



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO ACADÉMICO 2020/2021**

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LACTANCIA
EN EL ÁMBITO LABORAL**

**LEGAL REGULATION OF LACTATION IN THE
LABOR FIELD**

GRADO EN DERECHO

AUTORA: DÑA. LAURA CARREÑO ALLER

TUTORA: DÑA. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	2
RESUMEN.....	3
ABSTRACT	4
OBJETO.....	5
METODOLOGÍA.....	7
CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN. LA MUJER Y EL ENTORNO LABORAL	8
CAPÍTULO II.- EL PERMISO DE LACTANCIA.....	12
1.- LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA	12
1.1.- Normativa internacional	12
1.2.- Normativa europea	16
2.- LA REGULACIÓN INTERNA	19
2.1.- Antecedentes	19
2.2.- Análisis del artículo 37.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores	22
2.3.- La prestación de la Seguridad Social.....	26
CAPÍTULO III.- EL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL	31
1.- LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN QUE SE APLICAN DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA.....	32
1.1.- La identificación y la evaluación de riesgos	33
1.2.- La adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo.....	37
1.3.- El cambio de puesto de trabajo	40
1.4.- La dispensa de trabajo durante la lactancia y la protección de la seguridad y salud ...	44
1.5.- La tutela de la Seguridad Social.....	47
2.- LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LACTANCIA DE LA MUJER TRABAJADORA	50
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	60
WEBGRAFÍA	63

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
MATEPSS	Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
Núm.	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RTC	Recurso del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
UE	Unión Europea

RESUMEN

Desde tiempos muy lejanos la mujer ha sufrido una gran discriminación en el ámbito laboral que ha supuesto la extrema necesidad de alcanzar una regulación que favorezca su inclusión en el mercado, la cual se ha conseguido muy lentamente a lo largo de la historia a través de la incorporación de normativa tanto internacional como europea, que posteriormente ha sido traspuesta a la interna, incluyéndose conceptos relativos a la situación que ostentan estas en el puesto de trabajo cuando se encuentran en situación de embarazo, parto reciente o lactancia.

Hasta alcanzar la situación actual, han sido varias las reformas relativas al permiso de lactancia del que gozan las personas trabajadoras cuando necesitan atender el cuidado del menor lactante, sobre todo en sus diferentes modalidades de disfrute, así como aquello relativo a la equiparación y unificación de las prestaciones de maternidad y paternidad. Por otro lado, también se ha visto reformada la regulación relativa al permiso por riesgo durante la lactancia natural, mediante el cual las trabajadoras lactantes tienen derecho a una dispensa en el puesto de trabajo tras la imposibilidad de optar el empresario por una adaptación de las condiciones de trabajo o un cambio de puesto de trabajo.

Palabras clave: mujer trabajadora, permiso de lactancia, corresponsabilidad, prestación económica, riesgo.

ABSTRACT

From very distant times, women have been suffering great discrimination in the workplace which means the extreme need to achieve a regulation that favours their inclusion in the working market, which has been accomplished very slowly throughout history by the incorporation of both international and European regulations, which have subsequently been transposed to the internal law, including concepts related to the situation they have in the workplace when they are pregnant, recent childbirth or lactation.

Until reaching the current situation, there have been several reforms related to the lactation permission that workers enjoy when they need to take care of the infant, especially in its different models of enjoyment, as well as that related to the equalization and unification of maternity and paternity benefits. Secondly, the regulation relating to risk during lactation has also been reformed through which lactating workers have the right to a dispensation in the workplace after the employer cannot adapt the job conditions or changing the workstation.

Keywords: working woman, breastfeeding leave, co-responsibility, financial benefit, risk.

OBJETO

El propósito principal del presente trabajo ha sido plasmar el problema al que están sujetas las mujeres trabajadoras, ya no solo desde épocas pasadas, sino también en el mundo actual, tanto en el ámbito internacional o comunitario como en el ámbito interno. A tal fin, se ha realizado un análisis jurídico exhaustivo de la incorporación a la regulación laboral de la situación que ostentan las mujeres trabajadoras cuando se encuentran en situación de embarazo, parto reciente o lactancia, haciendo un mayor hincapié en esta última modalidad.

A medida que se va desarrollando la presente investigación, se muestran multitud de normas reguladoras, primeramente, un tanto discriminatorias al tratarse de nociones de protección o prohibición de realizar determinados trabajos a mujeres pudiendo ser consideradas como sujetos fisiológicamente débiles equiparables a los menores, y también se incorporan otras regulaciones que desarrollan la necesidad de la conciliación del trabajo y la familia puesto que es sobre las mujeres donde recaen mayoritariamente las tareas domésticas y el cuidado de familiares, de ahí la necesidad de incorporar una solución a este problema por parte del legislador.

En el ámbito internacional también se muestra un amplio desarrollo de recomendaciones y convenios de la Organización Internacional del Trabajo más destacables que incluyen una protección de la seguridad y la salud de las mujeres trabajadoras, especialmente reguladores de los permisos y licencias por maternidad y lactancia, así como su transposición al ordenamiento comunitario, en la medida en que han servido de base para la inclusión de principios y derechos reconocidos en la Carta Social Europea, además de la reiterada mención a lo largo del texto de la Directiva 92/85/CEE por su gran importancia e influencia en el tema tratado, puesto que plasma medidas que permiten mejorar la seguridad y salud de la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia.

Por lo que refiere al ámbito interno, se realiza un análisis muy detallado del permiso de lactancia, donde se estudia desde la titularidad y objeto el mismo, hasta las modalidades de disfrute y la prestación de la Seguridad Social, haciendo hincapié en la posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas, donde se analiza una importante sentencia del Tribunal Supremo que viene a explicar cómo se debe disfrutar de esta modalidad y que sirve de base para ampliar el conocimiento sobre esta posibilidad de disfrute que no figura en la normativa.

Además de lo expuesto anteriormente, la finalidad principal de esta investigación es estudiar incluso con más precisión las medidas preventivas que tiene la obligación de adoptar el empresario cuando existe un posible riesgo para la mujer lactante o para el menor de nueve meses cuando la mujer está prestando servicios en su puesto de trabajo, así como la tutela de la Seguridad Social, derecho que ostenta cuando se le permite la dispensa del puesto de trabajo.

METODOLOGÍA

El método seguido para la realización de la presente investigación ha sido la base de un estudio jurídico - crítico de los diferentes aspectos a los que hacen referencia multitud de normativas que figuran a lo largo del texto, de manera que cada una de las conclusiones del ensayo han sido obtenidas a partir de la lectura detenida de una gran variedad de bases de datos, entre la que destaca por su mayor utilidad en este estudio, la base de datos de “Aranzadi Instituciones”, así como la búsqueda de diversas obras a través de “Dialnet”.

También se ha hecho uso de las exposiciones de motivos de diversas legislaciones para incluir cuestiones de carácter genérico, las cuales han sido adquiridas del Boletín Oficial del Estado, así como la complementación con numerosos portales de páginas web con diferentes artículos personales, haciendo un mayor uso y por tanto, resultando mayormente útil el empleo de revistas de derecho del trabajo.

A lo largo de la investigación se maneja multitud de normativa general y también especial que afecta en exclusiva a un grupo determinado de trabajadores, que es el que resulta objeto de nuestro estudio, es decir, las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia. Por tanto, es evidente que el hecho de incluir multitud de jurisprudencia, ya no solo del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, sino también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, surge a raíz de todo este régimen jurídico aplicable, de ahí el análisis más exhaustivo de algunas de ellas que permiten una amplia interpretación por parte de los tribunales. Es decir, para el análisis de dicho estudio, no solo ha servido de base el empleo de textos normativos, sino que también se ha considerado necesario incluir estudios doctrinales y pronunciamientos judiciales para ampliar los conocimientos de dicha investigación.

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN. LA MUJER Y EL ENTORNO LABORAL

A pesar de que la mujer lleva trabajando desde hace siglos prestando servicios especialmente en las tareas agrícolas y domésticas, su participación visible y más documentada en el mercado de trabajo a nivel global se remonta a la Revolución Industrial, aunque no en las mismas condiciones y derechos laborales que los hombres puesto que su nivel salarial y de categoría laboral era muy bajo. Con el paso del tiempo, se consigue ampliar el número de mujeres trabajadoras en fábricas como consecuencia de los conflictos bélicos originados sobre todo con la Segunda Guerra Mundial, cuando los hombres luchaban en el campo de batalla y las mujeres les sustituían en las fábricas para no perder el ritmo de la producción¹.

En las décadas siguientes, y cada país a su propio ritmo, la población femenina ha ido sumándose al mercado laboral incorporándose hasta la situación actual a todos los sectores y puestos con el propósito de alcanzar una igualdad plena de horarios, salarios y tareas. Esta situación desventajosa que ocupa la mujer en la actualidad ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en el recurso de amparo de la Sentencia del 16 de julio de 1987².

Las normas específicas reguladoras de la mujer trabajadora que se establecieron con el ordenamiento jurídico internacional y con el interno, además de incorporarse de forma tardía, tenían un contenido manifiestamente equivalente a nociones de protección y prohibición, considerando a la mujer en el trabajo como sujeto fisiológicamente débil equiparable a los menores, de manera que dicha regulación no ha resultado satisfactoria, puesto que lejos de favorecer su incorporación en el mercado de trabajo, ha supuesto su exclusión de determinados trabajos que le eran prohibidos, como por ejemplo, el trabajo en las minas o, en cualquier caso, un gravamen añadido a su posible contratación, produciéndose así el consabido efecto “boomerang³”.

