

Grado Universitario en Relaciones Laborales y
Recursos Humanos
Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de León
Curso 2016/2017

LA EMPRESA ANTE LAS
SITUACIONES DE RIESGO DURANTE
EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA
*THE COMPANY BEFORE THE RISK
SITUATIONS DURING PREGNANCY AND
BREASTFEEDING*

Realizado por el alumno D. Joaquín Portolés Ibarz

Tutorizado por la Profesora Dra. Beatriz Agra Viforcós

VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE GRADO

La profesora Dña. BEATRIZ AGRA VIFORCOS, en su calidad de Tutor del Trabajo Fin de Grado titulado “La empresa ente las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia”, realizado por D. JOAQUÍN PORTOLÉS IBARTZ en el Curso de Adaptación al Grado Universitario en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al art. 12.3 del R.D. 1393/2007, de 29 de octubre.

En León, a 1 de junio de 2017

VºBº

Fdo.: BEATRIZ AGRA VIFORCOS

SUMARIO

I. MEMORIA	2
1. Resumen y <i>abstract</i>	2
2. Objetivos	3
3. Metodología	4
II. LA EMPRESA ANTE LAS SITUACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA	6
1. Evolución de la protección del riesgo durante el embarazo y la lactancia en España	6
2. La Directiva 92/85/CEE del Consejo.....	9
3. Marco normativo vigente	12
4. Medidas establecidas para la prevención de riesgos laborales que afectan a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.....	15
4.1. La evaluación de riesgos en la empresa	17
4.2. La adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora.....	20
4.3. El cambio de puesto o funciones de la trabajadora	22
4.4. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.....	26
5. Responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de medidas de protección.....	32
III. CONCLUSIONES	34
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	37

I. MEMORIA

1. Resumen y *abstract*

Aunque la maternidad sea uno de los hechos biológicos más importantes en la vida de la mujer, desde su incorporación al mercado de trabajo compaginar ambas situaciones no ha sido siempre fácil.

Es evidente que los riesgos capaces de afectar a la mujer trabajadora en su lugar de trabajo pueden multiplicarse cuando esta se encuentra embarazada o durante la lactancia; además de que estos riesgos, debido a los propios cambios sufridos por la mujer durante este período, en ocasiones se verán potenciados. A ello se añade que el embrión o feto puede verse dañado.

Sin perjuicio de las precedentes, la Directiva 92/85/CEE para la protección de las trabajadoras embarazadas fue el punto de partida clave para que se elaborara una normativa específica de protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico español. Este estableció la protección de la maternidad de las trabajadoras en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuya versión primera incurría en un evidente déficit de transposición de la norma comunitaria que ha sido salvado a través de los reglamentos y modificaciones posteriores que se han ido sucediendo para ir ampliando y definiendo esta protección.

Palabras Clave: Riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, evaluación de riesgos, adaptación de condiciones de trabajo, suspensión del contrato de trabajo.

Although maternity is one of the most important biological facts in the life of women, since their incorporation into the labor market, combining both situations has not always been easy.

It is clear that the risks that can affect working women in their workplace can multiply when they are pregnant or during breastfeeding; As well as that these risks

due to the changes suffered by women during this period can be enhanced. To this it is added that the embryo or fetus can be damaged

Notwithstanding the foregoing, Directive 92/85 / EEC on the protection of pregnant workers was the key point of departure for the drafting of specific legislation on maternity protection in the Spanish legal order. This established the protection of the maternity of women workers in Act 31/1995 of November 8 of Prevention of Occupational Risks, whose first version incurred an evident deficit of transposition of the community norm that has been saved through the regulations and Later modifications that have been happening to expand and define this protection.

Keywords: Risk during pregnancy, risk during breastfeeding, risk assessment, adaptation of working conditions, functional mobility, suspension of employment contract.

2. Objetivos

Se ofrece a la valoración de la Comisión Evaluadora el presente Trabajo Fin de Grado, que pretende analizar la evolución de la legislación española en la protección de la maternidad y la lactancia frente a los riesgos laborales, así como la regulación vigente en la materia. Lógicamente, y debido a que España forma parte de la Unión Europea, también va a ser necesario analizar la normativa que en forma de directivas se establecen como obligatorias para los Estados miembros, máxime teniendo en cuenta que buena parte de la protección existente en España procede del acervo comunitario.

Este trabajo pretende ofrecer un análisis estrictamente jurídico de cómo ha ido evolucionando el sistema normativo español en la materia hasta llegar a la regulación que el ordenamiento actual contempla. Para ello va a ser necesario analizar el tenor legal a la luz de la jurisprudencia que al respecto se ha ido generando; jurisprudencia que ha ido articulando y aclarando la forma en la que la normativa debe ir aplicándose e interpretándose en función de las diferentes situaciones, problemas e incompatibilidades que han aparecido en la aplicación

práctica de esta normativa en la empresa para que pueda producirse una protección efectiva de la maternidad. Todo ello sin olvidar las aportaciones doctrinales en la materia, vertidas por los más solventes investigadores.

Durante el trabajo se analizará en profundidad lo que viene establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo artículo 26 se basa el modelo actual de protección del embarazo y la lactancia en la empresa, así como el resto de normativa relacionada, pues el análisis normativo no se detendrá en esta norma, pues también, continuando con otras conexas y con su desarrollo reglamentario.

3. Metodología

En lógica correspondencia con los objetivos del presente trabajo, este asumirá una metodología jurídica en su sentido más restrictivo, es decir, centrada fundamentalmente en la faceta normativa del Derecho, aunque sin despreciar puntuales consideraciones a la fáctica y/o la axiológica.

Así pues, va a ser preciso analizar las distintas leyes o Reales Decretos que han completado la protección de la maternidad que se estableció con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ya que esta, como se analizará más adelante en el propio trabajo, no fue capaz de trasponer e incorporar completamente los mínimos establecidos en la Directiva 92/82/CEE, por lo que será necesario visitar también la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Es preciso tener presente que el análisis de esta normativa obligará a afrontar un triple enfoque, en tanto no solo incorpora previsiones incardinadas en el Derecho de la Seguridad y la Salud en el Trabajo, sino también aspectos de Derecho Individual del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social.

A resultas de todo ello, se dará una visión global de la protección del embarazo y la lactancia frente al riesgo laboral otorgada por el ordenamiento español, debidamente complementada con la doctrina judicial y la jurisprudencia generada por los diferentes tribunales de justicia, tanto de las comunidades autónomas como de los Tribunales Supremo y Constitucional, los cuales, en su función esencial de aplicación de las normas, han ido interpretando su articulado a lo largo de numerosos pronunciamientos. El estudio se completará con la alusión a problemas y soluciones detectados por la investigación iuslaboralista.

II. LA EMPRESA ANTE SITUACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA

1. Evolución de la protección del riesgo durante el embarazo y la lactancia en España

La historia del Derecho del Trabajo español ha dado diversas muestras de la protección de la maternidad de las mujeres trabajadoras en la empresa; sin embargo, la protección del estado biológico del embarazo frente al riesgo laboral no ha gozado de una respuesta real y definitiva hasta la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

En el ordenamiento jurídico español se ha ido articulando una protección de la maternidad en forma de derechos de conciliación (permisos, suspensiones, excedencias, reducciones de jornada...), de prestaciones de Seguridad Social y de una tutela antidiscriminatoria que alcanza singular trascendencia en la hipótesis del despido. En cambio, la salvaguarda de la salud de las trabajadoras en el transcurso del embarazo mismo ha quedado siempre de lado, pasando a situación de incapacidad laboral transitoria (actual incapacidad temporal) durante un período de tiempo cuando realmente el estado de salud de la trabajadora se veía aquejado debido a los propios cambios y problemas derivados del embarazo. No es hasta la citada LPRL que se establece una respuesta preventiva singular destinada a evitar las posibles influencias negativas que el trabajo de la mujer pudiera tener en ella por su condición de gestante, en el feto o en el niño lactante¹.

