

## EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA: ANALISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL TRABAJO<sup>1</sup>

BEATRIZ AGRA VIFORCOS

### I. INTRODUCCIÓN

Resulta unánimemente admitido que el trato dispar fundado en la defensa de la maternidad frente a los riesgos en el trabajo<sup>2</sup> no contraviene el superprincipio constitucional de igualdad, habida cuenta en tal caso la distinción no deriva del sexo sino de la condición de madre de la trabajadora<sup>3</sup>, aun cuando biológicamente y en el estado actual de la ciencia tal situación sea exclusiva de la mujer. De hecho, la demanda al Ordenamiento Laboral para establecer «medidas encaminadas a salvaguardar la salud de la madre, la del feto o la del

---

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas en el texto: OIT (Organización Internacional del Trabajo), LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) y LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

<sup>2</sup> Sin duda, los riesgos laborales se multiplican para la mujer por mor de «las cuestiones biológicas asociadas a la maternidad», PANIZO ROBLES, J. A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 201, 1999, p. 68.

<sup>3</sup> MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (McGraw-Hill), 2000, pp. 118-119; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.; PALOMEQUE LOPÉZ, M. C. y VALDÉS DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, p. 42; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral», *Salud y Trabajo*, núm. 113, 1996, pp. 5 y ss. o AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, León (Universidad de León), 2005, p. 205.

menor»<sup>4</sup> si se demuestra «la existencia de riesgos patológicos para una o para otro»<sup>5</sup>, ha acabado por convertirse en una constante, conforme muestra tanto la labor de la OIT, como las actuaciones comunitarias en la materia, señaladamente una vez el art. 15 Directiva 89/391, de 12 de junio, reclamó la necesidad de que la normativa preventiva ofreciera respuesta singular para los colectivos de trabajadores cuyas características les conviertan en especialmente sensibles a los riesgos, entre los cuales procede incluir, sin duda, a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a las que se dirige específicamente la Directiva 92/85, de 19 de octubre<sup>6</sup>.

En la medida en que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, encuentra su razón de ser, junto a otros fundamentos, en la necesidad de transponer las citadas Directivas<sup>7</sup>, así como en el cumplimiento de compromisos contraídos con la OIT, en modo alguno puede extrañar que aquella norma interna, en su pretensión por llevar hasta sus últimas consecuencias la regla de máxima seguridad, se ocupe expresamente de tan importante cuestión; a tal fin, destina su art. 26 a regular la protección de la maternidad y la lactancia, detallando cuales deben ser las actuaciones a acometer por el empresario para salvaguardar debidamente la salud y la seguridad de la madre y del hijo. Ahora bien, el precepto, de cuya

<sup>4</sup> PANIZO ROBLES, J. A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., p. 68 o, en análogo sentido, PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1984, p. 103 y PURCALLA BONILLA, M. A. y RIVAS VALLEJO, M. P.: «La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria», AS, T. V, 1998, p. 810.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo», *Carta Laboral*, núm. 39, 2000, p. 1.

<sup>6</sup> Comentada, entre otros, por CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre)», *Noticias de la Unión Europea*, núms. 127-128, 1995, pp. 57 y ss.; MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», AS, núm. 15, 1997, pp. 477 y ss. o NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; LÓPEZ CUMBRE, L. y MORON PRIETO, R.: «La igualdad de trato en las Directivas Comunitarias en materia de Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 12, 1998, pp. 133 y ss.

<sup>7</sup> Obligación acatada, cierto es y como viene siendo costumbre, con considerable retraso, al punto de haber movido a la Comisión a iniciar contra el Estado español un procedimiento sancionador, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, p. 582 o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL*, núm. 38, 1998, p. 712.

importancia no cabe dudar en tanto cubrió «de manera bastante completa el vacío existente en la materia»<sup>8</sup>, ha debido ser convenientemente depurado, habida cuenta su versión originaria incurría en un evidente déficit de transposición de la Directiva 92/85, cuyo más amplio contenido tuitivo condujo a la doctrina a reclamar el recurso a cauces dispares para salvar la parquedad de la disposición estatal, optando, bien por reclamar su desarrollo reglamentario, aun cuando no exista llamada expresa dentro de la LPRL, bien por admitir la invocación directa de la norma supranacional<sup>9</sup>. Finalmente la solución fue ofrecida por el propio legislador, quien a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, procedió a salvar uno de los más graves problemas derivados de la insuficiencia del art. 26 LPRL (falta de previsión del derecho a dispensa del trabajo cuando sea imposible desarrollar la prestación sin riesgo), subsanando así parte de sus carencias<sup>10</sup>.

## II. OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS AL EMPRESARIO

Tras las apreciaciones precedentes es menester descender al análisis de las concretas previsiones incorporadas a la LPRL para la protección de la maternidad de cuantas trabajadoras (y sus hijos nacidos o no)<sup>11</sup> encuentran amparo en tan importante norma.

<sup>8</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La aplicación de la Directiva 92/85 en España», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997, p. 270.

<sup>9</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 42; RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV. (OJEDA AVILES, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pp. 426-427; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 280, 304 y ss. o BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid (Lex Nova), 1997, p. 130.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (CEDCS), 2002, pp. 274-275; LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *TS*, núm. 115, 2000, p. 30 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *REDT*, núm. 99, 2000, p. 28.

<sup>11</sup> BURGOS GINER, M.<sup>a</sup>.A.: «Protección especial de determinados colectivos», en AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir.: *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Castellón de la Plana (Universidad Jaime I), 1997, p. 131; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Derechos y obligaciones de los trabajadores», en AA.VV.: *La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Sevi-

## II.1. DEBER DE INCLUIR EN LA EVALUACIÓN DE RIESGOS LOS RELATIVOS A MUJERES EMBARAZADAS O EN PERÍODO DE LACTANCIA

El art. 16 LPRL es uno de los preceptos especialmente afectados por la reforma efectuada a través de la Ley 54/2003; sin embargo, la modificación no alcanza influencia señalada a efectos de este estudio, pues tanto antes como ahora la planificación de la actividad preventiva en el centro de trabajo o empresa exige la previa observancia del deber de elaborar una evaluación de cuantos riesgos existan en aquél o ésta y en cada uno de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta, entre otros factores, las características específicas de cada empleado así como la posible presencia de trabajadores especialmente sensibles, menores o mujeres embarazadas o en período de lactancia<sup>12</sup>, es decir, «personas que presentan factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales»<sup>13</sup> (aun cuando sean meramente transitorias<sup>14</sup>), más allá de las «situaciones de riesgo ordinario que puede sufrir cualquier persona en condiciones normales por el desempeño de su trabajo»<sup>15</sup>.

Así pues, la genérica evaluación realizada en cumplimiento del mandato contenido en el art. 16 LPRL (y en los arts. 3-7 RD 39/1997, de 17 de enero) debe incorporar el análisis de los riesgos singulares de estos colectivos, tanto porque aquélla debe ser especialmente detallada y cuidadosa, como porque los arts. 25, 26 y 27 LPRL lo exigen expresamente<sup>16</sup>. Constituye éste ejemplo preclaro de cómo la eva-

---

lla (Junta de Andalucía), 1997, p. 98 o CORDERO SAAVEDRA, L.: «La protección de las mujeres embarazadas contra el despido y aplicación de las Directivas 76/207/CEE y 92/CEE (A propósito de la STJCE 4 de octubre de 2001)», AS, núms. 7/8, 2002, p. 86.

Los sujetos protegidos son tanto la mujer como el feto o hijo, conforme recuerda la STSJ Castilla y León 13 octubre 1999 (AS 4484).

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, 3.ª ed., Madrid (Civitas), 2001, pp. 233 y ss. o MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», AS, núm. 21, 2000, p. 47.

<sup>13</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273).

<sup>14</sup> SSTSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903) o Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273).

<sup>15</sup> SSTSJ Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484) y Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273).

<sup>16</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., p. 288; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., p. 276 y MARTÍN TOVAL, E.: «La protección de la maternidad (prevención de riesgos)», ponencia presentada a las *Jornadas sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: la aportación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, San Lorenzo del Escorial, 12 y 13 de diciembre de 2000, ejemplar fotocopiado, p. 9.

luación combina el análisis objetivo con el subjetivo, debiendo tomar en consideración aspectos personales del trabajador<sup>17</sup>.

