentro del grupo profesional o distinto grupo profesional y no a categorías profesionales equivalentes o no equivalentes¹⁴⁴. Por un lado, la movilidad deberá hacerse teniendo en cuenta las titulaciones académicas y profesionales precisas para realizar correctamente la prestación laboral, y, por otro lado, se realizará con respeto a la dignidad de la trabajadora sin que existan perjuicios para su formación y promoción profesional. La movilidad debe ser acatada tanto por el empresario como por la trabajadora a pesar de que no sea la mejor opción desde el punto de vista profesional, pero lo que está en juego es el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE y el derecho a la salud en un momento determinado. Se trata de poner en manifiesto para la realización del cambio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin olvidar que estamos ante un cambio de duración temporal. La movilidad funcional se constituye como un deber dentro del régimen protector de la maternidad¹⁴⁵.

Respecto a la movilidad extraordinaria, el artículo 26.2 se presenta con carácter subsidiario de aquellos casos en los que no existe un puesto de trabajo función compatible dentro del mismo grupo profesional. Nuestro ordenamiento jurídico permite el traslado de la trabajador a un puesto de diferente grupo profesional, por ello son de aplicación en este caso las reglas establecidas en los artículos 39.2 y 39.4 ET. Pero hay que tener en cuenta que

¹⁴⁴ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 141

¹⁴⁵ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 252

no se trata de una movilidad vertical condicionada a la concurrencia de causas técnicas u organizativas sino que atiende a la protección de la salud de la trabajadora o del feto, y sólo se aplicará en el caso de que resultase imposible la aplicación de otras medidas.

En cualquiera de los dos supuestos de movilidad, la trabajadora va a realizar nuevas tareas y funciones, por lo que el empresario se va a ver obligado a actualizar la información y la formación en materia de prevención.

No obstante, cabe hacer mención a que la normativa no prevé el supuesto de cambio de puesto de trabajo a otro centro de trabajo mediante la movilidad geográfica. Si una empresa no posee en el centro de trabajo en el que presta servicios la trabajadora embarazada un puesto de trabajo exento de riesgos, pero en cambio sí que posee puestos de trabajo en otros centros de trabajo, esta movilidad no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. Este cambio es posible si no implica un perjuicio añadido a la trabajadora y es compatible con el estado de embarazo de la mujer. Pero no se trata de aceptar la movilidad geográfica del artículo 40 ET, pues se entiende que sería contrario a la finalidad prevencionista del artículo 26; pero si se admite es un cambio por parte del empresario que implicara una movilidad sin cambio de residencia, pero en todo caso se le aplicarían las reglas de la movilidad funcional.

5.2.2.4. Bonificaciones de las cuotas sociales por cambio de puesto de trabajo

Para incentivar el cambio de puesto cuando sea posible en vez de acudir directamente a la última medida en el artículo 26 de la LPRL de suspensión de contrato de trabajo, los poderes públicos establecen una reducción de las cuotas sociales.

En las últimas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, se viene estableciendo una *«reducción del 50 por 100 en la cotización empresarial en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo»*

o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional».

La disposición adicional Septuagésima octava de reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional, establece que *«en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, soportada por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes».*

5.2.3. Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural o biológica

Artículo 26.3 LPRL: *«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 afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».*

Artículo 26.4 LPRL: *«Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses 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 última medida que establece el artículo 26 de la LPRL para una protección eficaz de la salud de la trabajadora embarazada y del feto, siempre que las dos anteriores (adaptación de las condiciones de trabajo y cambio de puesto de trabajo) no fueran posibles, es la suspensión del contrato de trabajo¹⁴⁶: «La situación protegida es, pues, el **período de suspensión del contrato de trabajo** nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto. Se trata de una situación configurada desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 26, y **que constituye la última medida para adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora**, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto, y **que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas**» [STS] de Navarra, de 27 de marzo de 2002, (AS 2002/1523)]. Esta medida exonera a la trabajadora de la prestación de servicios, dispensándola del trabajo hasta que los riesgos del trabajo que afecten a la trabajadora embarazada o lactante o al feto y al hijo lactante hayan cesado, bien porque se hayan eliminado los riesgos del puesto, porque exista un nuevo puesto sin riesgos o porque el estado de riesgo ha desaparecido¹⁴⁷. Por lo tanto, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o biológica se configura como una obligación de prevención para el empresario¹⁴⁸.