¹ FERNÁNDEZ, A. *Mujeres en el mundo laboral*. La Vanguardia. [29 de enero de 2018; actualizado el 14 de julio de 2020] [<https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20180129/44376132844/mujeres-mundo-laboral.html>].

² STC núm. 128/1987 de 16 julio, RTC 1987\128: “La mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene”.

³ GALINDO SÁNCHEZ, J. Conciliación de la vida familiar y laboral. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2000, núm. 4, págs. 32-40.

En definitiva nos encontramos ante una regulación compleja que supone un importante avance en la necesidad de conciliación del trabajo y la familia como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Bajo tal premisa, no procede olvidar que el protagonismo principal en cuanto a la atención de las tareas domésticas y al cuidado de familiares ha correspondido siempre mayoritariamente a las mujeres⁴.

La finalidad de evitar estos efectos contrarios a los objetivos de estas normas constituye, probablemente, la causa del retraso de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, puesto que al pretender evitar que la adopción de medidas suponga una carga para el empresario, ha supuesto hacer recaer en el erario público todos los costes de estas, lo que sin duda, ha impedido acometer algunas actuaciones legislativas hasta que la situación presupuestaria lo ha permitido.

Así, por ejemplo, pueden citarse en el ordenamiento interno la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores; el Real Decreto de 26 de junio de 1902 que incidió sobre la jornada de trabajo de las mujeres y los niños; el Real Decreto de 25 de enero de 1908, sobre trabajos prohibidos a mujeres y niños; la Ley de 27 de febrero de 1912 que estableció el derecho de la mujer trabajadora en un establecimiento no fabril a disponer de un asiento individual⁵; la Ley de 11 de julio de 1912 que prohibió el trabajo nocturno de la mujer en talleres y fábricas; el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y niños por peligrosos e insalubres.⁶

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2007, núm. 11, págs. 855-884.

⁵ En el ámbito legislativo con intención precursora y vanguardista para la época, se promulga en 1912 en España, la conocida como “ley de la silla”, que en su artículo 1 decía: “En los almacenes, tiendas y oficinas, escritorios, y en general en todo establecimiento no fabril, de cualquier clase que sea, donde se vendan artículos u otros objetos al público o se preste algún servicio relacionado con él por mujeres empleadas, y en los locales anejos, será obligatorio para el dueño o su representante particular o Compañía tener dispuesto un asiento para cada una de aquellas. (...)”.

Parecía un avance *en pro* de los derechos de la mujer trabajadora, pero en realidad fue una ley que hacía hincapié en su debilidad, se trataba de una discriminación positiva, por lo que seis años más tarde los hombres consiguieron el mismo derecho con la entrada en vigor del Real Decreto de 18 de octubre de 1918. CONCOSTRINA, N. *El derecho de las mujeres a sentarse en el trabajo por ser el sexo débil*. [24 de febrero de 2016] [https://cadenaser.com/programa/2016/02/24/la_ventana/1456325156_519440.html].

⁶ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y salud laboral. La protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en periodo de lactancia*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 10-13.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales introduce por primera vez una regulación específica para los supuestos de maternidad, estableciendo diversas medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, dándose así los primeros pasos en la transposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992.

Con esta ley se introduce la necesidad de otorgar junto a una protección genérica para todos los trabajadores, una protección específica dirigida a aquellos grupos que sean especialmente sensibles a determinados riesgos como consecuencia de su propia situación física, entre las que sin duda se encuentra la mujer trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, poniéndose de manifiesto la preocupación del legislador por proteger la salud de la mujer trabajadora y/o del feto/hijo, concibiendo así la maternidad como un hecho biológico que al ponerse en relación con el trabajo puede comportar ciertos riesgos, pero al mismo tiempo, también con esta norma se intenta compatibilizar la maternidad con el desarrollo profesional de la trabajadora.

La intención que tiene el legislador a la hora de elaborar toda esta normativa (entre otra) es promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, configurando un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, de ahí la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

La inclusión de preceptos relativos a la salud de la mujer trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, sin embargo, no parece encajar plenamente con el contenido y objetivos generales recogidos en la exposición de motivos de dicha ley, en la medida en que tiene como finalidades fundamentales armonizar las responsabilidades familiares con el trabajo de ambos miembros de la pareja, lo cual es posible en relación con el objeto de nuestro estudio, puesto que el hecho biológico de la maternidad afecta en exclusiva a la trabajadora⁷.

Al margen de estas consideraciones, la Ley 39/1999 ha introducido como principales novedades en materia de protección de la salud durante la situación de

⁷ Ídem.

maternidad, la suspensión por maternidad, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y una nueva prestación de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo, previsiones que, sin duda, deben permitir y/o favorecer la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo cuando se encuentra en una de estas situaciones⁸.

⁸ LOURO LÓPEZ, L. A. *Gestión del riesgo laboral para la protección del embarazo y la lactancia*. Madrid, CEOE, 2015, págs. 9-16.

CAPÍTULO II.- EL PERMISO DE LACTANCIA

1.- LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

1.1.- Normativa internacional

La normativa internacional relativa a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia incluye una gran diversidad de referencias normativas adaptadas al marco de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante, ONU y de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, OIT.

En relación con la ONU, son diversas las referencias generales a la protección de la mujer en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, si bien no encontramos referencias expresas a la protección de la mujer trabajadora embarazada y lactante⁹ hasta el Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966 sobre Derechos económicos, sociales y culturales que en su artículo 10.2 prevé la especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto con la concesión de licencias remuneradas o prestaciones adecuadas de la Seguridad Social¹⁰.

Sin embargo, estas previsiones se desarrollan de forma más amplia con la Convención de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación que recoge el derecho que tiene la mujer trabajadora a la protección de la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo, incluida la salvaguardia de la función de reproducción (art. 11.1 “letra f”); al mismo tiempo que establece una licencia por maternidad remunerada, se fomenta la compatibilidad entre el trabajo y la familia, así como la prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad (art. 11.2), reconociéndose la necesidad de prestar una especial protección a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que puedan resultar perjudiciales para ella (art. 11.2 “letra d”).

También cabe destacar la especial incidencia de la OIT en la preocupación por la protección de la salud de la mujer trabajadora y del feto/hijo durante la situación de embarazo, parto reciente y periodo de lactancia, como lo pone de relieve la aprobación,

⁹ Únicamente, con carácter muy general, es el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual ya había dispuesto que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

¹⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M, cit. págs. 15-17.

desde sus orígenes, de diversos Convenios y Recomendaciones entre los que destacan los siguientes:

- Convenio núm. 3, de 1919, relativo al empleo de las mujeres¹¹ antes y después del parto, aplicable a todas las mujeres empleadas en empresas, ya sean industriales o comerciales. Entre otras medidas, se prevé en el artículo 3 que la mujer no estará autorizada para trabajar durante un periodo de seis semanas después del parto; tendrá derecho a abandonar el mismo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; recibirá durante dicho periodo las prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo¹² en buenas condiciones de higiene, además de recibir asistencia gratuita de un médico o de una comadrona; y también tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. Por otro lado, el artículo 4 establece además el derecho que tiene la mujer a la reserva del puesto de trabajo durante las ausencias producidas como consecuencia de la licencia por maternidad¹³.
- Convenio núm. 4 de 1919¹⁴, sobre el trabajo nocturno de las mujeres, el cual establecía en su artículo 3 que las mujeres no podían ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia. Sin embargo, en la actualidad se permite a los Estados optar por mantener la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres o establecer medidas de protección aplicables a ambos sexos; y en los supuestos de embarazo, establecer la obligación de ofrecer a la trabajadora una alternativa al trabajo nocturno, pudiendo incluir la asignación a un trabajo diurno, la percepción de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad.

¹¹ Entendiéndose por «mujer»: a los términos del presente Convenio y según establece el artículo 2 del mismo, “toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no (...)”.

¹² Conforme al artículo 2 del presente Convenio, el término «hijo»: comprende a todo hijo, legítimo o no.

¹³ Organización Internacional del Trabajo. *C003-Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)* [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148].

¹⁴ Convenio derogado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 106 reunión. La regulación actual del trabajo nocturno debe completarse con el Protocolo al Convenio núm. 89, Convenio núm. 171 y la Recomendación núm. 178 de la OIT.

- Recomendación núm. 4, de 1919, sobre la protección contra el saturnismo¹⁵, en la que se recomienda prohibir el trabajo de las mujeres en actividades con minerales de zinc o plomo.
- Convenio núm. 13, de 1921, relativo al empleo de la cerusa¹⁶ en la pintura, en el que se prohíbe a las mujeres el trabajo con esta sustancia.
- Recomendación núm. 12, de 1921¹⁷, sobre protección de la maternidad (agricultura), que pide a los Estados miembros que adopten medidas para asegurar a las mujeres empleadas en empresas agrícolas una protección antes y después del parto similar a la protección prevista en el Convenio núm.3.
- Convenio núm. 45, de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de todo tipo de minas, que a pesar de que no se dirige únicamente a las mujeres embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia, obviamente también abarca a este periodo¹⁸.
- Convenio núm. 103, de 1952, relativo a la protección de la maternidad, mediante el cual se produce una ampliación del ámbito subjetivo de la aplicación del Convenio núm. 3, ya que abarca a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas (art. 1), y también lleva a cabo una regulación más detallada de los aspectos que ya recogía el Convenio de 1919, así, por ejemplo, se realiza una concreción del permiso por maternidad, de las retribuciones que ha de recibir la trabajadora, etcétera¹⁹.
- Recomendación núm. 95, de 1952, sobre la protección de la maternidad. En esta recomendación, al margen de interpretar y desarrollar el Convenio núm. 103 relativo a la protección de la maternidad, establece por primera vez determinadas medidas dirigidas a la protección de la salud de la mujer embarazada durante la

¹⁵ Entiende la R.A.E como «saturnismo»: “enfermedad crónica producida por la intoxicación ocasionada por las sales de plomo”.

