



**Jurisprudencia sobre
la prestación de riesgo
por embarazo y lactancia**



www.ccoomadrid.es

con el trabajo no se juega



JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRESTACIÓN DE RIESGO POR EMBARAZO Y LACTANCIA

JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRESTACIÓN DE RIESGO POR EMBARAZO Y LACTANCIA

Primera edición: Diciembre de 2014

Edita: CCOO de Madrid

Elabora: Secretaría de Salud Laboral de CCOO de Madrid

Depósito legal: M-36473-2014

**IV Plan Director en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad de Madrid
(2012-2016)**

Cofinanciado por el Fondo Social Europeo

El Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo colabora en esta publicación en el marco del IV Plan Director en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad de Madrid (2013-2016) y no se hace responsable de los contenidos de la misma ni de las valoraciones e interpretaciones de sus autores. La obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

1. Presentación	5
2. Introducción	7
3. Marco normativo sobre prevención y protección de la mujer en periodo de embarazo y lactancia	9
4. Obligaciones del empresario	15
5. Procedimiento en los supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural	17
6. La jurisprudencia en el ámbito comunitario	19
7. Jurisprudencia en España referida a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia	24
8. Sentencias comentadas – luces y sombras	28
9. Observaciones respecto a las dificultades detectadas	47
10. Recomendaciones	53



4



1. Presentación

Esta guía pretende clarificar temas controvertidos en la prevención de riesgos laborales, como los derivados del embarazo y la lactancia. Es difícil encontrar actuaciones en prevención de riesgos teniendo en cuenta la perspectiva de género, pero para avanzar en igualdad en salud laboral es obligado tener en cuenta dicha perspectiva de género, ya que si hablamos de riesgo por embarazo, el mismo afecta a las mujeres y no a los hombres por la simple razón de las diferencias biológicas. También debemos considerar el embarazo como un aspecto de la vida, vinculado directamente con la mujer.

Por eso, nos hemos propuesto en esta guía analizar cerca de 200 sentencias donde se contemplan estos temas y que sirvan para dar un tratamiento adecuado a esta problemática.

Hemos complementado la guía con otros contenidos también relevantes como son: el marco normativo, las obligaciones empresariales o la jurisprudencia.

Carmelo Plaza Baonza
Secretario de Salud Laboral De CCOO de Madrid

5



6



2. Introducción

La diferencia biológica entre hombre y mujer es un hecho incuestionable y natural. Estas diferencias de tipo hormonal, genético y anatómico, implican en algunos casos, un diverso grado de sensibilidad o respuesta ante un riesgo laboral, según el sexo de la persona.

Por otra parte, el proceso de incorporación de la mujer al trabajo está marcado, históricamente, por la desigualdad de condiciones y oportunidades, lo que provoca también la existencia de riesgos específicos ligados a la división sexual del trabajo, tanto en los diferentes sectores de actividad, como en las tareas que se realizan en el mismo, (sectores altamente feminizados, empleo por lo general más precario,...).

Sin embargo, desde la óptica de lo laboral y más especialmente en el campo de la prevención, la perspectiva de género en cuanto a los riesgos específicos derivados de las diferencias biológicas y de las condiciones particulares del empleo femenino y la forma en que se desarrollan sus distintas actividades laborales, no siempre son tenidas en cuenta ni en las evaluaciones de riesgos laborales, ni en la adopción de medidas preventivas.

Si queremos conseguir una igualdad efectiva en salud laboral, las medidas de prevención deberán tener en cuenta la perspectiva de género, ya que como ha quedado demostrado tanto hombres como mujeres desarrollan su labor en condiciones de trabajo que nos afectan de manera diferente, lo que implica que la exposición al riesgo también es diferente y por tanto las medidas preventivas deben plantearse en función de estas diferencias.

En conclusión, tanto la sobreprotección como la sub-protección pueden generar desigualdad, por lo que es necesario encontrar un equilibrio a través de la utilización de metodologías adecuadas que permitan realizar las evaluaciones de riesgos desde la perspectiva de género.

De hecho, en el ordenamiento jurídico **no se protege genéricamente a la mujer** trabajadora, sino que la prevención de la salud de la mujer en el medio laboral se viene centrando tradicionalmente en los aspectos puramente biológicos y se limita a aquellos vinculados a **la maternidad y a la lactancia natural**.

La razón de esta protección reside en que se entiende que determinadas actividades pueden presentar un **riesgo específico** dada la exposición de las trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos y que, por tanto deben recibir una protección especial.

7



Por otro lado, hay que tener presente que:

El embarazo no es una enfermedad, sino un aspecto de la vida cotidiana ligado directamente a la mujer. La gestación y el trabajo no son incompatibles, pero hay que tener en consideración que, debido a los cambios fisiológicos, anatómicos y psicológicos que tienen lugar en el organismo femenino durante el embarazo, la mujer trabajadora adquiere especial sensibilidad ante condiciones y factores de riesgo de su puesto de trabajo que en otras circunstancias serían considerados como aceptables.

Siempre que las condiciones laborales sean las adecuadas y no entrañen ningún riesgo para la madre y/o el hijo, las mujeres pueden trabajar durante el embarazo o reanudar su actividad laboral durante la lactancia.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, la situación de la mujer ha tenido siempre un tratamiento especial. Basta recordar la Ley de 20 de febrero de 1912, denominada la "Ley de la silla" (que obligaba a disponer en todo establecimiento no fabril de sillas para el descanso de cada una de las trabajadoras).

Hasta la incorporación de nuestro país a la Comunidad Económica Europea (CEE), estas normas no siempre han favorecido a la mujer ya que estaban basadas en un proteccionismo paternalista en el que se consideraba a la mujer como el "sexo débil". La mayoría de estas normas suponían una discriminación respecto a los hombres en cuanto que se les impedía la incorporación a determinados trabajos, se establecían diferentes salarios, se utilizaban diferentes criterios de despidos, etc.

En los últimos años, sobre todo desde nuestra incorporación a la Unión Europea, se han producido grandes avances en nuestro país en lo referente a la consideración de la trabajadora en situación de embarazo o lactancia, como sujeto potencialmente expuesto a sufrir consecuencias perjudiciales para ella y/o el hijo/a en el ámbito de la relación laboral. De hecho, la protección de la maternidad no se otorga a la mujer como un grupo especial de riesgo sino que, la maternidad supone un estado biológico de la mujer trabajadora que la hace "especialmente sensible" a determinados riesgos.

El reiterado incumplimiento por parte de los empresarios de los derechos de protección de la mujer embarazada, ha propiciado que muchos de estos casos tengan que ser resueltos en los tribunales de lo social, por lo que existen numerosas sentencias al respecto, y este es precisamente el objetivo de esta guía: dar a conocer, la normativa y la jurisprudencia existente respecto a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.



3. Marco normativo sobre prevención y protección de la mujer en periodo de embarazo y lactancia

En el ámbito de la normativa internacional, ha sido en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 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 natural, siendo numerosos los convenios que contenían regulaciones específicas para estas situaciones, como por ejemplo: 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. 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, 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 que, desde una perspectiva integradora, incluye medidas garantistas para la trabajadora que se encuentra en cualquier situación biológica relacionada con la maternidad. Ese mismo año se publica también la Recomendación núm. 191, sobre la protección de la maternidad.

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, fue la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)**, principalmente en sus artículos 26 y 25, 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 trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia, modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2007.

Con ello se produce 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, en los tres supuestos: durante el embarazo, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Antes que se adoptara la Directiva 92/85/CEE, todos los Estados miembros tenían alguna forma de protección para las trabajadoras embarazadas, pero en cada país se regulaba de distinta forma y con diferencias significativas entre unos





y otros. En algunos de ellos, como Italia, los Países Bajos y Francia, la protección ofrecida era superior a la exigida en la Directiva, mientras que, en otros, su aprobación produjo el efecto de aumentar la protección sanitaria y de seguridad así como los derechos inherentes al contrato de las trabajadoras embarazadas. Por ejemplo, en Suecia y en Portugal, el permiso por maternidad se extendió a raíz de la Directiva, y en el Reino Unido se redujeron los períodos que facultan para obtenerlo. En Irlanda la aplicación de la Directiva produjo varias mejoras, en especial la posibilidad de obtener el permiso por razones de salud y seguridad si no existe la posibilidad de cambiar el trabajo de la mujer para evitar los posibles riesgos que se hayan detectado para el embarazo o el hijo/a. En Bélgica, Austria, Dinamarca, Irlanda y Finlandia se introdujo el derecho al permiso remunerado para exámenes prenatales.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) de 1995 recoge en su artículo 25 la necesidad de garantizar de modo específico la seguridad y salud de los trabajadores/as especialmente sensibles, entendiendo por tales aquellos que *«por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos los 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 dichos trabajadores/as 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.

Por su parte, el artículo 26 de la LPRL regula el nivel de protección de la maternidad y la lactancia natural 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, el recién nacido o lactante, a que se adapten sus condiciones de trabajo, se le cambie de puesto de trabajo y si esto no es posible se le conceda una protección.*

Si bien es cierto que con la LPRL se subsanaron muchas de las deficiencias que se habían puesto de manifiesto hasta esa fecha en la regulación de los aspectos jurídicos preventivos de la maternidad de la mujer trabajadora, hay que reconocer, que la transposición efectuada en España de la Directiva 92/85/CEE llevada a cabo por la LPRL, se realizó con retraso y de manera parcial, por lo que ha sido necesario esperar más de quince años para considerar incorporada la Directiva comunitaria en su totalidad.

Con la publicación de la **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar**, se corrigen en gran medida las carencias que planteaba el artículo 26 de la LPRL, aclarando cuáles deben ser las actuaciones que debe realizar el empresario para salvaguardar debidamente la salud y la seguridad de

la madre y del hijo/a. Esta Ley regula e incorpora novedades importantes dentro de la acción protectora de la Seguridad Social; la prestación económica por riesgo durante el embarazo y la nulidad del despido por embarazo.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), introduce tres importantes novedades que afectan a las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social, a la cuantía de dicha prestación, y a la calificación de la contingencia.

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

- Se elimina la exigencia de un período mínimo de cotización para acceder a la prestación económica de riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135 del TRLGSS). Con anterioridad a la reforma se exigía acreditar 180 días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- Se incrementa la cuantía de la prestación económica que pasa a ser del 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (Artículo 135.3 del TRLGSS). Anteriormente, este subsidio sólo alcanzaba el 75% de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- La prestación económica de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales; por lo que la gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (artículos 134 y 135 del TRLGSS y artículo 26.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Además, incorpora numerosas novedades referidas a la protección de la mujer en los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo en periodo de lactancia (hasta que el hijo cumpla 9 meses).

También resuelve las dudas ante las situaciones de persistencia del riesgo. En estos casos, no se preveía la suspensión del contrato de trabajo ni siquiera como una situación equiparable a una incapacidad temporal común, aunque algún sector de la doctrina abogara por la aplicación de la excedencia por cuidado de hijos/as.

La vigente regulación equipara el supuesto de riesgo durante la lactancia natural con el riesgo durante el embarazo a efectos de la suspensión del contrato de trabajo, que era omitido en la regulación anterior y equipara en ambos supuestos, a prestaciones económicas como derivadas de incapacidad temporal por contingencias profesionales (100% de la base reguladora) con las consiguientes





ventajas en relación a los requisitos del hecho causante: no se exige a la trabajadora periodo mínimo de carencia y se le considera en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta.

Con posterioridad a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo, se ha visto desarrollada por las siguientes normas:

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo de 2009), y que recoge el procedimiento para el reconocimiento del derecho.

Real Decreto 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, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

La Disposición Adicional Séptima de la **Ley 2/2008**, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, que establece la reducción del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización por contingencias comunes en los supuestos en que, por razón del riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado conforme a lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Recientemente, el **Real Decreto 298/2009**, de 6 de marzo, ha modificado el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Así, se amplía la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, establecidas en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, y en la disposición adicional segunda de la Ley 12/ 2001, de 9 de julio, a los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a las trabajadoras, a las socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas y a las trabajadoras autónomas que se encuentren en situación de riesgo durante la lactancia natural.

Esta nueva prestación económica se regula en los artículos 135 bis y 135 ter del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y en el desarrollo reglamentario establecido por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Directiva 92/85/CEE, 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.