Esto es así pese a que la protección al propio estado del embarazo ya fue tomada en consideración en la histórica “Ley de la Silla”, promulgada en febrero de 1912. Esta ley obligaba a que las empresas en las que se encontraran trabajando

¹ “La exposición de la mujer gestante a ciertas condiciones de trabajo... puede influir en el feto de forma que quede comprometida bien la viabilidad del embarazo o la salud o la integridad física o psíquica del futuro hijo”. Por su parte, la lactancia natural implica que “si la madre está expuesta en su trabajo a agentes físicos o químicos pueden secretarse en la leche materna y así transmitirse al recién nacido”, PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2007, págs. 198-199.

mujeres embarazadas dispusiesen de sillas en número igual al de trabajadoras gestantes para que estas pudieran utilizarlas cuando la actividad lo permitiera. El gobierno promovió esta ley debido en parte a la entrada de la mujer en el mercado laboral y a la incidencia que podía tener su actividad laboral y su capacidad reproductora, pero también promovió esta reforma movido por los movimientos sociales y reformas de otros países del entorno (entre otras, la ley belga de 25 de junio de 1905), pues “la semejanza entre el texto de la norma española y otras normas extranjeras que regulan el mismo asunto evidencia que el legislador social español tomó como punto de partida en el proceso de elaboración legislativo normas promulgadas con anterioridad” en el ámbito comparado².

El lado positivo de este tipo de normativa era su incipiente sensibilidad hacia la singularidad de la mujer trabajadora. Lo negativo de la aprobación de este tipo de leyes es que se basaban en que la mujer era el sexo débil por lo que acababan ahondando más en la discriminación que las mujeres trabajadoras sufrían.

Desde esta norma hasta prácticamente la normativa actual no se encuentran en el ordenamiento jurídico español leyes que protejan directamente y desde el punto de vista biológico la situación de las trabajadoras embarazadas en la empresa, que hayan regulado o limitado las tareas que estas trabajadoras puedan realizar dentro de su puesto de trabajo o que eliminen aquellas situaciones o condiciones peligrosas que estas trabajadoras puedan sufrir. Como ya se ha indicado, la única forma de protección real para ellas consistía en que pasaran a situación de incapacidad laboral transitoria, es decir, a que se les tramitara una baja por enfermedad común de forma que pudieran dejar de realizar el trabajo que estaban desarrollando sin importar si los peligros o condiciones que podían afectar a su estado biológico durante el embarazo vinieran del propio estado de salud de la mujer o fueran las propias condiciones laborales a las que se encontrara sometida las que la estuvieran perjudicando. Y para ello, preciso es indicarlo, no era suficiente con un riesgo no actualizado; es decir, la

² ESPUNY TOMAS, M^a.J. y GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, pág. 45.

trabajadora debía sufrir efectivamente alguna dolencia o patología (un dado, en definitiva).

Ni tan siquiera con la aprobación de la Constitución Española de 1978 (CE) se establecieron normas directas de protección del estado biológico del embarazo en el trabajo, aun cuando el art. 39 CE encomiende a los poderes públicos la protección de la familia, los hijos y las madres; el art. 40.2 CE les fuerce a velar por la seguridad y la salud en el trabajo o, por no seguir, el art. 43.1 CE reconozca el derecho a la salud.

Así pues, no fue hasta que la hoy denominada Unión Europea aprobó la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco), y a raíz de las obligaciones que nacieron de la misma, que el ordenamiento jurídico español se vio forzado a articular una protección del riesgo durante el embarazo y del riesgo durante la lactancia de las trabajadoras en España.

La trasposición de esta Directiva se sitúa en el origen mismo de la LPRL, con cuya aplicación empieza a exigirse la evaluación de los riesgos a los que pueden encontrarse sometidas en su trabajo las mujeres trabajadoras durante el embarazo o el período de lactancia, así como a articularse una protección real de estas situaciones, pues la transposición de la Directiva Marco se aprovechó para hacer lo propio con otras elaboradas en la materia; entre ellas, la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Con todo, y como habrá ocasión de comprobar, la adaptación fue inicialmente deficitaria, motivo por el cual no ha sido hasta años después que el modelo tutelar del embarazo y la lactancia frente al riesgo laboral se ha consolidado.

En fin, con la trasposición de estas directivas, las sucesivas reformas a las que ha sido sometida la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la elaboración de los

distintos reglamentos necesarios para completar la tutela, ha ido tomando forma la protección a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Aunque al ordenamiento laboral español le ha costado anticiparse y dotar de una protección efectiva de las trabajadoras embarazadas en la empresa hasta que desde la Unión Europea se le han marcado directrices y pautas de obligado cumplimiento, lo cierto es que en el momento actual el nivel de tutela ofrecido por una regulación ya madura resulta bastante satisfactorio.

2. La Directiva 92/85/CEE del Consejo

Conforme consta, con la entrada de España de la entonces denominada Comunidad Económica Europea --actual Unión Europea-- y la obligación que de ello nace de trasponer aquellas Directivas que se redactan para armonizar las distintas normativas de los estados miembros, es cuando realmente en el ordenamiento jurídico español ha comenzado a implementarse una verdadera protección de la situación del riesgo durante el embarazo o lactancia de la mujer trabajadora en el ámbito laboral.

Con esta trasposición y adopción de normativa específica en el ámbito de la protección del embarazo en la empresa es cuando el ordenamiento jurídico español se ha dotado de figuras reales de protección así como de legislación específica, aunque cabe destacar que al legislador interno le ha costado realizar esta labor, ya que, como en otras tantas ocasiones, ha tardado un tiempo demasiado largo, transcurriendo diversos años hasta que se han aprobado leyes y reglamentos que realmente contemplaran las obligaciones imperativas que se marcaban desde las directivas de la organización supranacional.

Como primera directiva a destacar hay que reiterar la mención a la ya aludida Directiva Marco, del año 1989, que contiene el marco jurídico general en el que se basa la política de prevención de riesgos laborales a nivel comunitario y cuyo art. 15 ya avanzó que “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”. Según acaba de ser indicado, la trasposición de esta Directiva dio lugar en el ordenamiento jurídico

español a la LPRL, ley que también incorporó disposiciones de otras directivas como la 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la 94/33/CEE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, y la 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, la primera de las cuales es el origen del art. 26 LPRL, encargado de la protección de la maternidad de las trabajadoras en el ordenamiento jurídico-preventivo español, aun cuando en su primera versión no pudiera considerarse que cumpliera de forma satisfactoria con las exigencias comunitarias.