¹⁶ Entiende la R.A.E como «cerusa»: “carbonato de plomo”.

¹⁷ Instrumento retirado - Por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92 reunión, 2004. Organización Internacional del Trabajo. *R012-Recomendación sobre la protección de la maternidad (agricultura), 1921 (núm. 12)* [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:R012].

¹⁸ Esta prohibición plantea ciertos problemas de compatibilidad con el principio de igualdad, de ahí la multitud de denuncias que ha sufrido este Convenio.

MARTÍN GUARDADO, S. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935, (núm.45). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, págs. 676-686.

¹⁹ QUINTERO LIMA M. G. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, (núm. 103). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol.7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, págs. 864-878.

prestación de su trabajo, si bien, con carácter general, se limita a establecer prohibiciones de determinados trabajos y condiciones de ejecución de estos. Así, se prohíbe a las mujeres embarazadas o lactantes la realización del trabajo nocturno y de horas extraordinarias, y de trabajos considerados por la autoridad competente como trabajos peligrosos²⁰.

Además, esta Recomendación introduce una importante novedad en su artículo 5.4, en el cual se reconoce que una mujer empleada habitualmente en un trabajo considerado por la autoridad competente como peligroso para su salud debería tener derecho a ser transferida, sin reducción del salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado; y, por otro lado, el artículo 5.5 regula que dicho derecho de transferencia debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y la de su hijo.

- Recomendación núm. 128, de 1967, sobre el peso máximo, establece en su artículo 18 que ninguna mujer deberá ser empleada durante un embarazo comprobado por un médico o durante las diez semanas siguientes al parto en el transporte manual de carga, si a juicio de un médico calificado este trabajo puede comprometer su salud o la de su hijo.
- Convenio núm. 136, de 1971, sobre el benceno, que prohíbe a la mujer embarazada o lactante los trabajos que impliquen exposición al benceno o a productos que contengan benceno²¹ (art. 11).
- Recomendación núm. 157, de 1977, sobre las condiciones de trabajo del personal de enfermería en donde se establece que la mujeres embarazadas y madres o padres con hijos de corta edad cuya ocupación normal pueda ser perjudicial para su salud o la de sus hijos, deben ser transferidos sin la pérdida de derechos a un puesto de trabajo adecuado a su situación.

²⁰ El artículo 5.3 de la Recomendación núm. 95, excluye expresamente los siguientes trabajos:

- a) todo trabajo penoso:
 - i. que obligue a levantar, tirar o empujar grandes pesos;
 - ii. que exija un esfuerzo excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo;
- b) todo trabajo que requiera un equilibrio especial;
- c) todo trabajo en el que se empleen máquinas que produzcan trepidación.

²¹ Entiende la R.A.E como «benceno»: “hidrocarburo líquido, de estructura en forma de anillo y con seis átomos de carbono, aromático, incoloro e inflamable, de amplia utilización como disolvente y como reactivo en operaciones de laboratorio y usos industriales”.

- Recomendación núm. 177, de 1990, mediante la cual se recomienda la prohibición del trabajo en el que se utilicen productos químicos, así como el reconocimiento del derecho a un trabajo alternativo y la reincorporación posterior al puesto de trabajo inicial.

El estudio de esta normativa pone de manifiesto que la protección de la mujer trabajadora y del hijo durante la situación de embarazo, parto reciente y periodo de lactancia por parte de la ONU, se ha realizado principalmente a través de la OIT, la cual ha establecido especialmente permisos y licencias por maternidad y lactancia, dejando en segundo plano la protección de la mujer embarazada y lactante durante la prestación de trabajo, limitándose a recoger alguna que otra medida con la Recomendación núm. 95, la cual carece de eficacia directa. Esto ha permitido que hasta fechas cercanas a la actualidad, diversas legislaciones, entre la que se encuentra la española, no regulen cuestiones tan importantes como la adecuación del trabajo a la situación especial en que se encuentra la mujer embarazada o lactante, ni su cambio de puesto de trabajo en aquellos casos en que dicha adecuación no sea posible²².

La regulación de todas estas normas internacionales ha tenido una indudable transcendencia en la normativa comunitaria, en la medida en que han servido de base para que la Comunidad Europea adoptara Directivas y Recomendaciones propias sobre aspectos similares a los aprobados por la OIT; además, han tenido una importante influencia en los principios y derechos reconocidos en la Carta Social Europea. Así mismo, la mayor parte de los Convenios citados, así como los demás que completan el cuadro normativo de la OIT, incluidas las Recomendaciones, han sido objeto de ratificación por los Estados miembros²³.

1.2.- Normativa europea

Además de las normas de carácter internacional mencionadas con anterioridad, también ha constituido un elemento de referencia para la actuación comunitaria la actividad desarrollada por el Consejo de Europa, fundamentalmente por medio de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961²⁴, la cual establece en su artículo 8²⁵ el derecho

²² MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M, cit. págs.18-19.

²³ Ídem.

²⁴ La Carta Social Europea de 1961 fue ratificada por España el 29 de abril de 1980, en concordancia con el Convenio de la OIT, núm. 103.

BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980

²⁵CASTRO ARGÜELLES, M. A. Normas internacionales y norma constitucional, A propósito del trabajo de la mujer en las minas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1994, núm. 63, págs. 157-175.

a la protección de las trabajadoras, como por ejemplo, el derecho a un descanso mínimo de catorce semanas²⁶, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos; así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el periodo que va desde la comunicación del embarazo al empresario hasta el final del disfrute del permiso por maternidad²⁷. Al mismo tiempo, se regula el derecho de las madres a garantizar que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo, así como el derecho a regular el trabajo nocturno de la mujer embarazada, que ha dado a luz recientemente o que está en periodo de lactancia²⁸; y a prohibirles la realización de trabajos subterráneos de minería²⁹, y en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre.

Con posterioridad, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 5 de mayo de 1988, profundizó en la protección de la mujer al establecer que no serán discriminatorias aquellas medidas específicas relativas a la protección de la trabajadora que deriven de la situación de maternidad, parto y el periodo postnatal.

Por otro lado, la acción legislativa comunitaria en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo comenzó con la adopción de la Directiva- Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo artículo 15 señalaba que “los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica³⁰”. A partir de la misma, se han derivado otras directivas, entre las cuales destaca a efectos de nuestro estudio la Directiva 92/85/CEE sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia, la cual se ha elaborado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Directiva- Marco.

Se aborda por tanto, en esta norma, la protección de la trabajadora embarazada desde una perspectiva global, abarcando el análisis de los puestos de trabajo de la empresa

²⁶ Ídem.

²⁷ Este apartado segundo del artículo 8, también se ve afectado con la revisión de la Carta Social Europea, ya que, con anterioridad a esta, solo se entendía como ilegal el despido producido durante la ausencia de la trabajadora por disfrute del permiso de maternidad.

²⁸ Con anterioridad a la revisión de dicha Carta Social Europea, solo se comprendía un mandato para regular el trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria.

²⁹ Con la anterior redacción, la prohibición era generalizada para todas las mujeres, mientras que ahora solo se prohibirá cuando estén embarazadas, hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia.

³⁰ CAIRÓS BARRETO, D.M. Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia. *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2010, núm. 23, pág. 90.

y su posible exposición a agentes de cualquier tipo que puedan afectar a su salud o a la de su hijo, así como las medidas a adoptar para evitar la exposición y, consecuentemente, el daño. Además, se estipulan las directrices al empresario o a los servicios de protección y prevención para la evaluación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora a los riesgos vinculados a los agentes físicos, químicos o biológicos así como a los procedimientos industriales, los movimientos y las posturas y cargas físicas y mentales y señala medidas provisionales para proteger a la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, prohibiendo completamente la exposición a algunos agentes físicos, químicos o biológicos³¹.

Además de esto, dicha Directiva impone la obligación a la trabajadora de comunicar al empresario su estado de embarazo, es decir, existe un deber de comunicación (convenientemente de forma escrita), que se convierte en un requisito imprescindible para que se genere el derecho a la protección establecida, prevaleciendo el cumplimiento de dicha comunicación frente a un hecho biológico que en muchas ocasiones puede resultar evidente en el momento de la adopción de las medidas correspondientes en materia de salud laboral, pudiendo plantearse incluso de forma extrema la no aplicación de las medidas de prevención previstas en la normativa a una mujer embarazada de nueve meses, por no haber notificado esta su situación de embarazo. Por todo ello, al menos en los casos en que resulte evidente la situación de embarazo, e incluso si por determinadas razones fuera evidente el parto reciente o la situación de lactancia, podrían derivarse responsabilidades para el empresario que no hubiera adoptado dichas medidas previstas en la Directiva sobre la base del deber básico de protección de la salud que ostenta³². Sobre esta materia se hará un mayor hincapié en el capítulo tercero del punto referido al riesgo durante la lactancia natural.