Es la principal pieza normativa relativa a la prevención de los riesgos para la maternidad. Establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para reproducción y la maternidad y una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia. También incluye una relación no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de riesgo.

La Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la siguiente normativa:

La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), señala que forma parte del derecho de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, la función de procreación (tanto de hombres como de mujeres) y la protección de la maternidad (embarazo, parto reciente y lactancia).

En su artículo 25 señala la obligación de protección de la procreación de trabajadores y trabajadoras y en su artículo 26 establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS). *Establece que ante una demanda por accidente de trabajo, enfermedad profesional o por el incumplimiento de los derechos fundamentales, como en los supuestos de riesgo por embarazo y lactancia, deberá ser el empresario u organismo público, según corresponda, quien deba presentar las pruebas que demuestren que se han adoptado las medidas necesarias para prevenir el riesgo, así como cualquier otro factor que le excluya o reduzca su posible responsabilidad (art.96.2).*

Además de la carga de la prueba, regula también toda una serie de obligaciones documentales que ha de aportar la empresa en los procesos en que se cuestione la materia preventiva, debiendo acreditar que ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar el riesgo.

13





Otras normativas a tener en cuenta son:

- **Constitución Española** Artículo 15, derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Artículo 43, derecho constitucional a la protección de la salud. Artículo 40.2, los poderes públicos deben velar por la seguridad e higiene en el trabajo.
- **Estatuto de los Trabajadores** (ET) art. 48, referido a la suspensión de contrato con reserva del puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el **artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**. La suspensión del contrato laboral finalizará el día en que se inicie por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.
- **El Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto**, Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Art. 13), establece que el incumplimiento de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, está tipificado como **infracción muy grave**.
- **Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad** en el trabajo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT).

Recordar la historia es importante para valorar hasta qué punto los sucesivos gobiernos españoles ha incumplido con la obligación de proteger la salud de las trabajadoras gestantes, de los lactantes y de la población en general.

Se han necesitado más de 15 años para transponer la directiva europea y actualmente el gobierno aún no ha cumplido con los compromisos que adquirió en la Ley de Igualdad. Estos retrasos ponen en evidencia que el tema de la salud reproductiva en el ámbito laboral no es una prioridad de las políticas públicas y mucho menos en las políticas y prácticas de prevención en las empresas.

4. Obligaciones del empresario

Las actuaciones que debe llevar a cabo el empresario para proteger la seguridad y la salud de la madre y/o el hijo tanto en el embarazo como en la lactancia, son:

1. Evaluar los riesgos, obligación a la que se refiere el artículo 16 de la LPRL.

La evaluación deberá comprender la **determinación de la naturaleza, el grado y la exposición de las trabajadoras** en situación de embarazo, parto reciente o lactancia 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 provocar un riesgo específico.

El empresario tiene la obligación de considerar el riesgo para la reproducción, incluido el relativo a la maternidad, desde la evaluación de riesgos inicial y de elaborar un listado de puestos de trabajo sin riesgo para la mujer embarazada, que ha dado a luz recientemente o en periodo de lactancia, debiendo ya de antemano estar evaluados los puestos y contemplados cuales son los adecuados o no para las mujeres en periodo de embarazo y lactancia.

La evaluación inicial sirve para determinar los puestos de trabajo exentos de riesgos para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia; Esto es relevante ya que su identificación servirá para tener de antemano seleccionados los puestos de trabajo exentos de riesgos y a los que pueden ser destinadas las mujeres en caso de imposibilidad de la adaptación del puesto y tener, por tanto que proceder a un cambio. Este listado de puestos exentos debe hacerse previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 26.2 LPRL).

La segunda evaluación de carácter específico tiene por finalidad la adaptación concreta de la mujer embarazada o en periodo de lactancia al puesto de trabajo, por lo que es necesario la realización de evaluaciones personalizadas, que tengan en cuenta las características personales de la trabajadora y las circunstancias concurrentes en cada caso.

La evaluación, tal como señala el artículo 26 de la LPRL 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.**

Por otra parte, respecto a los factores de riesgo que se deben evaluar, éstos no deben limitarse a los listados recogidos en los Anexos VII y VIII del RD 39/1997 (introducidos por RD 298/2009), dado que este listado no es exhaustivo, tal como

15





se indica en el texto legal, sino que además se deberá tener en cuenta cualquier otra condición del trabajo que pueda suponer un daño para la mujer embarazada, que ha dado a luz recientemente, que esté en periodo de lactancia teniendo en cuenta además de las características individuales de la persona.

2. Si los resultados de la evaluación revelasen riesgos para la seguridad y la salud o una posible repercusión negativa para el embarazo y la lactancia, el empresario **adoptará todas las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos**, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dicha medida incluirá, si fuera necesario la no realización de trabajo nocturno o de turnos.

3. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, no fuera posible, o cuando a pesar de la adaptación, las condiciones continuarán influyendo negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua correspondiente, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función compatible con su estado. **El cambio de puesto o función** se realizará conforme a las reglas y criterios que se apliquen en la movilidad funcional. Será el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, quien determine los puestos exentos de riesgos a estos efectos.

4. En el supuesto de que no existiera un puesto o función compatible, la trabajadora podrá ser **trasladada a un puesto de categoría o grupo diferente al suyo**, percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de origen.

5. Si dicho cambio de puesto no resultará técnica u objetivamente posible, o por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora a **la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo o lactancia**. La suspensión del contrato va acompañada de la percepción de una prestación económica equiparable a la Incapacidad Temporal (IT) por contingencia profesional, por lo que no se exige periodo de carencia y se cobrará el 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional. Se subsana así la situación de discriminación o desprotección en la que inicialmente quedaban las mujeres embarazadas sometidas a riesgos laborales y a las que la empresa no podía proporcionar un puesto de trabajo o función exenta de riesgos, reconociendo el derecho de las mismas a la suspensión por riesgo durante el embarazo retribuido.

El problema se suscita al otorgar al empresario el poder absoluto a la hora de decidir el cambio de puesto o movilidad funcional, en estos casos, la trabajadora podrá rechazar la adaptación decidida por el empresario, o al menos, no se aprecia mecanismo jurídico para ello, salvo que las cargas familiares permitieran recurrir a medidas de conciliación. Lo que sí queda contemplado es que el empre-

sario, tendrá que realizar dicha adaptación dentro de los límites del carácter general contenidos en el artículo 39 del ET de respeto a la dignidad, a la formación y promoción profesional y a las titulaciones exigidas.

El recurso por la vía judicial suele ser relativamente largo, tiempo que la afectada deberá estar expuesta a posibles riesgos hasta que se resuelva el proceso, lo que supone una contradicción respecto a lo que marca la propia **Directiva 92/85/CEE**: *"la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo que afecten negativamente a su salud o la de su hijo"*. Para solventar esta situación es aconsejable interponer una demanda por vulneración de derechos fundamentales.

Los diferentes factores de riesgo tomados individualmente, pueden no suponer un riesgo significativo aunque, asociados, se ha demostrado que inducen complicaciones durante el embarazo. Los más frecuentes son: el trabajo nocturno, los horarios irregulares, la postura de pie, la fatiga percibida y la carga mental, el manejo de cargas y la postura de pie, la exposición a calor, ruido, ciertos factores psicosociales, productos químicos y riesgos biológicos.

La toma de decisiones ha de basarse en el consenso y la participación activa de todos los implicados y siempre acompañada de una información veraz, transparente y adaptada a las características de los mismos siendo aconsejable disponer de un protocolo por escrito que clarifique los pasos a seguir.

5. Procedimiento en los supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural

Cuando una trabajadora se encuentra en situación de embarazo o lactancia natural, deberá seguir el siguiente procedimiento:

1. Decidir si se lo **comunica o no a la empresa**. En España, a diferencia con otros países, la normativa no obliga a la trabajadora a comunicar su situación de embarazo a la empresa, al considerarlo parte de la privacidad de la persona.

Independientemente del conocimiento o no de la situación de embarazo, el deber de protección del empresario incluye la protección de los trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles, por lo que las evaluaciones de riesgos deberán tener en cuenta todos los riesgos que puedan afectar a la mujer embarazada y a su descendencia, su eliminación o minimización y la información sobre los mismos y sobre las medidas de protección o de prevención aplicables.

17





2. Solicitar lo antes posible al **Servicio de Prevención con el que la empresa tenga contratada la prevención de riesgos, la evaluación de su puesto de trabajo** desde el punto de vista de sus características personales, (**aunque ya esté realizada de** antemano la evaluación inicial). **Dicha evaluación deberá de tener cuenta los factores de riesgo específicos y el carácter diferencial para las situaciones de** embarazo, parto reciente y lactancia natural y deberá ser lo más exhaustiva posible, **con el fin de, tal como marcan las directrices del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT):** *“contribuir a hacer efectiva una maternidad segura y saludable en el trabajo”.*

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), pone a disposición de los diferentes agentes implicados en la actividad preventiva, una lista de recomendaciones para la identificación y evaluación de los riesgos y para la puesta en marcha de las correspondientes medidas preventivas, listado que, tal como contemplan las propias directrices, no es exhaustivo.

3. Una vez realizada la evaluación, en el supuesto de que se detecten riesgos que afecten al embarazo o lactancia, se deberá proceder de inmediato a **eliminar dichos riesgos** y si esto no fuera posible, se seguirá el procedimiento mencionado en el punto anterior (adaptación, cambio de puesto, etc.)
4. En el supuesto de que existan riesgos y la empresa no cumpla con su responsabilidad de adoptar las medidas preventivas requeridas, se deberá acudir **al médico de familia**, exponerle la situación y solicitar una **baja por enfermedad común**. Se deberá además presentar denuncia ante la Inspección de Trabajo.
5. En el supuesto de que existan riesgos y no sea posible ni la adaptación ni el cambio de puesto, se debe pasar a la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo (consideración similar a la IT por contingencia laboral). En este caso puede que la Mutua de Accidentes Laborales y Enfermedades Profesionales no reconozcan una situación de riesgo para el embarazo o la lactancia natural, por lo que se deberá también acudir al médico **de familia**, exponerle la situación y solicitar una **baja por enfermedad común mientras se resuelve la situación, al tiempo que se presentará una reclamación en la Mutua**, dejando constancia del desacuerdo y pidiendo expresamente que se reconsidere la situación de riesgo durante el embarazo y se gestione como contingencia profesional. Si persiste la negativa de la Mutua, el paso siguiente es la reclamación ante el INSS.
6. En los casos en que la trabajadora entienda que la adaptación o cambio de puesto realizado por el empresario no se ajusta a las necesidades de protección de la seguridad y salud de su hijo o ella misma, solo le queda, a la vista de otros informes médicos que pudieran concurrir, **el recurso por la vía judicial**, a través del **procedimiento de tutela de derechos fundamentales**, pues el de-

recho a la salud laboral tiene una evidente relación con el derecho a la vida y a la integridad física.

Llegar a la vía judicial supone, que las medidas preventivas han fallado

6. La jurisprudencia en el ámbito comunitario

Antes de pasar a comentar algunas de las sentencias que se han dictado en nuestro país, es necesario incidir en la influencia decisiva que en el ámbito comunitario ha tenido la Directiva 92/85/CEE, respecto a la no discriminación de la mujer por razón de sexo y sobre todo, en lo referente a la protección de la maternidad y la lactancia en los diferentes países de la UE, al: *"instar a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos"*.

Como no podía ser de otra manera, dicha Directiva ha servido como fundamento jurídico en numerosas sentencias del **Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, (TJCE)** y por tanto, en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

Las abundantes sentencias del TJCE en relación con dicha normativa, han sido objeto de alabanza en muchos casos por realizar una interpretación expansiva de la tutela protectora del embarazo y la lactancia y muy criticada en otros, por su falta de claridad o por ser contradictorios y suponer un retroceso en el ámbito de dicha protección.

Lo que sí es cierto, es que, pese a las luces y sombras de las diferentes resoluciones judiciales, tanto en el ámbito comunitario como en nuestro país, estos pronunciamientos han servido como base para la reflexión sobre la jurisprudencia comunitaria en lo referente a la tutela frente al despido por razón de maternidad, sobre la protección de la seguridad y la salud de la madre y el hijo en periodo de embarazo y lactancia y sobre la legislación española respecto a la transposición de la Directiva.

