

SEGURIDAD Y SALUD DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA, DE PARTO RECIENTE O EN PERÍODO DE LACTANCIA

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

ABSTRACT

■ *La seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o que se encuentra en período de lactancia ha sido una cuestión abordada en España con retraso, lentitud y una técnica jurídica deficiente, que ha desconocido conscientemente los compromisos derivados de la Directiva 92/85/CEE, dejando a las trabajadoras españolas en una injustificada y alarmante situación de desprotección durante mucho tiempo. Tras quince años de espera, se ha terminado de incorporar al Derecho español el contenido protector de la norma comunitaria. Este trabajo constituye un análisis detallado del artículo 26 LPRL y sus implicaciones en otras normas laborales y de seguridad social, presentando el régimen jurídico vigente y actualizado con los criterios jurisprudenciales más recientes de la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, puérpera o que se encuentre en período de lactancia, sus derechos en materia de seguridad social y el régimen de responsabilidades en que puede incurrir el empresario incumplidor de su deber de seguridad.*

Palabras clave: trabajadora embarazada, salud laboral, evaluación de riesgos.

■ *Espainian, berandu, modu geldoan eta teknika juridiko urriaz heldu zaio haurdun dauden, erditu berri duten edo edoskitze-garaian dauden langileen segurtasun eta osasunari. Teknika juridiko horrek ez die jaramonik egin 92/85/CEE Zuzentarauak ezarritako konpromisoei, jakinaren gainean egonda ere, eta Espainiako*

langile emakumeak egoera babesgabe bidegabe eta kezkarri utzi ditu, denbora luzez. Hamabost urte itxaron ostean, azkenik erantsi zaio espainiar zuzenbidea-ri erkidegoko arauaren eduki babeslea. Lan honetan, zehaztasunez aztertuko dugu LAPL legearen 26. artikulua eta horrek laneko nahiz gizarte segurantzako beste arau batzuetan dauzkan ondorioak. Indarrean dagoen araubidea aurkeztuko dugu; araubide hori eguneratuta dago, honako arlo hauei buruzko jurisprudentzia-irizpide berrienen arabera: haurdun dauden, erditu berri duten edo edoskitze-garaian dauden langileen segurtasun nahiz osasunaren babesa; horiek gizarte segurantzaren arloan dauzkaten eskubideak; eta segurtasun-betebeharrak betetzen ez dituzten enpresaburuei ezarriko zaien erantzukizun-araubidea.

Gako-hitzak: Haurdun dauden langileak, laneko osasuna, arriskuen ebaluazioa.

■ *The health and safety of the female worker who is pregnant, has recently had a baby or is breastfeeding has been a question that has been tackled late in the day in Spain, is moving slowly and suffers legal shortcomings, and which has failed to fully take on board the commitments as set out by the 92/85/CE Directive. This situation has left Spanish female workers in an unjustified and alarming situation with regard to lack of legal protection for a long time now. The protective content covered by the EU directive referred to above has just been incorporated into Spanish law after a fifteen-year wait. This work constitutes a detailed analysis of section 26 of the Law governing the Prevention of Risks at Work (LPRL) and its implications in other regulations governing the workplace and social security. It describes the current updated legal system featuring the most recent jurisprudential criteria in terms of the protection of health and safety of the female worker who is pregnant, has recently had a baby or is breastfeeding, their rights with regard to social security and the system of liabilities to which an employer who fails to comply with the above is duty bound.*

Key words: 'pregnant female worker; health at work; risk assessment.

1. La trabajadora embarazada desde una perspectiva de salud laboral

La preocupación por la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada no se ha manifestado en el ordenamiento jurídico español hasta fechas muy recientes y más reciente aún es la preocupación por los momentos previos y posteriores al parto.

Fue la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales la que introdujo en el Derecho español por primera vez una regulación específica para los supuestos de maternidad, estableciendo diversas medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia, dándose con ello el primero de los sucesivos pasos que han sido necesarios para la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 realizó una transposición parcial, recogiendo algunas de las directrices emanadas también de la OIT, y ha habido que esperar hasta fechas muy recientes para considerar incorporada la Directiva comunitaria en su totalidad. La versión originaria de la LPRL se limitaba a reconocer en su artículo 25.1 la necesidad de garantizar de modo específico la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles *«por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial»*, señalando que tales aspectos deberían ser tenidos en cuenta en las evaluaciones de riesgos, y en función de estas, habrían de adoptarse las medidas de protección y prevención necesarias para que tales trabajadores no sean empleados en los puestos de trabajo cuando de ello pudiera derivarse un riesgo para ellos mismos, otros trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa.

A continuación, el artículo 26 LPRL regulaba el nivel de protección del hecho biológico de la maternidad que incorporaba el derecho español: el derecho de la trabajadora que desempeñara un puesto de trabajo expuesto a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran producir algún daño a su salud o la del feto, recién nacido o lactante, a ver adaptadas sus condiciones de tra-

bajo u horario, incluido el cambio de puesto de trabajo, incluso a otro de nivel inferior, salvaguardando siempre los derechos retributivos de la trabajadora, si la simple adaptación de condiciones laborales no evitaba la exposición de la trabajadora a los riesgos susceptibles de producir el daño.

Hubo de esperarse cuatro años más, hasta la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de medidas para conciliar la vida laboral y familiar, para continuar en la labor de transposición de la Directiva comunitaria y reconocer el derecho de la trabajadora a ser dispensada de la prestación de trabajo en caso de que las medidas de adaptación resultaran ineficaces, ya que con la regulación originaria de la LPRL la trabajadora quedaba absolutamente desprotegida cuando no eran posibles la adaptación o el cambio. Establecía esta norma la posibilidad de que la trabajadora pudiera ser colocada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo cuando no era efectivo un cambio o adaptación de condiciones de trabajo y no era posible, tampoco, un cambio de puesto de trabajo.

El siguiente paso lo constituyó la promulgación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorporó la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses, habiéndose completado, de momento, la protección jurídica de la situación biológica de la maternidad con el RD 295/2009, de 6 de marzo, que reguló las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses y, finalmente, con un retraso y una temeridad injustificados, con el RD 298/2009, de 6 de marzo, que modificó el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, dando nueva redacción a su artículo 4 e introduciendo en el mismo los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE relativos a un listado no exhaustivo de agentes, condiciones y procedimientos de trabajo potencialmente peligrosos para las trabajadoras embarazadas, de parto reciente y que se encuentren en período de lactancia, y que no habían sido incorporados al derecho español, como señala el preámbulo del RD 298/2009, porque ambos anexos incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la transposición, se consideró que incluir esos listados podía inducir a pensar erróneamente que se trataba de lo contrario, relaciones completas y limitativas, lo cual podía conducir a que se analizaran sólo los riesgos respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos, obviando un análisis más completo.

Desde el punto de vista del Derecho Comunitario se trataba de auténticos incumplimientos del derecho de la Unión Europea, que ponen de manifiesto una técnica jurídica deficiente y peligrosa y un desinterés palpable del legislador español, no sólo por la construcción jurídica «completa» de la regla jurídica en cuestión, sino también, y de modo más grave, por los derechos de las trabajado-

ras embarazadas, de parto reciente o en período de lactancia: por la garantía de la prestación de su trabajo en condiciones de seguridad adecuadas para su vida y la del feto o recién nacido, así como para la viabilidad del propio embarazo (Garrigues, 2009, p. 632).

2. El tratamiento de la maternidad en la norma internacional y comunitaria

2.1. La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo

En el ámbito de la normativa internacional, ha sido en el seno de la Organización Internacional del Trabajo donde se ha manifestado con mayor claridad la preocupación por la protección de la salud de la mujer trabajadora y de su hijo durante la situación de embarazo, parto reciente y en período de lactancia, siendo numerosos los convenios que contenían regulaciones específicas para estas situaciones.

Así, los Convenios núm. 3 (1919), sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto; núm. 4 (1919), sobre el trabajo nocturno de las mujeres; núm. 13 (1921), sobre el empleo de la cerusa en la pintura; núm. 45 (1935), sobre el trabajo de las mujeres en los trabajos subterráneos de todo tipo de minas; núm. 103 (1952), relativo a la protección de la maternidad y el núm. 136 (1971), sobre el benceno, y las Recomendaciones núm. 4(1919), sobre protección contra el saturnismo, núm. 12 (1921), relativa a la protección de la maternidad en la agricultura, núm. 95 (1952) sobre protección de la maternidad, que establece por primera vez determinadas medidas dirigidas a la protección de la salud de la mujer embarazada durante la prestación de trabajo, núm. 128 (1967), sobre el peso máximo (transporte manual de carga), núm. 148 (1977), sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), núm. 177 (1990), sobre los productos químicos.