Cabe mencionar el artículo 10 de dicha Directiva para analizar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del mismo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018³³, el cual

³¹ Ídem.

³² En este sentido, la Sección 2ª de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, recoge las obligaciones de los empresarios en esta materia, de manera que se existiría un incumplimiento de dicho deber en el caso de que el empresario no adoptara las medidas necesarias para la protección de la salud de la trabajadora embarazada si por cualquier medio o circunstancia tuviera conocimiento de su estado y del riesgo al que está sometida, aunque la misma no hubiera comunicado previamente su estado al empresario.

³³ STJUE 22 febrero 2018 (C-103/16) (TJCE 2018/16) *Asunto Jessica Porras Guisado*.

establece en su apartado primero que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras (...) durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”.

Dicha sentencia emana de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se presentó en el ámbito de un litigio entre la mujer trabajadora y la empresa demandada con intervención del Ministerio Fiscal, relativo a la legalidad del despido de esta, efectuado en el marco de un despido colectivo, encontrándose la trabajadora en situación de embarazo.

El derecho de la Unión Europea, en adelante, UE no se opone a que una trabajadora embarazada sea afectada por un despido colectivo si el empleador le comunica por escrito los motivos y su designación obedece a criterios objetivos, además, tampoco se opone a una legislación que no establece en favor de la mujer gestante, que ha dado a luz o lactante, una prioridad de permanencia o de recolocación, aunque permite que se apruebe. Por último, el Derecho de la UE sí se opone a una legislación que no prohíbe, de forma preventiva, el despido de trabajadoras gestantes o lactantes y se limita a disponer su nulidad cuando se considere ilegal³⁴.

2.- LA REGULACIÓN INTERNA

2.1.- Antecedentes

En base a lo expuesto de forma muy genérica al comienzo del apartado referido a la introducción, en relación con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, las medidas que se inician en España permiten el disfrute de un horario flexible en muchos centros de trabajo con la finalidad principal de buscar la armonía entre la vida familiar y laboral que afectaba en un principio de forma directa a las mujeres. Sin embargo, es la Ley de 13 de marzo de 1900 la que marca el comienzo de una legislación protectora de la mujer, la cual regula en su artículo 9 las medidas relacionadas con el puerperio y la lactancia, que se configuraba como un derecho individual y propio de la madre: “No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres

³⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. “VÍdeo-comentario a la STJUE, de 22 febrero 2018 (TJCE 2018, 6) Trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (Directiva 92/85/CEE); Prohibición de despido de una trabajadora durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”, *Aranzadi digital* núm.. 1/2020.

semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento. Las mujeres que tengan hijos en el periodo de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. (...) Además se permite dividir dicha hora de trabajo en periodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro en el de la tarde, con la única obligación de comunicarlo al director de los trabajos y siendo expresamente previsto su carácter retribuido, como si se tratara de trabajo efectivo³⁵”. Con el Reglamento de 13 de noviembre de 1900, aprobado para la aplicación de la Ley de 13 de marzo, se ampliaron las posibilidades de disfrute del derecho, permitiendo la división del periodo en cuatro, de quince minutos, dos en cada turno, a opción de la madre y cuando esta lleve su hijo al taller. También incluía el derecho de la madre a ampliar el periodo máximo de una hora de duración, aunque en este caso con el correspondiente descuento salarial del tiempo de exceso³⁶.

Conviene mencionar que uno de los aspectos más importantes de la última reforma ha sido sustituir la expresión femenina “las trabajadoras”, por la genérica de “los trabajadores”, puesto que esta, además de figurar en la Ley de 13 de marzo de 1900, también se recogía en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, concretamente en su artículo 25.5, el cual establecía que las trabajadoras tendrán derecho a una pausa de una hora en su trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, cuando la destinen a la lactancia de su hijo menor de nueve meses; además se incluye que la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad³⁷. También se aludía a las mujeres incluso con la llegada en 1980 del Estatuto de los Trabajadores.

De esta forma, y aunque ligado todavía a la alimentación del menor y no tanto a su cuidado, la Ley 3/1989, de 3 de marzo atribuye por primera vez este derecho a ambos progenitores cuando presten sus servicios por cuenta ajena, estableciéndose que también el padre podría tener reservado un papel en la alimentación del hijo, siquiera fuera para realizar esta de forma artificial cuando la madre le traspasara o transfiriera el derecho. Sin embargo, no fue hasta la reforma laboral con la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas

³⁵ ESPUNY TOMÁS, M. J. Los antecedentes históricos al permiso de lactancia. *IUS Labor*, 2006, núm. 2, págs. 1-4.

³⁶ BOE núm. 320 de 13 de noviembre de 1900.

³⁷ BOE núm. 96 de 21 de abril de 1976.

urgentes para la reforma del mercado laboral³⁸, cuando se otorga a hombres y mujeres la titularidad indistinta, “individual”, de este derecho y cuando se le desvincula del hecho biológico de la lactancia³⁹.

Sin embargo, esto fue revisado por la jurisprudencia comunitaria, que consideraba contrario al derecho comunitario exigir que la madre fuera trabajadora por cuenta ajena para permitir el disfrute de este derecho. Al tratarse de un derecho individual, resulta indiferente que uno de los dos progenitores no trabaje, y esto quedó resuelto tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010⁴⁰, en la que la controversia se había originado por la negativa sufrida por un trabajador a la solicitud por su parte del disfrute del permiso de lactancia por el nacimiento de su hijo, denegación que la empresa amparaba en el hecho de que su mujer no era trabajadora por cuenta ajena. Consideró el tribunal que la legislación española está consagrando un trato discriminatorio con los padres trabajadores, pues a diferencia de las mujeres que tienen acceso en cualquier caso al permiso por lactancia, los trabajadores varones solo pueden acceder al mismo si su cónyuge o pareja es trabajadora por cuenta ajena; en definitiva, se consideró no acorde al Derecho Comunitario (Directiva 76/2007, de 9 de febrero⁴¹), que el disfrute de una parte del permiso por maternidad se condicione, para los varones trabajadores, al hecho de que la madre posea la condición de trabajadora por cuenta ajena, pues que solo la madre asalariada sea titular del derecho, y no lo sea el padre, ayuda a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental⁴².

³⁸ BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012.

³⁹ Hecho este que ni siquiera se logró con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pues, a pesar de las modificaciones que se introdujeron en el precepto, todavía se hacía referencia a “la mujer” como titular principal, quien, a su voluntad, podría optar por sustituir la hora de ausencia en el trabajo por una reducción de jornada o por su acumulación en jornadas completas.

⁴⁰ STJUE 30 septiembre 2010 (C-104/09) *Asunto Roca Álvarez*.

⁴¹ La Directiva 76/2007, de 9 de febrero relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, supuso la extensión del principio de igualdad entre ambos sexos, siendo esta posteriormente modificada por la Directiva 73/2002, de 23 de septiembre.

LOUSADA AROCHENA, J. F. La transposición en España de la Directiva 76/ 2007/CEE. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2014, núm. 18, págs. 461-478.

⁴² IBERLEY. *Las STJUE de 30 de septiembre de 2010 Caso Roca Álvarez y de 16 de julio de 2015 Caso Konstantinos Ma istrellis, consideraron no acorde al Derecho Comunitario (Directiva 76/2007, de 9 de febrero), que el disfrute de una parte del permiso por maternidad se condicione, para los varones trabajadores, al hecho de que la madre posea la condición de trabajadora por cuenta ajena.* [2 de agosto de 2016]

De manera muy similar, referido a los funcionarios públicos, se pronunció la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015⁴³, dictada con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado griego, que avala la tesis de la intrascendencia de la situación laboral del progenitor distinto del funcionario solicitante⁴⁴.

2.2.- Análisis del artículo 37.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

A) La titularidad del permiso de lactancia

El objetivo, por tanto, de estas reformas fue reconocer la titularidad de este derecho de forma flexibilizada al padre, pero con carácter subsidiario, es decir, a “los trabajadores”, fórmula neutra que evidentemente hace referencia a ambos progenitores, sean hombres o mujeres, aunque se añade que el derecho solo podrá ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen, lo cual guarda relación con los diferentes permisos que regula el artículo 37.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, el cual permite al trabajador ausentarse del puesto de trabajo, con derecho a remuneración, en este caso, por el motivo del apartado cuarto de dicho artículo, ampliándose al mismo tiempo su ámbito subjetivo, puesto que se extiende, no solo a los supuestos de filiación biológica, sino también a los de adopción o acogimiento. Así, el artículo 37.4 ET establece lo siguiente en los primeros dos párrafos: “En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1. “letra d”, las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa, respetando, en su caso, lo establecido en aquella”. Por otro lado, los restantes

[<https://www.iberley.es/noticias/permiso-lactancia-disfrutado-padre-vision-tjue-sobre-obligacion-acceso-permiso-conyuge-pareja-trabajadora-cuenta-ajena-27435>].

⁴³ STJUE 16 julio 2015 (C-222/14) (TJCE 2015/306) *Asunto Konstantinos Ma istrellis*.