A continuación, mencionamos algunas de las sentencias dictadas por el TJCE al considerar que sus resoluciones han contribuido a propiciar avances en lo referente a los derechos de las mujeres trabajadoras a lo largo de la historia, rompiendo con el trato discriminatorio existente y profundizando en los aspectos relacionados con la protección del embarazo y la lactancia desde una perspectiva más amplia.

19





Igualdad de trato y no discriminación

- **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de febrero de 2005.**

Incumplimiento de Estado – Artículos 249 CE y 307 CE- Artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE – Igualdad de trato entre hombres y mujeres – Prohibición del empleo de mujeres para trabajos subterráneos en el sector minero, así como para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo.

En su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), así como en virtud de los artículos 10 CE y 249 CE, al haber mantenido, infringiendo lo dispuesto en dicha Directiva.

Basándose en la Directiva 76/207, el TJCE resuelve que: *“la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.*

Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que: se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato...; [...]»

Se añade también en la Directiva, lo relativo a la protección del embarazo y la lactancia:

El artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

- **TJCE, sentencia del 15 de mayo de 1986, Johnston 222/84, apartado 37 y 44,** asunto en el que se plantea la actividad de la agente policial, en Irlanda del Norte en un momento en el que se producen frecuentes atentados internos. La trabajadora había sido miembro de la «RUC Full-time Reserve» desde 1974 hasta 1980. Había cumplido eficazmente las funciones generales de policía uniformada tales como los de servicios de guardia en el puesto de policía, participación en patrullas móviles, conducción del vehículo de la patrulla y cacheo de

personas conducidas al puesto de policía. En 1980, el Chief Constable se negó a prorrogar su contrato en razón de su nueva Política en relación con las mujeres miembros de la «RUC Full-time Reserve», anteriormente descrita.

Lo importante de esta sentencia respecto al tema que nos ocupa, se encuentra en el último párrafo en el que insta a recurrir al TJ de la Comunidad Europea, cuando un país u organismo público incumple la normativa europea.

FALLO:

El TJCE, da la razón a la trabajadora amparándose en la Directiva 76/207/CEE y considera el hecho como una discriminación en el ámbito de las condiciones de acceso al empleo y al del acceso a la formación.

Añade también que: *el Chief Constable es una autoridad pública y como tal, no puede sacar ventajas del hecho de que el Estado del que depende no aplique el Derecho comunitario, por lo que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación entre hombres y mujeres debe disponer de un recurso jurisdiccional efectivo, dicha disposición es suficientemente precisa e incondicional para ser susceptible de invocarse contra un Estado miembro que no garantice la plena aplicación de la misma en su ordenamiento jurídico interno*

- **STJ de 8 de noviembre de 1990, as. C-177/88, caso Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus. Directiva 76/207 CEE.** Negativa a contratar a una mujer embarazada. El Tribunal estimo, que existe discriminación directa ante la negativa del empresario de celebrar un contrato de trabajo con una candidata, al conocer su estado de embarazo y a la que había considerado apta para realizar una actividad determinada, por ende, es una conducta violatoria de la Directiva 76/207 y de discriminación.

Protección del embarazo y lactancia- prestaciones

- **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de julio de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Helsingin käräjäoikeus (Finlandia)).**

Azafata que ha desarrollado la actividad propia de jefe de cabina, es trasladada obligatoriamente a otro puesto de inferior categoría a causa de su embarazo y riesgo para su seguridad y su salud y la de su hijo. Remuneración inferior a la remuneración media percibida antes de ese traslado. Remuneración anterior compuesta de un salario base y diversos complementos.

21





Base jurídica: protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, interpretación del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

FALLO: El artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al artículo 5, apartado 2, de esa Directiva 92/85 haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, dicha trabajadora tiene derecho en virtud del citado artículo 11, punto 1, a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

- **La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Luxemburgo (11). El Tribunal sostuvo que las prestaciones por parto y maternidad son una “ventaja social”, en los términos del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1612/68, y que todo requisito de residencia constituía una discriminación indirecta contra los trabajadores emigrantes, que tendrían menos probabilidades de cumplirlo que los nacionales. Más aún, se considera que la prestación por maternidad es una prestación de seguridad social conforme al Reglamento 1408/71, cuyo artículo 18 establece que si el derecho a una prestación se hace depender del cumplimiento de períodos de aseguramiento, trabajo o residencia, los Estados miembros deben tener en cuenta los períodos de este tipo transcurridos en otro Estado miembro. De los datos facilitados por los Estados miembros no queda claro si la concesión de la prestación por maternidad se ajusta plenamente a los principios de los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 por lo que se refiere a las trabajadoras emigrantes embarazadas o que han dado recientemente a luz. Se pide a los Estados miembros más información sobre cómo se está aplicando dicho Reglamento.**

Esta sentencia, referida a las mujeres inmigrantes, resuelve el problema que se planteaba respecto al periodo de cotización mínimo exigible, precepto que cada país regulaba de distinta manera. Actualmente no se requiere periodo de cotización para tener derecho a la prestación por riesgo por embarazo y lactancia.

- **TJCE, sentencia del 1 de julio de 2010 (Sala Tercera)**

Trabajadora con permiso de maternidad. Derecho al pago de un complemento salarial por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo».

Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio de la trabajadora contra el Bundesminister für Wissenschaft und Forschung (Ministerio Federal de Ciencia e Investigación) sobre la denegación por éste del mantenimiento del complemento salarial por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante los períodos en los que dicha señora se le prohibía legalmente trabajar, a causa de su embarazo y posteriormente de su permiso de maternidad.

El TJCE, se basa como marco jurídico en la Directiva 92/85 en los apartados 9, 16, 18, que recogen:

La protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Considerando que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada.

La noción de prestación adecuada en caso de permiso por maternidad debe contemplarse como un elemento técnico de referencia con vistas a fijar el nivel de protección mínimo y no debería en caso alguna ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad.

23





7. Jurisprudencia en España referida a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia

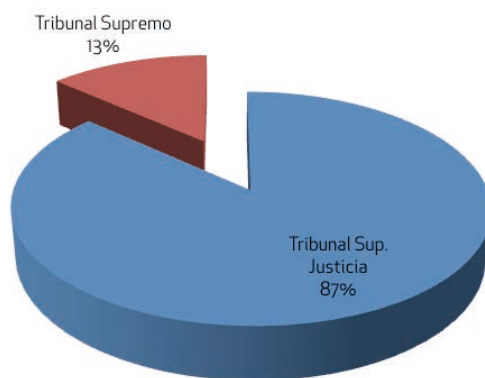
Para la realización de esta guía, se han utilizado y revisado un muestreo de 200 sentencias relacionadas con la prestación de riesgo por embarazo y lactancias en las diferentes Comunidades Autónomas y en los diferentes Tribunales de Justicia (Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia) de las cuales analizaremos las más relevantes. El hecho de que lleguen tan pocas sentencias a estos tribunales, puede indicar o que se resuelven en primera instancia, o que no se recurren en instancias superiores, o que no se denuncian estas situaciones en los juzgados.

Sin embargo, para la realización de los gráficos que se muestran a continuación, hemos seleccionado solo 165 sentencias, por ser estas las dictadas en los últimos años (2011 a 2014) y estar más ajustadas a la normativa actual.

A continuación, se exponen algunos datos extraídos del muestreo realizado de las sentencias de los últimos cuatro años, que consideramos pueden ser de interés.

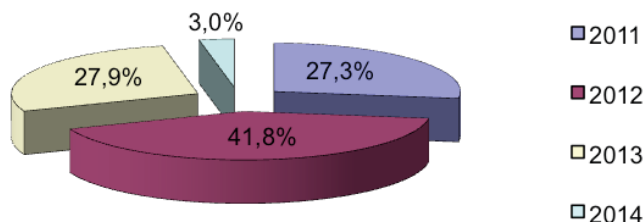
La mayoría de las reclamaciones finalizan en los TSJ sin llegar al Tribunal Supremo, unas veces porque queda resuelto el conflicto y otras porque las trabajadoras desisten de continuar en la vía judicial.

Gráfico 1. Sentencias en tribunales



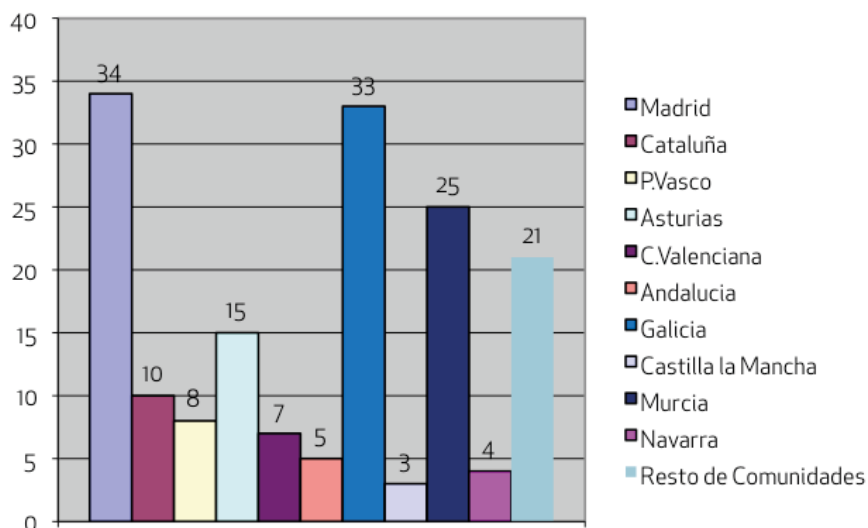
De las 165 sentencias analizadas casi el 42 por ciento son del año 2012, le siguen a partes iguales con algo más del 27 por ciento los años 2013 y 2011. Solamente un 3 por ciento, (5 sentencias) corresponden al año 2014.

Gráfico 2. Año de la sentencia



Las Comunidades Autónomas con más sentencias analizadas son Madrid y Galicia con un 20,6 y con un 20 por ciento respectivamente y Murcia con el 15,2 por ciento. Con porcentajes similares están Asturias, Cataluña, Comunidad Valenciana y País Vasco que van desde el 9,1 por ciento al 4,2 por ciento.

Gráfico 3. Comunidades Autónomas



Como puede verse en el gráfico, son más los casos de riesgo por lactancia que llegan a los Tribunales que por embarazo, en concreto un 26,7 frente a un 73,3 por ciento.

Teniendo en cuenta estos datos, las argumentaciones jurídicas de las propias sentencias y los numerosos casos por denegación del reconocimiento de riesgo



por parte de las MATEPSS y del INSS, parece, que en nuestro país los empresarios son más sensibles con la protección del embarazo que con la lactancia a la hora de tomar medidas. Por otra parte, son también más los casos desestimados por riesgo en la lactancia por las MATESS y el INSS, que en las situaciones de riesgo en el embarazo.

Gráfico 4. Sentencias de Riesgos por embarazos y lactancia

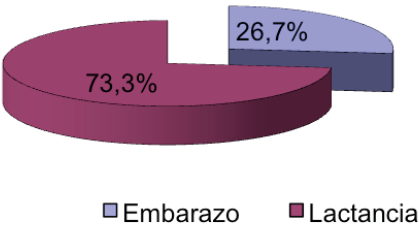


Tabla 1. Sentencias de Embarazo

	Frecuencia	Porcentaje
Estimadas	25	56,8
Desestimadas	19	43,2
Total	44	100

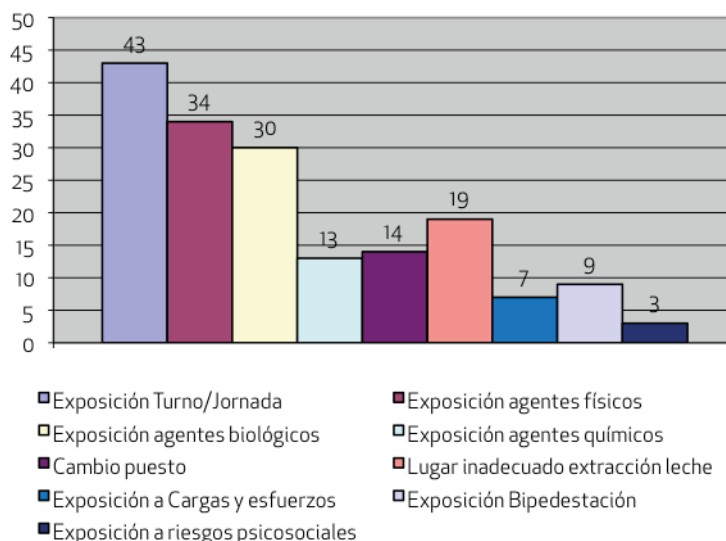
Tabla 2. Sentencias de Lactancia

	Frecuencia	Porcentaje
Estimadas	53	43,8
Desestimadas	68	56,2
Total	121	100

Las causas fundamentales que inician los procesos por las que las mujeres denuncian en los juzgados situaciones que perjudican su embarazo o lactancia natural son las siguientes: Los turnos y las jornadas de trabajo con 43 casos, seguido de la exposición a agentes físicos y biológicos con 34 y 30 casos respectivamente. Seguidamente están, el no tener un lugar adecuado para la extracción de la leche, el cambio de puesto a otro sin riesgo y la exposición a agentes químicos con 19,14 y 13 casos respectivamente. El resto de causas como la bipedestación, la exposición a cargas y esfuerzos y la exposición a riesgos psicosociales representan 9, 7 y 3 casos respectivamente. Hay que tener en cuenta que en una misma denuncia puede ser varias causas las denunciadas.