Para la concreta hipótesis de la maternidad, el art. 26.1 LPRL señala que «la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico»; se trata, en fin, de hacer visibles riesgos laborales que corren el peligro de convertirse en «invisibles» por mor de los modelos típicamente masculinos asumidos por la normativa laboral<sup>18</sup>. La literalidad de la disposición, aparentemente clara, ofrece, empero, importantes dudas interpretativas:

En primer lugar, y aunque el precepto no lo diga expresamente, tal evaluación específica habrá de realizarse incluso antes de que ninguna trabajadora se vea inmersa en las situaciones indicadas, pues tal eventualidad puede acontecer en cualquier momento<sup>19</sup>. En consecuencia, la protección deberá desplegarse incluso cuando el embarazo no es un hecho real sino meramente potencial<sup>20</sup>, al contrario de cuanto ocurre con el resto de medidas tuitivas contempladas en el art. 26 LPRL, para cuya operatividad no sólo es preciso que la gestación sea un hecho, sino que se exige el conocimiento empresarial en los términos posteriormente indicados.

En segundo término, cuando la norma alude a «agentes, procedimientos o condiciones de trabajo» susceptibles de generar riesgo, procede entender que hace referencia, en especial y al menos por cuanto se refiere a un eventual embarazo, a aquellos agentes químicos

<sup>17</sup> STSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903).

<sup>18</sup> AREAL CALAMA, I.: «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pp. 188-190; MESSING, K.: «Buscando el rastro de lo invisible: indicadores científicos de los riesgos de salud en el trabajo de las mujeres», en AA.VV.: *Vivir con salud, haciendo visibles las diferencias*, Madrid (MTAS), 1997, p. 134 o ARMSTRONG, P. y ARMSTRONG, H.: *The double ghetto*, Toronto, 1993, p. 35.

<sup>19</sup> SSTSJ Navarra 27 marzo, 30 abril y 13 junio 2002 (AS 1523, 1616 y 2607); Extremadura 29 noviembre 2002 (AS 843) y Cataluña 13 mayo 2004 (AS 2177).

<sup>20</sup> PANIZO ROBLES, J. A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., pp. 69-70; PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 1999, p. 53 o BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 131.

cos, físicos, biológicos o de otra naturaleza susceptibles de provocar alteraciones cromosómicas, abortos o malformaciones<sup>21</sup>; sin embargo, habría sido deseable incorporar (en la ley o en su desarrollo reglamentario<sup>22</sup>) la enumeración de factores contemplada en los anexos I y II de la Directiva 92/85<sup>23</sup>, habida cuenta su ausencia abre las puertas al espinoso debate respecto a la posible aplicación directa de la norma comunitaria<sup>24</sup>. En cualquier caso, y a falta de otras previsiones en la negociación colectiva, el listado podrá servir, al menos, como pauta orientativa<sup>25</sup>.

En fin, no prevé el art. 26 LPRL el deber empresarial de poner en conocimiento de la mujer el resultado de la evaluación de riesgos efectuada, que sí aparece, en cambio, en el art. 4.2 de la Directiva 92/85. La carencia, salvo intervención convencional al respecto, únicamente podrá considerarse salvada a través del genérico deber de información regulado en el art. 18 LPRL<sup>26</sup>, de conformidad con el

<sup>21</sup> GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores», en SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, cit., p. 236.

<sup>22</sup> Inexistente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F.: «Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada», *TL*, núm. 79, 2005, p. 43 o FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1995, p. 270. De hecho, el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, establece una clasificación de agentes pero expresamente señala que «no se han tenido en cuenta los efectos particulares que puedan tener en trabajadores cuya sensibilidad se vea afectada por causas tales como patología previa, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia» (Anexo I).

<sup>23</sup> MONTOYA MELGAR, A.: «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *AS*, núm. 13, 2000, p. 69.

<sup>24</sup> JACQMAIN, J.: «¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de diciembre, sobre protección de la maternidad, y su transposición al Derecho belga)», *RL*, núm. 5, 1997, p. 94, cita 2; NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *AL*, núm. 17, 1998, p. 306; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El futuro del derecho a la seguridad en el trabajo», en AA.VV.: *Riesgo y trabajo. Normativa y organización de la seguridad en Europa y América*, Madrid (Mapfre), 1994, p. 67 o FALGUERA I BARO, M.A.: *Filiación y familia. Sus efectos en el contrato de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, p. 21, cita 5.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, p. 172.

<sup>26</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», cit., p. 715. Considerándolo insuficiente, PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999», *AS*, T. V, 1999, p. 1181.

cual el empresario habrá de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores conozcan los riesgos existentes en la empresa y en el puesto, así como las actividades de protección y prevención aplicables, incluidas las de emergencia.

## **II.2. DEBER DE ADOPTAR LAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD**

Según lo expuesto, la evaluación de los riesgos que puedan afectar al embarazo o la lactancia ha de ser realizada con independencia de la presencia de trabajadoras en tal estado. Ahora bien, no acaban aquí las obligaciones impuestas al titular de la organización productiva, en tanto el conocimiento de la efectiva situación de gestación o puerperio de una mujer implica la necesidad de actuar en determinado sentido marcado por la norma.

Así las cosas, el momento de inicio de esta tutela no coincide con aquél en que es biológicamente necesario, habida cuenta, y por motivos lógicos, es menester que el sujeto obligado conozca la existencia del hecho causante, lo que deja fuera momentos especialmente delicados para el feto, cuya vulnerabilidad es mayor durante los primeros meses, período en el cual no es extraño que la trabajadora ignore su situación y, por tanto, no la comunique<sup>27</sup>. Para minimizar este efecto negativo es menester interpretar de forma flexible la definición de trabajadora embarazada incorporada al art. 2 de la Directiva 92/85, en virtud de la cual sólo será considerada como tal aquella «que comunique su estado al empresario»; este excesivo rigor podría llegar al absurdo, pues, conforme se interroga la doctrina, «¿puede un empleador no infringir la ley... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de ocho meses que no le ha informado de su estado?»<sup>28</sup>. Por tal motivo procede admitir que el conocimiento empresarial capaz de forzarle a adoptar las oportunas medidas puede alcanzarse por vía directa —como establece la norma comunitaria— o indirecta, sea a través de la comunicación de un tercero («en virtud del espíritu preventivo de la Ley, no sólo las trabajadoras, sino cualquier tercero con interés legítimo... podrá iniciar el procedimiento de protección de la maternidad que se

---

<sup>27</sup> MUÑOZ MOLTO, F. M. y GARCÍA GARCÍA, A. M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», *TS*, núm. 74, 1997, p. 44.

<sup>28</sup> JACQMAIN, J.: *Protection de la maternité. L'exécution de la Directive Européenne 92/85*, Bélgica (CGSP), 1995, pp. 8-9.

prevé en el artículo 26 de la Ley»<sup>29</sup>), sea por resultar evidente el estado de gravidez<sup>30</sup>.

### II.2.1. Protección del embarazo

Las actuaciones de protección de la gestante se estructuran en la LPRL en torno a tres niveles sucesivos (dejando a un lado los permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, en tanto, aunque contemplados en el art. 26.4 LPRL —y en el art. 37 ET—, carecen en puridad de naturaleza preventiva) que fuerzan al empresario a asumir determinados comportamientos destinados a la tutela del feto y de la mujer, para la cual la medida legítimamente adoptada por la contraparte de su contrato devendrá obligatoria, en tanto el sujeto de protección no es únicamente ella misma, sino también el *nasciturus*.

#### II.2.1.1. Adaptación de las condiciones de trabajo

Uno de los principios que han de inspirar el cumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas se recoge en el art. 15.1.d) LPRL, cuando fuerza a aplicar las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el art. 14 LPRL siguiendo la premisa de «adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que se refiere a la concepción de los puestos de trabajo». De entre las manifestaciones de tal regla de orden que el articulado de la norma ofrece alcanza especial importancia la tipificada en el art. 26.1 LPRL<sup>31</sup>, en

<sup>29</sup> Interés legítimo que se extrae de la posibilidad de que la situación de la mujer pueda poner en peligro la propia integridad del tercero, LUQUE PARRA, M. y GALA DURAN, C.: «El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales...*, cit., p. 246.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 419. «El embarazo pertenece al ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18 CE) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 LPRL no se active si la trabajadora no comunica su estado, pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso», STSJ Madrid 18 mayo 2000 (AS 2651).

<sup>31</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Artículo 26» y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Disposición adicional undécima», ambos en AA.VV. (IGLESIAS CABERO, M., Co-ord.): *La Ley de Prevención de Riesgos Laobrales*, Madrid (Civitas), 1997, pp. 154 y 358, respectivamente, o GONZÁLEZ LABRADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.: «Las condiciones no materiales de trabajo y su incidencia en los poderes empresariales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales...*, cit., pp. 193 y ss.



cuya virtud «si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada». Tales medidas podrán consistir, si fuera menester, en «la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos»; ahora bien, semejante previsión no debe confundirse con la interdicción del trabajo nocturno femenino en atención a la mera condición sexual, proscrita por el ordenamiento comunitario<sup>32</sup> (acompañado de un amplio bagaje de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>33</sup>) y por el derecho interno<sup>34</sup>, habida cuenta no existe «razón que justifique que los efectos o inconvenientes de tal tipo de trabajo sean diferentes para el hombre y para la mujer»<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, p. 763 o MONACO, C.: «Divieto di lavoro nocturno femminile ed efficacia delle direttive comunitaire», *Il Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, pp. 277 y ss.