La varias veces aludida Directiva 92/85/CEE se encarga de marcar las obligaciones de los estados miembros para la protección efectiva de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia dentro del ámbito laboral, pero su alcance es mucho más amplio que lo relativo a la seguridad y salud, en tanto adopta un enfoque poliédrico que se extiende mucho más allá de la normativa preventiva para alcanzar al Derecho Individual del Trabajo o el Derecho de la Seguridad Social³. En realidad, la norma aporta un planteamiento tutelar que combina actuaciones en ámbitos dispares a fin de otorgar una protección integral⁴, no en vano, como ella misma sienta en sus “considerandos”, “la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad”, pero, al tiempo, encontrarse en alguna de estas situaciones “no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de

³ Un análisis de la misma en, entre otros, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, J.M^a.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 21-31 o SÁNCHEZ CASTILLO, M^a.M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2009, págs. 35-45.

⁴ NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M.: *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia*, Sevilla (Instituto Andaluz de Riesgos Laborales), 2012, págs. 17-19.

trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”.

Por cuanto hace, en concreto, a su contenido preventivo, procede sentar que esta Directiva obliga a realizar una protección específica de la maternidad en la empresa, estableciendo la necesidad del análisis de los puestos de trabajo en la misma, así como de la posible exposición de la trabajadora a cualquier tipo de agentes que puedan afectar a su estado o salud, al del futuro hijo o al del lactante, añadiendo también que las trabajadoras de la empresa y sus representantes legales deberán ser informados de los resultados de estas evaluaciones⁵. La norma no se queda, claro está, en la imposición de una obligación diagnóstica, también fuerza a establecer las medidas de prevención necesarias para minimizar la exposición a posibles riesgos o condiciones peligrosas.

La norma europea establece los criterios de evaluación de los distintos riesgos que pueden afectar a la mujer, que pueden derivarse de agentes físicos, químicos o biológicos, así como de los movimientos, posturas, cargas físicas y/o mentales, y pauta la prohibición expresa de que la trabajadora en situación de embarazo, parto reciente o lactancia se vea expuesta a alguno de estos agentes o condiciones incluidos en los anexos de la propia Directiva.

La Directiva marca, asimismo, la consecuencia de los resultados de las evaluaciones realizadas de los distintos puestos de trabajo, estableciendo que deberán eliminarse los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras, adaptando las condiciones y/o el tiempo de trabajo de estas y cambiando a la trabajadora de puesto de trabajo si las adaptaciones no fueran factibles o fueran insuficientes. Añade, además, que si no es posible ningún tipo de adaptación o cambio del puesto de trabajo, la trabajadora deberá quedar dispensada de trabajo, en función de las propias

⁵ Téngase presente en relación con la evaluación de riesgos, la “Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo)”. Bruselas, 05.10.2000 COM(2000) 466 final.

legislaciones o practicas nacionales, durante el periodo que fuera necesario para la protección de su seguridad o salud. Todo ello, evidentemente, sin detrimento en el empleo o los derechos económicos, pues lo contrario significaría una quiebra de la sacrosanta tutela antidiscriminatoria, al resultar constitutivo de discriminación directa por razón de género.

Ya al margen de lo relativo a la prevención de riesgos laborales, la Directiva añade la necesidad del permiso de maternidad mínimo de 14 semanas ininterrumpidas a disfrutar antes y/o después del parto, siendo dos obligatorias tras el mismo. Incluye también la prohibición de despedir a las trabajadoras en relación con su embarazo desde el inicio de este hasta el final del permiso, así como la exigencia de que se garanticen los derechos propios del contrato de trabajo con una remuneración o prestación adecuada.

3. Marco normativo vigente

Actualmente en el ordenamiento jurídico español, la protección de las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia se encuentra recogida en diferentes normas; es decir, no solo hay que atender a la LPRL, sino también a la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en la que se regula la acción protectora del sistema en caso de suspensión del contrato por tales causas (arts. 186 y ss. LGSS, desarrollados por RD 295/2009, de 6 de marzo), y al Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que regula los efectos laborales de la misma (arts. 45 y 48.8 ET).

Como ya se indicó anteriormente, con la LPRL se hizo una transposición parcial de la Directiva 92/85/CEE, fundamentalmente a través de su art. 26, en cuya virtud la evaluación de riesgos “deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la

evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo de la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

Ahora bien, continúa el precepto indicando, como segundo nivel de tutela, que “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 que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”, teniendo en cuenta que a tal fin “el empresario deberá determinar previa consulta a los representantes de los trabajadores la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos”.

De esta forma se contempla, como primera acción, la necesidad de la adaptación del puesto de trabajo al estado biológico de la mujer, pero también, en su caso, una segunda consistente en el eventual cambio de puesto de trabajo dentro la empresa a otro que no presente riesgos para su estado, sirviéndose para ello de las reglas y criterios propios de la movilidad funcional, preferentemente ordinaria, conforme habrá ocasión de constatar.

Sin embargo, aunque por primera vez en la normativa española se vino a establecer la obligación de proteger a la trabajadora embarazada (según indica la doctrina, el art. 26 LPRL cubrió “de manera bastante completa el vacío legal existente en la materia⁶), las medidas establecidas no fueron suficientes, por lo que

⁶ 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, pág. 270.

fue necesario esperar cuatro años más, hasta la aparición de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de medidas para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, para ver como continuaba la labor de transposición de la Directiva comunitaria de referencia.

Antes de que dicha norma viera la luz, en la empresa en la que no se podía ni adaptar las condiciones ni cambiar el puesto de trabajo a la trabajadora embarazada, se producía una situación de indefensión clara; con su entrada en vigor se permitió que en estos casos el contrato de la trabajadora pasara a una situación de suspensión temporal por riesgo durante el embarazo de forma que quedaba exonerada de realizar su actividad en la empresa⁷. Como apuntaron quienes primero analizaron la reforma, “con tales cambios se pretende cubrir el *vacuum legis* derivado de la redacción [primera] del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al no haber contemplado este precepto, ni ningún otro, entre las medidas de protección de la maternidad, la dispensa de trabajo con mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo (remuneración incluida) que prevé la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre”⁸.

Sin embargo, la protección otorgada a través del sistema de Seguridad Social resultaba claramente deficitaria, pues significaba un detrimento económico para la trabajadora y no todas podían acceder a la prestación establecida. Posteriormente, será la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que solventará de una vez por todas el déficit de transposición de la Directiva 92/89/CEE, mediante sendas medidas: de un lado, el reconocimiento de la situación de riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses; de otro, el

⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (CEDECS), 2002, págs. 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”, *Tribuna Social*, núm. 115, 2000, pág. 30 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99, 2000, pág. 28.

⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador: algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 1999, pág. 17.

tratamiento del riesgo durante el embarazo y durante la lactancia como contingencias profesionales⁹.

Por cuanto hace a la labor de complemento llevada a efecto a través del desarrollo reglamentario, procede señalar que el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, desarrolla la regulación de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. Por su parte, su coetáneo, el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, modificó el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), dando nueva redacción a su art. 4 e introduciendo en el mismo los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, relativos a un listado no exhaustivo de agentes, condiciones y procedimientos de trabajo potencialmente peligrosos para las trabajadoras embarazadas, de parto reciente y que se encuentren en período de lactancia, anexos que no habían sido incluidos, según reza el preámbulo de la norma, “porque ambos incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la transposición, se consideró que incluir esos listados podía inducir a pensar erróneamente que sólo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos”.

A la luz de la exposición precedente, se observa como han hecho falta casi 20 años y sucesivas reformas de la normativa al respecto para que el legislador español transpusiera completamente la Directiva comunitaria 92/85/CEE a la normativa interna.