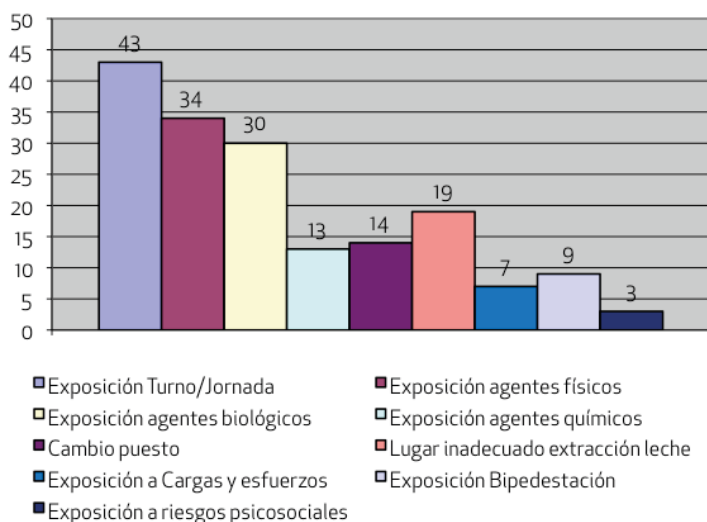


Gráfico 5. Causas que inician el proceso



En lo referente a las profesiones con mayor número de demandas, destaca el personal sanitario con más de la mitad de los casos analizados, concretamente con el 58,2 por ciento, y el personal de líneas aéreas, con casi el 10 por ciento. El resto de profesiones como operarias, cuidadoras y educadoras están representadas con el 4,8 el 3,6 y el 3 por ciento respectivamente.

Gráfico 6. Profesiones que más recurren la prestación de riesgo por embarazo/lactancia



27





8. Sentencias comentadas – luces y sombras

Hemos considerado oportuno resumir y comentar algunas sentencias dictadas en nuestro país que bien, por ser pioneras en lo referente a los derechos y prestaciones en las situaciones de embarazo y lactancia, por tratarse de cuestiones que se repiten con mayor frecuencia o por las contradicciones existentes entre sí, pueden aportar luz sobre el tema.

También nos hemos extendido más en unas sentencias que en otras por considerar importante la casuística y/o la argumentación jurídica que en ellas se hace.

*En lo que se refiere a las sentencias, se ha resumido el contenido extrayendo párrafos completos y respetando en todo momento el texto de las mismas.

Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 62/2007, de 27 de marzo

Esta sentencia, referida a una situación de riesgo en el embarazo, es una de las pioneras en nuestro país, respecto al reconocimiento de la tutela de los derechos fundamentales.

Datos a destacar:

Los daños al embarazo pueden proceder tanto por acción como por omisión. La no actuación de la empresa vulnera los derechos fundamentales.

No es preciso que la lesión a la integridad física se haya consumado para adoptar medidas de prevención del riesgo.

Para salvaguardar el derecho a la intimidad, no es obligatorio comunicar el embarazo a la empresa.

Resumen de la sentencia:

Se trata de una funcionaria que denuncia a la Administración por vulnerar su derecho a la vida y a la integridad física, así como el derecho del hijo que esperaba al asignarle funciones contraindicadas para su estado de embarazo.

El fallo da la razón a la funcionaria demandante, al considerar *que se ha vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 de la Directiva de la CE), así como el mismo derecho del hijo que esperaba, al no actuar la Administración*

cuando tuvo conocimiento del embarazo.

La sentencia recoge además:

Que los daños al embarazo pueden proceder tanto de acciones como de omisiones. En cuyo caso *“tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE, cuando tuviera lugar un riesgo constatado de producción cierta o potencial, pero justificado en el caso”.*

Para que exista vulneración del art. 15 de la Directiva, no es preciso que la lesión a la integridad física se haya consumado, lo que convertiría la tutela judicial en una protección ineficaz posterior, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

Según se recoge en la sentencia, aunque la funcionaria no había comunicado previamente su embarazo, sí existían indicios de que era conocido por la Administración empleadora, y añade que *“la normativa española para salvaguardar el derecho a la intimidad no exige comunicación expresa de la trabajadora”.*

A pesar de ello, la Administración debió adoptar las medidas pertinentes desde el día en que conoció el embarazo, ya que el mantenimiento del cambio de funciones pese a existir un peligro para la integridad representa una vulneración directa del art. 15 CE, aunque no conste la existencia de lesión física o de cualquier otra índole. Entiende, que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos, reflejado en la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo.

La inactividad administrativa a partir del conocimiento del embarazo, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales, vulnerando directamente el art. 15 de la Directiva europea.

*Respecto a las **contradicciones** en los fallos judiciales, podemos encontrar otras sentencias cuya interpretación es totalmente contraria a las que acabamos de comentar, como por ejemplo la sentencia del **Tribunal Superior de Justicia social Burgos, 529 de 2014**, dictada en el mismo año que la anterior, y que sin embargo **desestima** el recurso de la embarazada por despido, al entenderse *“que cuando fue despedida el empresario no podía saber su estado de gestación”*, esta sentencia no solo se contradice con la normativa existente en España, sino también con la propia argumentación detallada que en la misma se hace, al razonar de forma coherente el derecho a la intimidad de la persona a no informar al empresario, pero a pesar de reflejarse dicho derecho en la sentencia, esta se desestima.

29





Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2004, de 4 de octubre de 2004. Recurso de amparo 4295-2001.

Datos a destacar:

- Establece la obligación del empresario de adoptar las medidas de prevención y protección del embarazo, estableciendo la jerarquía de estas medidas (evaluación, cambio de puesto y baja retribuida por riesgo en el embarazo).
- Aborda con profundidad la discriminación laboral de la mujer, no sólo por la cuestión del sexo, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo.

Resumen de la sentencia:

Esta sentencia aborda el despido temporal de una piloto de líneas aéreas, al considerar la empresa que en su situación de embarazo "no es apta" para pilotar un avión. La empresa la rescinde el contrato durante el periodo que dura el embarazo sin ningún tipo de remuneración ni derechos.

La sentencia da la razón a la trabajadora al entender que:

La empresa no había realizado la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo exentos de riesgo y que debería haberle ofrecido un puesto de trabajo en tierra, tal como recoge textualmente, *"Así las cosas, puesto que la falta de aptitud para el vuelo de la demandante era consecuencia del embarazo, y consciente la empresa de su obligación de efectuar una evaluación de riesgos que podría conducir al desarrollo de tareas en tierra, dado que el título de la trabajadora lo permitía. Pero en este sentido ha de indicarse no sólo que la evaluación de riesgos, que hubiera podido conducir al desempeño de otras tareas, es obligación de la empresa, sino también que no resultaba fácil para la demandante la solicitud de otro trabajo, cuando expresamente se le había dicho que no existía vacante"*.

*Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultara posible, y no se pudieran evitar los riesgos o existiese un potencial riesgo, por **mínimo que este sea**, se prevé, en segundo lugar, que la trabajadora desempeñe un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, **para lo que previamente el empresario ha debido identificar los puestos de trabajo exentos de riesgos en la empresa.***

El cambio de puesto de trabajo o función, se llevará a cabo aplicando las reglas y criterios marcados en los supuestos de movilidad funcional (art. 39 ET) y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto de trabajo anterior.

En cuanto a la inexistencia de tal vacante, la empresa, en las alegaciones que formula ante este Tribunal señala que se podrá cuestionar “si la afirmación contenida en la comunicación entregada a la trabajadora, según la cual no existían vacantes en otros puestos que pudieran ser desempeñados por la recurrente, resultaba ser cierta, pero ello afectaría exclusivamente a la legalidad, sin implicar una vulneración del derecho constitucional invocado por la recurrente”.

La sentencia recoge también, que la única justificación del despido temporal, se entiende exclusivamente como un acto de discriminación por su situación de embarazo y añade: *“se ha de tener presente que la conducta discriminatoria se cualifica en este caso por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en ella de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)”.*

“Tal tipo de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Como hemos tenido la ocasión de afirmar anteriormente, “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado” (STC 17/2003, de 30 de enero)”.

“Estando en juego la parificación que reclama el art. 14 CE, la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional”.

31





“Y como ya hemos visto, los hechos probados, que hemos de respetar el art. 44.1 b) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) conducen a la conclusión de que hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, pese a la negación que de ello se hacía en la carta por la que se suspendía el contrato.”

“La decisión empresarial de suspender el contrato de trabajo, carente, así, de justificación razonable, resultó ser discriminatoria por razón del sexo para la recurrente, con vulneración del art. 14 CE.”

Sentencia y recurso sobre el mismo caso número 510/2012, de 27 de Septiembre y sentencia del T.S.J. Asturias 86/2013, de 18 de enero y

Datos a destacar:

- Se alude en la sentencia a la falta de pruebas respecto a la existencia de riesgos específicos para el embarazo.
- No se han aportado pruebas por parte de la empresa de la existencia o no de riesgos específicos y las fichas de evaluación referidas a los riesgos comunes son insuficientes.
- La empresa no aporta pruebas de que no existan otros puestos compatibles con el estado de embarazo de la trabajadora.
- Entiende, que debería haber sido la trabajadora quien debería haber exigido a la empresa que aportara las pruebas sobre la existencia o no de riesgo y la imposibilidad de otro puesto alternativo.

Resumen de la sentencia:

Se trata de una Ingeniera técnico auxiliar de la minería, que solicita la suspensión de contrato de trabajo por riesgo de embarazo ante la imposibilidad de adaptación de puesto y falta de un puesto de trabajo adecuado al estado de gestación en el que se encuentra. Esta prestación es denegada por el INSS.

La trabajadora recurre a los tribunales contra el INSS, dictándose la **sentencia número 510/2012, de 27 de Septiembre** en la cual se **desestima la demanda de la trabajadora** al entender:

*“Que no se aprecia carga física u otros riesgos específicos, para llevar a cabo la suspensión del contrato de trabajo. **No se ha aportado prueba de los riesgos específicos** para la situación gestante por quien debe soportar la carga de la prueba (la empresa). Insuficiencia de las fichas de evaluación de riesgos comunes en el exterior de la mina. Falta de aportación de declaración de inexistencia de puestos compatibles con el estado de gestación.”*

Antecedentes de hecho

La trabajadora, viene prestando servicios como ingeniero técnico auxiliar en el **interior de la mina**, en el momento de solicitar la prestación de riesgo durante el embarazo, en dicha solicitud, adjunta:

1. Certificado médico del SESPA relativo a la fecha prevista del parto.
2. Acompañaba también, certificación empresarial sobre la situación de riesgo y sobre la inexistencia de otro puesto de trabajo (PT) compatible con su estado de gestación, e informa que: “analizadas las condiciones de su puesto de trabajo, consideramos que no existe la posibilidad de adaptación del puesto y/o del tiempo de exposición, en relación con su estado de gestación y evidenciamos la existencia de unas condiciones de trabajo susceptibles de producir daño a la trabajadora o al feto. Asimismo, teniendo presentes las posibilidades que la movilidad funcional de la trabajadora permite, en virtud de su cualificación, han sido valorados los puestos de trabajo en el interior de la mina (vigilancia, trasladarse al lugar de trabajo) e incluso en el exterior de la mina (actividades comunes de exterior) susceptibles de ser ocupados por ella. Las condiciones de estos puestos figuran en las Fichas de Análisis de Puestos de Trabajo que se adjuntan. Las condiciones de riesgo de estos puestos son inviables. Por lo tanto no existe ningún puesto de trabajo que permita garantizar la protección de la embarazada y el feto”.
3. Aporta informe del Servicio de Prevención en el que se contempla como riesgos específicos de su PT carga física, agentes químicos y ambientes pulvígenos y las fichas de evaluación de riesgos laborales genéricas para: Proceso actividades comunes - tarea vigilancia. Proceso actividades comunes - tareas trasladarse al lugar de trabajo. Proceso exterior - tareas actividades comunes de exterior.