⁴⁴ Ídem.

dos párrafos del referido artículo regulan lo siguiente: “La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses⁴⁵”.

B) El objeto del permiso de lactancia

De esta forma, queda claro que el permiso de lactancia tiene por objeto el cuidado de los hijos de corta edad, una edad fijada en los nueve meses, que requiere de los adultos una rigurosa y especial atención a las necesidades vitales, físicas y afectivas del menor. No es un permiso, por tanto, para la protección de la maternidad, ni tampoco está destinado en exclusiva a la alimentación del hijo, siendo esto así, resultaba evidente una reforma del artículo 37.4 ET, de ahí la nueva regulación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación el cual presenta con un objetivo muy ambicioso una lucha contra los estereotipos de género, fomentando un reparto más igualitario de la labor del cuidado familiar avanzando hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, todo ello en consonancia con lo dispuesto en multitud de normas y textos europeos e internacionales antes mencionados. Es, por tanto, el artículo 2.9 el cual modifica el apartado cuarto del artículo 37 ET, con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la corresponsabilidad. De esta forma, se reforma su denominación, clarificándose aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse “reducción de jornada corresponsable” a la que también como novedad se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad

⁴⁵ BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

Social. Además, se sustituye el término “trabajadores” por “personas trabajadoras” para adoptar un lenguaje más inclusivo y políticamente correcto⁴⁶.

Con el tiempo, este modo de entender el permiso cambió tal y como se ha explicado, hasta el punto de otorgarlo tanto a la madre como al padre biológicos, adoptivos y acogedores, sin hacer mención por tanto a otros vínculos familiares distintos a los enunciados, supuesto de tíos con respecto a los sobrinos cuando faltaren los padres o, en el mismo caso, en el supuesto de los abuelos con respecto a los nietos. A fin de cuentas, si de lo que se trata es de proporcionar el debido cuidado y atención al lactante, se debería haber pensado en aquellos supuestos en los que otros parientes, por ausencia de los progenitores, tuvieran que hacerse cargo del menor en esa fase tan importante de su vida⁴⁷.

C) Las modalidades de disfrute del permiso de lactancia

Volviendo al análisis del artículo 37.4 ET, estamos claramente ante interrupciones de la prestación laboral en que el trabajador queda dispensado de la obligación de trabajar, supuesto que no constituye causa de suspensión del contrato de trabajo, diferenciándose sustancialmente de esta figura tanto por el elemento retributivo, como por la brevedad de su duración, puesto que es el artículo 45.2 ET el que marca como exoneradas las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo cuando hablamos de suspensión⁴⁸. Además, el referido artículo supone una doble modalidad de disfrute, que trae causa del mismo hecho y que se configuran de manera alternativa en su uso, uno que adopta la forma de permiso, y otro la de reducción de jornada, aunque cabe mencionar que a estas formas de disfrute, debe añadirse la introducida por la LO 3/2007, que reconoce legalmente la posibilidad de acumular la reducción en jornadas completas, en los términos previstos en convenio o pacto colectivo, o en acuerdo individual, lo cual se asemeja en su naturaleza jurídica a la de los permisos retribuidos, debiendo señalarse también que en los supuestos de disfrute acumulado el coste económico continúa recayendo sobre el empresario⁴⁹. Por lo tanto, las modalidades de disfrute de este derecho

⁴⁶ BLASCO JOVER, C. La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol. 7, núm. 2, págs. 48 -55.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

⁴⁹ GARCÍA TESTAL, E. *La protección de la lactancia en el ordenamiento español*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 31-32.

de permiso de lactancia o para el cuidado del lactante son tres: por un lado, la ausencia del puesto de trabajo de cualquiera de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores durante una hora para atender los cuidados del menor hasta que este cumpla los nueve meses de edad; por otro lado, la solicitud de una reducción de jornada de media hora con la misma finalidad, ya sea al principio o al final de la jornada laboral; y por último, la posibilidad de acumular el permiso de lactancia en jornadas completas, si así lo prevé el convenio colectivo o por acuerdo con la empresa. Además, conviene mencionar que el permiso para el cuidado del hijo lactante es compatible con la reducción de jornada por cuidado de hijo a cargo⁵⁰.

D) La acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas

En cuanto a la posibilidad de acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, el Tribunal Supremo en la Sentencia del 19 de abril de 2018⁵¹ ha confirmado que para calcular esas jornadas se tendrá en cuenta las horas de ausencia y no la reducción de jornada, confirmándose por tanto la demanda interpuesta por parte de la Confederación de Cuadros y Profesionales contra la empresa “Valeo Iluminación S.A.” porque calculaba la acumulación del permiso con la media hora diaria de reducción de jornada, en lugar de con la hora de ausencia reconocida en convenio, el cual establecía que “el trabajador o trabajadora tiene derecho a una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora, o reducción de la jornada diaria en media hora. Posibilidad de disfrute acumulado”. La empresa negaba que el convenio colectivo reconociera el derecho a que el trabajador fuera quien tomara la decisión de acumular o no su permiso, y además venía aplicando como base de su cálculo para la acumulación, treinta minutos diarios en lugar de sesenta minutos. Ahora el Tribunal Supremo confirma que el convenio otorga al trabajador la decisión de acumular o no su permiso de lactancia, sin tener que llegar a un acuerdo con la empresa, y establece que la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción de jornada⁵².

En definitiva, es el propio Estatuto de los Trabajadores el cual señala que el trabajador podrá acumular en jornadas completas el derecho de ausentarse del centro de

⁵⁰LABORALIX. *Permiso de lactancia: tus preguntas frecuentes resueltas*. [12 de febrero de 2021] [<https://www.laboralix.com/permiso-lactancia/>].

⁵¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. “VÍdeo-comentario a la STS 419/2018, de 19 abril (RJ 2018, 1801). Permiso por lactancia”, *Aranzadi digital* núm. 1/2020.

⁵² EFE. *El Supremo dicta que la acumulación del permiso de lactancia debe calcularse con las horas de ausencia*. [11 de mayo de 2018] [<https://www.rtve.es/noticias/20180511/supremo-dicta-acumulacion-del-permiso-lactancia-se-calculen-horas-ausencia-lugar-media-hora/1731820.shtml>].

trabajo, por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora, o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional. Así, aunque el convenio colectivo no especifique si las jornadas completas deben obtenerse en función del tiempo de ausencia, la empresa no puede aplicar una previsión menos beneficiosa que la establecida en el artículo 37.4 ET⁵³.

Como regula de forma expresa el propio artículo, estamos ante un derecho del que puede disfrutar, o bien uno de los dos progenitores, o bien ambos a la vez, puesto que el hecho de que se trate de un derecho individual del trabajador implica que un progenitor no puede ceder su derecho al otro para que disfrute el doble. Además, independientemente de su consideración como permiso o como reducción de jornada, otra cuestión a determinar es la de su carácter retribuido, puesto que la obligación de considerarlo retribuido no viene, sin embargo, expresamente dispuesta en el texto estatutario, a diferencia de como se ha visto en otras normas internas que le precedieron, en las que sí se establecía la obligatoriedad de retribución. Asimismo, el derecho al salario puede derivarse directamente del Convenio 103 de la OIT, el cual introduce la garantía de que estas interrupciones de trabajo, a efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse⁵⁴.

2.3.- La prestación de la Seguridad Social

Ahora bien, la cuestión a determinar es sobre quién recae la obligación de asumir la carga económica del mismo, ya sea sobre el empresario, o bien, sobre la Seguridad Social, puesto que es el Real Decreto-Ley 6/2019 el cual ha introducido una nueva prestación a la acción protectora de la Seguridad Social en el Capítulo VII, que abarca los artículos 183 a 185 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante TRLGSS, la cual se denomina como “corresponsabilidad en el cuidado del lactante”, considerándose como situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por

⁵³ Ídem.

⁵⁴ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 33.

otro compatible con su estado⁵⁵, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados⁵⁶.

En líneas generales, es el legislador quien ha pretendido equiparar las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad, por la vía de asimilar las segundas a las primeras, fusionándolas en una única prestación, la prestación por nacimiento y cuidado de hijos, que cubre ahora las diferentes situaciones protegidas, creando además, una nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Ciertamente, ello supone una mejora de los derechos de los padres, pero también de las madres trabajadoras, pues se favorece una mayor implicación paternal ante las responsabilidades familiares⁵⁷.

Esta nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante plantea algunos importantes problemas pese a la poca relevancia de la prestación. Además, se manifiesta la inexistencia de una nueva regulación reglamentaria que desarrolle la normativa legal, pues no se ha derogado el Real Decreto-Ley 295/2009, de 6 de marzo, por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, lo que genera importantes dudas en cuanto a la vigencia de las reglas destinadas a la maternidad y paternidad, y, sobre todo, cómo hayan de entenderse aquellas normas reglamentarias que no resultan derogadas tácitamente con claridad⁵⁸.

La situación protegida a la que hacía referencia al comienzo del apartado se refiere expresamente a la reducción de jornada entre el momento en que el neonato cumpla los nueve meses, y hasta que cumpla los doce. No hay prestación, por tanto, durante el periodo anterior que va desde el nacimiento hasta los nueve meses, lo cual se justifica porque no debe perderse de vista que durante el periodo de reducción comprendido entre el nacimiento y los primeros nueve meses de vida del neonato, el trabajador tiene derecho a su retribución; por lo que no es necesaria prestación alguna en dicho periodo, pues las rentas económicas están cubiertas. Es durante el periodo posterior, entre los nueve y los

⁵⁵ En los términos previstos en el artículo 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

⁵⁶ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 34.

⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J. La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2019, núm. 20, págs. 47 -70.

⁵⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J, cit. pág. 49.

doce meses, cuando se abona la prestación, pues en dicho periodo el trabajador ve reducido su salario⁵⁹.

Por otro lado, debemos destacar que si bien la situación protegida es perfectamente factible en caso de maternidad biológica, es mucho más complejo en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento, pues es habitual que cuando se produce la resolución judicial o administrativa, el menor tenga ya una edad superior; es decir, en estos casos es extraño que se pueda generar derecho a la reducción de jornada y a la prestación que analizamos.

Atendiendo al ámbito subjetivo de esta prestación, cabe mencionar la restricción a la que está sometido el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el cual no tiene derecho a estas prestaciones, lo cual deriva de la redacción de la disposición adicional vigesimosegunda del Estatuto de los Trabajadores⁶⁰, y del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP⁶¹. Ambos artículos, señalan en su actual regulación que al personal laboral de las Administraciones públicas les resulta de aplicación los permisos por lactancia regulados en el EBEP, no la regulación prevista por el Estatuto de los Trabajadores, debiendo tener en cuenta que el artículo 37.4 ET es el único precepto que regula el contenido concreto de la situación protegida (la reducción de jornada durante media hora entre el noveno y el decimosegundo mes), cuestión a la que no hace referencia la actual redacción del artículo 48 “letra f” EBEP⁶².

⁵⁹ Así lo recoge el artículo 37.4 ET en su párrafo cuarto: “Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses”.

⁶⁰ Posteriormente modificado por el artículo 2.17 del Real Decreto-Ley 6/2019: “Resultarán de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia (...) no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones de la presente Ley sobre las suspensiones de los contratos de trabajo, que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

⁶¹ Posteriormente modificado por el artículo 3.1 del Real Decreto-Ley 6/2019: “El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan. No obstante, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

Ídem.

⁶² Concretamente, el artículo 48 “letra f” EBEP, modificado doblemente, primero por el Real Decreto-Ley 6/2019, y posteriormente por la disposición final 37.1 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, serán aquellos sujetos que puedan disfrutar de la reducción de jornada regulada por el artículo 37.4 ET, y es el artículo 184 TRLGSS el cual regula los requisitos del hecho causante, que son idénticos a los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menores; por lo tanto, habrá de cumplirse con las exigencias de afiliación, alta o situación asimilada al alta y el periodo de carencia que regula el artículo 178 TRLGSS; además, debemos tener en cuenta que el artículo 183 TRLGSS, al configurar la situación protegida, requiere que se trate de una reducción de jornada en media hora que sea llevada a cabo por ambos progenitores y con la misma duración y régimen, lo cual supone que no se genera derecho a la prestación, pese al cumplimiento de los requisitos de afiliación, alta y periodo de carencia, si uno de los progenitores disfruta de un periodo inferior, o si uno de los progenitores decide no disfrutar de la reducción de la jornada durante los meses que van desde que el neonato cumple los nueve meses, en adelante (aun cuando haya disfrutado de dicha reducción en el periodo anterior).

Cuando se exige que ambos progenitores disfruten de la reducción de la jornada por lactancia, debemos tener igualmente en cuenta que se establece una importante limitación a los beneficiarios, puesto que el artículo 184.2 TRLGSS señala que en caso de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores cumplan con los requisitos para tener derecho a esta prestación, solo podría reconocerse el derecho a uno de ellos. Aun cuando la situación protegida involucra a los dos progenitores, en realidad se prevé que solo uno de los dos va a disfrutar de la prestación. Por otro lado, al existir una única prestación, en realidad los requisitos del hecho causante y específicamente el periodo de carencia solo va a exigirse al que va a disfrutar de la prestación, el cual es elegido a opción de estos.

Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, regulación actual que establece lo siguiente: “Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. El permiso (...) es un derecho individual de los funcionarios, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple” BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

La consecuencia de esta limitación que supone que solo uno de los progenitores disfrute de la prestación se puede considerar contraria a la finalidad que se persigue con la misma: la corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

Por último, en relación con la cuantía y la duración de la prestación, se pretende cubrir la disminución de rentas que se genera por dejar de percibir parte del salario como consecuencia de disfrutar de una reducción de jornada por lactancia, y es el artículo 185 TRLGSS⁶³ el cual establece que la cuantía de la prestación equivale a la reducción salarial que sufre el beneficiario de la prestación durante esta reducción de jornada, consistiendo en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Además, dicha cuantía se ve disminuida en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo, es decir, el resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje del 100% da como resultado una prestación que equivaldría a una reducción de la totalidad de la jornada de trabajo, pero la prestación solo abona la reducción de media hora, por lo que debe aplicarse una regla de proporcionalidad.

Por cuanto a la duración de la prestación, esta será, como máximo, de tres meses, pues se abona la prestación durante el periodo comprendido entre el momento en que el menor cumple los nueve meses y los doce meses, extinguiéndose cuando el menor cumpla los doce meses de edad. Sin embargo, es perfectamente posible que los progenitores disfruten de una reducción de jornada de duración inferior a esos tres meses y, consecuentemente de una prestación de duración inferior a tales meses, será la que fijen los progenitores, siempre que ambos disfruten de la reducción al mismo tiempo⁶⁴.

⁶³ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

⁶⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J, cit. págs. 68-69.

CAPÍTULO III.- EL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Antes de analizar lo que entendemos por riesgo durante la lactancia, conviene fijar que hay dos perspectivas: por un lado lo estudiado hasta ahora, la lactancia desde la perspectiva del permiso, donde lo que se protege es la atención alimentaria inicial del menor de nueve meses; y por otro lado la lactancia desde la perspectiva preventiva, donde se presta atención a los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre, que se pueden transmitir al hijo a través de la leche materna. Es en este segundo plano donde los supuestos de lactancia natural o lactancia mixta⁶⁵ están protegidos, ya que la lactancia artificial no conlleva ningún tipo de riesgo de transmisión de los distintos agentes peligrosos a través de la leche y por el contacto directo entre madre e hijo⁶⁶.

Las condiciones de trabajo en las que se desarrolla la prestación laboral de la mujer trabajadora siempre han merecido una especial atención puesto que la razón de dicha protección reside en que se entiende que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico en determinadas situaciones naturales de la mujer, lo cual ocurre con el embarazo y la lactancia. La constatación de los riesgos que de forma diferenciada afectan a la salud de la mujer respecto de los trabajadores ordinarios conlleva la protección específica que se brinda a aquella por medio del tratamiento normativo aplicable ante las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia, así, la trabajadora durante la situación de lactancia natural es especialmente sensible, situación en la que las condiciones de un puesto laboral que inicialmente no generaba riesgos, pasan a generarlos por cambios en las características fisiológicas de la mujer trabajadora.

A pesar de que la lactancia desde el punto de vista estrictamente laboral, es decir, el permiso de lactancia se ha regulado desde hace tiempo, la lactancia desde el punto de vista de la salud laboral no ha tenido igual suerte. La Directiva 92/85/CEE es la primera norma que establece la protección de la lactancia mediante una serie de medidas de prevención que tienen por objeto evitar los riesgos que determinadas condiciones de su trabajo pueden producir en la leche materna y en el recién nacido.

El reconocimiento explícito en la legislación española de la situación de riesgo especial durante el embarazo y el periodo de lactancia natural es de trascendental

⁶⁵ Se entiende por lactancia mixta el empleo de la lactancia artificial y de la lactancia natural. MORENO SOLANA, A. Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género, en AA. VV (BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., Dir.) *Prevención de riesgos durante la lactancia*, Getafe: Universidad Carlos III, Madrid, 2017, págs. 51-66.

⁶⁶ Ídem.

importancia y conlleva, además, en determinados supuestos el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, así, nos encontramos en primer lugar con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL⁶⁷, la cual configura en sus artículos 25 a 27 lo que podemos describir como protección por razones subjetivas, es decir, aquellos supuestos en los que las situaciones personales específicas de los trabajadores requieren una regulación complementaria⁶⁸.

Por otro lado, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, y el actualmente derogado Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, concretan en el reconocimiento de una nueva prestación de la Seguridad Social: la incapacidad temporal derivada de riesgo durante el embarazo.

En los últimos años se produce un avance normativo a este respecto, de manera que la Directiva 92/85/CEE no se transpuso en su totalidad hasta la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual modifica la naturaleza de la prestación económica en el caso de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, reconociendo esta prestación como derivada de contingencia profesional, teniendo en cuenta que hasta dicha norma la situación de riesgo durante la lactancia natural no llevaba aparejada una prestación económica del sistema de Seguridad Social.

1.- LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN QUE SE APLICAN DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA

A modo de introducción, de entre las obligaciones del empresario, el artículo 25 LPRL sobre protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, establece que este tiene que garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por su estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, debiendo tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias, prohibiendo el empleo a trabajadores que puedan poner en

⁶⁷ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

⁶⁸ 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: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2011, núm. 111, págs. 195-210.

situación de peligro tanto a ellos mismos como a otros trabajadores o personas relacionadas con la empresa. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones, los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias⁶⁹.