<sup>33</sup> Fundamental la STJCE 345/89, de 25 de julio de 1991, asunto *Stoeckel*. La obligaciones impuestas por la Directiva 76/207 (relativa al principio de igualdad por razón de sexo) son incumplidas cuando se impide a las trabajadoras aquella modalidad de prestación de servicios en la industria «siendo así que no existe una prohibición similar para los hombres» [STJCE 197/96, de 13 de marzo, asunto *Comisión contra Francia*]; también cuando, afectado todo sujeto con independencia de su sexo, el ordenamiento mantiene (sin fundamento en la protección de la maternidad) «régimenes de excepciones distintos que se diferencian fundamentalmente en el procedimiento de adopción de las mismas y por la duración del trabajo nocturno autorizado», SSTJCE 158/91, de 2 de agosto de 1993, asunto *Jean-Claude Levy*, o 13/93, de 3 de febrero de 1994, asunto *Omen contra Madeleine Minne*.

<sup>34</sup> Donde no tienen cabida medidas anacrónicas vinculadas con la «debilidad» del sexo femenino y que no hacen sino consagrar una mentalidad paternalista anclada en el pasado. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional ha considerado injustificado un plus de transporte nocturno atribuido en exclusiva al personal femenino en una determinada empresa, a partir de considerar que el sexo de las personas no autoriza a «transformar la condición de hombre o mujer en una categoría jurídica en razón de la cual se otorga o se niega un derecho laboral... Si lo que pretendía el convenio era proteger a la trabajadora contra los riesgos en sus desplazamientos nocturnos..., no quedaba excluida *a priori* toda posibilidad de que se atribuyese también el plus... a los varones o incluso que, eventualmente no se negase éste a trabajadoras cuyas restantes circunstancias permitiesen negar la existencia de peligro alguno en sus desplazamientos nocturnos», STCo 28/1992, de 9 de marzo.

<sup>35</sup> SSTJCE 345/89, de 25 de julio de 1991, asunto *Stoeckel*, o 158/91, de 2 de agosto de 1993, asunto *Levy*. En la doctrina, a este respecto, SAVATIER, J.: «Travail de nuit des femmes et Droit communautaire», *DS*, núm. 5, 1990, pp. 466 y ss.; MOREAU-BOURLES, M. A.: «Travail de nuit des femmes: observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991», *DS*, núm. 2, 1992, pp. 174 y ss. o SUPIOT, A.: «Principe d'égalité et limites du Droit du Travail (En marge de l'arrêt *Stoeckel*)», *DS*, núm. 4, 1992, pp. 382 y ss.

La obligación de adaptación así consagrada, que surgirá por leves que sean los riesgos en tanto la norma no exige nivel alguno de gravedad<sup>36</sup>, forzará a afrontar cuantas alteraciones de las condiciones de trabajo (entendidas en los términos del art. 4.7 LPRL y disposiciones correspondientes del ET) sean precisas para evitar la exposición de la trabajadora al peligro localizado y acreditado<sup>37</sup>. Por su parte, la expresa alusión al trabajo nocturno o a turnos deriva de la presunción favorable a su naturaleza de riesgo, una vez constatada su innegable vinculación con la producción de abortos y partos prematuros por mor de la «especial tensión física y mental que generan»<sup>38</sup>.

En cualquier caso, el principal problema derivado de la aplicación práctica del art. 26.1 LPRL versa en torno a la retribución, pues la alteración de condiciones puede significar para la mujer la pérdida de los complementos vinculados a las de origen, lo cual entra en contradicción con la voluntad, interna y comunitaria, de garantizar a aquélla el mantenimiento de su empleo y sus derechos económicos<sup>39</sup>, que no pueden verse mermados por su situación de gestante<sup>40</sup>. Serán los Tribunales quienes asuman la salvaguarda, tal y como hacen cuando aplican el principio de conservación de sus ingresos<sup>41</sup>; en

<sup>36</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 43; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 172 o MIÑARRO YANIN, M.: «Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos (I): Introducción. La protección de la maternidad», en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Lecciones sobre prevención de riesgos laborales*, cit., p. 353.

Igual ocurre con otras hipótesis, como puede ser el caso de la discapacidad, respecto a la cual no importa ni el grado ni la etiología para forzar al empresario a otorgar protección específica al trabajador especialmente sensible, STSJ Castilla y León/Valladolid 2 enero 2001 (AS 1213).

<sup>37</sup> SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: «Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo», *RTL*, núm. 72, 1997, p. 265 o RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 422.

<sup>38</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., p. 291; PEREZ ALENCART, A.: *Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud*, Madrid (Tecnos), 1993, p. 164; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre)», cit., p. 59 o CALATAYUD SARTHOU, A. y CORTÉS VIZCAINO, C.: *Curso de salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, p. 343.

<sup>39</sup> STSJ Extremadura 29 noviembre 2002 (AS 843).

<sup>40</sup> JACQMAIN, J.: «¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre protección de la maternidad, y su transposición al Derecho belga)», cit., p. 97.

<sup>41</sup> Por todas, SSTSJ Extremadura 29 noviembre 2001 (Ar. 2002/843) y Cataluña 20 julio 2002 (Ar. 3700).

cualquier caso este punto reclama con urgencia una intervención que, en tanto no sea asumida a través de las normas heterónomas, debería serlo por una autonomía colectiva reacia todavía a entrar a regular tan importante efecto secundario.

### II.2.1.2. *Traslado a un puesto exento de riesgo*

Nueva muestra del principio de adecuación del trabajo al trabajador, que impide asignarle funciones o puestos inadecuados a sus condiciones físicas, psíquicas o biológicas<sup>42</sup>, es el segundo nivel de protección, contemplado en el art. 26.2 LPRL, en virtud del cual «cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado»<sup>43</sup>.

A tal fin el empresario deberá haber elaborado «la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgo» (a incluir ya en la evaluación de riesgos<sup>44</sup>), para lo cual habrá de consultar previamente a los representantes de los trabajadores, aun cuando su informe no tendrá carácter vinculante, de forma tal que en caso de desacuerdo primará la voluntad del titular de la organización productiva<sup>45</sup>, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación<sup>46</sup>. Ahora bien, el convenio colectivo, como producto de consenso, puede convertirse en instrumento idó-

---

<sup>42</sup> STSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903).

<sup>43</sup> El precepto prevé tal medida de forma específica para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia; sin embargo, la obligación del traslado puede extenderse a otras hipótesis; así pues, «en los supuestos de riesgo de que suceda algún mal al trabajador, deberá ser empleado en puesto compatible... y es claro que tal compatibilidad no puede negarse mediante el simple expediente de negar la existencia de puesto de trabajo en el que no se precisen esfuerzos», STSJ Castilla y León/Valladolid 3 enero 2001 (AS 1213).

<sup>44</sup> STCo 161/2004, de 4 de octubre.

<sup>45</sup> Quien «cumplirá proporcionando información razonada y justificada, sobre todo de carácter médico», FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud laboral)*, Madrid (Dykinson), 1996, p. 129.

<sup>46</sup> ÁLVAREZ CORTES, J. C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: «La intervención de los trabajadores y sus representantes en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 435-436.

neo<sup>47</sup>, aunque hasta el momento se trate de una alternativa más hipotética que real.

Como ya se señalara respecto al apartado primero del art. 26 LPRL, también el segundo, ahora analizado, plantea un buen número de interrogantes; señaladamente los siguientes:

#### A) Supuesto de hecho habilitante del traslado

La obligación de recurrir al traslado (medida siempre subsidiaria respecto de la contemplada en el art. 26.1 LPRL<sup>48</sup>) puede derivar de dos causas diferentes, pues merced al tenor de la norma aquél deberá tener lugar, bien «cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible», bien cuando, «a pesar de tal adaptación» quedara acreditada, por los cauces establecidos legalmente, la subsistencia del riesgo (art. 26.2 LPRL).

En cuanto hace a la primera de las indicadas, la Directiva 92/85, más detallada en este punto, especifica que la alteración no sea «técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados», forzando a realizar sendas valoraciones: de una parte, la alusión a la imposibilidad técnica u objetiva ha de valorarse positivamente en tanto refuerza las posibilidades de control sobre la decisión modificativa<sup>49</sup>, si bien el silencio del legislador interno a este respecto no alcanza, empero, excesiva trascendencia práctica, habida cuenta «no habrá otro modo de interpretar la imposibilidad, sino como... técnica u objetiva»<sup>50</sup>, correspondien-

<sup>47</sup> BONILLA BLASCO, J.: «El desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por convenio colectivo», en AA.VV.: *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el Empleo. X Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1998, p. 124; AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Madrid (MTAS), 2003, p. 497 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., p. 280.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ CASTILLO, M.: «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *RL*, T. I, 2003, p. 730; RODRÍGUEZ COPE, M.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CES), 2004, p. 159 o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.: «Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada», cit., p. 45. En los Tribunales, SSTSJ Cataluña 1 junio y 18 noviembre 2004 (AS 2312 y 3814) o Aragón 18 noviembre 2002 (AS 2251).