Por su parte, el facultativo adscrito a los servicios médicos del INSS dictamina que:

- Los trabajos de minería subterránea, pueden influir negativamente en la sa-



lud de la embarazada o en la del feto, constituyendo por lo tanto, un riesgo específico para el desarrollo del embarazo (Directiva 92/85/CEE).

- En este caso concreto, la embarazada realiza actividad de ingeniero técnico y consideramos que todas aquellas tareas que se realicen en el exterior de la mina, y que vienen recogidas en la ficha técnica que se adjunta. Sí podría realizarlas, puesto que no se trata de un trabajo de carga física ni sometido a riesgos a los que no deba protegerse a todos los trabajadores independientemente de su estado de gestación.

Por tanto consideramos que NO existe riesgo para el embarazo debido tanto a su cualificación como a los puestos que la empresa dice que puede desempeñar de forma alternativa al suyo habitual”.

La sentencia **da la razón a la Mutua**, por lo que la trabajadora interpone Recurso de Suplicación, dando lugar a la sentencia **T.S.J. Asturias 86/2013, de 18 de enero**, cuyos fundamentos de derecho son los siguientes:

Primero - *Frente a la anterior Sentencia, desestimatoria de las pretensiones de la trabajadora, ésta interpone recurso de suplicación que fundamenta en un único motivo contemplado en el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, denunciando la vulneración de los artículos 134 y siguientes de Ley General de la Seguridad Social y 26.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*

Nos encontramos ante el caso de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo recogido en el apartado 5 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, que tutela aquella situación como supuesto autónomo dotado de regulación propia y generador de una nueva prestación que tiene su razón de ser en la imposibilidad técnica ó en la inexigibilidad del traslado del puesto de trabajo de la operaria gestante cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, ó si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En éstos supuestos por disposición expresa de los ya citados artículos 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores, la operaria pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista tal riesgo; teniendo naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

34



Segundo -Las afirmaciones que con indudable valor de hecho probado se plasman en su fundamentación jurídica anterior, llevan a la Magistrada de instancia a rechazar la pretensión demandada basándose en la falta de prueba de la inexistencia en el centro de trabajo de puesto compatible en el exterior (la demandante es ingeniero técnico auxiliar de minas de interior), al no constar los riesgos específicos de los puestos de exterior en relación con su embarazo y funciones propias de su categoría profesional.

Las alegaciones jurídicas presentadas al recurso anterior, no puede merecer favorable acogida pues es correcta la interpretación y aplicación que en la anterior sentencia se hace de la doctrina en la materia. Se dice en ésta última, si bien referida a la situación de riesgo durante la lactancia natural, que “Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo **a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante**; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la **entidad gestora tampoco tendría que soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas**”.

Por su parte la antes citada Sentencia del mismo Alto Tribunal de 22 de Noviembre de 2011 expresa que “...para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, **han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva**, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados”.

En el caso enjuiciado y tal como razona la Magistrada, no se ha articulado prueba, por quien venía obligado a soportar la carga de la misma (empresa), demostrativa de qué riesgos específicos para la situación de embarazo concurren en los puestos de trabajo localizados en el exterior de la mina a los que podría ser adscrita la recurrente en función de la movilidad funcional y de su cualificación profesional, de ahí que no resulte acreditada la inexistencia de puesto compatible con su estado de gestación. Son por tanto insuficientes a los efectos analizados las fichas de evaluación de riesgos comunes a tales puestos de exterior facilitadas por la empresa, pues éstos afectan no sólo a la mujer embarazada sino a cualquier operario que desempeñe los mismos, y si bien es cierto que un defectuoso

35





cumplimiento de las obligaciones de su empleadora en este punto concreto no debería generar perjuicio para la trabajadora, no lo es menos que ésta tenía que haber desplegado algún tipo de actividad para que aquélla tuviera ocasión a expresar debida y motivadamente la imposibilidad de resituirla en un puesto compatible con su estado, ya que el artículo 39.4 b) del Real Decreto 295/2009 de 6 de Marzo, al regular el procedimiento para el reconocimiento del derecho objeto de controversia, exige que sea la trabajadora la que acompañe a su solicitud de prestación declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con su estado ó cuando éstos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, lo que aquí, como ya se ha razonado, no se ha hecho.

Consecuentemente con lo razonado y no habiéndose acreditado fehacientemente la concurrencia de los requisitos a los que se condiciona el reconocimiento del derecho reclamado, la infracción normativa denunciada en el recurso debe de ser rechazada, manteniéndose el pronunciamiento de instancia. Por cuanto antecede;

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Dña.... en materia de prestaciones por riesgo durante el embarazo y dando la razón al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El fallo de las dos sentencias anteriores, ambas referidas al mismo caso, se ajusta textualmente a lo contemplado en la normativa, respecto a quien corresponde en litigio soportar los gastos derivados de la ausencia de la trabajadora en periodo de embarazo.

Sin embargo, resultan como poco sorprendentes algunas de las argumentaciones jurídicas que se utilizan para la desestimación, al referir que: "debería haber sido la trabajadora quien debería haber exigido a la empresa que aportara las pruebas sobre la existencia o no de riesgo y la imposibilidad de otro puesto alternativo". En ninguna normativa se recoge que debe ser la trabajadora la que exija a la empresa que aporte las pruebas probatorias de la existencia de riesgos, sino por el contrario, toda la normativa referida al respecto, es a la empresa a quien obliga, que con los medios de que dispone, deberá tener realizada de antemano la evaluación específica de los puestos y haber determinado cuales son los que están exentos de riesgos para las situaciones de trabajadoras en periodo de embarazo o lactancia.

Es también el empresario quien dispone sobre la organización y quien determina si puede o quiere eliminar los riesgos u ofertar a la trabajadora un puesto alternativo.

A nuestro entender, la observación que se recoge en la sentencia, sobre que debería la trabajadora haber exigido a la empresa la aportación de pruebas, no se ajusta a derecho y es una observación; es el empresario quien debe conocer cuáles son sus obligaciones y de incumplirlas estará incurriendo en un delito.

Por otra parte, se desestima el recurso de la trabajadora argumentando como motivo, la falta de pruebas de la existencia de riesgos específicos, al aportar una evaluación genérica del exterior de la mina.

Entendiendo que el fallo de la sentencia puede ser justo en lo referente a las pretensiones del INSS, lo que sí está claro es que sitúa a la trabajadora en la más absoluta indefensión ante el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones legales de protección de la maternidad.

Por otra parte, supone un retroceso respecto a sentencias anteriores como la del **Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 de marzo**, donde se fundamentaba que: *“los daños al embarazo pueden proceder tanto de acción como de omisión. La no actuación de la empresa vulnera los derechos fundamentales”*.

Se contradice también con otras sentencias similares, como:

Sentencia del **Tribunal Constitucional 161/2004, de 4 de octubre de 2004** en la cual, la situación era similar y la empresa tampoco había realizado la evaluación específica ni propuesto un puesto alternativo exento de riesgos, y sin embargo, el fallo de la sentencia le da la razón a la trabajadora respecto a su derecho al cobro de las prestaciones.

TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1846/2013 de 12 marzo. Ante un caso similar de inactividad de la empresa para el cumplimiento de las medidas previstas en el **artículo 26** de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales **sobre la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Se dictamina que es procedente la** prestación económica, alegando que ante la inactividad de la empresa: *“no puede derivarse un perjuicio para la trabajadora, a quien debe reconocérsele el derecho a la protección en su situación de riesgo durante la lactancia natural con los efectos legales inherentes a dicha situación de suspensión del contrato de trabajo y el derecho a percibir el subsidio por riesgo durante la lactancia natural”*.

Si bien es cierto, que la evaluación de riesgos realizada en el exterior de la mina no era una evaluación específica de riesgo durante el embarazo, tanto el informe emitido por el Servicio de Prevención en base a la evaluación general, como a la conclusión a que llega la empresa es que: “de las tareas, incluso en el exterior de la mina (actividades comunes de exterior) susceptibles de ser ocupados por ella, las condiciones de riesgo de estos puestos son inviables. Por lo tanto no existe

37



ningún puesto de trabajo que permita garantizar la protección de la embarazada y el feto". Se omite este dato y se omiten también las directrices sobre la evaluación del riesgo laboral de la mujer embarazada, que haya dado a luz recientemente o en periodo de lactancia del INSHT, donde se recoge en el anexo VIII, como riesgo constatado para el embarazo: **el trabajo de minería subterráneo**.

Sorprende también, que con anterioridad a la fecha de esta sentencia ya estaba en vigor la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social (LJS) donde se refleja con claridad que "deberá ser el empresario quien aporte la carga probatoria, es decir, quien deberá aportar las pruebas que demuestren que no existen riesgos para la trabajadora en su puesto de trabajo". A nuestro entender, el incumplimiento por parte del empresario, no debería suponer en ningún momento perjuicio para la trabajadora debiendo prevalecer la protección de la mujer embarazada y no, como en este caso, culpabilizarla de un delito de incumplimiento que ha cometido la empresa.*

En las directrices sobre la evaluación del riesgo del INSHT, el **trabajo a turnos y nocturno**, se contempla como un factor de riesgo para el embarazo y la lactancia. Sin embargo, estamos ante otra de las cuestiones que suscitan controversia en cuanto a la consideración del riesgo, tal y como podemos observar en las numerosas sentencias referidas a esta situación, entre las que se encuentran:

Madrid TSJ Sala de lo Social, sentencia núm. 147/2012 de 29 febrero

Esta sentencia aborda la cuestión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural de una Auxiliar Técnico Sanitario – Diplomado Universitario en Enfermería (ATS-DUE), del servicio de urgencias de un centro hospitalario, realizando el trabajo en turnos de 24 horas.

El tribunal entiende que la realización del trabajo a turnos y nocturno, supone riesgos para la madre y el niño. Fallando **a favor** de la trabajadora respecto a su derecho *a pasar a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia y a percibir la prestación correspondiente*.

TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3457/2013 de 9 julio. Enfermera en el servicio de traumatología del Complejo Hospitalario Universitario A Coruña(CHUC) con turnos rotatorios. Prestación por riesgo durante la lactancia natural. **Procede.**

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 10 diciembre 2013. Unificación de doctrina.

ATS a bordo de ambulancia medicalizada (UVI móvil) en turnos de 24 horas seguidas. Tras solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia y denegación,



pasa a excedencia voluntaria. La sentencia impugnada fue **estimatoria**, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 30 octubre 2012, en el recurso 2351/2012 al considerar el trabajo a turnos y nocturno, como riesgo durante la lactancia.

Por el contrario, podemos encontrar sentencias, similares dictadas en el mismo año, donde se estima que el horario a turnos y nocturno no conlleva riesgos para el embarazo y la lactancia, como por ejemplo:

Asturias TSJ (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 224/2012 de 27 enero. Prestación por riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora del departamento de acero líquido, en turnos de mañana, tarde y noche. **Denegación:** *"no se acredita que el puesto de trabajo conlleve un riesgo para la lactancia natural"*.

Baleares TSJ (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 47/2012 de 13 febrero. Prestación por riesgo durante la lactancia natural de médico de urgencias del 061, con turnos rotatorios de guardias de 24 horas. **Denegación:** *"falta de acreditación del riesgo específico"*.

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), auto de 3 julio 2013. Prestación por riesgo durante la lactancia. Enfermera que trabaja en unidad móvil de emergencias extrahospitalarias en turnos de veinticuatro horas seguidas. **"No se reconoce** por no estar acreditado el riesgo específico".