4. Medidas establecidas para la prevención de riesgos laborales que afectan a trabajadoras embarazadas o en período de lactancia

La LPRL regula la maternidad mediante una serie de “medidas dirigidas a proteger simultáneamente la estabilidad en el empleo (*favor negotii*) y el proceso de

⁹ Sobre esta evolución, entre otros, MARTÍNEZ BOTELLO, P.: “El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural: de contingencia común a profesional”, *Información Laboral*, núm. 34, 2007, págs. 2-14.

embarazo” o en su caso la lactancia, otorgando así protección a la mujer, al feto y/o al recién nacido¹⁰. A tal fin, incorpora una estructura muy clara: en la cúspide, por supuesto, la esencial evaluación de riesgos, a partir de la cual se pueden desencadenar tres actuaciones sucesivas, que comienzan con la valoración de una adaptación de condiciones, pueden seguir con una movilidad funcional y en ocasiones, ante la imposibilidad o insuficiencia de lo anterior, concluyen con la suspensión del contrato.

Así pues, “la protección de la maternidad se articula con especial rigor en una serie de medidas que sucesivamente está obligada a adoptar la empresa”¹¹, contando para ello con la esencial colaboración del personal sanitario del servicio de prevención, que “estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente... y propondrá las medidas preventivas adecuadas” (art. 37.3.g RSP).

Sea como fuere, la constatación del riesgo (por regla general en la evaluación, sea esta inicial, sea sucesiva) exige una respuesta activa de la empresa, toda vez que “el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones”, por lo que la empresa puede incurrir en la vulneración del art. 15 CE (derecho a la vida e integridad física) también si omite las medidas de prevención que debe aplicar para proteger a las trabajadoras en situación de embarazo o lactancia¹².

Conviene señalar a este respecto que, pese a la división doctrinal al respecto, los tribunales han concluido que la obligación empresarial de actuar surge en cuanto tiene conocimiento del estado de la trabajadora, aunque esta no se lo haya

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 155.

¹¹ STSJ Extremadura 29 noviembre 2002 (AS 843). El carácter escalonado de las medidas se deja patente en la STSJ Comunidad Valenciana 12 junio 2008 (AS 2008/2025).

¹² STCo 62/2007, de 20 de marzo, sobre “vulneración del derecho a la integridad física: asignación de una actividad peligrosa a una funcionaria en avanzado estado de embarazo omitiendo los deberes de prevención de riesgos laborales”.

comunicado expresamente¹³; ello sin perjuicio de afirmar que este conocimiento debe ser probado por quien lo alega¹⁴.

En consecuencia, y de manera acertada, los pronunciamientos judiciales dan mayor importancia al conocimiento que a la comunicación, para lo cual se sirven del argumento siguiente: el art. 4 de la Directiva 92/85/CEE define a la trabajadora embarazada como aquella que, estándolo, “comunique su situación al empresario”, pero el ordenamiento interno omite esa exigencia, lo que constituye una mejora respecto a la norma comunitaria que solo se puede interpretar en el sentido de que la comunicación activará la protección del art. 26 LPRL, pero también lo hará el conocimiento real por parte de la empresa (obtenido por otra vía), del mismo modo que en caso de desconocimiento no le podrán ser exigidas responsabilidades por omisión de las medidas establecidas en el art. 26 LPRL para la protección del embarazo¹⁵.

4.1. La evaluación de riesgos en la empresa

Uno de los instrumentos esenciales del sistema preventivo empresarial es la evaluación de riesgos, elemento de diagnóstico básico para la planificación posterior. Esta labor aglutina un análisis objetivo con otro de carácter subjetivo, referente a la

¹³ El ordenamiento jurídico no exige a la trabajadora comunicar su estado, por lo que la obligación del empresario surgirá también si alcanza conocimiento por otra vía [STS 19 julio 2006 (RJ 2006/6653 y 8040)]; así, por ejemplo, porque el embarazo es evidente o si es un hecho conocido en el centro de trabajo, STCo 17/2003, de 30 de enero. En la doctrina, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley-Actualidad), 2000, pág. 62; PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, cit., págs. 212-213 o GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 117. En sentido contrario, MORENO GENÉ, J y ROMERO BURILLO, J.M.: *Maternidad y salud laboral*, cit, págs. 24-25 o GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*, Granada (Comares), 2009, pág. 56.

¹⁴ STCo 41/2002, de 25 de febrero.

¹⁵ STSJ Madrid 18 mayo 2000 (AS 2651).

posible presencia de trabajadores especialmente sensibles¹⁶; entre otros, como no, trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Sea como fuere, está claro que, en el esquema diseñado por la LPRL, la evaluación de riesgos es, sin duda, “elemento clave que dará sentido a toda la regulación”¹⁷.

La evaluación exigida por el art. 16 LPRL y por los art. 3-7 RSP debe incluir, pues, el análisis de los riesgos que puedan afectar de manera singular a la situación de embarazo o lactancia, y lo debe de hacer en los términos establecidos en la primera parte del ya transcrito art. 26.1. LPRL: “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 riesgo específico”. También las amenazas que puedan afectar al período de lactancia (natural), *ex* art. 26.3 LPRL.

La tarea se simplifica tras la entrada en vigor del RD 298/2009, de 6 de marzo, que modifica el art. 4.1.b) RSP para añadir que “a efectos de lo dispuesto sobre la evaluación de riesgos en el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el anexo VII de este real decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier

¹⁶ STSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 2004/1903). “Este tipo de medida preventiva, en aras a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, debe tomar en consideración dos criterios: uno objetivo, la naturaleza de la actividad, otro subjetivo, la exposición de determinados trabajadores a riesgos especiales derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que, en ocasiones, se acumulan a los riesgos derivados de la propia prestación laboral, duplicando así la peligrosidad”, PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, *cit.*, pág. 201.

¹⁷ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M^a.G.: “La Ley de Igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 233.

actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición”. También pueden ser de gran ayuda, sin duda alguna, las directrices al respecto publicadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo¹⁸, así como sus notas técnicas¹⁹.

La evaluación de riesgos así caracterizada puede concebirse como obligación nuclear, clave en la protección de la maternidad, no en vano constituye el punto de partida que desencadena la puesta en marcha de múltiples obligaciones concretas que se imponen al empresario como parte de su genérico deber de protección²⁰. Tal y como indica la mejor doctrina, “esa evaluación se revela fundamental en la actividad planificadora de la prevención: de ella se deducirán los puestos que presentan riesgos y los factores de riesgo en la organización empresarial, así como, en paralelo, los puestos que no presentan ningún riesgo para el embarazo o la lactancia, entre cuyos límites han de moverse las obligaciones empresariales de adaptación de los puestos de trabajo”²¹.

De hecho, conviene apuntar que el análisis debe realizarse con independencia de la presencia en la empresa de mujeres embarazadas²², en previsión de que pueda

¹⁸ INSHT: *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, 2011 disponible en
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2011/ficheros/2011_11_23_DIR_MATER.pdf

¹⁹ NTP 914: *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*, 2011; NTP 915: *Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud*, 2011; NTP 992: *Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas*, 2013 y NTP 993: *Embarazo y lactancia natural: el papel de la empresa en la prestación por riesgo laboral*, 2013.

²⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su condición jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 59.

²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005. El Tribunal Supremo es tajante cuando establece que sin una conclusión clara respecto a la existencia de riesgo “para estas situaciones femeninas”, resulta imposible fiscalizar “el cumplimiento y agotamiento por la empresa de las sucesivas actuaciones impuestas por el art. 26 LPRL”, STS 18 marzo 2011 (RJ 2011/5812).