Esta última medida de suspensión de contrato se configura como una novedad legislativa introducida por dos disposiciones claves¹⁴⁹. Por un lado, la

¹⁴⁶ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 256: «Como se ha dicho, dentro del conjunto de medidas que este artículo recoge de forma escalonada, la última de ellas, a las que se deberá acudir cuando las dos anteriores no han podido llevarse a cabo, es la suspensión del contrato de trabajo»

¹⁴⁷ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 256

¹⁴⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 259

¹⁴⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensible*, cit., página 257: «En un primer momento, la transposición de la Directiva al ordenamiento no se produjo de forma correcta porque nada preveía la LPRL respecto de los casos en los que no

Ley 39/1999, que introdujo la situación de suspensión del contrato y la prestación por riesgo durante el embarazo; y por otro lado, la LOIMH, que ha introducido, mediante la modificación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, la situación de suspensión por riesgo durante la lactancia natural o biológica hasta que el hijo cumpla 9 meses¹⁵⁰, así como el reconocimiento de las prestaciones económicas, en ambos supuestos suspensivos, derivadas de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Antes de esta nueva regulación, la LPRL, en su incompleta transposición de la Directiva 92/85/CE¹⁵¹, no preveía nada ante el caso de que no fuera posible la adaptación del puesto y de las condiciones de trabajo ni el cambio de puesto trabajo¹⁵². Así pues, ante la situación de que la trabajadora no pudiera prestar sus servicios por existir riesgos que pudieran afectar al embarazo o lactancia, la trabajadora embarazada o lactante debía pasar a situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, recayendo así el coste de la prevención en la propia trabajadora. Tras la promulgación de la Ley 39/1999, que reconoció la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo¹⁵³, todavía quedaba incompleta al establecerse en los

fuera posible la adaptación del puesto y de las condiciones de trabajo, ni el cambio a otro puesto compatible»

¹⁵⁰ VALLEJO DACOSTA R. Y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 142

¹⁵¹ Directiva 92/85/CE, artículo 5.3: «si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud»

¹⁵² MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensible*, cit., página 257: «En un primer momento, la transposición de la Directiva al ordenamiento no se produjo de forma correcta porque nada preveía la LPRL respecto de los casos en los que no fuera posible la adaptación del puesto y de las condiciones de trabajo, ni el cambio a otro puesto compatible»

¹⁵³ La ley 39/1999 fue la norma que traspuso el citado artículo a nuestro ordenamiento, dando lugar a la modificación de tres normas fundamentales: se añade un tercer párrafo al artículo 26 de la LPRL donde se establece como última medida preventiva la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo; modificación del ET, añadiendo al artículo 45.1 apartado d) el riesgo durante el embarazo como nueva causa de suspensión de contrato así como un nuevo párrafo del artículo 48 señalando el momento en el que finaliza la suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo(cuando comienza la suspensión del contrato de trabajo por maternidad); y por otro lado, modificación de la Ley General de Seguridad Social

mismos términos y condiciones que la prestación por incapacidad temporal por contingencias profesionales (se exigía período mínimo de cotización de 180 días y la prestación era del 75% de la base reguladora por contingencias comunes). Además, nada se preveía en el caso de riesgo durante la lactancia, sin poderse ampliar el tiempo de duración de la prestación por riesgo durante el embarazo al periodo de lactancia¹⁵⁴.

Tras la promulgación de la LOIMH, estos vacíos legislativos quedaron satisfechos al introducir la suspensión del contrato de trabajo, con su correspondiente prestación, por riesgo durante la lactancia natural, así como al establecer que ambas prestaciones (riesgo durante el embarazo y lactancia) fueran reconocidas en los mismos términos que la incapacidad temporal por contingencias profesionales.

No obstante, anteriormente dichas prestaciones, eran gestionadas directamente por el Instituto Nacional de Seguridad Social, pero tras la nueva regulación, y configurarse como prestaciones derivadas de contingencias profesionales, la gestión y el pago de la prestación corresponde a la Entidad Gestora o a la Mutua con la que tenga concertada la empresa la cobertura de los riesgos profesionales, que a continuación estudiaremos.