<sup>49</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 173 o NORES TORRES, L.E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 308.

<sup>50</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 45.

do a los representantes la labor fiscalizadora de lo justificado de la medida. De otra, la sensibilidad hacia los intereses empresariales implícita en la referencia a la razonabilidad de la exigencia no es sino un reflejo práctico de la concepción de la prevención de riesgos como «el arte de lo posible»<sup>51</sup>, lo cual exige «una relación ponderativa y adecuada en las actuaciones ejecutables en esta materia» (adhesión al principio de proporcionalidad)<sup>52</sup>; ahora bien, ello ha de ser compatible con la protección integral de la gestante, motivo por el cual se prevé el cauce subsidiario del traslado para aquellos casos en los cuales forzar la adaptación de las condiciones de trabajo pudiera provocar un perjuicio desmesurado a la contraparte de su contrato.

Por lo que afecta al segundo supuesto de hecho (persistencia de posibles influencias negativas), la norma, reformada por Ley 39/1999<sup>53</sup>, exige certificación de los servicios médicos del INSS o de

<sup>51</sup> MONTUSCHI, L.: «La sicurezza nei luoghi di lavoro ovrero l'arte del possibile», *Lavoro e Diritto*, núm. 3, 1995, pp. 413-414.

<sup>52</sup> ALEMÁN PÁEZ, F.: «Principios y caracterización general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 89-90.

<sup>53</sup> La versión primera del art. 26.2 LPRL otorgaba la competencia para proceder a la certificación al facultativo de la Seguridad Social, lo que llevó a parte de la doctrina a efectuar un juicio negativo, en tanto la norma encomendaba la función a alguien ajeno a la empresa y, en cuanto tal, desconocedor de su concreta situación [NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 309; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 173; PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999», cit., p. 1183 o ÁLVAREZ PATALLO, J. A.: «La protección por riesgo durante el embarazo», en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, p. 69]. Con la reforma la intervención del citado médico quedó reducida a la elaboración del correspondiente informe, correspondiendo la certificación a los servicios médicos del INSS o de las Mutuas; la posibilidad abierta a éstas será la que permita que alguien cercano a la realidad empresarial intervenga en tan importante función, además de favorecer la coordinación del precepto con los términos del art. 37.3 RD 39/1997 (otorga competencia al servicio de prevención para valorar «los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo y parto reciente» y proponer «las medidas preventivas adecuadas»), habida cuenta quien suele actuar como servicio de prevención es, precisamente, una Mutua [BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «Protección especial de determinados colectivos», cit., pp. 132-133]. Surge, no obstante, una nueva paradoja, habida cuenta el servicio médico de la Mutua puede certificar el riesgo pero carece de competencia para emitir el informe previo, pues ha de hacerlo el médico de la Seguridad Social, LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 33.

las Mutuas<sup>54</sup>, con el informe del médico público<sup>55</sup> que asista a la trabajadora. La falta de legitimación de los facultativos privados para su emisión, previsiblemente fundada en la prevención del fraude derivado del recurso a profesionales de confianza<sup>56</sup>, ha sido calificada de extremadamente recelosa y causa de un exceso de burocratización<sup>57</sup>; por su parte, la intervención del INSS no parece demasiado adecuada, en tanto el resultado final será simplemente el traslado de la trabajadora, no el acceso a prestaciones de la Seguridad Social<sup>58</sup>.

## B) Procedimiento a seguir para efectuar el traslado y efectos sobre los derechos laborales de la trabajadora

Acreditada la situación de riesgo en los términos expuestos, será menester proceder en el sentido indicado por el propio art. 26.2 LPRL, que establece como procedimiento prioritario para la alteración el de la movilidad funcional ordinaria: «el cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora

<sup>54</sup> Sobre su papel en materia preventiva, por todos, BLASCO LAHOZ, J. F.: «La actuación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de las actividades de prevención de riesgos laborales», *AL*, núm. 29, 1997, pp. 75 y ss. y *Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pp. 424 y ss.

<sup>55</sup> El silencio legal permite aceptar tanto el del ginecólogo como el del médico de familia, FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales...*, cit., p. 129 o PALOMINO SAURINA, P.: «La seguridad e higiene respecto del trabajo de la mujer y de los menores», *RTSS (CEF)*, núm. 194, 1999, p. 71.

<sup>56</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 45 o NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 309.

<sup>57</sup> RIVAS VALLEJO, M.<sup>a</sup> P.: «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *RS*, núm. 108, 1999, pp. 29-30; SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Artículo 26», cit., p. 146; MUÑOZ MOLTO, F. M. y GARCÍA GARCÍA, A. M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», cit., p. 43 o LOPEZ RUBIA, E.: «Suspensión el contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 33.

<sup>58</sup> MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A. M.<sup>a</sup>: *Maternidad y salud laboral. La protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 75; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., p. 291; PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, p. 60 o ARENAS VIRUEZ, M.: *Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo*, Sevilla (Mergablum), 2003, pp. 88 y ss.

permita su reincorporación al anterior puesto». Ahora bien, se abren también las puertas a una eventual variación extraordinaria, pues, cuando «no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o a categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen», al cual habrá de retornar una vez desaparecido el riesgo<sup>59</sup>.

Además del interrogante relativo a la posibilidad o no de que la alteración de funciones venga acompañada de un obligado desplazamiento (polémica subsistente pese a la respuesta negativa de quienes consideran que ello supondría alterar «la finalidad protectora del precepto y podría tener efectos negativos sobre la trabajadora»<sup>60</sup>), la principal fuente de confusión viene dada, de nuevo, por la retribución, fundamentalmente en cuanto hace a dos aspectos: en primer lugar, aun cuando la norma consagre el derecho a conservar el salario del puesto de trabajo de origen, este tenor debe ser reinterpretado para concluir que tal efecto únicamente tendrá lugar cuando el traslado sea a una categoría inferior y, por tanto, con menor remuneración<sup>61</sup>; en cambio, y para coherencia la norma preventiva con el ET, si lo es para una función con superior salario, éste será el percibido por la trabajadora (por corresponder al trabajo efectivamente realizado), y no el de origen<sup>62</sup>. En

<sup>59</sup> VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, p. 136.

<sup>60</sup> BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «Protección especial de determinados colectivos», cit., p. 134; RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 425 o GARRIGUES GIMENEZ, A.: «Maternidad y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *TS*, núm. 162, 2004, pp. 22-23.

El debate no puede entenderse cerrado si se tiene en cuenta que, para el específico supuesto de los minusválidos, los Tribunales han previsto la obligación (no establecida de forma expresa por la LPRL) de alejar al trabajador de los riesgos, sea mediante la adaptación de sus condiciones de trabajo, sea mediante la movilidad funcional o geográfica, SSTSJ Castilla y León/Burgos 24 abril 2001 (AS 2119) y Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484).

<sup>61</sup> STSJ Cataluña 11 diciembre 2004 (AS 1171).

<sup>62</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 174-175; MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, cit., p. 120; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pp. 300-301; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 46; MUÑOZ MOLTO, F. M. y GARCÍA GARCÍA, A. M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», cit., p. 44; NORES TORRES, L.E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 310 o ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pp. 222-223.

segundo término, la norma no establece de forma expresa qué sucederá con aquellos complementos vinculados al desempeño del puesto de origen; ahora bien, sí alude a la conservación del «conjunto de retribuciones», lo cual conduce a interpretar que subsistirá el derecho de la trabajadora a su percepción<sup>63</sup>.

### II.2.1.3. *Dispensa del trabajo*

El art. 5.3 de la Directiva 92/85 prevé un postrero nivel de tutela cuando establece que si el «cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud». La primera versión de la LPRL incurrió en grave déficit de transposición cuando hizo caso omiso de este último peldaño en la protección de la maternidad frente a los riesgos laborales, dando pie a una de las mayores críticas que el art. 26 LPRL ha sufrido durante su andadura.

La laguna detectada forzó a la doctrina a buscar un cauce apto para alcanzar el objetivo final de «que bajo ningún concepto y en ninguna circunstancia la trabajadora se exponga riesgo alguno»<sup>64</sup>, así como para hacerlo convivir con el no menos importante merced al cual la mujer ha de ver reconocido, durante tal tiempo de dispensa, su derecho al «mantenimiento de una remuneración» y/o al «beneficio de una prestación adecuada» (art. 11 Directiva 92/85). Las posibilidades abiertas (además de la eventual actuación convencional para cubrir el vacío<sup>65</sup> y una vez desechada la suspensión pactada por traer aparejado un inadmisibles quebranto económico para la trabajadora<sup>66</sup>) podrían sintetizarse como sigue:

<sup>63</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 46.