En el año 2000 se adopta el Convenio núm. 183 sobre protección de la maternidad, que revisaba el convenio núm. 153, de 1957 y, desde una perspectiva integradora, incluye las medidas de garantía de la trabajadora que se encuentra en cualquier situación biológica relacionada con la maternidad. En el mismo año ve la luz la Recomendación núm. 191, sobre la protección de la maternidad. El Convenio núm. 183 aún no ha sido ratificado por España.

La protección dispensada a la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia se circunscribe a la siguiente:

- Inclusión en el concepto de mujer trabajadora de la empleada en cualquier tipo de trabajo, también a la que desempeña formas atípicas de trabajo dependiente.

- El derecho de la trabajadora embarazada o en período de lactancia a que se adopten las medidas necesarias para garantizar que no se las obligue a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante la correspondiente evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.
- El derecho a un descanso (licencia por maternidad) durante el embarazo y después del mismo de 14 semanas como mínimo, siendo obligatorio disfrutar de al menos 6 semanas después del parto, u otro período acordado entre el gobierno y los representantes de los trabajadores. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.
- El derecho a recibir prestaciones pecuniarias durante el tiempo que disfrute de la licencia por maternidad, asegurándose los estados miembros de que éstas alcanzan una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado, que no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones o del mismo orden de magnitud que el promedio utilizado en los primeros casos. Y cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.
- El derecho a la asistencia sanitaria y los exámenes y reconocimientos médicos que sean necesarios para ella y su hijo durante el embarazo, el parto y el período postnatal.
- El derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo, con el carácter de ausencias retribuidas.
- El derecho a no ser discriminada en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo por razones relativas a la maternidad.
- La prohibición del despido de una mujer que está embarazada, o durante la licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo, durante un período a determinar en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

- El derecho de reserva del puesto de trabajo o de puesto equivalente, con una remuneración equivalente, por las ausencias ocasionadas por el permiso por maternidad.
- La obligación del Estado de ofrecer a la trabajadora empleada en trabajo nocturno una alternativa al mismo, consistente en un puesto diurno, prestaciones de seguridad social o la ampliación del permiso por maternidad.
- Prohibición del trabajo con ciertas sustancias (cerusa, benceno).

Por su parte, con respecto a las medidas de protección de la salud de la madre y del hijo durante el embarazo, el parto y período de lactancia, la Recomendación núm. 191 dispone que los Estados miembros deberán tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo, así como que los resultados de dicha evaluación deberán ser comunicados a la mujer interesada. Sigue señalando la Recomendación que cuando se detecte un riesgo para la salud de la madre, del feto o del hijo deberán adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes: la eliminación del riesgo; la adaptación de sus condiciones de trabajo; el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable. En particular, procedería la concesión de una licencia remunerada cuando se trate de trabajos penosos que obliguen a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente; el trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas; el trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; y todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.

Además, señala la Recomendación, que una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado. Y debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificarlo a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo.

En estos instrumentos normativos e interpretativos la OIT ha centrado más su atención en el establecimiento de permisos y licencias por maternidad y lactancia, que en la protección de la salud de la mujer embarazada, puérpera y en período de lactancia. No es hasta la Recomendación núm. 191 cuando la Organización aborda plenamente la cuestión de los riesgos a los que puede estar sometida la trabajadora mientras permanece en el puesto antes del parto, o bien, tras su reincorporación al mismo, después de haber disfrutado de la licencia por maternidad. Sin embargo, una de las mayores virtualidades de la normativa in-

ternacional a este respecto ha sido la de servir de referencia y ámbito material de actuación de la normativa europea en la materia, que ha centrado su acción normativa en aspectos similares.

2.2. La acción normativa de la Unión Europea

La acción legislativa comunitaria en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo comenzó con la adopción de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo artículo 15 señalaba que *«Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica»*, y su artículo 16 establecía el modo de llevarlo a cabo: *«A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo»*.

Fruto de esta autorización se elabora la décima Directiva específica 92/85/CEE, de 19 de octubre, 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 que se encuentre en período de lactancia.

Se aborda en esta norma la protección de la trabajadora embarazada desde una perspectiva global, abarcando el análisis de los puestos de trabajo de la empresa y su posible exposición a agentes de cualquier tipo que puedan afectar a la salud de la trabajadora o de su hijo, así como las medidas a adoptar para evitar la exposición y, consecuentemente, el daño. Establece las directrices para la evaluación de los riesgos vinculados a los agentes químicos, físicos o biológicos, así como a los procedimientos industriales, los movimientos y las posturas y cargas físicas y mentales y señala medidas provisionales para proteger a la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos.

En primer lugar, debe señalarse que la Directiva impone el deber de la trabajadora de comunicar su estado al empresario, deber de comunicación que se convierte en un requisito esencial e ineludible para que se genere el derecho a la protección establecida.

Señala la Directiva que será la Comisión la que, en colaboración con los estados miembros y el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en los lugares de trabajo, debe establecer las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos o biológicos, así como los procedimientos industriales que ponen en peligro la salud y la seguridad de las trabajadoras, entre las cuales deberán contemplarse, asimismo, los movimientos y las posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales. Estas directrices servirán de guía para realizar las evaluaciones de riesgos.

La obligación primera del empresario, o de los servicios de protección o prevención, es, por tanto, determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras con el fin de poder apreciar cualquier riesgo y determinar las medidas que deban adoptarse. Los resultados de la evaluación se comunican a las trabajadoras, así como todas las medidas relativas a la salud y la seguridad en el trabajo.

Las medidas que adopta la Directiva para proteger la salud y la seguridad de las trabajadoras embarazadas, de parto reciente y en período de lactancia son las siguientes:

- 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, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras, para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia y determinar las medidas que deberán adoptarse.
- La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B.
- La exposición de las trabajadoras a estos riesgos debe ser evitada mediante una adaptación provisional de las condiciones o del tiempo de trabajo. Si la adaptación no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario debe garantizarles un cambio de puesto. Si la transferencia a otra actividad es imposible, la trabajadora será dispensada de trabajar durante el período necesario para la protección de su salud y seguridad.
- Las trabajadoras embarazadas y de parto reciente, previa presentación de certificación médica que lo desaconseje, quedan liberadas de realizar trabajo nocturno, de modo que deberán ser transferidas a un puesto diurno o, en caso de que no sea posible, se prolongará su descanso por maternidad o quedarán dispensadas de la prestación del trabajo.
- El permiso por maternidad debe ser como mínimo de 14 semanas ininterrumpidas a disfrutar antes y/o después del parto, de las cuales dos serán obligatorias y se disfrutarán inmediatamente antes o después del parto.
- Las trabajadoras embarazadas deben disfrutar de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que éstos tengan lugar durante el tiempo de trabajo.

- Está prohibido despedir a las trabajadoras por razones vinculadas a su estado durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad.
- Deben garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración o el beneficio de una prestación adecuada. En el caso del permiso de maternidad, la remuneración y la prestación se consideran adecuadas cuando los ingresos son equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, hasta un límite máximo posible determinado por las legislaciones nacionales.

3. El bien jurídico protegido: reproducción y maternidad

La protección que las normas jurídicas dispensan a la mujer embarazada, de parto reciente o que se encuentre en período de lactancia se refiere exclusivamente a la salud de la madre o futura madre y del feto o recién nacido. Se trata, por tanto, sólo de una faceta de la salud de la mujer trabajadora, la relacionada con sus funciones reproductoras en el momento en que se ha producido ya la concepción, pero tampoco se aborda el fenómeno de la reproducción de modo global, ya que se omiten las necesarias referencias a la salud del futuro padre o las medidas de precaución que deben adoptarse con vistas a preservar su fertilidad o su capacidad reproductora. Del mismo modo, la protección de la situación comienza con el embarazo de la trabajadora, y, en el caso de la norma comunitaria, con la comunicación de su estado de gestación al empresario, de modo que se omita cualquier referencia a la edad fértil de los trabajadores y las trabajadoras en la regulación protectora.

Sin embargo, no parecía que esa fuera la intención de legislador español cuando introdujo el párrafo segundo del artículo 25 LPRL (López, 2001, p. 90), según el cual *«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 en la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias»*.

Se valoró positivamente tal prescripción y se destacó el hecho de otorgar protagonismo a la función reproductora del ser humano, dirigiéndose, por tanto, a hombres y mujeres (García-Perrote, 1997, p. 41). Pero ahí terminó la referencia a la procreación y la fertilidad. Este precepto nunca ha sido desarrollado ni puesto en práctica más allá de lo regulado a continuación en el artículo 26 LPRL y lo que pueda interpretarse que tengan de coincidentes el desarrollo de la descendencia y la protección de la lactancia natural.