5.2.3.1. Situación protegida

Artículo 134 LGSS: *«A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida 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 estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.*

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales»

(en adelante LGSS) mediante la modificación del artículo 38.1 apartado c) que incluye en el ámbito protector del sistema de Seguridad Social la nueva prestación¹⁵³ y la introducción de un nuevo capítulo dedicado a la prestación de riesgo durante el embarazo (Capítulo IV quarter, artículos 134 y 135).

¹⁵⁴ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 290

Artículo 135 bis LGSS: «A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»

Artículo 48.5 ET: «En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado».

El artículo 134 de la LGSS, introducido por la Ley 39/1999, reconoció la prestación económica por riesgo durante el embarazo. La LOIMH, introdujo el último párrafo, estableciendo que la prestación económica por riesgo durante el embarazo tendrá naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, así como el artículo 135 bis, reconociendo la prestación por riesgo durante la lactancia natural hasta que el hijo cumpla nueve meses.

En ambos casos, el acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural está condicionado a la imposibilidad de llevar a cabo las distintas medidas preventivas establecidas en el artículo 26 de la LPRL, es decir, adaptación de las condiciones de trabajo o cambio de puesto de trabajo: «En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala **no consta acreditado que el cambio de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados**, por lo que, al no haberse probado tal imposibilidad del cambio de puesto de trabajo o de concurrencia de motivos justificados que impidan la exigencia de dicho cambio, **no concurren los requisitos para que se considere situación protegida de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo**, en los términos del artículo 48.1 d) del Estatuto de los Trabajadores y 134 de la Ley General de la Seguridad Social» [STS] de Castilla León, de 30 de diciembre de 2006 (Rº2292/2005)].

Como establece el artículo 48.5 ET, la suspensión por riesgo durante el embarazo durará hasta que se inicie la prestación por maternidad; y en el caso de riesgo durante la lactancia, hasta que el hijo cumpla 9 meses de edad. En ambos casos, finalizará cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

5.2.3.2. Prestación económica

Artículo 135 LGSS: *«La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.*

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

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

Artículo 135 ter LGSS: *«La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá 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»*

La suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia lleva consigo asociada una prestación económica. Consiste en la percepción de un subsidio sustitutivo del salario durante el periodo de suspensión del contrato¹⁵⁵. Nos encontramos ante una prestación preventiva que pretende proteger la situación de necesidad debido a que existe una

¹⁵⁵ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 264

incompatibilidad entre el desempeño de la actividad laboral y la situación de embarazo¹⁵⁶.

Dicha prestación se regula en los artículos 134 y 135 de la LGSS y en 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, a tenor de lo dispuesto en la LOIMH. Anteriormente, como ya hemos nombrado, la prestación por riesgo durante el embarazo se equiparaba con la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, estableciéndose un periodo mínimo de cotización (180 días) y una prestación del 75% de la base reguladora correspondiente a la prestación por contingencias comunes, siendo gestionada directamente por el Instituto Nacional de Seguridad Social¹⁵⁷.

La nueva redacción de LGSS reconoce las prestaciones económicas en los mismos términos y condiciones que las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias profesionales: no se exige a la trabajadora periodo mínimo de carencia y se le considera en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta. Como consecuencia también, la prestación económica que se reconoce consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional¹⁵⁸.

¹⁵⁶ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., página 258

¹⁵⁷ Antigua redacción LGSS, artículo 135:« 1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados. 2. La prestación económica, cuyo pago corresponderá a la Entidad Gestora, nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. 3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora .correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. 4. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se gestionará directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se establezca».

¹⁵⁸ VALLEJO DA COSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 144

5.2.3.3. Procedimiento para el reconocimiento de la prestación económica por riesgo durante el embarazo y lactancia natural.

Artículo 135 LGSS: «4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales».