²² STSJ Navarra 13 junio 2002 (AS 2002/2607).

surgir tal eventualidad²³; otro tanto, en caso de lactancia²⁴. Sin perjuicio, claro está, de que la evaluación inicial deba ser actualizada, por aplicación del mandato incorporado al art. 4.2. c) RSP, una vez se verifique la existencia de una trabajadora gestante o con un hijo lactante²⁵.

En fin, y según ya se avanzó, la Directiva 92/85/CEE establece que la trabajadora afectada debe ser informada de los resultados de la evaluación efectuada, algo que, pese a no aparecer específicamente contemplado en el art. 26 LPRL, debe entenderse cumplido mediante la genérica obligación de información incorporada al art. 18 LPRL, que exige al empresario disponer lo necesario para que los trabajadores sean informados de los riesgos para su seguridad y salud en el trabajo.

4.2. La adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora

Si la evaluación de riesgos realizada pone de manifiesto la presencia de amenazas potenciales, la empresa deberá activar el protocolo necesario que tenga contemplado a fin de adaptar las condiciones de trabajo de la mujer para eliminar el riesgo para su salud.

En este sentido se pronuncia el art. 26.1 LPRL cuando señala que “si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia..., el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una

²³ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, J.M^a.: *Maternidad y salud laboral*, cit., pág. 43 o GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 288.

²⁴ No obstante, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que “la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los riesgos que concurren y su relevancia en relación con la lactancia” en cada hipotética situación, STS 22 noviembre 2011 (RJ 2011/1467).

²⁵ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA.VV. (QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Dirs.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTI), 2008, pág. 351.

adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”, teniendo en cuenta que, como señala el art. 4.7 LPRL, “se entenderá como ‘condición de trabajo’ cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”, por lo que deberá eliminarse del puesto de trabajo de la embarazada cualquier “condición peligrosa”, tales como riesgos físicos, químicos, características de equipos o instalaciones, etc., pero también posibles condiciones organizativas (excepción hecha, en este primer nivel, del puesto de trabajo o las funciones) que podrían influir en el estado biológico de la trabajadora; de hecho, la norma contempla expresamente que entre otras medidas se puede incluir, de ser necesario, “la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. Caben empero otras opciones, como puede ser la eliminación de la disponibilidad, de las guardias o de distribuciones irregulares de la jornada, al poder ser fuente de riesgos de carácter psicosocial que, no siendo tan fácilmente valorables, sí pueden llegar a ser potencialmente muy lesivos para la trabajadora en situación de embarazo o lactancia²⁶.

En cualquier caso, es menester tener presente que, de conformidad con el art. 4.1 RSP, la trabajadora no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en el anexo VIII, cuyo apartado A se aplica a la hipótesis del embarazo, reservándose el B para la lactancia natural.

Por cuanto hace a la cuestión retributiva (en tanto la modificación de condiciones podría amenazar, por ejemplo, la percepción de algunos complementos salariales), basten las palabras siguientes: es “difícil entender una protección de la mujer embarazada sin un respeto a las retribuciones que venía percibiendo”²⁷,

²⁶ La STSJ Castilla-La Mancha 29 octubre 2009 (Rec. 584/2009) resuelve la existencia de riesgo durante la lactancia (ya en el tercer nivel de tutela: la suspensión del contrato) en el caso de una trabajadora que trabaja a turnos, aunque en el caso el riesgo se concreta, más bien, con su prolongación de 12 horas y con el nivel de exigencia de la tarea.

²⁷ STSJ Extremadura 29 noviembre 2002 (AS 2002/843).

motivo por el cual la trabajadora habrá de conservar las que le vinieran correspondiendo antes de la adaptación²⁸.

En fin, esta adaptación del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia debe realizarse de forma que se eliminen completamente los posibles riesgos que puedan dañar a la trabajadora o su estado. Ahora bien, cuando no pueda garantizarse a través de esta adaptación que no existan riesgos o condiciones peligrosas que puedan afectar negativamente a su estado biológico, la empresa deberá dar un paso más y proceder a la movilidad funcional en los términos a continuación expuestos.

4.3. El cambio de puesto de trabajo o funciones de la trabajadora

Cuando no resulte posible un cambio en el propio puesto de trabajo o una adaptación adecuada que aleje de los riesgos a la trabajadora embarazada (o en lactancia)²⁹, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua (previo informe del médico del sistema público de salud que asista a la mujer), la afectada “deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado” (art. 26.2 LPRL)³⁰.

Procede recordar que, previamente a este cambio, la empresa, con la colaboración del servicio de prevención (en el sentido amplio de la expresión), debe haber realizado obligatoriamente un trabajo de evaluación de todos los puestos de trabajo existentes y haber elaborado una lista sobre cuáles son los que una trabajadora embarazada o en período de lactancia puede ocupar sin ver afectado su estado

²⁸ SSTSJ Madrid 28 julio 1999 (AS 1999/6214), Cataluña 20 de julio 2000 y 11 diciembre 2003 (AS 2000/3700 y AS 2003/1171) y Extremadura 29 de noviembre 2002 (AS 2002/843).

²⁹ Como establece la Directiva 92/85/CEE, cuando no resulte “técnica u objetivamente posible” o no pueda “razonablemente exigirse por motivos justificados”, GARCÍA TESTAL, E.: *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008 pág. 126.

³⁰ Insisten en el carácter subsidiario de la movilidad funcional respecto a la medida prioritaria (adaptación de condiciones), entre otras, las SSTSJ Aragón 18 noviembre 2002 (2002/3351) o Cataluña 1 junio y 18 noviembre 2004 (AS 2004/2312 y 3814).

biológico³¹; además, estos puestos de trabajo deben haber sido consultados con los representantes legales de los trabajadores para cumplir con el deber que en este sentido impone la normativa.

Esta actuación puede parecer sencilla en principio, pero en la práctica da lugar en no pocas ocasiones a complicaciones en cuanto a la propia existencia en la empresa de puestos de trabajo compatibles con trabajadores en estados biológicos sensibles (lista restringida también, recuérdese, por el Anexo VII RSP), algo que todavía resultará más difícil en empresas pequeñas o medianas, ya que la propia escasez de puestos de trabajo distintos puede conllevar más problemas a la hora de poder elegirlos³².

El procedimiento tampoco es sencillo e informal. Al contrario, conforme consta, concurre la doble exigencia de un informe médico (y no de cualquier facultativo, sino de uno del sistema público de salud) y un certificado de los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua. Para muchos, estas exigencias documentales (verdaderas complicaciones burocráticas) resultan dudosamente compatibles con la premura que reclaman estas situaciones, pues incorporan “más complejidades en el cambio de puesto de trabajo con una clara incidencia negativa... en el acceso a la suspensión por riesgo durante el embarazo”³³.

Sin embargo, el rigor parece fundamentarse, de un lado, en el hecho de que mediante tales exigencias documentales médicas “se evita la posible utilización de este supuesto de movilidad como cobertura para esconder intenciones discriminatorias o sancionadoras con respecto a la trabajadora por razón de su

³¹ STCo 161/2004, de 4 de octubre, que marca como obligatorio para la empresa la elaboración de la evaluación que indique cuales son los puestos de trabajo compatibles con trabajadoras embarazadas.

³² Dadas las dificultades organizativas y económicas, las PYMEs suelen alegar imposibilidad para forzar así la suspensión del contrato, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M^a: *Maternidad y salud laboral*, cit., pág. 49.