Esto conduce a delimitar el bien jurídico protegido en términos estrictos y muy limitados a una faceta de la actividad reproductiva de la mujer: a la maternidad biológica a partir, en el mejor de los casos, del momento del embarazo, lo que determina que se trate siempre de una protección parcial. Con ello no se quiere poner de manifiesto una posición de defensa a ultranza de la función reproductiva humana a cargo del sistema de relaciones laborales, porque eso supondría seguramente una carga que ni las empresas, ni los sistemas públicos de seguridad social podrían asumir, pero sí que una protección integral, no sólo de la madre, sino del feto y del recién nacido, debería tener en cuenta también otros momentos y otros protagonistas de la función reproductora.

Es previsible, por ello, que la regulación de esta materia no se cierre con las cuestiones relativas a garantizar la salud de la mujer y del feto o recién nacido, o la viabilidad del embarazo, en los parámetros actuales, así como su reincorporación al trabajo en las mejores condiciones posibles, sino que, de modo paralelo a los avances técnicos y médicos, la protección concreta de la salud y la seguridad de la maternidad vaya ampliándose a mayores controles sobre sustancias, procedimientos y métodos de organización del trabajo, así como a mayores espacios temporales o, incluso, el control de los agentes, sustancias, procedimientos y métodos de organización a los que pueda estar sometido el padre y que sean susceptibles de afectar la concepción, además de la salud y seguridad del feto.

En ese sentido, el propio RD 298/2009 pone fecha a su revisión, cuando señala que en el plazo de tres años desde su entrada en vigor, el Ministerio de Trabajo e Inmigración evaluará el funcionamiento de las disposiciones contenidas en el mismo con objeto de valorar la necesidad de actualizar o modificar los agentes, sustancias o procedimientos de trabajo contemplados en los anexos VII y VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como de incorporar las modificaciones que puedan producirse en la normativa comunitaria sobre la materia.

4. La protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia: régimen jurídico

La Directiva 92/85/CEE, y posteriormente la Recomendación núm. 191 OIT, introducían por primera vez la evaluación de los riesgos específicos del puesto de trabajo a la luz de su posible ocupación por una trabajadora embarazada o en período de lactancia. Una vez que la evaluación de los puestos de trabajo haya determinado riesgos específicos para la viabilidad del embarazo, la salud de la madre, del feto o recién nacido, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales regula un procedimiento de protección que actúa de forma escalonada, desde la adaptación del horario o de las condiciones de trabajo, como nivel más bajo de protección, pasando por el cambio de funciones o puesto de trabajo y

culminando con la dispensa de realizar todo trabajo a favor de la mujer embarazada, de parto reciente o que se encuentre en período de lactancia natural, cuando no haya sido posible adoptar ninguna de las medidas anteriores, o no se haya eliminado la exposición al riesgo.

4.1. La evaluación de los riesgos específicos

Según el artículo 16 LPRL, el empresario debe realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en la que se deben tener en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y, especialmente a los efectos aquí pretendidos, las características de los trabajadores que deberán desempeñarlos. Esta evaluación inicial debe realizarse también con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos y acondicionamiento de los lugares de trabajo. Si los resultados de la evaluación ponen de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario debe realizar las actividades preventivas necesarias para eliminar, reducir o controlar dichos riesgos. La evaluación debe ser actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, señaladamente, con ocasión de los daños producidos en la salud de los trabajadores (Fernández, 1999, pp. 25-29).

Esta evaluación, por tanto, ha de realizarse teniendo en cuenta la posibilidad de que cualquiera de los puestos de trabajo evaluados pueda ser ocupado por trabajadoras que, en un momento dado, estén embarazadas o en período posparto, y no sólo porque es consustancial a la propia evaluación de los riesgos según los artículos 16 LPRL y 4, b) RSP, sino porque, como se señaló anteriormente y siquiera tímidamente, el propio artículo 25 LPRL señala la necesidad de tener en cuenta la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de fertilidad, como del desarrollo de la descendencia.

En concreción de estas obligaciones empresariales, el artículo 26 LPRL contiene las prescripciones que la legislación española contempla para proteger la salud de la trabajadora y de su hijo en los casos de embarazo, parto reciente y período de lactancia.

Las evaluaciones de riesgos que se realizaron en España durante más de catorce años no tenían por qué tener en cuenta unas listas no exhaustivas incluidas como anexos I y II en la Directiva 92/85/CEE, en las que se enumeraban una serie de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo a los que debía prestarse especial atención en la evaluación inicial de riesgos porque pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto, o de prohibida exposición para la trabajadora embarazada o en período de lactancia. Y ello porque tales listas no se incorporaron al derecho español en los instrumentos de transposición de la Directiva, ni en la LPRL, ni en la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral.

Sin embargo, con una finalidad de promoción y garantía de la protección de la trabajadora, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluyó un mandato al Gobierno para que por vía reglamentaria integrara el contenido de los anexos en el ordenamiento español. Esta modificación normativa no pretendía reducir el nivel de protección alcanzado, sino facilitar la realización de la evaluación de riesgos, ya que, como señala el preámbulo del RD 298/2009, la experiencia adquirida en los años anteriores puso de manifiesto la necesidad de facilitar la identificación de esos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, así como de garantizar una aplicación más efectiva de las disposiciones de protección de la maternidad, y ello sin que las evaluaciones y análisis se limiten a los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo expresamente contemplados, de modo que la introducción de los listados no suponga una regresión respecto de las cotas de seguridad ya alcanzadas.

La introducción de estos listados ejemplificativos se produjo finalmente por medio del RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, que especifica ahora que, en la evaluación inicial de riesgos, se tendrá en cuenta la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo, sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

Señala el artículo 26 LPRL que la evaluación de los riesgos debe 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.

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

Así, el nuevo anexo VII del Reglamento de los Servicios de Prevención incluye la lista abierta 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 en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, dividida en dos categorías, agentes y procedimientos:

a) Agentes:

- Agentes físicos. Se trata de aquellos que se considera que pueden implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, tales como:
 - Choques, vibraciones o movimientos.
 - Manipulación manual de cargas que sean pesadas y puedan suponer un riesgo, en particular dorsolumbares.
 - Ruido.
 - Radiaciones no ionizantes.
 - Frío y calor extremos.
 - 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 que esté en período de lactancia.
- 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, 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.
- Agentes químicos. Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se tenga conocimiento de 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:
 - Sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46, R 49, R 68, R 62 y R 63 por el Reglamento sobre Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas aprobado por el RD 363/1995 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
 - 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.
 - Mercurio y derivados.

- Medicamentos antimitóticos.
- Monóxido de carbono.
- 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. Aunque el nuevo anexo VII del RSP no llega a mencionar cuales son «*las condiciones de trabajo*» que pueden llegar a influir negativamente en la salud de la trabajadora, esto debe considerarse un error de transcripción del texto de la Directiva, por lo que han de tener el mismo tratamiento a efectos de evaluación de riesgos las condiciones laborales en el caso de los trabajos de minería subterránea (como recoge el anexo I de la Directiva 92/85/CEE).

Además, el nuevo anexo VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención incorpora una lista nuevamente abierta de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no ha de existir riesgo alguno de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural. La parte A incluye la lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto de los cuales el empresario, una vez que conozca el estado de embarazo, deberá impedir a la trabajadora embarazada realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan un riesgo de exposición a los mismos. Además, la trabajadora en período de lactancia no podrá, en ningún caso, realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la parte B del mismo anexo. Se divide también en agentes y condiciones de trabajo:

A) Trabajadoras embarazadas:

— Agentes:

- Agentes físicos:
 - Radiaciones ionizantes.
 - Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión, submarinismo.
- Agentes biológicos: toxoplasma y virus de la rubéola, salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.
- Agentes químicos:
 - Las sustancias que son etiquetadas R60 y R61 según indica el Reglamento sobre Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas aprobado por el RD 363/1995 o etiquetadas

de H360F, H360D, H360FD, H360Fd y H360Df por el Reglamento (CE) núm. 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

- Las sustancias cancerígenas y mutágenas que están incluidas en la tabla 2 relacionadas en el documento *Límites de exposición profesional para agentes químicos en España*, que ha sido 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 3 del citado documento.
- Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

— Condiciones laborales. Realización de trabajos de minería subterráneos.

B) Trabajadoras en periodo de lactancia:

— Agentes químicos

- Las sustancias etiquetadas R 64 por el Reglamento sobre Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas, aprobado por el RD 363/1995, o H362 por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 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 3 del citado documento.
- Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

— Condiciones de trabajo. Trabajos de minería subterráneos.

El empresario está obligado a revisar la evaluación inicial y/o controlar periódicamente la actividad de las trabajadoras embarazadas en la prestación de sus servicios, tanto para detectar situaciones potencialmente peligrosas, como cuando se incorpore una trabajadora cuyas características personales o estado biológico conocido la hagan especialmente sensibles a las condiciones del puesto.