<sup>64</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., pp. 46-47 o, en análogo sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 175; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad Social y riesgo durante el embarazo», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, cit., p. 97 o SANTOS FERNÁNDEZ, R. I.: «Gestión preventiva de los riesgos laborales...», cit., p. 265.

<sup>65</sup> BURGOS GINER, M.<sup>a</sup> A.: «Protección especial de determinados colectivos», cit., p. 134.

<sup>66</sup> Sobre tal opción, GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona (CEDECS), 1996, p. 413.



En primer lugar, gran parte de los iuslaboralistas patrios defendieron el recurso al art. 30 ET, en virtud del cual «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que puedan hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo». La posibilidad de acudir a este precepto para solventar el dilema (rechazada por quienes consideraban que la inexistencia de puestos inocuos no constituye causa imputable al empresario) resulta acorde con el espíritu subyacente en la LPRL, que muestra gran insensibilidad hacia los efectos económicos negativos que sufra la empresa con motivo del cumplimiento de los deberes preventivos. Ahora bien, lo cierto es que tal precepto hace recaer sobre el empresario el coste de la dispensa (extremo no exigido por la Directiva de referencia), y lo hace incluso cuando aquél hay sido escrupulosamente respetuoso con sus obligaciones preventivas<sup>67</sup>, pudiendo generar un no deseado efecto *boomerang* de desincentivo a la contratación de mano de obra femenina<sup>68</sup>.

En segundo término, y vistos los problemas generados por la opción descrita, comenzó a abrirse paso la alternativa que abogaba por la inclusión del supuesto bajo el manto protector de la incapacidad temporal (merced a la analogía entre la situación analizada y el período de observación de las enfermedades profesionales), de forma tal que la Seguridad Social soportara el coste de la dispensa<sup>69</sup>. Ahora

<sup>67</sup> NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 311 o NEVADO FERNÁNDEZ, M. J.: «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social) (I)», *REDT*, núm. 105, 2001, p. 387.

<sup>68</sup> PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T.: «Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo», en AA.VV. (BARAÑANO, M., Comp.): *Mujer, trabajo, salud*, Madrid (Trotta), 1992, p. 102.

<sup>69</sup> En tal sentido, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad», cit., p. 276; GOERLICH PESET, J. M.: «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *AL*, núm. 31, 1996, pp. 589 y ss.; NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., pp. 312 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», cit., p. 717 o TARANCÓN PÉREZ, E.: «La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, Castilla-La Mancha (Bomarzo), 2003, p. 62.

bien, esta interpretación tampoco parece demasiado adecuada desde el momento en que la trabajadora embarazada no padece, en realidad, patología alguna<sup>70</sup>.

En fin, como última posibilidad de solución se defendió el reconocimiento de una prestación específica de Seguridad Social llamada a cubrir estas peculiares circunstancias, eludiendo así tanto las dificultades de intentar reconducirlas a la protección por incapacidad temporal, como los inconvenientes de aplicar el art. 30 ET. Tal ha sido la decisión final del legislador, quien a través de la Ley 39/1999 procedió a cubrir la laguna detectada creando una contingencia para los supuestos de riesgo durante el embarazo<sup>71</sup>, que tendrá efectos tanto en el vínculo laboral como en la protección de Seguridad Social.

Tras la reforma, la nueva redacción del art. 26.3 LPRL contempla la posibilidad de declarar «el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo», para lo cual será preciso que el cambio de puesto no resulte «técnica y objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»<sup>72</sup>, en previsión esta última que pretende evitar que el traslado resulte obligado incluso a costa de «hacer quebrar el equilibrio productivo de la empresa»<sup>73</sup>, pero que no puede servir de patente de corso para que los empresarios pretendan zafarse siempre

<sup>70</sup> PANIZO ROBLES, J. A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., p. 80. Sobre la imposibilidad de equiparar embarazo a enfermedad, STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Margaret Boyle c. Equal Opportunities Commision*.

<sup>71</sup> El empresario no asume, pues, los costes de la situación, que recaen en el erario público [LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 34; MORENO GENE, J.; MORENO BURILLO, A. M.<sup>a</sup> y PARDELL VEA, A.: «La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», *RTSS (CEF)*, núm. 228, 2002, p. 6 o GARCÍA NINET, J. I.: «La incidencia de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en la protección de la maternidad en el ámbito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Un breve apunte)», *TS*, núm. 107, 1999, p. 7], eludiendo así el riesgo de efecto *boomerang*, STSJ Cataluña 1 junio 2004 (AS 2312).

<sup>72</sup> El riesgo durante el embarazo es un «período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto», SSTSJ Navarra 27 marzo, 30 abril y 13 junio 2002 (AS 1523, 1616 y 2607).

<sup>73</sup> Con los consiguientes efectos en perjuicio de la contratación de mujeres, NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 308.

y en todo caso del cumplimiento de su obligación de traslado cuando proceda<sup>74</sup>.

Esta nueva causa de suspensión<sup>75</sup>, que se prolongará «durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado» (art. 26.3 LPRL), es incorporada al art. 45 ET y desarrollada en su art. 48, de conformidad con el cual aquélla finalizará con el inicio de la suspensión por maternidad biológica o con la desaparición de la imposibilidad de la trabajadora de retornar en los términos *supra* indicados. Durante este período la trabajadora accederá a una protección de Seguridad Social (arts. 134-135 LGSS y RD 1251/2001, de 16 de noviembre<sup>76</sup>) que, sin embargo, vuelve a plantear algunos problemas dignos de mención:

De un lado, se establece que los términos y condiciones para lucrar la prestación económica serán, en principio, equivalentes a los fijados para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, pese a que —conforme consta— no existe patología alguna<sup>77</sup> y

<sup>74</sup> Considerando que la pretensión empresarial de suspensión no es procedente pues existen puestos exentos de riesgo que hacen viable el traslado, STCo 161/2004, de 4 de octubre.

<sup>75</sup> Derivado de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto, MELLEDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», AS, Vol. V, 1999, p. 104 o ARETA MARTÍNEZ, M.ª: «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo para que nazca la contingencia de riesgo durante el embarazo? El alta como requisito para causar derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo», AS, núm. 4, 2002, p. 49.

<sup>76</sup> Al respecto, por todos, PANIZO ROBLES, J. A.: «Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad», RTSS (CEF), núm. 19, 2001, pp. 29 y ss.; AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R.: «Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo», TS, núm. 134, 2002, pp. 21 y ss.; MORENO GENE, J.; MORENO BURILLO, A. M.ª y PARDELL VEA, A.: «La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», cit., pp. 3 y ss.; RIVAS VALLEJO, P.: «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», AS, núm. 20, 2002 o RODRÍGUEZ ESCANCIAÑO, S.: «El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social», *Justicia Laboral*, núm. 9, 2002.

<sup>77</sup> TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Madrid (MTAS), 1999, p. 206. De hecho, esta suspensión exige que exista riesgo, pero no patología, pues en tal caso correspondería la suspensión específica por incapacidad temporal [SSTSJ Navarra 27 marzo 2002 (Ar. 1523), 30 abril 2002 (Ar. 1616) y 13 junio 2002 (Ar. 2607) o Aragón 18 noviembre 2002 (Ar. 3351)]. Así, por ejemplo, el riesgo durante el embarazo protege frente a peligros derivados de la actividad laboral, pero no los embarazos de

a que tal decisión resulta dudosamente compatible con la exigencia de que la mujer no sufra perjuicio económico; además, quedarán fuera del ámbito de protección las trabajadoras que no estén en alta o situación asimilada o que no hayan cubierto el correspondiente período de carencia. Por tal motivo, parte de la doctrina considera que hubiera sido más adecuada la equiparación con la baja por maternidad<sup>78</sup> o con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales<sup>79</sup>.

De otro, y pese a la remisión primera, se consagran ciertas particularidades que acaban por dibujar un híbrido entre la prestación por maternidad y la prevista para la incapacidad temporal<sup>80</sup> y que se refieren al nacimiento y finalización del derecho<sup>81</sup> (pero sin establecer duración máxima<sup>82</sup>), a la cuantía del subsidio (que, a diferencia de la maternidad, no alcanza el 100% de la base, sino sólo al 75%<sup>83</sup>,

---

alto riesgo, pues en tal caso los problemas para la salud no derivan del entorno de trabajo sino de la gestación misma y sus circunstancias adversas, STSJ Cataluña 1 junio 2004 (AS 2312).