En las situaciones de lactancia natural, la posibilidad de disponer de una **sala para la extracción de la leche materna y un lugar adecuado para su conservación**, es un condicionante a tener en cuenta a la hora de conceder la prestación o que la trabajadora continúe en su puesto de trabajo. Entre las sentencias referidas a esta situación, al igual que en los anteriores casos, encontramos diferentes valoraciones dependiendo del tribunal:

TSJ de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1014/2013 de 28 octubre: Prestación por riesgo durante la lactancia natural de una educadora social en Centro Educativo Juvenil de carácter judicial, con turnos de mañana, tarde y fines de semana de 15,30 horas continuadas de periodicidad mensual **y sin lugar habilitado para la extracción de leche. Procede.**

Galicia TSJ Sala de lo Social, sentencia núm. 2591/2012 de 24 abril. Prestación por riesgo durante la lactancia natural de de tripulante de cabina de pasajeros. **Procede:** turnos y horarios de los vuelos que impiden la pauta de las tomas propia de la lactancia natural y existe imposibilidad material de **efectuar la extracción y conservación de la leche** a bordo de las aeronaves, sin que la empresa ofrezca un puesto alternativo exento de riesgo o, un cambio en el sistema de distribución





del tiempo de trabajo y en condiciones de intimidad e higiene a efectos de que las trabajadoras puedan efectuar la extracción y conservación de la leche.

TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 6971/2013 de 25 octubre: Prestación por riesgo durante la lactancia natural. **Desestimación** por falta de acreditación de riesgo específico para la lactancia de conductora de Técnico Transporte Sanitario (TTS) que trabaja a turnos, **sin que exista lugar donde pueda descansar para la extracción y conservación de la leche.**

TSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 2303/2013 de 29 noviembre. Prestación por riesgo durante la lactancia natural de ATS/DUE, destinada en Centro de Salud, con funciones propias de su titulación y de coordinadora de enfermería y **sin lugar habilitado para la extracción y conservación de leche.** **Se deniega** por ausencia de pruebas sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural.

Otra de las situaciones que con frecuencia se repite en jurisprudencia, es la referida a la **estimación del periodo de gestación a partir del cual se considera riesgo para el embarazo.** Recursos en su mayoría presentados por las Mutuas.

Es conveniente recordar, que no existe ninguna normativa que estipule cual es la semana de gestación a partir de la cual se materializa el riesgo y por tanto el derecho a la prestación correspondiente (el listado de las directrices del INSHT hace determinadas recomendaciones no exhaustivas y en la mayoría de los casos diferentes al listado de las Mutuas).

La LPRL contempla: *“cuando debiendo cambiar de puesto de trabajo, por influir éste negativamente en su salud o en la del feto, a otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte posible o no pueda exigirse por motivos justificados”*, también recoge que: *“por mínimo que sea el riesgo, el embarazo y lactancia, son situaciones protegidas, por lo que se deben adoptar una serie de medidas las medidas jerarquizadas, para evitar la mínima exposición al riesgo”*.

Por otra parte, las directrices del INSHT indican que, dependiendo del tipo de riesgo, su incidencia en el embarazo puede producirse en las primeras semanas de gestación o al final. Refiere también que: *“Durante el embarazo, el periodo más crítico, por el desconocimiento de la situación por parte de la trabajadora embarazada, es desde el momento de la fecundación hasta la confirmación del embarazo”* tiempo éste, que al no tener conocimiento, no se han podido adoptar medidas preventivas.

Sin embargo, algunas Mutuas de manera unilateral, sin justificación científica y con fines estrictamente economicistas para eludir el pago de la prestación, establecen un mínimo de semanas de gestación para tener derecho a la prestación.

Esta postura puede verse reflejada en sentencias como:

T.S.J. Asturias, Sentencia 2312/2012 de 7 de septiembre

Referida a situación de riesgo durante el embarazo, estimación del periodo de gestación a partir del cual se considera riesgo para el embarazo. Reclamación a la Mutua sobre prestación de la Seguridad Social.

Resumen:

La trabajadora, oficial de 2.ª maquinista, solicitó a la mutua la prestación por riesgo durante el embarazo encontrándose en la 9.ª semana de gestación. La Mutua se lo deniega por no cumplirse en ese momento lo establecido en el artículo 134 Ley General de la Seguridad Social y se le informa que procederá al reconocimiento **a partir de la semana 18 de gestación.**

Recordar que el Artículo 134.de la LGSS referido a la "situación protegida" dice textualmente: *"A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales"*. No se dice nada respecto al tiempo de la gestación, tan solo se refiere a la obligación de adoptar las medidas que impidan que la trabajadora permanezca expuesta a riesgos contraproducentes para su estado de embarazo.

En la sentencia, quedan probados los siguientes hechos: que la jornada de la trabajadora es a tres turnos (mañanas, tardes, noches) y que la empresa declaró que no había ningún puesto compatible con el estado de la actora que pudiera ser apto y exento de riesgo.

Durante la jornada la trabajadora tiene que permanecer de pie desplazándose a lo largo de la máquina, colocar cargas entre 7 y 15 Kg a una altura superior a 175 cm, transportar materiales y realizar el proceso de alimentación (colocación del eje en la bobina, y posterior desplazamiento de la bobina hasta el punto de desbobinado, en esta operación el empuje realizado supone 13,5 Kg. a 90 cm de altura, las bobinas pesan entre los 500 y los 700 Kg y los ejes porta-bobinas pesan entre 12 y 15 Kg, entre otras tareas que suponen riesgo de lesiones para el feto y la madre.

La trabajadora presenta denuncia contra el INSS, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua, la empresa y el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

41



Alegaciones de la Mutua

Alega al efecto en su recurso, que según el informe pericial practicado en el juicio no cabe hablar en la novena semana de un riesgo físico pues el manejo repetitivo de pesos de más de 10 kgs. sólo supone un riesgo en la semana 18, la bipedestación prolongada de más de 4 horas al día supone riesgo en la semana 22 y el manejo intermitente de cargas de más de 10kg.

Solo supone un riesgo en la semana 20 de gestación y finalmente en lo que respecta al ambiente ruidoso es obligación de la trabajadora utilizar protectores auditivos permanentes y comienza el riesgo en la semana 20.

Añade el recurso que consultada la evaluación de riesgos laborales de la empresa que se aportó por la trabajadora no se especifica ningún riesgo en el puesto que desempeña que pueda perjudicar el estado de embarazo en la semana 9 de gestación por lo que finaliza insistiendo en que no procede el reconocimiento de la prestación solicitada en la demanda.

La cuestión que en el presente recurso se plantea se centra en determinar si la actora tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, por causa de riesgo por embarazo, durante los nueve meses del mismo o desde la semana 18 de gestación a partir de la cual la Mutua ha procedido al abono de la prestación correspondiente.

Consta probado que la actora lleva a cabo su trabajo de maquinista en la empresa demandada.

Al respecto la guía técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en relación con la manipulación manual de cargas del RD 487/97, de 14 de abril, recoge en su apartado 29 las tareas peligrosas para las mujeres embarazadas haciéndose eco de la Directiva 92/85/CE, "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 periodo de lactancia", en la que cita como actividad que puede producir riesgo de lesiones fetales o provocar riesgo de desprendimiento de la placenta la manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos en particular dorsolumbares, indicando que las mujeres que se encuentren en este caso y que manejen cargas habitualmente en su puesto de trabajo como es el caso de la actora deberían preferentemente dejar de manejarlas, realizando durante este tiempo otras actividades más livianas.

Siendo esta la actividad que lleva a cabo la actora. Se está en el caso de confirmar la sentencia de instancia por sus propios fundamentos, debiendo añadirse finalmente que no cabe tomar en consideración el informe pericial en que se basa el recurso pues para ello hubiera sido necesario que en un motivo de error de hecho

42



se hubieran introducido en el relato fáctico de la sentencia los datos que figuran en dicho informe y en este caso en el motivo formulado por la Mutua recurrente se pretende hacer supuesto de la cuestión partiendo de premisas fácticas que no constan en la resolución recurrida, lo que lleva, se insiste, a la desestimación del recurso y a confirmar la sentencia recurrida.

Fallo

*"Que debo **estimar y estimo** la demanda formulada por D.ª ..., declarando el derecho de la demandante a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo durante el periodo de nueve meses, condenado a la mutua demandada al pago de la prestación de forma directa, y de forma subsidiaria al resto de codemandados."*

La mutua, recurre dicha sentencia con un único motivo, en el que por la vía del art.193 c) LRJS se denuncia la infracción de los arts.134 y 135 LGSS por entender que no concurren en el puesto de trabajo de la demandante las circunstancias de riesgo para el embarazo de las que depende el nacimiento de la prestación solicitada. No debiendo percibir la trabajadora la prestación durante el periodo de nueve meses.

El recurso de la Mutua, Sentencia T.S.J. Asturias 2312/2012 de 7 de septiembre, resuelve que:

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

Fallamos

*Que **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º2 de Avilés, dictada en los autos seguidos a instancia de Dña.... contra la MUTUA, INSS, TGSS, LA EMPRESA., SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SESPA), sobre prestaciones por riesgo durante el embarazo, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.*

Valencia TSJ Sala de lo Social, sentencia núm. 1050/2011 de 5 abril.

Prestación por riesgo durante el embarazo de una detective privado. Trabajadora autónoma. **Se deniega** "al no acreditarse la existencia de riesgo específico anterior a la 30 semana de gestación. Entre otras razones, como autónoma puede modalizar su propia actividad".

Aunque nos encontramos con sentencias como esta, en las que se deniega la prestación y se utiliza como argumento jurídico el tiempo de gestación, hay que

43





decir, que la mayoría se basan exclusivamente en la existencia de riesgo específicos, en función de: el puesto de trabajo que ocupa la trabajadora embarazada, de las tareas que realiza, de jornada y de los productos y sustancias que utiliza.

Como ya se ha mencionado, otra de las cuestiones que más se repiten y que mayor controversia generan a nivel jurisdiccional, es el reconocimiento de la repercusión que tienen determinados riesgos en el embarazo y la lactancia. Las discrepancias en los fallos jurídicos se aprecian en la exposición a todo tipo de riesgos, por lo que, a modo de ejemplo y por comparar sentencias lo mas similares posibles, mencionaremos algunas relacionadas con la exposición a riesgos biológicos y a radiaciones.

Murcia TSJ Sala de lo Social, sentencia núm. 597/2011 de 15 noviembre.

Prestación por riesgo durante la lactancia natural de ATS- DUE en la Planta de Pediatría de un Hospital. **Procede:** existencia de peligro grave y cierto para la salud de la madre con guardias de presencia física de 14 horas diurnas y 10 horas nocturnas, con un enfermero por turno, por lo que no es posible realizar pausas autoselectivas, así como porque los pacientes son hospitalizados en ocasiones sin diagnóstico, y se diagnostican a lo largo de su estancia, existiendo riesgos de enfermedades potencialmente infectocontagiosas (VIH, Tuberculosis, Hepatitis B,...). Existe imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo, así como la existencia de puestos exentos de riesgo.

TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4943/2012 de 3 julio.

Prestación por riesgo durante la lactancia natural **de una** auxiliar de enfermería **en planta hospitalaria. Reconocimiento de riesgos y no disponibilidad de puesto alternativo. Se desestima, “la mera posibilidad de un accidente no justifica la exclusión de la lactancia en medio hospitalario, pues el accidente por infección por agente biológico puede excluirse con medidas de seguridad adicionales a las ordinarias, incluidas la modificación en las condiciones del puesto, o el traslado de puesto en los términos legales”.**

Esta sentencia, al contrario de lo que se argumenta en la anterior, no tiene en cuenta el hecho de que los pacientes son hospitalizados en ocasiones sin diagnóstico, y se diagnostican a lo largo de su estancia.

Añadir, como dato aclaratorio, que tanto en las directrices del INSHT, como en guía médica de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, se contempla la exposición a riesgos biológicos en las siguientes actividades: Personal sanitario. Personal de laboratorio. Personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos. Personal dedicado a la agricultura y ganadería. Personal de plantas de tratamiento de residuos.

Sobre la exposición a radiaciones, las directrices del INSHT, indican que: “En el caso de las mujeres embarazadas, debe prestarse especial atención a aquellas actividades en las que pueda haber riesgo de exposición a radiaciones ionizantes e quipos convencionales (rayos x convencional, radiodiagnóstico dental, densitometría ósea, medicina nuclear,...).