Otra de las novedades que introdujo la LOIMH respecto a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural es la nueva forma de gestión y pago de la prestación. Antes de los cambios introducidos por la LOIMH, la prestación por riesgo durante el embarazo se gestionaba directamente por el Instituto Nacional de Seguridad Social en las mismas condiciones que la incapacidad temporal por contingencias comunes. En la actualidad, al configurarse como prestaciones derivadas de contingencias profesionales conlleva a una variación en el responsable de la gestión y pago de las prestaciones económicas¹⁵⁹, que ahora corresponderá a la Entidad Gestora o la MUTUA, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

El 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, establece en su artículo 39 el procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (por remisión del artículo 51 del mismo).

En el procedimiento se diferencian dos fases: en la primera, el procedimiento tiene por objeto el reconocimiento de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia. En la segunda, el procedimiento va dirigido al reconocimiento de las prestaciones¹⁶⁰. Es decir, primero la trabajadora tiene que solicitar la suspensión del contrato de trabajo; y una vez

¹⁵⁹ VALLEJO DACOSTA R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 142

¹⁶⁰ VALLEJO DACOSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 143

se encuentre exonerada de la prestación de servicios, deberá solicitar la prestación de la contingencia.

Para que la empresa declare a la trabajadora en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, el RD establece un procedimiento previo: primero, la trabajadora debe solicitar al médico del Servicio Público de Salud un informe donde se acredite la situación de riesgo durante el embarazo o lactancia y la fecha probable de parto¹⁶¹. Una vez que la trabajadora disponga de dicho informe, así como un certificado de la empresa sobre la actividad que desarrolla y las condiciones de su puesto, debe solicitar ante la entidad gestora o Mutua correspondiente, una certificación médica sobre la existencia del riesgo¹⁶². Si la entidad gestora o mutua certifica el riesgo y no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia¹⁶³. Si por el contrario la entidad gestora o mutua se niega a expedir la certificación porque considera que no existe riesgo, se comunicará a la trabajadora que no inicie el procedimiento para solicitar la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia¹⁶⁴. Como vemos, el reconocimiento de la existencia de riesgo corresponderá exclusivamente a la entidad gestora o colaboradora¹⁶⁵.

¹⁶¹ *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.1: «El procedimiento se inicia a instancia de la interesada, mediante un informe que deberá solicitarse al facultativo del Servicio Público de Salud. Dicho informe acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto»

¹⁶² *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.2: «La trabajadora, con el citado informe, acompañado de un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda»

¹⁶³ *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.3: «Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo».

¹⁶⁴ *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.2: «En el caso 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 a la que se refiere el párrafo anterior, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación»

¹⁶⁵ VALLEJO DACOSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 143

Una vez la trabajadora se encuentre en situación de suspensión del contrato de trabajo, podrá solicitar la prestación económica, presentando la correspondiente solicitud, a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que le corresponda¹⁶⁶. Junto con la solicitud, la trabajadora deberá presentar¹⁶⁷:

- La certificación médica donde conste la existencia de riesgo, salvo que ya obre en poder de la entidad gestora o colaboradora.
- Una declaración de la empresa sobre 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. Certificación que será expedida por los servicios de vigilancia

¹⁶⁶Real Decreto 295/2009, artículo 39.4 :«Para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora presentará la solicitud a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que le corresponda. Las solicitudes se formularán, en su caso, en los modelos establecidos al efecto y deberán contener los datos y circunstancias que establece el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

¹⁶⁷ Real Decreto 295/2009, artículo 39.4: « A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los documentos siguientes: a) Certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora. b) Declaración de la empresa sobre 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. De igual modo, se deberá reflejar también la fecha en la que la trabajadora ha suspendido la relación laboral. La declaración irá acompañada de informe sobre estos particulares emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno. Cuando se trate de personas integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, se aportará declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora. c) Certificado de empresa en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales, correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo y, en su caso, las cantidades de percepción no periódica abonadas a la trabajadora durante el año anterior a la fecha de suspensión del contrato. Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos la certificación comprenderá los extremos a los que se refiere el artículo 34.6. En los casos de trabajadoras a tiempo parcial, deberá reflejarse la cuantía de la base de cotización correspondiente a los tres meses anteriores a la suspensión del contrato. Asimismo, deberá constar expresamente en la declaración la cotización por realización de horas extraordinarias en el año anterior al inicio de la suspensión laboral»

de la salud propios o ajenos de la empresa, eliminándose la posibilidad de que la misma pueda ser emitida por responsables de la prevención de la empresa con cualificación o acreditación suficiente, tal como se admitía en la regulación anterior. Tanto la entidad gestora como la entidad colaboradora podrán solicitar la aportación de la evaluación inicial de riesgos del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo. El certificado que aporte la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de salud de la trabajadora o del feto, deberá reflejar también la fecha en la que la trabajadora ha suspendido la relación laboral, que no puede suceder hasta haber obtenido la certificación médica donde se reconoce la existencia de riesgo.