<sup>78</sup> Sobre las consecuencias de equipar el riesgo durante el embarazo a la enfermedad común en vez de a la maternidad, MARTÍNEZ DE VIERGOLD, A.: «La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la “situación de riesgo durante el embarazo”», *RDS*, núm. 9, 2000, pp. 43 y ss. o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sobras*, cit., p. 301.

<sup>79</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pp. 33-34; LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El riesgo durante el embarazo (I)», *AL*, núm. 27, 2001, p. 566; LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., pp. 35-36 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad Social y riesgo durante el embarazo» o MARTÍNEZ DE VIERGOLD, A.: «La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la “situación de riesgo durante el embarazo”», ambos en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 119 y 161 y 175, respectivamente.

<sup>80</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, p. 32.

<sup>81</sup> Que corre paralelo a la situación de riesgo [RIVAS VALLEJO, M.<sup>a</sup> P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 388 o MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RMTAS*, núm. 19, 1999, p. 27] y no podrá coincidir nunca ni con la prestación de servicios ni con la baja por maternidad, MELLA MENDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», cit., p. 57.

<sup>82</sup> LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 35 o MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», *AS*, núm. 20, 2000, p. 1193.

<sup>83</sup> La cuantía aparece asimilada formalmente al subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común [STSJ Cataluña 13 mayo 2004 (AS 2177)]. El

salvo mejora voluntaria en convenio) y a la gestión y pago<sup>84</sup>. El resultado es una «protección reduccionista» que perjudica la intención última de tutelar a la trabajadora sin someterla a menoscabo económico alguno<sup>85</sup>.

## II.2.2. Protección de la lactancia

Las carencias de la versión originaria de la LPRL en su labor de trasposición de la Directiva comunitaria forzaron a una reforma legislativa acometida en el año 1999; no obstante, la modificación no fue suficiente para salvar la discrepancia entre ambas normas, en tanto una sitúa en plano de igualdad la defensa de las situaciones de embarazo y lactancia (habida cuenta a través de la alimentación el hijo puede sufrir consecuencias negativas derivadas, por ejemplo, del contacto de la madre con agentes químicos o biológicos) y la otra introduce disfunciones en este ámbito dudosamente compatibles con el espíritu que inspira la tutela de estos trabajadores especialmente sensibles. La exposición siguiente permitirá comprobar cómo

---

perjuicio económico para la mujer es evidente, motivo por el cual la doctrina aboga por la asimilación económica a la prestación por maternidad [CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», AS, T. V, 1999, p. 111; VILCHES ARRIBAS, M. J.; RUIZ, S.; GALINDO, J. y OLMEDO CHECHA, C., todos ellos en AA.VV.: «Temas para debate. La conciliación de la vida familiar y laboral», TL, núm. 51, 1999, p. 174; MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo en régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, p. 163; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.<sup>a</sup> T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pp. 142-143; MORGADO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato como medida de conciliación de la vida familiar y laboral», RL, núms. 23/24, 2002, p. 44 o SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo (Régimen laboral y de Seguridad Social)*, Navarra (Aranzadi), 2002, p. 117], en opción avalada por el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, de 7 de marzo de 2003. *Contra*, MERCADER UGUINA, J. R.: «Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo», RL, núm. 5, 2002, p. 96.

<sup>84</sup> La prestación económica es gestionada directamente por el INSS de conformidad con el procedimiento reglamentariamente establecido. El pago corresponde a la entidad gestora; frente a la incapacidad temporal por enfermedad común, donde el empresario abona el subsidio correspondiente a parte del período, tal previsión desaparece respecto al riesgo durante el embarazo a fin de evitar el temido efecto *boomerang*, LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 36.

<sup>85</sup> PEDROSA ALQUEZAR, S.: «La protección reduccionista de la mujer en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el embarazo como riesgo», *Aequitas*, núm. 9, enero-abril 2002.

la LPRL incurre en una severa falta de respuestas en cuanto hace a la situación de postparto merecedora de la más dura crítica.

Merced al tenor del art. 26.4 LPRL las obligaciones relativas a la adaptación de las condiciones de trabajo y a la movilidad funcional serán «también de aplicación durante el período de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora». Como es lógico, si se tiene en cuenta cual es la razón de ser de la protección (imperativa también para la trabajadora), su prolongación temporal queda en la indeterminación<sup>86</sup>, poniendo en manos del facultativo pertinente la competencia para determinar hasta cuando se prolonga el riesgo; por idéntico motivo, y pese a opiniones en sentido contrario<sup>87</sup>, sólo podrá alcanzar a la lactancia natural, pues sólo en tal caso los agentes empleados en la actividad laboral de la mujer pueden perjudicar la salud del hijo por transmisión a través de la alimentación.

La norma, empero, guarda silencio respecto a la posibilidad de dispensa del trabajo y consiguiente acceso a la correspondiente prestación de Seguridad Social, contraviniendo así la tutela establecida al respecto por la Directiva 92/85, que incluye, en todos sus extremos (triple nivel de protección y garantía de la remuneración y/o benefi-

<sup>86</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», cit., p. 26; MOLINA NAVARRETE, C.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: puntos críticos (y II)», *La Ley*, núm. 5004, 2000, p. 3; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., p. 302; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cit., p. 43; PONS CARMENA, M.<sup>a</sup>: «Maternidad», en AA.VV. (PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1997, p. 162 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, cit., p. 310. *Contra*, a favor de aplicar analógicamente el plazo máximo previsto en el art. 37 ET para el permiso por lactancia, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 175.

<sup>87</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 428. La COMISIÓN EUROPEA: «Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia (Directiva 92/85)», Bruselas, 5-10-2000, COM (2000) 466 final, considera preciso tomar en consideración la lactancia artificial, pues existen agentes lesivos que pueden afectar a través de la piel, el contacto físico o la ropa; sin embargo, lo cierto es que de aceptar la ampliación la protección podría extenderse excesivamente, pues el contacto físico con el hijo, como con cualquier otra persona, se puede prolongar por enormes períodos de tiempo.

cio de una prestación adecuada), tanto al embarazo como a la lactancia. La omisión sorprende todavía más si se observa como en modo alguno puede derivar de un olvido del legislador<sup>88</sup>, habida cuenta la versión primera del art. 26 LPRL, que no preveía tal causa de suspensión del contrato, extendía «lo dispuesto en los anteriores números» a este momento posterior al parto, mientras que la redacción resultante de la reforma operada por Ley 39/1999, que procede a corregir la carencia de trasposición derivada de la falta de previsión de dispensa, especifica que durante la lactancia resultará operativo «lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo», dejando fuera el nuevo apartado 3<sup>89</sup>.

No se alcanza a comprender por qué motivo una reforma que precisamente pretende ajustar la regulación interna a las exigencias de la comunitaria acaba consagrando un trato dispar entre dos etapas acreedoras de idéntico trato en la norma supranacional<sup>90</sup>. La deficiencia fuerza nuevamente a la doctrina a idear posibles cauces de solución, pues dejar incompleta la protección del lactante no parece una opción admisible a la luz tanto de la letra de la Directiva 92/85<sup>91</sup>

<sup>88</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.<sup>a</sup> T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, cit., p. 122; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo (Régimen laboral y de Seguridad Social)*, cit., p. 59 o FUENTES FERNÁNDEZ, F.: «La protección social de la trabajadora embarazada. Algunas reflexiones sobre la Ley 39/1999 y, en particular, sobre la nueva prestación por riesgo durante el embarazo», comunicación presentada a las *XI Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona, 2 y 3 marzo 2000, ejempler multicopiado, p. 19.

<sup>89</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 1999, p. 98 o SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», cit., p. 41.

<sup>90</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: puntos críticos (y II)», cit., p. 4 o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario», *Aequitas*, núm. 4, mayo 2000.

<sup>91</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.<sup>a</sup> A.: *Curso de Seguridad Social*, 9.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2002, p. 450; LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 34; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», cit., p. 1181; LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El riesgo durante el embarazo (I)», cit., pp. 565 y ss.; MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo en régimen jurídico de su armonización*, cit., p. 122; GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.<sup>a</sup> C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia (DM), 2001, p. 45; LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Salud laboral y protección por maternidad», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, cit., p. 78; MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: «La protección de la

como del espíritu de la LPRL<sup>92</sup>; las alternativas en presencia son, bien la aplicación directa de la norma comunitaria<sup>93</sup>, que chocará con la dificultad de determinar cuáles sean los cauces internos para garantizar los objetivos pretendidos por aquélla (plena protección de la mujer y del hijo durante la gestación y mientras se prolongue aquella modalidad de alimentación), habida cuenta los problemas ya expuestos derivados de aplicar el art. 30 ET o de equiparar el supuesto desprotegido a la situación de incapacidad temporal; bien el recurso a la analogía, extendiendo la dispensa por riesgo durante el embarazo a la duración de la lactancia, para permitir la suspensión del contrato y el acceso a la prestación de Seguridad Social, si bien el tenor literal de los preceptos aplicables cierra las puertas a tal posibilidad.