1.1.- La identificación y la evaluación de riesgos

El artículo 16 LPRL es uno de los preceptos especialmente afectados por la reforma efectuada a través de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales⁷⁰, sin embargo, la modificación no alcanza la 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 aquel o esta 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 periodo de lactancia, es decir, personas que presentan factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales, más allá de las situaciones de riesgo ordinario que puede sufrir cualquier persona en condiciones normales por el desempeño de su trabajo⁷¹.

Conviene sin embargo, ahondar en el estudio del artículo 26 LPRL relativo a la protección de la maternidad, el cual establece en primer lugar y en su apartado primero la evaluación de los riesgos, debiendo tenerse en cuenta aquellos específicos en relación con las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, teniendo presente la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto/hijo, 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

⁶⁹ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 106.

⁷⁰ BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2003.

⁷¹ AGRA VIFORCOS, B. El embarazo y la lactancia: análisis desde la perspectiva de la prevención de riesgos en el trabajo. *UNED: Boletín de la Facultad de Derecho*, 2006, núm. 28, págs. 151-182.

laboral y la literalidad de la disposición, aparentemente clara, la cual ofrece importantes dudas interpretativas:

En primer lugar, y aunque el precepto no lo exprese claramente, 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. En consecuencia, la protección deberá desplegarse incluso cuando el embarazo no es un hecho real sino meramente potencial, al contrario de cuanto ocurre con el resto de las medidas contempladas en el artículo 26 LPRL, para cuya operatividad no solo es preciso que la gestación sea un hecho, sino que se exige el conocimiento empresarial.

En segundo lugar, 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 físicos, químicos, biológicos o de otra naturaleza susceptibles de provocar alteraciones cromosómicas, abortos o malformaciones. Sin embargo, habría sido deseable incorporar la enumeración de factores contemplada en los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE puesto que su ausencia abre las puertas a un debate respecto a la posible aplicación directa de la norma comunitaria, aunque, en cualquier caso, y a falta de otras previsiones en la negociación colectiva, el listado podrá servir, al menos, como pauta orientativa.

Por último, no prevé tampoco el artículo 26 LPRL el deber que tiene el empresario de poner en conocimiento de la mujer trabajadora el resultado de la evaluación de riesgos efectuada, lo cual sí aparece en la Directiva 92/85/CEE⁷². La carencia, salvo intención convencional al respecto, únicamente podrá considerarse salvada a través del genérico deber de información regulado en el artículo 18 LPRL, de conformidad con el 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 la prevención aplicables, incluidas las de emergencia⁷³.

⁷² Concretamente, el artículo 4.2 de la Directiva 92/85/CEE regula lo siguiente: “(...) en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras (...), los resultados de la evaluación y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo”.

⁷³ AGRA VIFORCOS, B, cit. págs.154-157.

Por otro lado, la Directiva 92/85/CEE⁷⁴ estableció en el ámbito comunitario una serie de disposiciones cuyo objetivo era la protección de este colectivo de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, concretamente en el artículo 4.1, el cual dispone que para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad o salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras y determinar las medidas que deberán adoptarse.

En nuestro país la incorporación de la Directiva se efectuó mediante la LPRL y mediante la LO 3/2007, en cambio, hay un punto de la Directiva que no ha tenido correspondencia exacta en la ley, como es lo relativo al Anexo I y II de la norma comunitaria, y la razón por la cual estos anexos no han tenido una plasmación literal en las normas españolas es porque ambos incluyen relaciones no exhaustivas, de tal manera que, en el momento de la transposición, se consideró que incluir esos listados podría inducir a pensar erróneamente que solo debían evaluarse los riesgos y adoptarse medidas respecto de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo incluidos en esos anexos.

Para realizar el desarrollo reglamentario necesario para incorporar los dos anexos, se ha optado por modificar el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero⁷⁵, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, por considerarla la norma más idónea para ello, ya que contiene las disposiciones de carácter general relativas a la evaluación de riesgos en el trabajo. Así, a pesar de que existen varias normas que recogen el derecho a la salud y a la protección de la maternidad de las trabajadoras frente a los riesgos que puede haber en los puestos de trabajo, es el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo⁷⁶ el cual establece una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden afectar a la salud de la mujer embarazada o lactante,

⁷⁴ BOE núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

⁷⁵ BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997.

⁷⁶ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

o a su descendencia; por un lado, los riesgos que deben ser evaluados (en el Anexo VII), y por otro, en los que se debe evitar la exposición, (en el Anexo VIII⁷⁷).

A pesar de que la norma en su Anexo VII incluye los agentes físicos, químicos y biológicos, además de los procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de la mujer embarazada o lactante, en el feto o en el menor, y que, por ende, deben ser evaluados, únicamente plasmaré en el cuadro los agentes físicos y sus posibles efectos.

RIESGO/FACTOR DE RIESGO	¿EN QUÉ CONSISTE EL RIESGO?
Choques, vibraciones o movimientos	Posibilidad de aumento del riesgo de aborto, parto prematuro o de bajo peso en el menor.
Manipulación manual de cargas pesadas	Problemas cardiovasculares y defectos en el sistema nervioso central del feto.
Ruido	Posibles daños irreversibles tanto en la trabajadora como en el feto.
Radiaciones no ionizantes	Contaminación en la piel de la madre y posible transmisión a través de la placenta al feto o de la leche materna al menor.
Frío y calor extremos	Riesgo en el desarrollo embrionario o deshidratación en la lactancia.
Movimientos, posturas y desplazamientos	Fatiga mental y física, estrés, malestar y accidentes.

Así, en cuanto a los esfuerzos, estos hacen referencia a la dificultad, la fatiga y la tensión que conlleva el desempeño de las funciones, abarcando tanto el esfuerzo físico como el esfuerzo mental y el emocional. No obstante, lo habitual es que se preste atención únicamente al esfuerzo físico, lamentablemente, sólo de un modo parcial (generalmente

⁷⁷ ROMANO MOZO, D. *Guía sindical para la prevención de riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia*, en AA. VV. *Riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia*, ISTAS, 2009, págs. 18-21.

sólo relativo a la eventual manipulación manual de cargas y asociado con arquetipos laborales masculinos y obsoletos): con tal planteamiento quedan omitidos, incluso los esfuerzos físicos derivados del manejo de cargas en oficios de perfil más moderno (el trabajo administrativo, la confección textil, el cuidado de menores o personas enfermas o dependientes...) y las posturas forzadas asociadas a algunas ocupaciones⁷⁸.

1.2.- La adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo

El apartado segundo del artículo 26 LPRL dispone que si los resultados de la evaluación revelaren un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, se impone al empresario adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación a las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, lo cual podría influir en la no realización de trabajos nocturnos o a turnos. Además, en el supuesto de insuficiencia o imposibilidad de realizarlas, la norma prevé optar por una movilidad funcional de carácter temporal la cual tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto, pero esta medida no interesa analizarla en este apartado puesto que lo que regula primeramente el apartado segundo del artículo 26 LPRL es la obligación que tiene el empresario de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada⁷⁹.

Entre las medidas a adoptar, puede el empresario optar por una adaptación física o técnica del puesto de trabajo, o incluso adaptaciones del tiempo de trabajo que suponen una modificación organizativa: así, por ejemplo, el empresario puede optar por una flexibilización de la jornada, reducción de esta, eliminación de las horas extraordinarias o la no realización de trabajos nocturnos o a turnos, si bien esta medida resulta muy concreta y es fácilmente interpretable acudiendo a otros preceptos del ordenamiento jurídico laboral, así, el artículo 36 ET, nos da una triple definición de lo que es trabajo nocturno, trabajador nocturno y trabajo a turnos.

Surge la cuestión principal con respecto a esta modificación o adaptación de la trabajadora a las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo, debiendo despejarse la

⁷⁸ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. Las nuevas relaciones de trabajo: una perspectiva de género. *Revista de treball, economia i societat*, 2019, núm. 92, págs. 1-25.

⁷⁹ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 121.

duda de si tales modificaciones son de carácter voluntario o imperativo para las trabajadoras afectadas. Al respecto, partiendo de la finalidad protectora de la salud de la norma, debe afirmarse su carácter obligatorio, por lo que la trabajadora no podrá oponerse o negarse a la modificación de las condiciones de trabajo, ya que la protección no va dirigida directamente a la mujer trabajadora, sino también al hijo.

Por otro lado, en los empresarios no recae la obligatoriedad de modificar o adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo puesto que la ley lo vincula a la posibilidad de que se haga efectiva, de forma que al empresario le resultará siempre económicamente más ventajosa la opción por la suspensión del contrato, siempre condicionada a la falta de puesto compatible.

La segunda cuestión a tener en cuenta es la titularidad de este poder de modificación, la cual debe reconocerse al empresario, que será así quien decida cuáles serán las medidas de modificación que se adopten, aunque seguramente resultará indispensable la propuesta del personal sanitario encargado de las funciones de vigilancia de la salud, que sugerirá las medidas preventivas más adecuadas.