³³ MARTÍNEZ MOYA, J.: “Maternidad y riesgo durante el embarazo: puntos críticos y reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, pág. 68.

embarazo”³⁴; de otro, en que el certificado reclamado conecta este nivel de tutela con el tercero, la suspensión del contrato con acceso a prestaciones de Seguridad Social³⁵, tal y como se aprecia claramente en el art. 39 RD 295/2009. En efecto, el procedimiento para el reconocimiento del derecho que se genera en la siguiente fase comienza ya en esta segunda, pues “se inicia a instancias de la interesada, mediante un informe que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud” y que “acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto”. Este informe, junto con el “certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo”, le permitirá solicitar la certificación médica de la existencia de riesgo durante el embarazo que, de conformidad con el art. 26 LPRL, corresponde expedir a los Servicios Médicos del INSS o la Mutua. Es una vez certificado este riesgo cuando, “si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”.

En consecuencia, de haber puesto exento de riesgo, procederá la movilidad funcional, teniendo en cuenta que el art. 26.2 LPRL prioriza la denominada ordinaria, es decir, dentro del grupo profesional que ocupa la trabajadora; ahora bien, de no existir puesto o función compatible en el mismo, habilita el recurso a una movilidad a otro grupo, especificando la norma que, en tal caso, la mujer “conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Esta última previsión, sin embargo, únicamente resultará operativa en caso de que las nuevas funciones sean inferiores y peor remuneradas, pero no de ser superiores, pues de lo contrario se vulneraría el tenor del art. 39.3 ET y se haría a la mujer de peor derecho que la generalidad de compañeros que, por la causa que fuere, se vieran destinados temporalmente a un puesto mejor retribuido, no en vano, según el mentado precepto “el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que

³⁴ 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”, *Aranzadi Social*, T. V, 1998, pág. 815.

³⁵ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, cit., pág. 356.

efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que se mantendrá la... de origen”³⁶.

También resultará de aplicación la exigencia incorporada al art. 39.1 ET; a saber, que la movilidad funcional “se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”. No, en cambio, la posibilidad de reclamar un ascenso en los términos del art. 39.2 ET, en tanto se trata de una medida estrictamente temporal vinculada a la seguridad y salud en el trabajo y que, por tanto, solo “tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto” (art. 26.2 LPRL).

Además, en opinión de la doctrina mayoritaria, la movilidad funcional de la mujer no puede traer aparejada su movilidad geográfica³⁷, pues “supondría una alteración de la finalidad protectora del precepto y podría tener efectos negativos sobre la trabajadora”³⁸.

Como medida orientada a compensar los inconvenientes que esta movilidad funcional puede acarrear a la empresa (y ante el temor de que se desincentive la contratación de mujeres), desde la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, las sucesivas Leyes de Presupuestos han contemplado una bonificación en la cotización empresarial a la Seguridad Social. Así, la disposición adicional octogésima sexta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, establece que “en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la

³⁶ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a.M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit., pág. 143.

³⁷ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su condición jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 73; PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, cit., pág. 58 y SÁNCHEZ CASTILLO, M^a.M.: “Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida”, *Relaciones Laborales*, núm.12, 2003, pág. 37.

³⁸ BURGOS GINER, M^a.A.: “Protección especial de determinados colectivos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.L. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., Coords.): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Castellón (Universidad Jaime I), 1997, pág. 134.

lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, soportada por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes”³⁹.

4.4. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural

Comenzando con el análisis del embarazo, que servirá de referente para el tratamiento posterior de la lactancia, procede sentar que, cuando en la empresa no ha sido posible aplicar ninguna de las actuaciones analizadas hasta ahora (la modificación de condiciones del propio puesto de trabajo o el cambio a otro puesto sin riesgos para el estado biológico de la trabajadora), deberá realizarse la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, que se contempla en el art. 45.1.e) ET. Se trata este del último escalón de tutela proporcionado por la LPRL para la protección de esta situación biológica.

El citado art. 45.1.e) ET se limita a contemplar entre las causas de suspensión del contrato la hipótesis de riesgo durante el embarazo, cuya regulación se completa en el art. 48.6 ET, donde únicamente se añade que “la suspensión del contrato finalizará el día que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica” o “cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado”; es decir, como ya indicara el art. 26.3

³⁹ En esta fase, por tanto, se establece un mecanismo para intentar compensar al empresario, cosa que no ocurre en la fase primera de adaptación de condiciones de trabajo, que “puede implicar gastos al empresario”, por lo que “hubiera resultado deseable el otorgamiento de subvenciones públicas que sirvieran para financiarla”, PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, cit., pág. 204.

LPRL, se extenderá por “el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud”⁴⁰.

Uno de los efectos más destacados de esta suspensión es el acceso a una prestación de Seguridad Social contemplada en los arts. 186-187 LGSS, que encuentran desarrollo reglamentario en el capítulo IV del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁴¹. Esta norma articula completamente esta prestación, que “surge como independiente de las de maternidad e incapacidad temporal, si bien presenta muchas similitudes con ambas”⁴².

La hipótesis protegida se define en su art. 31, donde se establece que, “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo esta

⁴⁰ “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, si bien formalmente se presenta como institución de suspensión contractual, materialmente nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y del feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por aquella, formando parte, por tanto, del complejo derecho de la trabajadora a su protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral (art. 14.1 LPRL)”, PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, cit., pág. 211 o ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J.: “Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural”, *Temas Laborales*, núm. 111, 2011, pág. 203.

⁴¹ Por extenso, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Madrid (Civitas) 2010; BENAVENTE TORRES, M^a.J.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural*, Murcia (Laborum), 2017 o PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 313, 2009, págs. 3 y ss.

⁴² “Sobre todo con la segunda, con la que frecuentemente se confunde”, RICO LETOSA, S.: “Seguridad Social y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: novedades aportadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 13, 2008, pág. 191.

cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.2 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”. La norma deja claro así que no posible que la empresa pretenda pasar a esta situación a las trabajadoras en estado biológico de embarazo sin haber intentado previamente una adaptación del puesto de trabajo o cambio de este a otro sin riesgo para ella y su estado biológico⁴³.

Además, este art. 31, en su art 2, recuerda que “de conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”. Es decir, que tal y como se ha expuesto en páginas precedentes, para poder acceder a esta protección de Seguridad Social, los riesgos para el estado biológico de embarazo no deben venir del propio estado de la trabajadora o la evolución del embarazo mismo⁴⁴, sino que han de aparecer intrínsecamente relacionadas con los riesgos laborales o condiciones del puesto de trabajo que realmente influyan o puedan influir negativamente con el estado de la gestación, y es por ello que se solicita explícitamente el certificado de los servicios médicos del INSS del estado de la trabajadora y de la evolución de su embarazo, ya que en el caso de observarse la existencia de posibles problemas propios de la

⁴³ “Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación”, STS 17 marzo 2011 (RD 2011/3421).

⁴⁴ Así, no encaja en la tutela del art. 26 LPRL la situación de “embarazo de riesgo” cuando dicho riesgo es ajeno a un origen laboral, STSJ País Vasco 28 mayo 2013 (JUR 2013/260189), comentada por GINÈS I FABRELLAS, A.: “¿Y protección de la salud de la mujer o del feto ante un ‘embarazo de riesgo’?”, *Iustel*, núm.1, 2014.

trabajadora o el embarazo esta pasara a la situación de incapacidad temporal y no a la de suspensión de riesgo durante el embarazo⁴⁵.