- Un certificado de la empresa donde conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales.

Una vez presentados los documentos y comprobado todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la entidad gestora dictará resolución expresa en el plazo de treinta días desde la presentación de la solicitud de la prestación¹⁶⁸.

También se contempla la posibilidad que tiene la Entidad Gestora y la Entidad Colaboradora de no reconocer inicialmente la prestación, sino a partir de una determinada fecha, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia del riesgo y la evolución del estado de gestación, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo. En este caso no será necesaria una nueva solicitud sino solo la presentación del certificado médico sobre la existencia del riesgo y la certificación sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con su estado¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.5: « A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la entidad gestora dictará resolución expresa, que se notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo»

¹⁶⁹ *Real Decreto 295/2009*, artículo 39.5: «Cuando no se reconozca inicialmente el derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, por no concurrir la situación protegida definida en el artículo 31, se indicará a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual

Pero si la trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal trabajadora y solicita la prestación por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, el RD establece que no se reconocerá la prestación hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal, y así se han pronunciado los tribunales: *«Es obvio que **si la demandante fuese dada de alta de Incapacidad Temporal, y se reincorporase a la empresa podría solicitar la prestación** que es ahora objeto de conflicto, pero no puede hacerlo desde la situación de incapacidad temporal, porque es esencial a esta que el trabajador/a no pueda trabajar y necesite asistencia sanitaria, y si no puede **trabajar el riesgo efectivo y real no existe hasta que no se reincorpore**»* [STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 de septiembre de 2005 (Rº 71/2003)]. Es decir, que si la trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal por cuestiones relativas al embarazo, ésta no podrá solicitar la prestación por riesgo durante el embarazo (o lactancia en su caso) encontrándose en situación de incapacidad temporal. Tendrá que reincorporarse al puesto de trabajo, y una vez activa de nuevo, solicitar la suspensión de contrato de trabajo y posteriormente la prestación económica.

Como vemos, la nueva normativa respecto al reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural establece una serie de requisitos que se traducen en obstáculos y trabas para el acceso a la prestación. Queda en manos de las mutuas el reconocimiento de la situación de riesgo, pudiendo no declarar la situación de riesgo desde su solicitud. La controversia existe en que ante la negativa de la Mutua de reconocer la situación, la trabajadora deberá recurrir dicha decisión ante la misma Mutua, pudiéndosela denegar de nuevo. Estos casos de negativa de la mutua de reconocer una situación de riesgo puede implicar la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15

podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia de riesgo y la evolución en el estado de gestación, en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo. En consecuencia, en estos casos, no será necesaria una nueva solicitud sino, tan sólo, la aportación de la documentación establecida en los párrafos b) y c) del apartado 4 de este artículo».

CE, pudiendo así demandar a la Mutua negadora por tutela de derechos fundamentales.

Además, la falta de criterios homogéneos respecto de la concurrencia de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, puede dar lugar a conflictos¹⁷⁰. No existe una guía unánime donde consten todos los riesgos a los que pueda estar expuesta la mujer embarazada o lactante. Dicha falta de homogeneidad queda reflejada en el propio RD 295/2009 estableciendo en su disposición adicional tercera que: *«Con el fin de valorar homogéneamente la existencia de los riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural, el Ministerio de Trabajo e Inmigración elaborará las correspondientes guías en las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo, y en las que se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural»*. Así, remite al Ministerio a elaborar guías en las que se definan los riesgos y listados no exhaustivos de agentes, procedimientos y condiciones que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora y del feto o del hijo. Las Mutuas también han elaborado la Guía Médica, , de 1 de septiembre de 2008, a través de AMAT (Asociación de Mutuas de Accidente de Trabajo) con la finalidad de igualar y homogeneizar el nivel de protección. Pero estas guías son de carácter orientativo y no agotan los parámetros médicos de valoración de los riesgos para la salud de la trabajadora embarazada, o lactante, y para el feto, o el hijo¹⁷¹. Facilitan la valoración del riesgos, pero para una valoración eficaz deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada situación.