Como auxilio interpretativo ligado a los listados de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo enumerados en los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE y en cumplimiento de sus propios preceptos, la Comisión hacía públicas en el año 2000 unas directrices para la evaluación de los riesgos en la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como

peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que esté en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo, COM 2000/466 final. Bruselas 05.10.00).

Partiendo de la base de que el embarazo no es una enfermedad sino un aspecto de la vida cotidiana, los cambios fisiológicos y psicológicos que conlleva pueden suponer que condiciones de trabajo consideradas aceptables en una situación normal, dejen de serlo. Por ello, el empresario debe proceder a una evaluación de riesgos específica *«tras conocer que una trabajadora está embarazada y adoptar las medidas necesarias a fin de evitar toda exposición que pueda dañar su salud o la de su hijo durante la gestación»*, señalando, además, que *«una evaluación única puede no ser suficiente ya que el embarazo es un proceso dinámico y no una condición estática»*. Ello debería hacerse lo antes posible puesto que el primer trimestre del embarazo es el más delicado.

La sistemática de evaluación que se propone es la siguiente:

1. Identificar peligros: tanto los relativos a agentes físicos, químicos y biológicos como a las condiciones de trabajo en general.
2. Identificar a las trabajadoras expuestas: esto puede presentar dificultades de difícil solución tanto porque la propia mujer puede no saber que está embarazada en las primeras semanas como por reticencias a la hora de informar al empresario.
3. Evaluación cuantitativa y cualitativa de los riesgos: debe ser realizada por personal competente y tener en cuenta la información facilitada por la propia trabajadora o sus consejeros, así como que los riesgos pueden variar en función de si la trabajadora está embarazada, ha dado a luz recientemente o está en período de lactancia.

La lista de peligros específicos que pueden afectar a la salud y seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que se encuentren en período de lactancia aparece definida en la Comunicación de la Comisión, con expresión de los riesgos asociados a los mismos y la manera de hacerles frente, señalando respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo del Anexo I una serie de mecanismos de eliminación o reducción de la exposición, a través de la adaptación de las condiciones de trabajo o empleo e, incluso, de la prohibición de la exposición, respecto de los procedimientos, condiciones y agentes del Anexo II, y terminando con una relación no exhaustiva de aspectos del embarazo que pueden requerir adaptaciones en la organización del trabajo:

— Riesgos generales y situaciones asociadas:

- Fatiga mental y tiempo de trabajo.
- Posturas forzadas.
- Trabajo en altura.

- Trabajo en solitario
 - Estrés profesional.
 - Actividades realizadas de pie.
 - Actividades realizadas en posición sentada.
 - Ausencia de zonas de descanso.
 - Instalaciones sanitarias poco adecuadas.
 - Alimentación poco apropiada.
 - Instalaciones deficientes o inadecuadas (p.e. para amamantar).
- Agentes físicos:
- Choques, vibraciones o movimientos.
 - Ruido.
 - Radiaciones ionizantes.
 - Radiaciones electromagnéticas no ionizantes.
 - Frío o calor extremos.
 - Trabajo en atmósferas de sobrepresión elevada.
- Agentes biológicos:
- Agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4.
 - Agentes biológicos que provocan abortos o lesiones físicas o neurológicas en el feto.
- Agentes químicos:
- Sustancias etiquetadas con las frases R40, R45, R46, R49, R61, R63 y R64.
 - Preparados etiquetados sobre la base de la Directiva 83/379/CEE o 1999/45CE.
 - Mercurio y sus derivados.
 - Medicamentos antimitóticos (citotóxicos).
 - Agentes químicos con peligro de absorción cutánea conocido.
 - Monóxido de carbono.
 - Plomo y sus derivados.
 - Agentes químicos y procedimientos industriales enumerados en el anexo 1 de la Directiva 90/ 394/ CEE.
- Condiciones de trabajo:
- Manipulación manual de cargas.
 - Riesgos por movimientos y posturas.
 - Desplazamientos dentro y fuera del establecimiento.
 - Trabajos de minería subterráneos.
 - Trabajos con equipos de pantalla de visualización.
 - Equipos de trabajo y equipos de protección individual (incomodidad, inadaptación).

Además de los criterios interpretativos emanados de las instituciones comunitarias, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ha editado diversas guías y notas técnicas que contienen las prescripciones relativas a los riesgos de exposición a agentes, procedimientos y condiciones de trabajo en los casos de embarazo, postparto y lactancia, respecto a los que se ha señalado que, a pesar de su precisión técnica, no dejan de ser criterios meramente orientativos, carentes de fuerza vinculante (Garrigues, 2009, p. 639).

Por su parte, la Disposición Adicional tercera del 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, establece que con la finalidad 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, de modo que es previsible que en breve se emitan por parte del Gobierno español unas directrices aplicativas e interpretativas semejantes a las emanadas de la Comisión europea.

4.2. Alcance de la protección: comunicación al empresario del estado de la trabajadora

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

Sin embargo, resulta obvio que el cumplimiento de la obligación del empresario de realizar evaluaciones iniciales y periódicas teniendo en cuenta las circunstancias especiales de embarazo, parto o lactancia, así como de prevenir la exposición a los riesgos físicos y psico-sociales en relación con sus trabajadoras embarazadas está íntimamente ligado a su conocimiento de dicha circunstancia, de modo que sólo en la medida en que el empresario conozca el estado de la trabajadora podrá cumplir con su obligación general de seguridad, realizar unas evaluaciones útiles y efectivas y, en consecuencia, podrá exigírsele responsabilidad.

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

En materia laboral, en concreto, con respecto a los despidos discriminatorios, tras la importantísima STC 92/2008, de 21 de julio, ha quedado meridianamente claro que, al menos por lo que respecta al despido de la trabajadora embarazada, la legislación española no exige para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo, postparto o permisos relacionados con la maternidad de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por parte del empresario que despide, y menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, señala el Tribunal Constitucional que *«todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 CC) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5, b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo»* (Cairós, 2008, pp. 667-682).

Por su parte, el TJCE ha entendido que la ocultación del estado de embarazo pertenece al ámbito de intimidad de la trabajadora en tanto no decida activar determinadas protecciones legales cuando su estado no es notorio, sin que pueda entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad susceptible de justificar un despido (STJCEE de 4 octubre 2001, asunto Tele Danmark A/S, C-109/2000) o puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de la condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta (STJCEE 27 febrero 2003, asunto Busch, C-320/2001).

Las posibilidades interpretativas son, pues, dos: o se entiende que la trabajadora debe comunicar su estado al empresario, al menos, cuando no sea evidente, para que éste pueda adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la salud de la madre y/o del feto, lo que no aparece reflejado en nuestras normas, ni parece casar bien con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, o bien, se entiende que el empresario debe desplegar la actividad protectora aunque no tenga constancia del estado de embarazo de la trabajadora (o de parto reciente o perio-

do de lactancia si la trabajadora se incorpora inicialmente a la empresa), lo que dará lugar a situaciones poco razonables y a un amplio abanico de incumplimientos de la norma y consecuente responsabilidad objetiva empresarial (García, 2009, pp. 58-60).

La interpretación más segura será seguir entendiendo que no existe obligación legal de comunicar el estado de embarazo, parto o lactancia por parte de la trabajadora (Moreno *et al.*, 2000, pp. 40-41), especialmente, por el riesgo de uso con intenciones y efectos discriminatorios de tal información por parte de la empresa, y que, con respecto a la materia de salud laboral, si la trabajadora puede demostrar que el empresario tenía conocimiento de su estado o podía haberlo tenido, porque se lo comunicó, era notorio o porque era conocido en la empresa por medios indirectos, como por ejemplo, a través de los reconocimientos médicos (Martín, 2008, p. 150), entonces se despliega completamente el deber de seguridad, en especial, el relativo a la evaluación de riesgos y la adopción de las medidas preventivas correspondientes y, consecuentemente, el empresario incurriría en responsabilidad por incumplimiento de su deber de seguridad si se produjera el daño o no se hubieran adoptado las precauciones y medidas protectoras legalmente exigibles.

Pero si el estado de la trabajadora era desconocido o de imposible conocimiento para el empresario o para la empresa, no parece razonable, ni acorde a derecho que pueda desplegarse completamente la obligación preventiva que impone la norma, pues supondría tanto como institucionalizar una responsabilidad objetiva y automática sin límite y sin cobertura legal.