Las radiaciones no ionizantes, por tener menor energía que las ionizantes no producen la ionización de los elementos celulares y por ello son menos peligrosas, **aunque no inocuas.**

Respecto a las radiaciones no ionizantes decir, que los estudios realizados hasta ahora no son suficientes para garantizar que no existe riesgo para la salud de la madre, el feto y el lactante.

Por otra parte, su influencia vendrá determinada por factores como, el tiempo de exposición, el tipo de radiación, etc. por ello, la recomendación que hace el INSHT es que, dado que no son inocuas, deberá prevalecer siempre, **el principio de precaución.**

A pesar de ello, nos encontramos con sentencias como las que se mencionan a continuación, en las que se considera que dicha exposición, no supone ningún tipo de riesgo, ni en el embarazo ni en la lactancia natural.

TS (Sala de lo Social, Sección 1a), auto de 15 febrero 2012.

Prestación de riesgo durante la lactancia de técnico especialista en radiología. **Se deniega,** al considerar que “afecta a la lactancia la contaminación procedente de sustancias radioactivas, pero no en general la exposición a las radiaciones ionizantes”.

En la jurisprudencia utilizada, nos encontramos en situaciones similares respecto a otro tipo de riesgos, (sustancias químicas, vibraciones, posturas forzadas, manipulación de cargas, esfuerzo físico, horario de trabajo, pausas, carga mental, calor, frío, etc.) cuyas sentencias se contradicen entre sí en lo referente al reconocimiento del riesgo y discrepan con lo que en las directrices del INSHT, se contempla.

45





A modo de ejemplo, las tareas que requieren de estar en posición de bipedestación mantenida durante la jornada, suponen un riesgo demostrado durante el embarazo (directrices del INSHT), sin embargo nos encontramos con sentencias contradictorias, como:

TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 1002/2011 de 16 diciembre. Prestaciones de riesgo durante el embarazo de auxiliar de ayuda a domicilio. **Estimación:** se considera situación objetiva de riesgo, entre otras circunstancias al haber estado en situación de riesgo de embarazo porque su trabajo, entre otras circunstancias, le exigía estar de pie toda la jornada, y habiéndose constatado y diagnosticado el riesgo de embarazo desde que fue confirmado, no hay ningún efecto retroactivo en constatar y declarar probado este hecho en esa fecha lo mismo que en las sucesivas hasta el alumbramiento.

TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 702/2011 de 31 octubre. Prestaciones de riesgo durante el embarazo de preparadora de pedidos en almacén, tarea que requiere estar de pie durante la mayor parte de la jornada. **Denegación:** la limitación a la bipedestación prolongada se remite a la 22 semana de gestación, momento en que la trabajadora ya estaba en IT.

TSJ, Sala de lo Social de Valencia, nº de Recurso: 2546/2013.

Prestaciones de riesgo durante el embarazo de profesora de baile, autónoma. Las tareas que realiza requieren, entre otras cuestiones, el permanecer de pie durante la jornada. La sentencia se basa como argumentación jurídica, en lo contemplado en la guía médica de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que señala que la incompatibilidad del embarazo con la prestación de servicios como profesora de baile se produce a partir del 5 mes de gestación. La trabajadora ha estado con IT por embarazo de riesgo. Se estima parcialmente, debiendo recibir la prestación por riesgo por embarazo a partir del 5º mes, considerando el tiempo anterior de la IT como contingencia común.

Castilla-La Mancha TSJ Sala de lo Social, sentencia núm. 1175/2011 de 3 noviembre. Prestaciones de riesgo durante la lactancia natural de una profesora de educación especial en una Fundación de atención a personas con discapacidad. **Procede** al existir riesgo de golpes involuntarios de los usuarios y la exposición a agentes biológicos, según se desprende de la evaluación de riesgos hecha por la propia Mutua.

Por último, la siguiente sentencia a comentar, podemos considerarla como modelo, en cuanto que reconoce que una patología o enfermedad que se produce durante el periodo de embarazo, aunque esta no sea directamente de origen profesional, las características individuales de la trabajadora son tenidas en cuenta

respecto a las repercusiones que sobre el empeoramiento de dicha enfermedad o patología tiene sus condiciones de trabajo, tal como recoge la propia argumentación jurídica de la sentencia.

TSJ Sala de lo Social de la Cataluña, Sentencia núm. 6241/2013 de 3 octubre:

Prestaciones de riesgo durante el embarazo de una auxiliar de laboratorio diagnosticada de hipersensibilidad química múltiple estando embarazada. **Procede,** *“por ser las condiciones ambientales incompatibles con su condición de embarazo, y con independencia de que sus dolencias no sean constitutivas de una incapacidad permanente ni tengan origen profesional, y sin que tampoco sea admisible el traslado a un puesto contrario a su dignidad”.*

9. Observaciones respecto a las dificultades detectadas

Tras la lectura de las sentencias y analizada su fundamentación jurídica para emitir los fallos, hemos detectado una serie de cuestiones que se repiten constantemente en las sentencias desestimatorias.

A continuación pasamos a valorar los aspectos que consideramos más controvertidos.

- **Evaluaciones de riesgos específicos**

La evaluación de riesgos, es el elemento fundamental en el que se basa la prevención en general y como no podría ser de otra manera, la protección de la maternidad y la lactancia. La evaluación de los puestos de trabajo nos permite conocer cuáles son los que están exentos de riesgo para el embarazo y para la lactancia y que pueden ser ocupados por la mujer en situación de embarazada o madre lactante.

No es baladí que la obligación de evaluar se repita reiterativamente en toda la normativa referida al respecto y se contemple como el primer paso en la jerarquización estipulada, (evaluar los puestos, adoptar medidas preventivas, cambio de puesto, suspensión de contrato y prestación económica).

La normativa señala claramente que la evaluación ha de ser específica y no genérica, y que ha de determinar la naturaleza, grado y duración de la exposición al riesgo.

Sin embargo, entre las sentencias desestimadas, la mayoría tiene en común como base jurídica para la desestimación la misma causa: **“no se ha demostrado la existencia de riesgos específicos”** bien por no existir evaluación o por ser evaluaciones genéricas o incompletas.

47





El Tribunal Supremo deja muy claro que para poder percibir la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural deben cumplirse los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva, es decir, que en primer lugar hay **que evaluar**, para constatar que existe un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo puedan influir negativamente sobre la salud de la mujer o de su hijo. En segundo lugar, una vez constatado el riesgo, hay que justificar que no ha sido posible por parte de la empresa **eliminar el riesgo** o adaptar las condiciones de trabajo de la empleada y en tercer lugar, si lo anterior no ha sido factible, demostrar que tampoco es posible **trasladar a la trabajadora a un puesto compatible** con su estado.

También queda claro, que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia es una medida subsidiaria que sólo se puede adoptar después de probar que existe un riesgo específico y que no son posibles o no son eficaces otras medidas previas como la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o, si esto no es factible, el cambio de puesto.

Sin entrar en las diferentes interpretaciones jurídicas que al respecto contemplan las diferentes sentencias, la pregunta que nos planteamos es: ¿Qué está sucediendo para que un derecho fundamental como es la protección de la maternidad y la lactancia en el ámbito laboral, cuando se recurre a la justicia se constate que el primer requisito exigido legalmente como es la evaluación específica no se ha realizado o se ha realizado sin rigor?

No cabe duda que la protección de la maternidad y la lactancia no es una cuestión ajena a como se abordan las políticas de prevención de riesgos en nuestro país y el comportamiento de los empresarios al respecto.

La ausencia de concienciación e implicación en cuanto a la aplicación de medidas preventivas en los centros de trabajo, han supuesto siempre una asignatura pendiente, situación que se ha ido deteriorando en los últimos años como consecuencia de la crisis económica por la que se atraviesa, siendo la prevención junto con el empleo, las primeras medidas de ahorro que ponen en marcha los empresarios.

Esta situación de las mujeres trabajadoras en periodo de embarazo y lactancia, se considera una mera anécdota dentro del contexto de la prevención, por ser un número reducido de casos que se producen en el ámbito de la empresa, por concentrarse en determinados colectivos feminizados y porque no decirlo, la discriminación e infravaloración de la mujer que en la actualidad continua existiendo.

Sin ánimo de ser pesimistas y asumiendo que los avances han sido muy importantes, la realidad es que en la mayoría de las empresas, se realizan evaluaciones genéricas sin entrar en la evaluación de los puestos de trabajo y mucho menos, en evaluar de manera específica las repercusiones que determinadas sustancias, tareas, jornada, procedimientos, etc. pueden tener en la salud de la madre gestante o en el hijo/a.

En todo proceso judicial, transcurre un tiempo, más o menos dilatado, entre la presentación de la demanda y la resolución de la controversia, que en ocasiones y más habitualmente de lo deseado, producen situaciones de riesgo para las trabajadoras en periodo de embarazo o lactancia que podrían afectar de manera irreparable a la madre o a su descendencia, como consecuencia de no haberse realizado la correspondiente evaluación de riesgos específica y adoptado las medidas preventivas previamente.

- **La adopción de medidas preventivas y cambio de puesto.**

La normativa contempla como segundo paso, que en el supuesto de haber realizado la correspondiente evaluación de riesgos (ER) y cuando en los resultados de la misma se detectan riesgos, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

Si tras la evaluación efectuada y la adopción de las medidas necesarias, no resulta factible evitar que las condiciones del puesto de trabajo afecten negativamente a la mujer trabajadora o al feto, siendo ello certificado por los servicios médicos del INSS o de la Mutua que cubra el riesgo y por el médico del Servicio Nacional de Salud que asiste facultativamente a la trabajadora, se deberá ofertar a la trabajadora un puesto o función diferente libre de riesgos y compatible con su estado. Este cambio se realizará según lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, (con consulta a los representantes legales de los trabajadores, si los hay, que la variación sea la menor posible y conservando la categoría y retribuciones de su puesto de origen).

Las sentencias referidas a esta situación, son claras al respecto y se fundamentan principalmente en la interpretación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de prestaciones de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

Se entiende jurídicamente que debe ser prioritaria la puesta en marcha de medidas preventivas, bien eliminando los riesgos o bien realizando el cambio de puesto o funciones, por dos razones: en primer lugar por el derecho fundamental de proteger la salud y seguridad de la madre y/o el hijo/a y en segundo lugar, para no dar lugar innecesariamente a prestaciones que se pagan con las cuotas de todos los afiliados al sistema, cuando esta es una cuestión que corresponde al empresario abordar y solucionar.

El mayor problema se suscita cuando hay que recurrir al cambio de puesto de trabajo o funciones; podría decirse que la causa de incumplimiento de esta medida viene motivada por el tamaño de la empresa. En nuestro país la mayoría de las empresas son pequeñas o medianas, lo cual puede suponer una menor flexibilidad y una mayor dificultad a la hora de disponer de puestos alternativos adaptados a la situación.





Sin embargo, teniendo en cuenta los casos en litigio de las sentencias, se da la paradoja de que, precisamente esta situación se produce en mucha mayor medida en los Organismos Públicos y grandes empresas, donde disponen de medios suficientes para evaluar los riesgos laborales, para evitarlos, y para ofrecer un puesto de trabajo alternativo a la trabajadora.

También es cierto que el hecho de no recurrir a los juzgados, no supone que en las pequeñas y medianas empresas esté garantizada la protección del embarazo y la lactancia, sencillamente por miedo al despido, por no disponer de representantes sindicales que les informen o asesoren u otras cuestiones. Muchas mujeres en esta situación no reclaman sus derechos y continúan en su puesto de trabajo exponiéndose a riesgos perjudiciales para su estado de embarazo o lactancia.

La realidad es que en empresas más pequeñas y con trabajos manuales más penosos no se aplica o se aplica muy deficientemente el contenido íntegro del artículo 26 de la LPRL, y no sólo sus apartados 3º y 4º, vigilancia que corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta situación nos lleva a la conclusión anterior, el incumplimiento a la hora de prevenir los riesgos y adoptar las medidas establecidas en la normativa, no depende tanto de la capacidad de la empresa para su aplicación, como de la falta de voluntad y de corresponsabilidad de los empresarios en cuanto al cumplimiento de la Ley.