¹⁷⁰ VALLEJO DACOSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., página 139

¹⁷¹ VALLEJO DA COSTA, R.: *Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Ediciones Laborum, Asociación Española de Seguridad Social y Salud Laboral (AESS), 2009, página 7

5.3. DERECHO A EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

Artículo 26.5 LPRL: *«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».*

Por último, el artículo 26 reconoce el derecho a las trabajadoras a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración para realizar los exámenes parentales y técnicas de preparación al parto. Debe avisar previamente al empresario y justificar la necesidad de realizarlas dentro de la jornada laboral.

6. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto en el presente estudio sobre la protección de la salud y de la seguridad de la trabajadora embarazada, o lactante, a través de la prevención de riesgos laborales, podemos extraer varias conclusiones.

En primer lugar, podemos afirmar que a pesar de los avances conseguidos respecto a la protección de la salud y seguridad de la mujer en el trabajo la actual normativa resulta insuficiente al no contemplarse desde una perspectiva de género. Como hemos visto, la actual normativa se centra en la protección de la mujer cuando ésta se encuentre en situación de lactancia y maternidad, atendiendo únicamente a su realidad biológica. Sin embargo, existen otros riesgos, como el acoso sexual, la doble jornada o doble presencia, así como riesgos específicos de actividades feminizadas, que requieren de una protección específica y sobre los cuales cabría dispensar una adecuada política de prevención de riesgos. Dicha protección no vulneraría el principio de igualdad, pues no protege a la mujer de manera genérica, sino atendiendo a unos riesgos que la afectan de manera específica y sobre los cuales hay que actuar para conseguir una efectiva y real igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral.

En segundo lugar, podríamos decir que la incompleta transposición de la Directiva 92/85/CEE, ha llevado a bastante problemas interpretativos. Por un lado, la omisión de comunicación de la trabajadora de su estado al empresario. Dicho estado pertenece a la esfera privada de la mujer trabajadora, como derecho fundamental a la intimidad (artículo 18 CE). Sin embargo, el empresario debe ser conocedor de dicho estado para poder aplicar las distintas medidas preventivas para salvaguardar la salud de la trabajadora así como la del feto y la del hijo. Para proteger ésta situación y que no suponga fuente de discriminación por razón de sexo, se ha establecido la nulidad de cualquier acción empresarial relacionada con la maternidad y la lactancia. De ésta manera, la trabajadora puede comunicar su estado al empresario sabiendo que éste no podrá realizar ninguna acción contra ella por el hecho de encontrarse

en situación de estado o maternidad. La maternidad no puede suponer un obstáculo en las relaciones laborales y viceversa, el trabajo no puede suponer un obstáculo para que la mujer ejerza su derecho a ser madre. Por otro lado, la omisión en el artículo 26 de comunicar a la trabajadora embarazada de las evaluaciones de riesgo. Aunque el empresario queda igualmente obligado en virtud del artículo 18 de la LPRL, el artículo 26 también debería incluir dicha comunicación, pues es fundamental que la trabajadora conozca los riesgos que le pueden afectar. También hay que nombrar la tardanza en incorporar los Anexos relativos a los agentes, procedimientos y condiciones que afectan a la trabajadora embarazada, o lactante, que ayudan a identificar los riesgos que pueden afectar a la salud de la trabajadora embarazada o lactante.

En tercer lugar, cabe hacer mención a la posible mejora de la evaluación de riesgos. A pesar de que se realice una evaluación específica teniendo en cuenta el estado biológico de la trabajadora, se debería realizar también una evaluación subjetiva, atendiendo a las características personales de la trabajadora y de su embarazado para conseguir así una protección más eficaz.