4.3. Las medidas de protección

Cuando la evaluación de las condiciones de trabajo revele un riesgo para la seguridad y salud sobre el embarazo o el período de postparto o de lactancia, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo: «*la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología diagnosticada*» (STSJ Navarra de 30 abril 2002, AS 2002\1616), ni un daño ya producido. Se trata de prevenir cualquier tipo de riesgo, evitar la exposición de la mujer embarazada o en situación de parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, de modo que la STSJ Madrid de 8 de julio de 2002 (AS 2002\3761) reconoce la procedencia del cambio de puesto de trabajo cuando la dosis de radiación a la que estaba expuesta la trabajadora no alcanzaba el límite máximo permitido por el artículo 10 del RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, porque «*aunque según la norma reglamentaria no se alcanzan los niveles que supondrían un peligro, es evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento*

existe un puesto de trabajo en el que la mujer deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo» (Sánchez, 2003, p. 2).

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

A) Adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo

En primer lugar, establece el artículo 26.1 LPRL un inicial nivel de protección de la trabajadora, que consiste en que el empresario evitará la exposición al riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Estas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. No se exige intervención médica alguna que determine la situación de daño actual o potencial para la trabajadora, el feto o el neonato, ni es posible aplicar ninguna excepción, de modo que la adaptación de las condiciones de trabajo, incluido el tiempo de trabajo, se convierte en una obligación general del empresario, a cumplir a partir de la evaluación de riesgos que ha realizado.

Según el propio artículo 4 LPRL, debe entenderse por condiciones de trabajo cualquier característica del puesto que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Resulta interesante el hecho de que el artículo 26 LPRL distinga las condiciones de trabajo en función de su carácter, de modo que señala por un lado la adaptación de condiciones de trabajo de cualquier tipo y las que tienen que ver con el tiempo de trabajo, que posiblemente presenten más problemas aplicativos e interpretativos.

Por lo que se refiere a la adaptación de condiciones genéricas de trabajo, normalmente esto supondrá que si la evaluación de riesgos revela alguno para la viabilidad del embarazo, la salud de la trabajadora o del recién nacido, el empresario deberá modificar las características o las circunstancias de la prestación de trabajo de modo que la exposición al riesgo se evite o se reduzca a niveles carentes de riesgo.

En materia de tiempo de trabajo, la norma señala expresamente la no realización de trabajo nocturno o a turnos, que implican una distribución irregular del tiempo de trabajo que, con seguridad, va a poner a la trabajadora embarazada, puérpera o en período de lactancia en una situación de posible riesgo, especialmente de tipo psicosocial: cansancio, fatiga, estrés, dolores musculares, etc. Este hecho remite por propia naturaleza a cualquier otro supuesto de distribución irregular del tiempo de trabajo. Pero nada se señala en la norma con respecto a las posibles ampliaciones puntuales y coyunturales de jornada, como la necesidad de la empresa de que se realicen horas extraordinarias, aunque se trate de las debidas a fuerza mayor. Por razones de coherencia y seguridad jurídica, y porque así lo aconseja la Recomendación núm. 95 OIT, de 1952 (aunque en la correspondiente a 2000 se obvia tal extremo) habría que interpretar que la trabajadora protegida tampoco puede ser compelida a realizar horas extraordinarias.

La cuestión más importante que plantea este supuesto es la posible indemnidad económica de la trabajadora en estos casos, dado que los complementos salariales derivados del trabajo a turnos o nocturno no se garantizan en la letra de la norma de modo explícito, a salvo de lo que el párrafo 2 del artículo 26 LPRL señala respecto a los cambios que supongan movilidad funcional ordinaria o extraordinaria y que se tratará más adelante. A pesar de que supone mantener los complementos en supuestos en los que se deja de realizar el tipo o modo de trabajo que los justificaba, no parece despertar dudas el hecho de que la trabajadora debe seguir percibiéndolos, aun cuando por motivos de embarazo o lactancia natural haya dejado de prestar trabajo nocturno o a turnos, porque tal situación deriva de un riesgo profesional, y de ese modo fue reconocido por la jurisprudencia desde épocas tempranas (Sánchez, 2009, pp. 113-114 y la jurisprudencia que cita).

La STSJ Cataluña de 25 de mayo de 2010 (AS\2010\1700) analiza un supuesto en el que a una trabajadora se le había reconocido una baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por riesgo de aborto y, debido a ello, su índice de absentismo superó el porcentaje que el convenio colectivo consideraba máximo para generar el derecho a la obtención de un complemento retributivo por objetivos. Entre las ausencias que el convenio colectivo consideraba no computables se encontraba la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, pero no por contingencias comunes. La empresa no abonó el complemento por objetivos ese año porque la trabajadora no cumplía los requisitos exigidos en el convenio colectivo, señaladamente el relativo al índice de absentismo, y la trabajadora reclamó el percibo del mismo, dado que era conocido por la empresa que la causa de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes era el riesgo de aborto. Con base en la doctrina del Tribunal Constitucional y el artículo 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombre, según el cual constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado

con el embarazo o la maternidad, la Sala sostiene que a pesar de que la situación de incapacidad laboral por contingencias comunes no es uno de los supuestos excluidos para el computo del absentismo, tampoco *«debe desconocerse que dicho proceso lo fue por una causa vinculada con el embarazo, extremo que no se discute, y que, como consecuencia del mismo, la demandante ha sufrido una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales asociado con el ejercicio previo de un derecho vinculado con el embarazo»*, de modo que estima el recurso y acepta que a la trabajadora le sea abonada la remuneración variable en su totalidad.

Por otro lado, si la trabajadora tiene derecho a no prestar trabajo a turnos o trabajo nocturno, ¿conservará también este derecho cuando el régimen de turnos sea el que produzca el riesgo, porque tal régimen puede llegar a tener efectos negativos sobre el embarazo o la lactancia natural? El artículo 26 LPRL señala expresamente como presupuesto habilitante de las medidas protectoras que el propio trabajo o puesto de trabajo o las condiciones de trabajo produzcan el riesgo para el embarazo o la lactancia, porque existe la posibilidad de que los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre pongan en peligro la viabilidad del embarazo o se transmitan al hijo a través de la leche materna (Pérez *et al.*, 2000, p. 10). Por su parte, los artículos 31.2 y 49.2 RD 295/2009 consideran situación protegida a efectos del reconocimiento de las prestaciones correspondientes la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora, del feto o del hijo cuando estén relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñado, por tanto, una interpretación literal y sistemática del precepto, coherente con su finalidad, llevaría a una solución afirmativa, porque el bien jurídico a proteger es, en este caso, la viabilidad del embarazo o la continuidad de la lactancia natural en óptimas condiciones médicas (con la periodicidad que corresponda). En esta línea interpretativa se manifiesta, la STSJ Castilla-La Mancha, de 21 de octubre de 2009 (AS 2010/2), en la que se había acreditado la existencia de riesgos derivados de los turnos de trabajo, que por su duración y alto nivel de concentración eran susceptibles de producir estrés, así como impedimentos para compatibilizarlos con las tomas del lactante, señalando la sentencia que *«tal ritmo de trabajo puede tener como consecuencia un perjuicio para la lactancia natural y ser causa de su inhibición»*, e implica, consecuentemente, la concurrencia en el puesto de trabajo de riesgos para la lactancia natural y el derecho de la actora al subsidio por riesgo para la lactancia natural (Blasco, 2010, p. 49).

Una cuestión más que se plantea y es si el empresario puede ofrecer a la trabajadora en esta sede, de adaptación de condiciones y/o tiempo de trabajo, no una adaptación o redistribución del tiempo de trabajo, sino la reducción de jornada por razón del embarazo. Desde luego, legal y técnicamente sólo sería posible por necesidades derivadas de la lactancia natural (art. 37.5 LET), nunca por

otras circunstancias ligadas al embarazo. La respuesta debe ser negativa. Tal medida supondría una lesión de los derechos laborales de la trabajadora porque la reducción de jornada lleva aparejada la correspondiente reducción de salario, y se trataría más bien de una manera de eludir las medidas de modificación de funciones o de paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural.

B) *Cambio de puesto de trabajo o función*

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de la adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran seguir influyendo negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de 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 médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, el empresario debe asignar a la misma a un puesto de trabajo diferente, que debe ser compatible con su estado. Debe hallarse dentro de su grupo profesional o categoría equivalente, de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y durante el tiempo necesario hasta que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto de trabajo anterior. Cuando no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo profesional o categoría no equivalente, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Además, y con carácter previo, el empresario ha debido determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

Las prescripciones contenidas en este precepto no son de fácil aplicación. En primer lugar, se requieren dos certificados médicos de los servicios públicos de salud: el informe del facultativo que atienda a la trabajadora, que servirá, a su vez, para que los servicios médicos del INSS o de las MATEPSS certifiquen el riesgo para la trabajadora, el feto o el recién nacido, lo que supone una complicación burocrática que disminuye o limita la eficacia del derecho, al mismo tiempo puede plantear un problema cuando el médico personal de la trabajadora no pertenezca al sistema nacional de salud (García-Perrote Escartín, 1997, p. 45). Además, la empresa debe tener funciones distintas dentro del mismo puesto de trabajo de la trabajadora, o puestos de trabajo distintos, aptos para ser desarrollados por la trabajadora por estar exentos de riesgos para su estado de gestación, puerperio o lactancia, y ello en virtud de los resultados derivados de la evaluación de riesgos y determinados previa consulta no vinculante con los representantes de los trabajadores. Esta predeterminación consultada de las fun-

ciones o puestos no sometidos a riesgos aporta seguridad jurídica y eficacia a las evaluaciones de riesgos, pero seguramente, no va a resultar tarea fácil.