De las dos cuestiones planteadas, la ausencia de evaluación específica y por ende de aplicación de las medidas preventivas, se suscita la siguiente duda **¿deben los tribunales ajustarse estrictamente al texto de la norma en lo referente al procedimiento a seguir por el empresario evitando así llegar a suspensión de contrato y evitar que sea el erario público quien cargue con los costes?** o por el contrario **¿se debe primar el derecho a la protección del embarazo y la lactancia natural, evitándose así que la madre y el hijo tengan que sufrir las consecuencias de los incumplimientos cometidos por el empresario?**

Parece ilógico, que ante los incumplimientos de la ley sea la trabajadora la que tenga que acarrear con las consecuencias, por lo que se le debería conceder la prestación e imponer la sanción correspondiente a la Mutua y/o empresa. Sin embargo, cuando se presentan en litigio las partes (el INSS, la Mutua, la Tesorería General de la Seguridad Social, etc.) ante el desacuerdo de a quien le corresponde el pago de la baja de la trabajadora, entra en cuestión, el reconocimiento o no de la existencia de riesgos laborales para el embarazo y la lactancia siendo en este caso la trabajadora el eslabón más débil, ya que a pesar de ser la persona a la que se debe proteger, es la única que no tiene capacidad para decidir sobre la realización de evaluación específica ni sobre la puesta en marcha de las medidas preventivas, aunque de esto último dependa su salud y la de su hijo/a.

Desde nuestro punto de vista, llegar a este punto supone, que lo primero que está fallando es el control eficaz que desde las instituciones y órganos correspondientes se debe hacer sobre el cumplimiento o no de sus obligaciones de las empresas en lo referente a la prevención de riesgos.

Si prevenir es anticiparse a los hechos, ¿hasta qué punto se está controlando y exigiendo a las empresas que cumplan con sus obligaciones, anticipándonos de esta forma a situaciones que, además de evitar daños en la salud de la embarazada y el hijo, suponen un gasto en reclamaciones, pérdida de tiempo en la intervención y trastornos añadidos a la trabajadora?.

Si se controlase de forma eficaz que todas las empresas tengan las evaluaciones realizadas y especificados los puestos de trabajo exentos de riesgo para las situaciones de embarazo y lactancia, estaría mucho mas protegida la mujer embarazada y su descendencia y se evitaría la controversia en los juzgados. Si bien es cierto, que el Fallo del Tribunal en este caso de litigio entre el INSS y la Mutua por el tema económico es justo, no deja de ser injusto para la trabajadora que la sitúa en la más absoluta indefensión.

- **Concurrencia del riesgo específico.**

La normativa contempla unos pasos a seguir para llegar como última opción a la suspensión de contrato y la prestación correspondiente cuando las medidas anteriores no han sido posibles. También se ha mencionado la importancia de las evaluaciones específicas, que debe realizarse por separado, ya que por un lado se deben evaluar los riesgos para el embarazo y por otro para las situaciones de lactancia natural.

Ahora bien, en relación con la evaluación de riesgos de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, se plantean una serie de desajustes en lo referente a la práctica de la normativa que provocan en numerosas ocasiones que la mujer, el feto o el hijo lactante queden desprotegidos.

Uno de los mayores problemas detectados en las sentencias, es la ausencia de **evaluaciones de riesgo específicas**, motivo por el cual la mayoría son desestimadas, lo que supone también que este sea uno de los principales motivos que impiden el derecho a la prestación de las trabajadoras.

Otro de los problemas que se plantea en las sentencias, es la disparidad de criterios respecto a que agentes, procedimientos, y condiciones de trabajo **suponen un riesgo para el embarazo y la lactancia**.

Aunque se dispone del listado contenido en el Anexo VII del RD 39/1997 Reglamento de los Servicios de Prevención, añadido por RD 298/2009, donde se incluyen





cuales son los agentes, procedimientos y condiciones que ya de entrada pueden afectar negativamente a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, al feto o al hijo lactante, y en el Anexo VIII del mismo Real Decreto, tenemos el listado de los agentes, procedimientos y condiciones prohibidos en caso de embarazo (parte A) o a la lactancia (parte B), la realidad es que la valoración sobre el riesgo está condicionada a lo que disponga la evaluación de riesgos.

Tanto las directrices del INSHT como los anexos del RD citado no son **exhaustivos**, lo que supone que existen muchos más riesgos a considerar en la evaluación además de los recogidos en dichos Anexos.

A pesar de que los riesgos a tener en cuenta no se limitan al listado de la guía del INSHT, sino que existen muchos más que hay que considerar y que dependerán en cierta medida de las circunstancias personales y de cada una de las situaciones individualmente encontradas. La realidad por el contrario es muy distinta, encontrándonos que muchas de las evaluaciones o sentencias que si bien, suelen tener en cuenta los riesgos recogidos en el Anexo VIII, en lo referente al listado del Anexo VII, no son tenidos en consideración la mayoría de las veces, como puede comprobarse en las sentencias comentadas anteriormente en lo referente a exposición a radiaciones, posturas en bipedestación mantenida, etc.

Esta falta de criterios homogéneos respecto de la concurrencia del riesgo para el embarazo o la lactancia, constituye un elemento que da lugar en muchos casos a situaciones de desprotección o discriminación de la mujer.

- **Las Mutuas. Juez y parte.**

En la actualidad, la configuración del riesgo por embarazo o lactancia natural son prestaciones derivadas de contingencias profesionales, siendo las mutuas mayoritariamente las que determinan la existencia o no de riesgo, así como la prestación económica.

Con la anterior legislación, en la certificación del riesgo las mutuas no actuaban ni como entidades gestoras, ni como evaluadoras del riesgo, pero ahora tienen un papel central en el control tanto para la certificación del riesgo como para el reconocimiento de la prestación.

Se dota a las Mutuas de un papel fundamental, no solo en la decisión de las condiciones de trabajo, agentes y procedimiento que pueden justificar la suspensión del contrato durante el riesgo por embarazo o lactancia, sino también en si procede o no la prestación correspondiente.

Resulta paradójico que en la misma entidad residan dos acciones radicalmente opuestas: reconocer el riesgo y conceder la prestación.

La competencia otorgada a las Mutuas para determinar la existencia de riesgo no es baladí, pues en caso de exposición a riesgos que afecten a la trabajadora en situación de embarazo o lactancia, si se dictamina que el riesgo es genérico o no existe, lo que procede es la incapacidad temporal por contingencia común, en este caso correrá a cargo del INSS los costes, si por el contrario se dictamina que la fuente del problema es la exposición laboral a riesgos específicos, será considerado como contingencia profesional y correrá a cargo de la Mutua.

También es cierto que existe un criterio a nivel jurisdiccional sobre la posibilidad que tiene el INSS de revisar el origen y la causa de la lesión que ha generado la IT, cuando el INSS aporta pruebas sobre el origen laboral, los tribunales suelen imputar el pago a la Mutua.

Es precisamente en estos casos, de desavenencias con los criterios de la Mutua, donde el control judicial debería ser el garante de los derechos de las trabajadoras, pues la negativa a reconocer una situación de riesgo puede implicar la vulneración del derecho a la seguridad y la salud de la madre y/o del hijo/a.

10. Recomendaciones

Teniendo en cuenta que en nuestra jurisdicción, la mayoría de las sentencias se vienen desestimando por la misma causa: la no acreditación de la existencia de riesgo y el no haberse realizado el proceso reglamentario, aunque resulte repetitivo, queremos enumerar los pasos que deben dar las trabajadoras en los supuestos de riesgo en el embarazo o por lactancia natural:

1. Los trabajadores y trabajadoras deben de exigir a la empresa, que de antemano realice la evaluación inicial de todos los puestos de trabajo. Una vez realizada la evaluación, previa consulta a los representantes de los trabajadores, se debe elaborar un listado de puestos exentos de riesgos para el embarazo o lactancia. En el supuesto de que no existan puestos compatibles, se deberá explicitar en las conclusiones de la evaluación. Este paso se debe realizar siempre, aunque no exista en ese momento ninguna trabajadora en situación de embarazo o lactancia.
2. En el supuesto de que exista una trabajadora en situación de embarazo o lactancia, se deberá partir de la evaluación inicial y realizar la evaluación específica, evaluando el puesto en función de la situación individual (embarazo o lactancia) y de las características especiales de la madre embarazada o en periodo de lactancia.



Aunque en España la trabajadora, en aras a ejercer su derecho a la intimidad, no tiene la obligación de comunicar su estado a la empresa, nuestra recomendación es que, **se comunique cuanto antes** con el fin de que la empresa adopte las medidas preventivas lo antes posible y así prevenir la exposición a posibles riesgos que pueden afectar a la madre o al feto.

3. En caso de negativa de la empresa a realizar las dos actuaciones anteriores, **elementos básicos como hemos visto, para la estimación de la prestación** en los tribunales, se deberá presentar denuncia ante la **Inspección de Trabajo** por incumplimiento de la empresa de la normativa que lo regula.
4. Puede darse el caso de que el empresario haya cumplido con sus obligaciones y estimado la existencia de riesgos en estos supuestos, confirmando además que no existe posibilidad de eliminar los riesgos y que no dispone de puestos alternativos para la embarazada o en periodo de lactancia. Sin embargo en numerosas ocasiones son el Servicio de Prevención o la mutua la que no reconozcan una situación de riesgo para el embarazo o la lactancia natural. De hecho, la asociación de mutuas AMAT ha distribuido entre los médicos de sus mutuas un protocolo que no incluye riesgos importantes para el embarazo y la lactancia.
5. En caso de que no se reconozca una situación de riesgo para el embarazo o la lactancia natural recomendamos acudir a los Gabinetes de Salud Laboral y, en su caso, a los Servicios Jurídicos del Sindicato, donde valorarán la causa de denegación de la prestación e intentarán facilitar una solución por diferentes procedimientos:

* Presentar una reclamación por escrito en la mutua dejando constancia del desacuerdo y pidiendo expresamente que se reconsidere la situación de riesgo durante el embarazo y se gestione como contingencia profesional.

* Como alternativa, que no suple los demás trámites pero los complementa: el uso de la Oficina Virtual de Reclamaciones (<http://www.ovrmatepss.es/virtual/>). De esta forma nos aseguramos de que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social está al tanto del rechazo producido y de la correspondiente reclamación y obligamos además a la mutua a que conteste por escrito en un plazo no superior a 20 días.

* Para garantizar el buen desarrollo del embarazo y la lactancia natural y que la trabajadora no sufra un menoscabo irreparable hemos de acudir al médico de cabecera, exponerle la situación y solicitar una baja por enfermedad común, en tanto se resuelve la reclamación en la mutua:

- Presentar una reclamación previa ante el INSS para que quede constan-



cia de la actuación de la mutua en este caso y de nuestro desacuerdo con la misma.

- Iniciar un procedimiento de determinación de contingencia; se presenta al INSS y lo puede iniciar la Inspección médica o la propia trabajadora.

* Interposición de las correspondientes demandas judiciales ante el Juzgado de lo Social competente en demanda del reconocimiento del derecho y de la prestación; ello puede incluir en su caso las correspondientes acciones de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales si se considera que ha existido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). Los incumplimientos de las obligaciones en materia de protección de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se halle en periodo de lactancia y de su descendencia pueden implicar la vulneración de los derechos a la igualdad y a la vida y a la integridad física y moral reconocidos como derechos fundamentales en nuestra Constitución (artículos 14 y 15 de la CE). (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007 de 27 de marzo de 2007).

55



56



Ante cualquier duda llámanos
Equipo de Asesoramiento en Salud Laboral

C/ Pedro Unanue, 14

28045 Madrid

Teléfono: 91 536 52 12 (ext. 5212)

www.saludlaboralmadrid.es

slmadrid@usmr.ccoo.es

En la página web podéis encontrar toda la información relativa a la Secretaría de Salud Laboral de CCOO de Madrid, así como ver las Jornadas, campañas, convocatorias, etc. que se pueden convocar desde la misma.

Además, y lo que puede ser más interesante, podréis ver todos los acuerdos, informes, etc. en los que participa la Secretaría, y también podéis descargar todas las publicaciones que se realizan y que incluyen multitud de libros, guías y folletos de diferentes temas que te pueden resultar muy útiles en tu trabajo diario.

También puedes encontrar “modelos de escritos” y “modelos de solicitudes” que puedes necesitar.



 CONSEJERÍA DE EMPLEO,
TURISMO Y CULTURA
Comunidad de Madrid
www.madrid.org



UNIÓN EUROPEA
FONDO SOCIAL EUROPEO
El Fondo Social Europeo invierte en tu futuro