Conviene añadir también a este punto como, para reforzar la intención del legislador de que esta suspensión solo se conceda a trabajadoras ante riesgos o condiciones peligrosas para el estado biológico del embarazo, el art. 37.1 RD 295/2009 establece que, “cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas”. En consecuencia, si la empresa pretende pasar a riesgo durante el embarazo a una trabajadora en situación de incapacidad temporal por algún problema en la evolución de la gestación, para acogerse a los beneficios que se conceden a aquella situación protegida, su pretensión no se resolverá favorablemente por parte de la administración pública, no permitiendo el paso a la suspensión prevista en el art. 26.3 LPRL, por lo que la mujer habrá de permanecer en la situación en la que se encontraba⁴⁶.

La prestación por riesgo durante el embarazo da derecho al 100% de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias

⁴⁵ Así, se ha reconocido la situación de suspensión a una operaria acolchadora cuya actividad implica levantar y mover rollos de tela de hasta 50 kgrs. [STSJ Aragón 18 noviembre 2002 (AS 2312)]; a una oficial tercera metalúrgica embarazada de gemelos y sometida a emanaciones de la fundición de aluminio [STSJ Cataluña 1 junio 2004 (AS 2312)]; a una cuidadora de un centro psico-geriátrico [SSTSJ Navarra 30 abril o 13 junio 2002 (AS 1616 y 1607)], de un reformatorio de menores [STSJ Castilla y León/Valladolid 29 noviembre 2006 (AS 2007/491)] o de discapacitados graves sujeta a régimen de trabajo a turnos [STSJ Navarra 27 marzo 2002 (dos) (AS 1523 y 884)]; a una trabajadora de un servicio de radiología [STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 mayo 2004 (AS 2006/973)]; a una empleada cuya actividad consiste en la manipulación manual de cargas de peso superior a 3 kgrs. y expuesta a un nivel de ruido de 85-90 decibelios [STSJ Cataluña 13 mayo 2004 (AS 2177)]; a una tripulante de cabina de pasajeros con riesgo de aborto [STSJ Baleares 22 mayo 2003 (2004/1147)]; etc.

⁴⁶ Está claro que para la suspensión por riesgo durante el embarazo debe haber riesgo, no patología, que se cubre con la incapacidad temporal, STSJ Navarra 13 junio 2002 (AS 2002/2607) o Aragón 18 noviembre 2002 (AS 2002/3351).

profesionales (art. 187.3 LGSS)⁴⁷, salvaguardando así el derecho de la mujer a no sufrir un perjuicio económico por causa de su embarazo. En cualquier caso, es necesario recordar que para acceder al derecho la trabajadora necesitará la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, así como una declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con su estado o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados; documento en el que también deberá figurar la fecha de suspensión de la relación laboral. La declaración deberá ir acompañada “de informe sobre estos particulares emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno” (art. 39.4.b RD 295/2009).

La prestación nace cuando se inicia la suspensión del contrato de trabajo y, tal y como establece el art. 35.2 RD 295/2009, “se abonará durante el periodo de suspensión o permiso que sea necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o del feto, y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado”. Por cuanto hace a su extinción, procede estar a lo dispuesto en el art. 35.4 RD 295/2009, que, en coherencia con lo indicado, recoge los supuestos siguientes: la situación de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo anterior u otro compatible en su estado, la extinción del propio contrato de trabajo, la interrupción del embarazo o el fallecimiento de la trabajadora embarazada.

⁴⁷ La prestación por riesgo durante el embarazo se considera derivada de contingencias profesionales, algo totalmente lógico, “dado el origen laboral del riesgo que causa la prestación”, GALA DURÁN, C.: “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural”, *Iustel*, núm. 2, 2006, pág. 4.

Lo afirmado hasta ahora en relación con el embarazo se aplica en buena parte también al riesgo durante la lactancia natural, en tanto el art. 26.4 LPRL extiende los tres niveles de protección de la gestante a tal situación, incluido el tercero: la suspensión del contrato con acceso a prestaciones de Seguridad Social. Sin embargo, esta hipótesis suspensiva, incorporada al ordenamiento español ya en el año 2007, únicamente protegerá, conforme especifica el propio precepto, la lactancia natural de hijos menores de nueve meses⁴⁸.

Una vez más, existe una remisión expresa al art. 45.1 ET y otra implícita de este el art. 48.1 ET, que únicamente añade como matiz que la finalización de la suspensión del contrato en este caso no tendrá lugar, evidentemente, por el pase a suspensión por maternidad biológica y sí, en cambio, cuando el lactante cumpla los nueve meses.

Al igual que ocurría en la situación de riesgo durante el embarazo, también la de lactancia encuentra el respaldo en el seno del sistema de Seguridad Social, concretado en la prestación por riesgo durante la lactancia natural (de hijos menores de nueve meses) regulada en los arts. 188-189 LGSS y el Capítulo V del RD 295/2009, que contemplan un régimen jurídico análogo al previsto para el período de embarazo.

En ambos casos se observa como es el propio sistema de la Seguridad Social el que se hace cargo de la “retribución” de las trabajadoras en situación de riesgo por el embarazo o lactancia natural, produciéndose un traslado del coste a las arcas públicas. A ello se añade, además, que por aplicación de la disposición adicional 15ª LO 3/2007, la empresa se beneficiará de una bonificación del 100% de sus cuotas a la Seguridad Social por los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a las trabajadoras con su contrato suspendido por, entre otras, estas causas. Por ello se entiende que la mayoría de las empresas, ya sea debido

⁴⁸ Sendas hipótesis en que se reconoce el derecho a la suspensión por considerar que existe riesgo para la lactancia, en STSJ Madrid 29 enero 2012 (Rec. 54/2011) y STS 20 diciembre 2013 (Rec. 638/2013).

a su pequeño tamaño, ya a dificultades organizativas, intentarán optar por esta última situación de suspensión del contrato antes que por la adaptación o cambio del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o durante la lactancia natural⁴⁹.

5. Responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de medidas de protección

En el caso que la empresa incumpliera deberes y obligaciones en la protección de la seguridad y salud de sus trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia, la hipótesis se trataría de forma similar a cualquier incumplimiento en materia preventiva, pudiendo exigírsele responsabilidad administrativa o penal, civil y de Seguridad Social⁵⁰.

Por cuanto hace a la responsabilidad administrativa, art. 13.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), tipifica como falta muy grave el “no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia”.

En casos singularmente graves, sin embargo, el legislador considera que debe activarse, en lugar de esta responsabilidad administrativa, la penal, que podrá intervenir bien cuando se incurra en un delito contra la seguridad y salud en el trabajo (arts. 316-318 del Código Penal), bien, en su caso, en delitos genéricos de lesiones y homicidio.

Cualquiera de estas dos responsabilidades (administrativa o penal, incompatibles entre sí), puede concurrir con la exigencia de la oportuna

⁴⁹ Actuación que puede ser constitutiva de discriminación, como constata la STCo 161/2004, de 4 de octubre.

⁵⁰ Por extenso, MARTINEZ BARROSO, M^a.R.: *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Albacete (Bomarzo), 2016.

indemnización; es decir, de una responsabilidad civil que únicamente se activará de existir daños reales cuantificables.