Por otro lado, cabe hacer mención al certificado que se exige para que pueda llevarse a cabo el cambio de puesto de trabajo. Esta es una buena medida porque así se asegura que el empresario realiza éste cambio atendiendo a causas puramente preventivas, asegurando así que el empresario no se ha saltado la medida previa de adaptar las condiciones de trabajo. El coste que supone para el empresario la adaptación de las condiciones de trabajo da lugar a que éstos se salten dicha medida y procedan directamente al cambio de puesto de trabajo. Además, con dicha certificación se asegura que la movilidad no obedezca a situaciones de discriminación por razón de sexo¹⁷².

Por último hacer mención al nuevo procedimiento para el reconocimiento de las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la

¹⁷² VALLEJO DA COSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, Zaragoza, 2ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, página 141

lactancia natural. A pesar del avance conseguido tras la LOIMH al considerar dichos riesgos como contingencia profesional y elevar la prestación económica al 100% de la base reguladora, el hecho de que sean las Mutuas las encargadas de reconocer la situación y el pago de la misma lleva a problemas de desprotección. Atendiendo a aspectos económicos, las Mutuas van a intentar retrasar el reconocimiento de la situación para retrasar del mismo modo el pago de la prestación. Ante la negativa de la Mutua de reconocer la situación de riesgo, la trabajadora debe recurrir dicha decisión ante la misma Mutua. En estos casos, sería conveniente que cuando se recurra la decisión de no reconocer la situación de riesgo, fuera la Administración quien se encargará de revisarlo, pues dicha negativa puede atenerse a aspectos más económicos que preventivos. Por ello, en el presente trabajo, defendemos la posición de acudir a los tribunales por tutela de derechos fundamentales, pues en estos casos está en peligro la vida de la trabajadora así como la del feto y el hijo.

Otro aspecto al que también cabe hacer mención es a la imposibilidad de solicitar la situación de riesgo durante el embarazo, o lactancia natural, desde una situación de Incapacidad Temporal. Por ello, sería conveniente que se estableciera una habilitación legal para que en estos casos cupiera una aclaración de contingencias para determinar que la Incapacidad Temporal está relacionada con el riesgo, y así eliminar la necesidad de que la trabajadora deba incorporarse al trabajo y desde allí solicitar la situación de riesgo.

En resumen, podemos concluir que la protección de la salud y de la seguridad de la mujer trabajadora debería abordar otros aspectos más allá de los meramente biológicos; que la actual protección que se dispensa respecto a la maternidad y la lactancia podría mejorarse realizando evaluaciones subjetivas atendiendo a las características de la trabajadora y de su embarazo; y por último, que el procedimiento para el reconocimiento de la situación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural precisa de una revisión, al dejar en manos de las Mutuas el reconocimiento y el pago de la prestación, produciéndose situaciones de desprotección, así como la

imposibilidad de solicitar situación de riesgo desde una situación de Incapacidad Temporal.

.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, I.: *La educación de la mujer en España*, en AA.VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978.

ALEMANY ZARAGOZA, E.: *Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días*, Pamplona, Aranzadi Social, núm. 22, 2004.

ALONSO LIGERO, M.S.: *Directrices y normas internacionales sobre el trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, en AA. VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978.

CAPEL, R.M.: *Historia de los cambios políticos y sociales en España*, en AA.VV *La mujer española: de la tradición a la modernidad (1960-1980)*, Madrid, Tecnos, 1986.

CARDONA RUBERT, M^aB.: *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Aranzadi, 2002.

ESPUNY TOMÁS, M.J y GARCÍA GÓNZALEZ, G.: *¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 11, enero 2010.

ESPUNY TOMÁS, M.J.: *Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)*. Revista Iuslabor, núm. 1/2007, edición virtual, Barcelona, 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: *Mujer y salud en el trabajo; algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad*, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, (Coord., BORRAJO DACRUZ), La Ley, 2010.

GÓNZALEZ PUMARIEGA, R.M.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, 2004.

LÓPEZ LÓPEZ, M^aT.; GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, M. y VALIÑO CASTRO, A. : *Mujer e igualdad de trato. Análisis de la maternidad en la Unión Europea*, Ediciones Cinca, Madrid, 2011.