Tales funciones o puestos se corresponderán, además, con el mismo grupo o categoría equivalente ostentado por la trabajadora con anterioridad, o con un grupo distinto o categoría no equivalente, produciendo un cambio en la clasificación profesional de la trabajadora, lo que no será fácil de llevar a cabo en empresas pequeñas o medianas. La movilidad de la trabajadora se producirá, también, de forma escalonada: en primer lugar, a unas funciones diferentes y compatibles con su estado, dentro de su mismo encuadramiento profesional. Si ello no es posible, se produciría una movilidad horizontal u ordinaria, y si ello tampoco fuera realizable, la modificación de funciones abarcaría cualquier función o puesto de trabajo, tanto de grupos o categorías de nivel superior como inferior. Se trata de un nuevo supuesto de movilidad funcional que comparte régimen jurídico con el regulado en el artículo 39 LET, pero no su presupuesto habilitante y características, tratándose de una movilidad distinta, por «razones sanitarias», más urgente y necesaria que las debidas a razones técnicas u organizativas (Montoya, 2000, p. 5).

Y resultando, además, que el régimen jurídico aplicable no resulta del todo claro, porque la remisión que el artículo 26 LET efectúa a las reglas de la movilidad funcional no hace más que trasladar a este supuesto una serie de problemas y cuestiones no resueltas en su régimen jurídico y que aquí suponen un perjuicio añadido para la trabajadora.

Así, tanto en caso de movilidad funcional ordinaria, como extraordinaria, debe tratarse de otro puesto de trabajo exento de riesgos, debe respetar las titulaciones académicas o profesionales de la trabajadora, su dignidad personal y profesional, sus derechos de formación y promoción profesional y, en particular, los derechos económicos de la trabajadora, el mantenimiento de su retribución. A este respecto, la LPRL señala, que, en el caso del desempeño de funciones correspondientes a un grupo o categoría distinta de la ostentada con anterioridad por la trabajadora, esta conservará el derecho «*al conjunto de retribuciones de su puesto de origen*». Esta afirmación no aporta, en principio, nada distinto a la regulación del artículo 39 LET, en virtud del cual el trabajador tendrá «*derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen*». Los principios de equivalencia de prestaciones y de evitación del enriquecimiento injusto del empresario determinan que la jurisprudencia haya entendido que en el caso de desempeño de funciones de niveles, grupos o categorías superiores, el trabajador perciba la retribución del nuevo puesto desempeñado, pero con respecto a los complementos por puesto de trabajo, dejarán de percibirse aquellos que no se correspondan con las funciones nuevamente desarrolladas.

Ahora bien, la redacción del precepto del artículo 26 LET «*al conjunto de retribuciones de su puesto de origen*», referida al desempeño de funciones inferiores, sí se diferencia sustancialmente de la homóloga del artículo 39 LET, referida exclusivamente a la «*retribución de origen*». La referencia al conjunto de retribuciones de la LPRL sí puede conjurar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señalaba que la posibilidad de garantizar los pluses del puesto de trabajo precedente en caso de movilidad funcional debe hacerse de manera clara e inequívoca, ya que en tanto excepciones a la regla general, deben interpretarse restrictivamente y según el artículo 1286 Cc, las cláusula equívocas deben interpretarse de acuerdo al sentido más acorde a la naturaleza y objeto del contrato y «*siendo el contrato de trabajo de carácter sinalagmático es claro que las retribuciones asignadas a determinadas circunstancias concurrentes en la prestación de trabajo no deben abonarse cuando esas circunstancias son inexistentes*» (STS de 7 de julio de 1999, RJ 1999/6798). Pues bien, siguiendo la recomendación del Tribunal Supremo en la materia, el hecho de que la LPRL exija el mantenimiento del «*conjunto de las retribuciones*» quiere decir claramente que esa retribución abarca todos los complementos del puesto de origen, incluyendo también los correspondientes a circunstancias no presentes en el nuevo puesto de trabajo. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia más reciente, que reconoce el derecho de la trabajadora al mantenimiento también de los complementos por puesto de trabajo cuando se produce un cambio de puesto constitutivo de movilidad funcional extraordinaria, ordinaria o, incluso, la no prestación de trabajo nocturno o a turnos. Señala la STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2004 (AS\2004\1171) que «*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”, entendiéndose que se refiere a todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin citar excepción alguna. En otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer, y la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre*».

Por otro lado, se trata también de una movilidad funcional especial, no sólo por su presupuesto habilitante, sino por su intrínseco carácter temporal, ya que el desempeño de funciones superiores tampoco va a ser objeto de posible consolidación o promoción, al contrario de lo que sucedería aplicando estrictamente las reglas de movilidad funcional del artículo 39 LET, pues la trabajadora retornará a su puesto de origen tan pronto como cesen los riesgos para su estado de gestación o lactancia natural o hasta que comience el período de suspensión del contrato por maternidad.

Se ha señalado que las dificultades de aplicación de este supuesto han conducido a su probable infrautilización y el consiguiente paso directo al siguiente nivel de protección, que consiste en la suspensión del contrato con derecho al percibo de una prestación de la seguridad social (García, 2009, pp. 54-55), tras-

ladando así el empresario el cumplimiento de su deber de seguridad al régimen público de Seguridad Social (Martín, 2008, p. 153).

Como probable mecanismo para evitarlo, la ley laboral española ha establecido regulaciones tendentes a fomentar el empleo de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, y así, la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, quiso incentivar, en su Disposición Adicional quinta, el cambio de las trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado con una reducción del 50 por 100 de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

En cualquier caso, estas medidas de incentivación del mantenimiento del empleo de la trabajadora embarazada o en período de lactancia no van a suponer ni una solución, ni un alivio para la pequeña y mediana empresa y en la mayoría de los casos tampoco van a impedir el paso a la situación de suspensión del contrato de trabajo.

C) *Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y prestaciones correspondientes*

Finalmente, cuando el cambio de puesto no resulta 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 de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de hijo menor de 9 meses, y ello 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, a otro puesto compatible con su estado o, en todo caso, cuando el recién nacido cumpla nueve meses, según reconoce el artículo 45.1, d) LET.

Varias son las cuestiones que plantea la norma. En primer lugar, el presupuesto habilitante para que se abra la puerta a esta última vía de protección de la trabajadora embarazada, puérpera o en período de lactancia se determina con una notoria ambigüedad, con base en dos grandes grupos de causas: aquellas que derivan de dificultades técnicas u objetivas, que serán normalmente circunstancias relativas a la organización de la empresa, como la no existencia de puestos exentos de riesgos, la no capacitación de la trabajadora, etc., o bien, aquellas que determinan que «no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados», motivos que no pueden ser técnicos, de modo que podrían ser económicos, o de otra índole, por ejemplo que produjeran algún tipo de perjuicio para los derechos profesionales de la trabajadora y que no permitieran adoptar una medida de movilidad funcional. En cualquier caso, se ha señalado que esta imprecisión puede ayudar a la elusión por parte del empresario de la aplicación preferente de las medidas preventivas precedentes (Sánchez, 2009, p. 148).

Una segunda cuestión que se plantea es la derivada de la expresión utilizada por el artículo 26.3 LPRL «*podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato*», de modo que da la impresión de que el legislador español concede al empresario el derecho a pasar a la trabajadora a la situación de suspensión del contrato, o bien, a otra situación alternativa cuya identificación obvia la norma. No debe interpretarse el texto español en tal sentido, no sólo porque la Directiva 92/85/CEE señala preceptivamente «*la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo*», sino porque se trata del reconocimiento de un derecho a favor de la trabajadora, en beneficio de su salud o la de su hijo, de tal modo que para el empresario nunca se convertirá en una decisión a adoptar en función de su interés empresarial.