Ante tal situación lo cierto es que en el momento actual la etapa analizada no genera derecho a dispensa, y así será mientras no se opere la necesaria reforma legislativa que permita extender a este período la causa de suspensión por riesgo durante el embarazo y el reconocimiento del subsidio previsto para su cobertura económica. Entre tanto, las posibilidades que quedan no pueden valorarse positivamente: cabría imponer con especial rigor la operatividad de la medida dada por el traslado, como cauce último para alejar a la trabajadora del riesgo, lo cual a menudo significará hacer recaer sobre el empresario una carga excesivamente onerosa (más allá de lo razonablemente exigible), con el consiguiente desincentivo a la contratación de mujeres; cabría también someter a la mujer al triste dilema de continuar desempeñando una actividad que puede perjudicar la salud de su hijo o renunciar al trabajo y asumir el perjuicio económico derivado de tal decisión. Ni una ni otra alternativa

---

maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», cit., pp. 477 y ss.; ESCUDERO PRIETO, A.: «Salud laboral», en AA.VV. (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., Dir.): *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León. Sus efectos sobre la ordenación de las relaciones laborales y análisis de las necesidades de formación*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 2001, p. 252; GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999: una presentación», en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., p. 14 o CABEZA PEREIRO, J.: «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *REDT*, núm. 104, 2001, p. 218.

<sup>92</sup> MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A. M.<sup>a</sup>: *Maternidad y salud laboral...*, cit., p. 62; PÉREZ DEL RÍO, M.<sup>a</sup> T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., p. 61; PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999», cit., p. 1185 ó SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», cit., p. 41.

<sup>93</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *TL*, núm. 67, 2002, p. 68.



pueden considerarse satisfactorias ni acordes con la intención del legislador comunitario.

### III. PREVISIONES INCORPORADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

«Para la negociación colectiva la protección de la salud de la mujer trabajadora es un tema pendiente y sobre el que los agentes sociales deben incidir», rompiendo con la tendencia merced a la cual «en esta materia la autonomía colectiva se manifiesta poco o nada innovadora»<sup>94</sup>. En efecto, pese a las lagunas, dilemas interpretativos y contradicciones observadas en la LPRL<sup>95</sup>, y no obstante la llamada al convenio para mejorar y desarrollar las disposiciones legales (art. 2 LPRL) —de hecho, este instrumento, por su cercanía a los destinatarios, es el idóneo para alcanzar niveles óptimos de protección, aun cuando deba respetar siempre el carácter de norma mínima dado por la LPRL y sus normas de desarrollo<sup>96</sup>—, la realidad convencional muestra una aparente incapacidad para solventar las múltiples cuestiones necesitadas de solución, limitándose las normas paccionadas, con carácter general, a introducir declaraciones muy genéricas, remitirse al art. 26 LPRL o reproducir su contenido<sup>97</sup>; incluso, ofrecen

<sup>94</sup> MERINO SEGOVIA, A.: «Mujer y negociación colectiva», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, cit., p. 55.

<sup>95</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El riesgo durante el embarazo (I y II)», *AL*, núm. 28, 2001, p. 599.

<sup>96</sup> QUESADA SEGURA, R.: *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, p. 94; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: «La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales: objetivos, características formales y principales novedades», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 21-22 o ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: «La intervención de los trabajadores y sus representantes en la nueva Ley de Prevención de Riesgos», cit., p. 424. Naturaleza que contrasta con la tendencia abierta en el ordenamiento laboral a partir de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, pero que se corresponde con el mandato constitucional a los poderes públicos de velar por la seguridad y salud en el trabajo (art. 40.2 CE), en virtud del cual no puede sorprender «que sobre esta materia el Estado actúe mediante la fijación de normas relativamente inderogables», CAMAS RODA, F.: «Las técnicas de articulación entre la Ley y el convenio colectivo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 97, asumiendo extremos ya puestos de manifiesto tiempo ha por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid (MTSS), 1987, p. 206.

<sup>97</sup> MERINO SEGOVIA, A.: «Mujer y negociación colectiva», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, cit., p. 55.

una regulación más parca, restringida y difusa que la contenida en la LPRL<sup>98</sup>, incurriendo en ocasiones en flagrante ilegalidad<sup>99</sup>.

Por lo que respecta al primer peldaño de protección, la evaluación de riesgos, se aprecia como «esporádicamente la negociación colectiva se ha ocupado del tema para disponer [por ejemplo] que... tendrá especial consideración a los factores químicos, físicos o biológicos, [pero] lo cierto es que en la mayoría de los casos las únicas previsiones normativas existentes son las legales»<sup>100</sup>, cuya puesta en práctica ofrece una considerable dificultad que no acaba de ser solventada por una intervención convencional muy insuficiente en este punto<sup>101</sup>.

Lo relativo a la adaptación de las condiciones de la trabajadora tampoco ha despertado mayor interés por parte de los negociadores, pese a localizarse aspectos donde su intervención resultaría sumamente conveniente; señaladamente, y según se ha indicado, en cuanto hace a la retribución. Únicamente merecen ser puestas de manifiesto algunas previsiones cercanas a la cuestión pero de naturaleza totalmente distinta: de un lado, las prohibiciones absolutas de ocupar a mujeres en estado de gestación en determinados puestos de trabajo cuyo desempeño implique contacto con ciertos elementos, que sólo resultarán lícitas en la medida en que pretendan evitar un peligro acreditado para la trabajadora en tal estado<sup>102</sup>; de otro, las cláusulas que proscriben con carácter absoluto contratar para un horario nocturno o mantener en el mismo a embarazadas, legítimas también si el objetivo es tutelar la maternidad<sup>103</sup>, pero no, conforme consta, cuando vengan referidas al colectivo femenino en general.

<sup>98</sup> NORES TORRES, L. E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», cit., p. 314.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Salud laboral», en AA.VV. (GOÑI SEÍN, J. L., Dir.): *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*, Navarra (Universidad Pública), 2004, p. 230.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo (Régimen laboral y de Seguridad Social)*, cit., pp. 27-28.

<sup>101</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., p. 244.

<sup>102</sup> GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores», cit., pp. 229-230 o MUÑOZ MOLTÓ, F. y GARCÍA GARCÍA, A. M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», cit., p. 43.

<sup>103</sup> Cuestión no exenta, empero, de dificultad, como ocurre en el caso de un contrato suscrito desconociendo el estado de la mujer y celebrado, precisamente, para el desempeño de un trabajo nocturno; en tal supuesto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado que la eventual declaración de nulidad resultaría contraria «al objetivo de protección que persigue la Directiva» 76/207, habida cuenta «admitir que el contrato pueda ser declarado nulo o impugnado a causa de un impedimento temporal de la trabajadora por cuenta ajena embarazada» significaría

El eventual traslado a un puesto diferente sí suele encontrar, en cambio, reflejo en la negociación colectiva; de hecho, sus productos muestran un interés casi exclusivo en tal cuestión<sup>104</sup>, tanto antes de la LPRL<sup>105</sup> como en las normas pactadas con posterioridad a su entrada en vigor<sup>106</sup>, lo cual no es óbice para persistir en la crítica a la regulación convencional por su escasez, incluso en este aspecto caracterizado por un superior nivel de atención.

A este respecto no es extraño en la práctica negocial reconocer como mecanismo válido para el traslado el recurso a la permuta, ofreciendo regulaciones dispares centradas bien en insistir en la inexistencia de derecho a consolidar los puestos provisionalmente ocupados; bien en el establecimiento del procedimiento a seguir, sobre todo en cuanto hace a la elección del trabajador afectado, estableciendo en algunos casos que el empresario, encargado de tal designación, habrá de consultar a la representación del personal<sup>107</sup>. Tales previsiones, que no merecen tacha alguna, conviven, empero, con otras que restringen los derechos reconocidos a la mujer a través de la norma heterónoma; así ocurre cuando se contempla la movilidad a un puesto de inferior peligrosidad (teniendo en cuenta que la LPRL reclama uno exento de riesgo) o cuando la medida, concebida en la ley como obligatoria, se deja a la discrecionalidad del empresario. Incurren también en ilegalidad las restricciones temporales al acceso a este nivel de protección (tal es el caso de cuantas cláusulas convencionales retrasan la obligación de proceder a la movilidad funcional hasta un determinado mes de gestación<sup>108</sup>), pues, como indica la doctrina, «ni la LPRL ni la Directiva 92/85 condicionan el ejercicio de los derechos que establecen a que el estado de embarazo se encuentre en un concreto momento de desarrollo; por lo tanto no creemos que sean procedentes las limitaciones contempladas»<sup>109</sup>.

---

vaciar de efectos prácticos aquella norma, STJCE 421/92, de 5 de mayo de 1994, asunto *Gabriele Habermann-Beltermann*.