En fin, de forma simultánea, al empresario se le podrá imponer el recargo de prestaciones (responsabilidad social o de Seguridad Social) recogido en el art. 164 LGSS, en cuya virtud “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”. Especifica el precepto que este recargo no es asegurable ni compensable, recayendo directamente sobre el propio empresario.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Una vez analizada la evolución de la legislación preventiva española en materia de protección de la maternidad, se puede concluir que la misma ha sido mayormente impulsada por la acción comunitaria, pues solo la necesidad de trasponer la normativa de la UE ha llevado a ofrecer un marco legal completo para amparar al embarazo y la lactancia frente a posibles riesgos o condiciones peligrosas derivadas del propio puesto de trabajo de la trabajadora. Así, como se ha puesto de manifiesto, hasta la aparición de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, no se había diseñado un sistema suficiente para la salvaguarda efectiva de las trabajadoras embarazadas.

Ello no obsta para reconocer que esta LPRL tampoco integró completamente los requerimientos establecidos en la legislación comunitaria, señaladamente la Directiva 92/85/CEE, y que por ello ha tenido que ser modificada en diferentes ocasiones para ir completando la protección reclamada por tal Directiva. En este sentido, es preciso aludir a las reformas operadas en la Ley 31/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, o en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Y a nivel infralegal ha resultado fundamental también la labor de regulación de sendos reglamentos: de un lado, el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (Reglamento de los Servicios de Prevención), en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; de otro, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

De esta forma, han hecho falta casi 20 años para lograr integrar en el ordenamiento español todo el contenido que la mentada Directiva exigía que fuera incluido en las normativas internas de cada estado miembro para proteger en base a ella la situación de embarazo, maternidad o lactancia de las mujeres trabajadoras.

SEGUNDA. Tal y como se ha indicado en el trabajo, las empresas deben incluir en sus evaluaciones de riesgos el análisis de los relativos al embarazo y la lactancia, aunque no exista en la empresa ninguna trabajadora en tal estado, sin perjuicio de su ulterior revisión y en su caso actualización. Se trata de una actuación anticipatoria necesaria para “acelerar” en lo posible la activación del mecanismo tutelar diseñado por la ley.

TERCERA. A partir de la evaluación de riesgos, la norma arbitra una protección en tres niveles que se activa aunque la trabajadora no comunique de forma expresa su situación, resultando suficiente con que el empresario alcance conocimiento de la misma por cualquier vía. Esta interpretación se considera una mejora respecto a lo pautado por la Directiva 92/85/CEE, pero, sin duda, puede ser fuente de no pocos conflictos en su aplicación práctica.

CUARTA. La primera fase en el proceso de protección es la adaptación de las condiciones de trabajo, eliminando las que son peligrosas, incluidos aspectos organizativos, como puede ser el trabajo nocturno o a turnos. Sin embargo, esta actuación puede resultar costosa y bastante inoperativa en el tejido empresarial nacional, compuesto mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, que a menudo no pueden permitirse eliminar ciertas condiciones inherentes a los puestos de trabajo, como trabajo de pie, a turnos, vibraciones, ruido, etc.

QUINTA. En cuanto al cambio de puesto a otro que no presente riesgos, de nuevo surgen dificultades organizativas y económicas en las organizaciones productivas de menor tamaño, ya que en muchas ocasiones no es factible el realizar este cambio al no existir lugares de estas características en la empresa, o en el caso de existir puestos que si sean compatibles pueden ser puestos de trabajo que requieren de cierta titulación o especialización que haga que sea imposible realizar una movilidad funcional que satisfaga tanto laboralmente a la propia trabajadora como a la empresa.

Además, debido a las exigencias burocráticas, el proceso se dilata considerablemente en el tiempo.

SEXTA. La dispensa del trabajo, postrera medida tutelar, no estaba incluida inicialmente en la LPRL y hubo que esperar a la aprobación de la Ley 39/1999 para que se incluyera entre las posibles causas de suspensión del contrato de trabajo, la fundada en la existencia de un riesgo durante el embarazo. No obstante, la tutela que se otorgaba a esta situación era una protección de mínimos que, además, implicaba una pérdida económica para la trabajadora; a ello se añadía que la norma no incluía a la lactancia, pese a que a nivel comunitario el tratamiento era análogo. Así las cosas, hubo que esperar a la LO 31/2007 para ver subsanadas las carencias.

SÉPTIMA. Se considera necesario que en todas las empresas y a nivel general se instaurara un protocolo de actuación para una tutela efectiva del embarazo y la lactancia de las trabajadoras en esta situación, de forma que sirviera de guía para que pudiera realizarse una protección efectiva. También debería dotarse a las propias trabajadoras de un instrumento que permitiera iniciar este proceso sin tener que esperar a que fuera la propia empresa quien lo hiciera, ya que en este caso quedan a merced de esta mientras esperan a lograr cubrir todos los requisitos (informe médico, certificado del INSS, declaración de la empresa, informe del servicio de prevención), trámites que solo hacen que dilatar en el tiempo el inicio de una protección que puede ser extremadamente necesaria para la trabajadora en función de los propios riesgos de su lugar de trabajo o actividad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- AA.VV. (GARCÍA NINET, J.L. y GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., Coords.): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Castellón (Universidad Jaime I), 1997.
- AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid (Marcial Pons), 2001.
- AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid (Lex Nova), 2007.
- AA.VV. (QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÈ, F., Dirs.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTI), 2008.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Madrid (Civitas) 2010.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J.: “Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural”, *Temas Laborales*, núm. 111, 2011.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012.
- BENAVENTE TORRES, M^a.J.: *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural*, Murcia (Laborum), 2017.
- BURGOS GINER, M^a.A.: “Protección especial de determinados colectivos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.L. y GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., Coords.):

Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Castellón (Universidad Jaime I), 1997.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M^a.G.: “La Ley de Igualdad y la prevención de riesgos laborales: nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid (Lex Nova), 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador: algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 1999.

ESCUADERO 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.

ESPUNY TOMAS, M^a.J. y GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la Silla”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 11, 2010.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005.

GALA DURÁN, C.: “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural”, *Iustel*, núm. 2, 2006.

GARCÍA TESTAL, E.: *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

- GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*, Granada (Comares), 2009.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su condición jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004.
- GINÈS I FABRELLAS, A.: “¿Y protección de la salud de la mujer o del feto ante un ‘embarazo de riesgo’?”, *Iustel*, núm.1, 2014.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y riesgo durante el embarazo”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid (Marcial Pons), 2001.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.
- INSHT: *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, Madrid (INSHT), 2011.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA.VV. (QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Dirs.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid (MTI), 2008.
- 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”, *Tribuna Social*, núm. 115, 2000.
- MARTINEZ BARROSO, M^a.R.: *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Albacete (Bomarzo), 2016.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P.: “El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural: de contingencia común a profesional”, *Información Laboral*, núm. 34, 2007.

MARTÍNEZ MOYA, J.: “Maternidad y riesgo durante el embarazo: puntos críticos y reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, J.M^a.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

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

NTP 914: *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*, 2011.

NTP 915: *Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud*, 2011.

NTP 992: *Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas*, 2013.

NTP 993: *Embarazo y lactancia natural: el papel de la empresa en la prestación por riesgo laboral*, 2013.

PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad. Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 313, 2009.

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

PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley-Actualidad), 2000.

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”, *Aranzadi Social*, T. V, 1998.

RICO LETOSA, S.: “Seguridad Social y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: novedades aportadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 13, 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (CEDECS, 2002.

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

SÁNCHEZ CASTILLO, M^a.M.: “Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida”, *Relaciones Laborales*, núm.12, 2003.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 99, 2000.