En tercer lugar, el nuevo párrafo cuarto del artículo 26 LPRL, modificado por la Ley Orgánica 3/2007 para incorporar al sistema de protección de la salud de la madre y del recién nacido cuando se está en período de lactancia, además de adolecer de falta de sistemática jurídica, plantea alguna cuestión en relación a lo regulado en los párrafos precedentes, pues por lo que se refiere a las dos primeras medidas de protección, la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo y la adopción de una modificación de funciones, reitera la necesidad de que la trabajadora cuente con una certificación que acredite la influencia negativa de sus condiciones laborales en su período de lactancia natural, emitida por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora, y tal reiteración parece indicar que se trata de nuevos informes, referidos esta vez, no a la situación de embarazo, sino a la de lactancia natural, lo que complica aún más la realización del derecho de la trabajadora. Además, afirma con claridad que la duración de la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural es de nueve meses, coincidiendo con la regulación del Estatuto de los Trabajadores, siendo así que la lactancia natural puede durar más tiempo, pero no precisa la duración temporal de la medida si el riesgo puede evitarse con una adaptación de condiciones de trabajo o modificando el puesto, en cuyo caso, podría interpretarse que el riesgo durante la lactancia natural habilitaría una medida de adaptación o modificación durante el tiempo que efectivamente dure la lactancia natural y no sólo hasta los nueve meses del hijo (Sánchez, 2009, p. 161).

Durante este tiempo de suspensión se mantiene la obligación empresarial de cotizar, según señala expresamente en la actualidad la Disposición Final segunda del RD 295/2009, de 6 de marzo, pero la cuota empresarial por todos los conceptos, incluidos los de contingencias profesionales y cuotas de recaudación conjunta, de una trabajadora en suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia pueden ser bonificadas al 100% si se realiza un contrato de sustitución con una persona desempleada, según redacción de la Disposición Adicional décimo sexta de la Ley Orgánica de Igualdad, del mismo modo

que el contrato de interinidad que podría realizarse para sustituir a la trabajadora podría estar también bonificado hasta el 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluyendo las debidas por contingencias profesionales y las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, cuando se realice con persona desempleada, según señaló el artículo 1 del RD-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, modificado posteriormente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para incorporar la suspensión por riesgo durante el embarazo y por la Disposición Adicional décimo quinta de la Ley Orgánica de Igualdad para incorporar el riesgo durante la lactancia natural.

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural tiene reconocida su correspondiente situación protegida por la legislación de Seguridad Social, tal y como disponen los artículos 134 y 135 bis LGSS. Las prestaciones correspondiente a las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia natural tienen la naturaleza de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, según señaló la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que obvia la necesidad de período previo de cotizaciones, pero no el alta. Se exige que la trabajadora se encuentre en alta real (también presunta), pero no se permite el acceso al subsidio desde una situación asimilada al alta. Con respecto a la relación entre la Incapacidad temporal y el riesgo durante el embarazo, el artículo 45.1 RD 295/2009 señala que cuando la trabajadora se encuentra en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicita la prestación de riesgo durante el embarazo, no procede el reconocimiento del subsidio hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas, incorporando la misma solución cuando se trata de la situación contraria, del paso de situación de riesgo durante el embarazo a incapacidad temporal.

Además, el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de hijo menos de 9 meses ha establecido que la cuantía de ambas prestaciones es el 100% de la base reguladora por contingencias profesionales.

Esto supone que el coste derivado de la imposibilidad de la trabajadora para desempeñar su puesto de trabajo por circunstancias derivadas del embarazo, parto y lactancia natural se asume íntegramente por parte del sistema público de Seguridad Social, tanto por lo que respecta a las cotizaciones de la trabajadora y su sustituto, como en cuanto al subsidio a favor de la trabajadora, si no ha sido posible la adaptación o modificación de las condiciones o del puesto de trabajo por seguir presentándose riesgos para la salud de la trabajadora, del feto o del recién nacido. Y ello, junto a las dificultades de la pequeña y mediana empresa para la adaptación de las condiciones de trabajo o la modificación de funciones, contribuye a explicar las razones de la infrautilización de las medidas iniciales y

el intento de colocar a la trabajadora en situación de suspensión del contrato, lo que justifica, a su vez, el fomento del mantenimiento del empleo de la trabajadora en estas situaciones, así como que se señale expresamente en los artículos 31.2 y 49.2 RD 295/2009 que no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora, del feto o del hijo «cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñado».

Por otro lado, «la decisión empresarial de suspender el contrato de trabajo, carente así de justificación razonable, resultó ser discriminatoria por razón de sexo para la recurrente, con vulneración del artículo 14» (STC 161/2004, de 4 de octubre) de modo que colocar a la trabajadora directamente en situación de suspensión del contrato de trabajo, sin haber intentado introducir medidas de adaptación o modificación de funciones o puesto de trabajo constituye no sólo un incumplimiento legal del deber de protección de la trabajadora, sino una lesión del artículo 35.1 CE y una discriminación directa por razón de sexo (Martín, 2008, p. 154).

D) *Otros derechos específicos derivados de la maternidad y lactancia*

Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a conservar su remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación, que podrá ser posterior, de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo. Resulta novedosa y loable la introducción de la mejora relativa a las técnicas de preparación al parto, que no se mencionaban en la Directiva 92/85/CEE.

Por otro lado, se garantiza la indemnidad de la trabajadora frente a decisiones extintivas de su contrato, tanto por razones disciplinarias, como objetivas, en cualquier momento de disfrute de suspensiones o permisos relacionados con el embarazo, la maternidad, la lactancia, la adopción o el acogimiento, durante todo el tiempo del embarazo, desde su inicio hasta el parto, así como, tras la LO 3/2007, después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Tal garantía consiste en que el despido disciplinario u objetivo del trabajador o trabajadora que se encuentre en alguno de tales supuestos, se considerará nulo, a menos que el empresario consiga demostrar su procedencia, al margen de cualquier motivación relacionada con la maternidad. A tales efectos, se han modificado y concordado las regulaciones establecidas en los artículos 53.4 y 55.5 LET y 108.2 y 122.2 LPL. Además, tras la importantísima STC 92/2008, de 21 de julio, se trata de una nulidad automática, que no exige el conocimiento previo del empresario del hecho del embarazo.

Al mismo tiempo, y con respecto a la extinción del contrato por causas objetivas, el artículo 52, d) LET excluye de las faltas que pueden determinar un porcentaje de absentismo que justifique el despido las debidas a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y la lactancia y por enfermedades relacionadas con el embarazo, el parto y la lactancia.

La Sentencia de 29 de octubre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Virginie Pontin/T-Comalux SA*, asunto C-63/08, 29) resuelve una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal de trabajo luxemburgués, sobre la adecuación del ordenamiento laboral de dicho país a las exigencias del Derecho comunitario en relación con el despido de una trabajadora embarazada (Directivas 92/85/CE y 2006/54/CE) e introduce una importante doctrina sobre la regulación de plazos preclusivos de carácter perentorio, así como sobre la privación para la trabajadora embarazada de acciones indemnizatorias que sí estarían disponibles en otras acciones jurídicas comparables.

Reconoce el derecho de las trabajadoras embarazadas despedidas a disfrutar de una tutela judicial eficaz de los derechos que el ordenamiento comunitario les confiere, en relación con su acceso a la tutela judicial efectiva y a que las medidas de protección establecidas en la legislación nacional conserven su efecto disuasorio frente al empresario y sean adecuadas en relación con el perjuicio sufrido. Por ello, los recursos y plazos establecidos para ejercitar una acción judicial contra el despido de una trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia deben hacer posible el ejercicio de los derechos conferidos a los ciudadanos por la norma comunitaria, de modo que una regulación nacional específica sería contraria al Derecho comunitario si resulta menos favorable que la correspondiente a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y esté articulada de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio del derecho conferido (principio de efectividad), y así señala que *«no parece que un plazo de quince días, como el establecido en el artículo L. 337-1, apartado 1, párrafo cuarto, del Code du travail luxemburgués, permita cumplir ese requisito»*, del mismo modo que tampoco lo hace el artículo 337-1 del mismo código de trabajo, que priva a la trabajadora embarazada que haya sido despedida durante su embarazo de una acción judicial indemnizatoria, cuando dicha acción sí puede ser ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, *«si dicha limitación de las vías de recurso constituye un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo»* (Baz, 2010).

Las mujeres embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia tienen derecho a descansar tumbadas en condiciones adecuadas en los propios centros de trabajo, según señala la Directiva 89/654/CEE, sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo y el anexo V.4 RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, así como a la limitación de la exposición a radiaciones ionizantes, según

lo señalado en el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

5. La responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de su obligación de protección

La responsabilidad en que puede incurrir un empresario por incumplimiento de su deber de proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, puérpera o en período de lactancia puede ser, como ocurre en general en materia preventiva, de varios tipos: administrativa laboral, de seguridad social, civil y penal, rigiendo la regla de la compatibilidad entre todas ellas, excepto entre la administrativa y la penal, en cuyo caso, primaría la penal, y sólo en caso de no concurrir, podría instarse la administrativa laboral.