<sup>104</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., p. 225.

<sup>105</sup> VILA TIERNO, F. y MARTÍN RIVERA, L.: «Análisis de la seguridad y salud en el trabajo en la negociación colectiva anterior a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 552.

<sup>106</sup> GETE CASTRILLO, P.: «El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales», *RL*, núm. 6, 1997, p. 29.

<sup>107</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., p. 226.

<sup>108</sup> SERRANO ARGÜELLO, N.: «La estructura profesional, el paso definitivo de la categoría al grupo profesional. Un lento trasiego aún inconcluso», en AA.VV. (GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., Dir.): *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León...*, cit., p. 211.

<sup>109</sup> PONS CARMENA, M.<sup>a</sup>: «Maternidad», cit., p. 165.

Semejantes opciones, que antes de la LPRL podían verse justificadas en la inexistencia de obligación legal alguna en tal sentido<sup>110</sup>, no pueden en el momento actual ser admitidas<sup>111</sup>, habida cuenta el art. 2.2 LPRL habilita a la negociación colectiva para asumir funciones de mejora y desarrollo, pero respetando siempre y en todo caso «el carácter de derecho necesario mínimo indisponible» de la normativa preventiva heterónoma.

Por el contrario, merecen una valoración positiva cuantas cláusulas intentan salvar las dudas relativas a los derechos retributivos de la mujer, sobre todo cuando circunscriben el derecho a percibir la remuneración de origen al traslado a un puesto de inferior categoría o cuando reconocen, respecto de los complementos vinculados a la ocupación previa, la continuidad en la percepción, por ejemplo, de las comisiones o del plus de turnicidad, aun cuando lo más habitual sea incorporar una declaración genérica en virtud de la cual la modificación no podrá conllevar reducción de salario, merma de derechos económicos o perjuicio en el sueldo<sup>112</sup>.

En fin, en cuanto se refiere a la regulación de la dispensa, es menester señalar que la intervención negociada habría resultado especialmente interesante antes de la reforma de 1999, cuando la cuestión carecía de previsión alguna en la LPRL. En el momento actual la operatividad de los pactos al respecto resulta mermada, habida cuenta aquella suspensión (al contrario de lo que ocurre con la adaptación de condiciones de trabajo o el traslado, que sólo implican obligaciones en el marco del contrato de trabajo) genera derecho a prestaciones de Seguridad Social, y el convenio no puede alterar el régimen de acceso a las mismas<sup>113</sup>. Por tal motivo, deben ser declaradas nulas las

<sup>110</sup> CC.OO. SECRETARIA DE LA MUJER: «La problemática de salud laboral de las camareras de pisos», en AA.VV. (BARAÑANO, M., Comp.): *Mujer, trabajo, salud*, cit., p. 188.

<sup>111</sup> La doctrina critica cuantas cláusulas convencionales «establecen que sea la propia trabajadora la que solicite el cambio de puesto de trabajo»; «hacen depender la solución de la disponibilidad de la empresa en ese momento para el cambio de trabajo»; prevén el traslado de modo «prácticamente automático, sin intentar primero la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo»; hacen esperar «a que exista una vacante o sea posible llevar a cabo una permuta»; limitan la tutela para el caso de maternidad pero no la extienden a la lactancia; etc., SIERRA HERNÁIZ, E.: «Igualdad de oportunidades y acción positiva en la negociación colectiva española», en AA.VV.: *La nueva función de la negociación colectiva...*, cit., pp. 90-92.

<sup>112</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., p. 221.

<sup>113</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo (Régimen legal y de Seguridad Social)*, cit., pp. 42-43 o, en análogo sentido, RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 110.

disposiciones que instauran sistemas o requisitos alternativos al legal para el reconocimiento del derecho a la tutela pública.

Cuestión bien distinta es que los convenios incluyan mejoras voluntarias destinadas a incrementar el porcentaje que la afectada ha de percibir durante la suspensión de su relación laboral por riesgo durante el embarazo, elevándolo al cien por cien de su retribución, en tanto tales aumentos corren a cargo del empresario<sup>114</sup>. De hecho, conforme indica la mejor doctrina, mientras «se mantenga que la prestación tiene un importe equivalente al 75% de la base reguladora por contingencias comunes, deberá ser la negociación colectiva la que procure establecer una mejora voluntaria de la acción protectora que permita alcanzar una prestación equivalente al salario real. Es más, dado que los convenios habitualmente han venido regulando la mejora voluntaria para los supuestos de incapacidad temporal y habida cuenta la prestación a que venimos haciendo referencia se configura de forma independiente, será necesaria la actualización de dichos convenios colectivos, ya que de lo contrario podría ocurrir que una interpretación literal de los mismos condujera a otorgar mayor protección a la situación de incapacidad temporal que a la de riesgo por embarazo»<sup>115</sup>.

Los problemas apuntados se repiten cuando se trata de hipótesis no incluidas en el supuesto de hecho contemplado en la LGSS; es decir, cuando la regulación heterónoma no prevé la suspensión contractual con derecho a subsidio. Así en el caso de que no existan puestos exentos de riesgo y la trabajadora, sin embargo, no pueda acceder a prestación de Seguridad Social por no reunir los requisitos de carencia exigidos; igualmente cuando de la situación de lactancia se trata. En efecto, por vía convencional resultará factible garantizar que la mujer sea alejada de la situación de riesgo sin pérdida de sus ingresos (así será cuando los interlocutores sociales acuerden que sea el empresario quien asuma el coste de la baja<sup>116</sup> —cierto es que a riesgo de generar el ya mentado efecto *boomerang*— o ideen mecanismos para la satisfacción del salario mediante mecanismos privados), pero en modo alguno

<sup>114</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., pp. 237-238.

<sup>115</sup> TARANCÓN PÉREZ, E.: «La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, cit., pp. 66-67 o, en parecidos términos, SERRANO ARGÜELLO, N.: «La protección social complementaria de los convenios colectivos de Castilla y León: su incidencia en la familiar y la discriminación por razón de sexo», en AA.VV.: *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva en Castilla y León*, Salamanca (Junta de Castilla y León), 2001, p. 152.

<sup>116</sup> CC.OO. COMISIÓN EJECUTIVA CONFEDERAL: *Criterios para la negociación colectiva 2003*, 19 noviembre 2002, p. 31.

podrá forzarse a la entidad gestora a abonar una prestación que no aparece recogida en el sistema de Seguridad Social.

La conclusión a extraer de lo expuesto es que a la negociación colectiva cabe achacarle no sólo la presencia de cláusulas *contra legem*, sino también —lo cual resulta más habitual— una severa y especialmente acentuada parquedad reguladora, que muestra una gran falta de reflejos a la hora de elaborar respuestas inexistentes en la norma legal en su redacción de 1995 y que, posteriormente, ha debido ofrecer la propia heteronomía por la vía de la reforma. La importante alteración del panorama operada en 1999, por su parte, tampoco vino acompañada de un incremento cualitativo en el interés de los interlocutores sociales por los aspectos preventivos vinculados a la maternidad o la lactancia. Los convenios, en consecuencia y por desgracia, han venido continuando faltos de construcciones jurídicas correctas y acabadas a este respecto, incapaces de percibir con claridad y solventar las carencias todavía presentes en la norma heterónoma o de desarrollar aspectos en los cuales su labor podría permitir avances o clarificaciones de alcance<sup>117</sup>.

Con todo, constatar esta «amplia pobreza y deficiencia» no es óbice para afirmar que, pese a ello, «la negociación colectiva está llamada a ser el instrumento que sirva de cauce para la incorporación de sistemas normativos productores de un elevado nivel de seguridad y salud en la empresa». Su mayor cercanía a la realidad concreta le permite actuar en diversos frentes: en primer lugar, «mejorar, corregir y adaptar la legislación a su ámbito y actividad específica»; en segundo término, «determinar los riesgos inherentes a su actividad, que puedan perjudicar a la mujer embarazada, al feto, a la mujer lactante o al hijo, para poder adoptar las medidas preventivas adecuadas en orden a la eliminación o, cuando ésta no sea posible, a la disminución de los mismos y de sus efectos»; en tercer lugar, «concretar con carácter previo a la situación de embarazo y lactancia los específicos puestos de trabajo en los que se ha detectado riesgo en la evaluación previa, facilitándose de este modo el proceso de cambio de puesto»; en fin, «especificar las posibilidades de adaptación existentes en la empresa para los puestos de trabajo que conllevan riesgos durante el embarazo y/o lactancia tanto para la mujer como para el feto y/o el hijo»<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> AGRA VIFORCOS, B.: *La mujer en la relación colectiva de trabajo*, cit., p. 244.

<sup>118</sup> ESCUDERO PRIETO, A.: «El derecho a la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo y la lactancia», en AA.VV.: *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva en Castilla y León*, cit., p. 182.