LÓPEZ-MOINS DE CAVO, C.: *La mujer con responsabilidades familiares y los servicios sociales*, en AA.VV *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comisión Nacional del trabajo femenino, 1978.

MARTÍN VALVERDE, A.: *La formación del Derecho del Trabajo en España*, Estudio preliminar en AA.VV *La legislación social en la historia de España (De la revolución Liberal a 1936)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España*, Madrid, Civitas, 1992.

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

NÚÑEZ PÉREZ, M.G.: *Trabajadoras en la Segunda República*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección Tesis Doctorales, 1989.

SEMPERE NAVARRO, A. V; GARCÍA BLAS, J y GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 2001.

VALLEJO DA COSTA, R. y SANAGUSTÍN FONS, M^a.V.: *Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad social empresarial*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013.

VALLEJO DA COSTA, R. y LAFUENTE PASTOR, V.P.: *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*, Zaragoza, 2^a edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013.

VALLEJO DA COSTA, R.: *Gestión y pago de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Ediciones Laborum, Asociación Española de Seguridad Social y Salud Laboral (AEES), 2009.

RIVAS VALLEJO, M.P.: *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N^o Extra 74, 2008.

VELASCO PORTERO, M^a.T.: *La específica protección de la mujer en la prevención de riesgos laborales*, Revista Dereito, Vol. 18, 2009.

SITIOS WEB

www.aularagon.org

8. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

- Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1987 (RTC 1987/128)
- Sentencia Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992/229)
- Sentencia Tribunal Constitucional de 19 de julio de 1985 (RTC 1985/ 88)
- Sentencia Tribunal Constitucional de 27 de Marzo de 2007, núm. 62/2007
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de julio de 2001.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 23 de enero 2008
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de mayo de 2000 (Rº 1078/2000)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de julio de 2000 (Rº 6471/2000)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 29 de noviembre de 2001 (Rº 532/2001)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de diciembre de 2003 (Rº 551/2002)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de julio de 2002 (Rº1750/2002)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 27 de marzo de 2002
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, de 30 de diciembre de 2006 (Rº2292/2005)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, de 29 de septiembre de 2005 (Rº 71/2003)

9. ANEXOS

Anexo I.

Anexo VII. Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural

A. Agentes.

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

a) Choques, vibraciones o movimientos.

b) Manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares.

c) Ruido.

d) Radiaciones no ionizantes.

e) Frío y calor extremos.

f) Movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

2. Agentes biológicos.–Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, según la clasificación de los agentes biológicos establecida en 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, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto y siempre que no figuren en el anexo VIII.

3. Agentes químicos.–Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, del feto o del niño durante el período de lactancia natural y siempre que no figuren en el anexo VIII:

a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46, R 49, R 68, R 62 y R63 por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o etiquetadas como H351, H350, H340, H350i, H341, H361f, H361d y H361fd por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, en la medida en que no figuren todavía en el anexo VIII.

b) Los agentes químicos que figuran en los anexos I y III 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.

c) Mercurio y derivados.

d) Medicamentos antimitóticos.

e) Monóxido de carbono.

f) Agentes químicos peligrosos de reconocida penetración cutánea.

B. Procedimientos.

Procedimientos industriales que figuran en el anexo I 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.

Anexo II

Anexo VIII. Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural

A. Trabajadoras embarazadas.

1. Agentes.

a) Agentes físicos:

Radiaciones ionizantes.

Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión, submarinismo.

b) Agentes biológicos:

Toxoplasma.

Virus de la rubeola.

Salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c) Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas R60 y R61, por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o etiquetadas como H360F, H360D, H360FD, H360Fd y H360Df por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas incluidas en la tabla 2 relacionadas en el "Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España" publicado por el Instituto Nacional de Seguridad

e Higiene en el Trabajo para las que no haya valor límite de exposición asignado, conforme a la tabla III del citado documento.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.–Trabajos de minería subterráneos.

B. Trabajadoras en período de lactancia.

1. Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas R 64, por el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, o H362 por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas incluidas en la tabla 2 relacionadas en el “Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España” publicado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para las que no haya valor límite de exposición asignado, conforme a la tabla III del citado documento.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.–Trabajos de minería subterráneos