La aplicación de la doctrina sentada por la STC 92/2008, de 21 de julio con carácter general, sin matizaciones, no dejará de plantear problemas cuando se utilice como criterio interpretativo para valorar la responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia, por lo que habrá de hacerse una interpretación razonable, que no coloque al empresario en supuestos de indefensión en lo que respecta a la evaluación de riesgos y la adopción de medidas protectoras cuando no sea evidente el estado de la trabajadora y pueda acreditarse su desconocimiento del hecho.

En materia laboral, el artículo 12.7 LISOS considera infracción grave «*La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave*», que constituye el supuesto base que ocupa este comentario, pues el artículo 13.1 LISOS califica como infracción muy grave «*No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia*». Se refiere el precepto al incumplimiento de los deberes del empresario contemplados en el artículo 26 LPRL, así como a la infracción de la normativa reglamentaria o convenida colectivamente desarrollando y/o mejorando el artículo 26 de la ley (Lousada, 1998, p. 723).

En materia de prestaciones de la Seguridad Social, en virtud del artículo 123 LGSS, «*las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones,*

centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo, y demás condiciones del trabajador». El recargo de prestaciones no es susceptible de aseguramiento y se considera nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirlo, compensarlo o transmitirlo. Se exige la existencia de una relación de causalidad, es decir, el recargo no se aplica por el mero hecho de que el accidente se produzca en el centro de trabajo en el que se incumplan normas en materia de PRL, sino que debe probarse la relación de causalidad específica entre el resultado dañoso y la omisión de normas preventivas.

En materia civil, la trabajadora embarazada que ha sufrido algún tipo de daño o perjuicio derivado del incumplimiento empresarial de su deber genérico de seguridad podrá exigir una indemnización específica y adicional por los daños y perjuicios causados, con independencia de las prestaciones públicas de seguridad social que le correspondan o del recargo de las mismas, siempre que exista incumplimiento empresarial de su deber de seguridad, culpa o negligencia empresarial y relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño causado. Se trataría siempre de una responsabilidad contractual, derivada de la obligación de seguridad que el empresario asume en virtud del contrato de trabajo.

Finalmente, el empresario que, con infracción de normas de seguridad e higiene y estando legalmente obligado, no facilite los medios necesarios para que las trabajadoras embarazadas, puérperas o en período de lactancia desempeñen su actividad contando con las medidas de seguridad adecuadas, poniendo así en grave peligro su vida o su salud, la del feto o la del hijo, puede cometer delito contra la seguridad y salud en el trabajo, en su forma dolosa o imprudente, conductas tipificadas en los artículos 316 y 317 del CP, sin perjuicio de que si el resultado dañino se produce, se puedan llegar a aplicar las reglas sobre concurso de leyes o concurso ideal de delitos con otros, como los de homicidio o lesiones imprudentes o lesiones al feto.

6. La reforma de la Directiva 92/85/CEE.

El 3 de octubre de 2008 se hacía pública una propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE (COM (2008), 637 final, 2008/0193 COD) cuya motivación señala que su objetivo es mejorar la protección en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se encuentre en período de lactancia. En especial, la propuesta amplía la duración mínima del permiso de maternidad, buscando ayudar a la trabajadora a recuperarse de los efectos inme-

diatos del parto, y facilitar a la vez su vuelta al mercado de trabajo al final de su permiso de maternidad, mejora los derechos laborales de las trabajadoras embarazadas, puérpera o en período de lactancia y contribuye a una mejor conciliación de la vida profesional, privada y familiar.

El texto de la propuesta contiene una reforma de su artículo 8 (permiso de maternidad), 10 (prohibición de despido) y 11 (derechos inherentes al contrato) y nuevos apartados en el artículo 12.

El periodo de permiso de maternidad se amplía en su duración mínima de catorce a dieciocho semanas, de las cuales doce serán no obligatorias, a disfrutar a elección de la mujer, antes o después del parto, y seis serán obligatorias y deben tomarse después del parto. En caso de que la fecha real de parto se retrase con respecto a la fecha prevista, el período de permiso previo al parto podrá prolongarse sin que afecte al posterior. Además, se podrá conceder un período adicional en caso de parto prematuro, de bebé hospitalizado al nacer, de neonatos con discapacidad y de parto múltiple. Ningún período de permiso por enfermedad, hasta cuatro semanas antes del parto, en caso de enfermedad o de complicaciones resultantes del embarazo o del parto, acortará el período de permiso de maternidad, de nuevo en interés de la salud de las mujeres. Este aumento busca permitir a las mujeres recuperarse del embarazo y del parto, pasar más tiempo con sus hijos y prolongar el período de lactancia.

Se modifican los apartados 1 y 2 de artículo 10 (Prohibición de despido): para tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se propone prohibir cualquier preparativo de un posible despido no relacionado con circunstancias excepcionales no inherentes al embarazo, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad. Conforme a la Directiva vigente, el empleador sólo debe justificar debidamente por escrito los argumentos de tal despido en caso de que se haga respecto a una mujer durante el permiso de maternidad. La modificación propuesta extiende esta obligación del empleador a los casos en que se despide a una mujer en el plazo de seis meses posterior a su permiso de maternidad, si la mujer pide tal motivación escrita.

El nuevo apartado 2, letra c), del artículo 11 (Derechos inherentes al contrato de trabajo) afirma el derecho de la mujer, tras el permiso de maternidad, a reincorporarse al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

El punto 3 modifica la norma existente sobre el pago concedido durante el permiso de maternidad: prevé el principio del pago de la remuneración mensual total recibido antes del permiso de maternidad, aunque el Estado miembro pue-

de limitarlo, a condición de que la prestación no sea inferior a la ausencia remunerada por enfermedad. Los Estados miembros pueden determinar si el nivel de la remuneración durante el permiso de maternidad corresponde al del último salario mensual antes del permiso de maternidad o a una media que debe calcularse durante cierto período.

Según el nuevo apartado 5 del artículo 11, una trabajadora tiene derecho, durante el permiso de maternidad o al volver del mismo, a pedir a su empleador que adapte sus modalidades de trabajo y el horario a la nueva situación familiar y el empleador está obligado a tener en cuenta dicha solicitud. Las normas detalladas sobre el ejercicio de este derecho deben ser establecidas por los Estados miembros. Esta nueva disposición es necesaria para consolidar la protección de la salud de los trabajadores y podría permitir, con el consentimiento de los empleadores, una mayor flexibilidad de horarios y de modalidades de trabajo.

Se añaden también nuevos párrafos en el artículo 12 de la Directiva que contienen disposiciones relativas a garantizar la inversión de la carga de la prueba cuando una trabajadora considere vulnerados sus derechos con arreglo a la misma y presente ante un tribunal u otro órgano competente hechos que permitan suponer la existencia de dicha vulneración, la evitación de represalias como reacción ante una reclamación que hayan presentado o ante un procedimiento que hayan incoado destinado a exigir el cumplimiento de los derechos dimanantes de la Directiva, así como un régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales derivadas de la Directiva, y la adopción de las medidas necesarias para garantizar su aplicación, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo incluir el pago de una indemnización, que no podrá estar sujeta a la fijación de un límite máximo predeterminado.

7. Referencias bibliográficas

- BAZ RODRÍGUEZ, J. (2010): «Sentencia Virginie Pontin/T-Comalux SA, as. C-63/08, 29 octubre 2009; Tutela judicial eficaz de los derechos de las trabajadoras embarazadas», *RGDE*, 21, junio, (www.iustel.com).
- BLASCO LAHOZ, J. F. (2010): «Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural», *AS*, 1, pp. 45-51.
- CAIRÓS BARRETO, D. M. (2008): «La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada», *RL*, 2, pp. 667-682.
- FERNÁNDEZ PERDIDO, F. (1999): *La evaluación de los riesgos laborales*, Madrid. La Ley-Actualidad.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1997): «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV., *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid. La Ley-Actualidad, pp. 35-54.
- GARCÍA VIÑA, J. (2009): *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*, Granada. Comares.

- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2009): «Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de la transposición por entregas», *REDT*, 143, pp. 627-649.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. (2001): «Salud laboral y protección por maternidad», en López López, J. (coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid. Marcial Pons, pp. 69-91.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (1998): «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL*, 3, pp. 703-726.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a L. (2008): «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *REDT*, 137, pp. 115-158.
- MONTOYA MELGAR, A. (2000): «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *Westlaw*, BIB 2000\1506.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.^a (2000): *Maternidad y salud laboral*, Valencia. Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A. (1999): *Mujer y salud laboral*, Madrid. La Ley-Actualidad.
- SÁNCHEZ CASTILLO, M.^a M. (2009): *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Albacete. Bomarzo.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2003): «El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo». BIB 2003\144.