También es preciso distinguir este poder de modificación de otras facultades de contenido similar previstas en diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, y es que, si bien efectivamente el objeto de la modificación puede ser similar, el fundamento del mismo es lo que lo distingue, y así es la naturaleza preventiva que se encuentra en la causa y fundamento de este tipo de movilidad lo que diferencia esta de otras posibilidades modificatorias, cuyo origen se sitúa en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En relación con el objeto de la modificación surge una tercera cuestión relativa al contenido de este poder de modificación. La norma hace referencia a la adaptación de condiciones de trabajo de manera temporal, modificaciones entre las que cabe incluir las que afecten al tiempo de trabajo de la trabajadora. Existe una falta de precisión en el precepto que permite incluir medidas de muy diferente grado o alcance que pueden ceñirse a cambios sencillos o adaptaciones del puesto de trabajo que se engloban dentro de las facultades de dirección del empresario, pero que también pueden alcanzar el grado de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo si ello fuera necesario, respecto de las cuales debe destacarse la inaplicación del artículo 41 del ET, dado que este se refiere a modificaciones sustanciales unilateralmente decididas por el empresario,

y cuyo origen es preciso fundamentar en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mientras que, en este caso, además de su duración estrictamente temporal, su causa es de naturaleza preventiva⁸⁰.

En resumen, por tanto, las dos posibilidades de modificación son: o bien la adaptación del puesto de trabajo a la trabajadora sin cambiar de puesto ni las funciones que la misma venía realizando incluyéndose modificaciones tales como las relativas a las condiciones de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo; la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y en sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia; los procedimientos para la utilización de los agentes citados; y aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesta la trabajadora de acuerdo con lo descrito en el artículo 4.7 de la LPRL.

O bien la adaptación del tiempo de trabajo, debiendo incluirse tanto las reducciones del tiempo de trabajo o modificaciones horarias, como las relativas a la prohibición o limitación del trabajo nocturno o a turnos. Así, el objetivo de optar por la reducción del tiempo de trabajo es conseguir una menor exposición que evite el riesgo, lo cual no puede suponer un menor salario puesto que dicha reducción está fundada en motivos de salud laboral, por lo que la remuneración de la trabajadora debe conservarse intacta, y es compatible con el permiso de lactancia. Por otro lado, el objetivo de optar por la prohibición del trabajo nocturno o a turnos es evitar los problemas de salud que ello conlleva, de ahí el traslado a un puesto de trabajo diurno⁸¹, aunque, en relación con las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, el traslado será de carácter temporal, puesto que la afectación a la salud también lo es, al derivarse de condiciones físicas de la trabajadora de duración limitada en el tiempo⁸².

⁸⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M, cit. pág. 47.

⁸¹ Así, el artículo 36.4 del ET establece lo siguiente: “Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa” Además el segundo párrafo regula el derecho que tienen los trabajadores a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos.
BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

⁸² GARCÍA TESTAL, E, cit. págs. 122-125.

1.3.- El cambio de puesto de trabajo

Como mencioné en el punto anterior, el segundo apartado del artículo 26 de la LPRL establece que en el caso de que la adaptación de las condiciones de trabajo no fuera posible o sea insuficiente, se intentará cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo a otro compatible con su estado de la misma forma que se haría para el supuesto de gestación y embarazo⁸³. Por ello, también es necesario que el empresario elabore un elenco de puestos exentos de riesgos para la lactancia, y una vez sepa cuáles son estos puestos se intentará, primero, cambiarle a uno dentro de su mismo grupo profesional, y, en caso de que no fuera posible, se intentará mediante una movilidad extraordinaria, cambiarle a otro puesto de otro grupo profesional de nivel superior o inferior. En este último caso, la trabajadora deberá aceptar el cambio de puesto, que será en todo caso de carácter temporal. Por otro lado, se extiende la posibilidad de optar por una movilidad de la trabajadora a otro centro de trabajo, si ello no implica un cambio de residencia, ya que puede ser una solución alternativa a la movilidad funcional, tratándose de una movilidad geográfica especial puesto que la finalidad principal sigue siendo la misma, evitar la exposición de la trabajadora a estos riesgos.

Por lo tanto, en estos supuestos la trabajadora deberá pasar a prestar servicios en un puesto de trabajo o función distinta que sea compatible con su situación de madre lactante. A los efectos de favorecer que el cambio sea posible y razonable, la norma establece la obligación del empresario de confeccionar una relación de puestos de trabajo en la empresa exentos de riesgo para la lactancia, previa consulta con los representantes de los trabajadores, lo que garantizará el conocimiento de dichos puestos y su disponibilidad puesto que la identificación de aquellos exentos de riesgo para la situación de embarazo y lactancia se materializa con la evaluación de riesgos inicial, y por ello los representantes de los trabajadores dispondrán de esta información dado que el empresario está obligado a poner a su disposición los resultados de la evaluación, de manera que una

⁸³ Se prevé una bonificación en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional que consistirá en un 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, lo cual aparece regulado en la disposición adicional centésima vigésima tercera de la Ley 11/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

vez materializada la situación será suficiente con comprobar la disponibilidad de puesto a efectos del cambio y su certificación⁸⁴.

En este punto, el artículo 26 de la LPRL en su apartado cuarto establece que la necesidad de cambio debe ser certificada por los servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social, en adelante INSS, o de la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, previo informe del médico del servicio nacional de salud que asista facultativamente a la trabajadora o al hijo, cuya función es acreditar el estado biológico de la trabajadora, y en su caso la situación del hijo para valorar la exposición al riesgo y la necesidad del cambio, puesto que, como es lógico, el servicio médico del INSS o de la Mutua no tiene conocimiento de su estado biológico ni circunstancias concurrentes, y aunque la norma no se pronuncia, para la emisión del certificado por el servicio de salud que corresponda, será necesario adoptar un informe de la empresa que detalle la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo⁸⁵.

Este requisito de certificación por el servicio médico del INSS o de la Mutua que corresponda puede parecer excesivo para el cambio de puesto de trabajo por la ralentización que puede suponer para el traslado, de ahí que parezca más lógico que la participación de la entidad gestora en la declaración del riesgo se situase en una fase posterior, en la que tras detectar la imposibilidad del cambio de puesto se procediera a la solicitud de suspensión del contrato. Desde el punto de vista operativo, lo más razonable hubiera sido realizar dicho certificado por el servicio de prevención de la empresa, que es quien conoce los riesgos a que está expuesta la empleada, y junto con el informe médico del facultativo que asista a la trabajadora o el hijo estará en condiciones de determinar la necesidad del cambio.

Ahora bien, en el supuesto de que no se realice la evaluación específica de riesgos, lo normal es que tampoco se plantee el cambio de puesto de trabajo por desconocimiento de las necesidades concretas, y para solventar el problema se pasa de forma automática a la trabajadora a la situación de suspensión del contrato de trabajo sin acreditación alguna

⁸⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, J. El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 217, págs. 29-72.

⁸⁵ Así lo especifica el artículo 39.2 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 natural. BOE núm. 69 de 21 de marzo de 2009.

de las circunstancias que lo imposibilitan o dificultan; o simplemente aduciendo la imposibilidad del cambio al no existir en la empresa puesto de trabajo exento de riesgo. Estas situaciones plantean la posible responsabilidad del empresario por omisión de sus obligaciones preventivas de cambio de puesto de la trabajadora lactante cuando sea preceptivo y posible, además de que puede incurrir en vulneración del derecho a la igualdad por obstaculización del derecho al trabajo, así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional en una Sentencia del 4 de octubre de 2004⁸⁶ declaró la vulneración del derecho a la igualdad de trato a una piloto, a la que se le suspende el contrato por riesgo durante el embarazo en su trabajo en la aeronave, por falta de evaluación de riesgos y sin valorar la posibilidad de realizar labores en tierra que su titulación permita, considerando el Tribunal que la existencia o no de vacante no es una cuestión de mera legalidad sino que puede implicar una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.

Otra cuestión a tener en cuenta son los derechos salariales, la trabajadora conservará el derecho al conjunto de retribuciones del puesto de origen puesto que es el artículo 14 de la LPRL el cual establece que el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores, aunque en el supuesto de ocupar un puesto de grupo superior, con salario más elevado, será este el que perciba la trabajadora.

Las dudas pueden surgir con los complementos salariales derivados del sistema de trabajo (como pueden ser los derivados del trabajo a turnos y el trabajo nocturno) de los que nada dice la norma y que pueden suponer una merma sustancial en la retribución puesto que no sabemos si quedan o no incluidos como conjunto de retribuciones del puesto de origen. Así, tanto la doctrina científica como la doctrina judicial entendían que la trabajadora tenía derecho a percibir su retribución íntegra durante la adaptación del puesto de trabajo⁸⁷, pero con motivo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 1 de julio de 2010⁸⁸, la doctrina da un cambio y se excluye la idea de que la Directiva 92/85/CEE garantice el derecho al mantenimiento íntegro del salario. A pesar

⁸⁶ STC núm. 161/2004 de 4 octubre, RTC 2004/161.

⁸⁷ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de julio de 2000, condena al pago de las guardias dejadas de realizar por el estado de gestación avanzada. El tribunal entiende que estando la empresa obligada a la adaptación de las condiciones y el tiempo de trabajo, debe mantenerse la retribución de las guardias, dado que son obligatorias para los facultativos y su retribución tiene naturaleza salarial.

STSJ núm. 3700/2000 de 20 julio.

⁸⁸ STJUE 1 julio 2010 (C-471/08) (TJCE 2010/08) *Asunto Parviainen*.

de esto, el Tribunal Europeo, después de analizar el objetivo de protección que se persigue, concluye que lo que se pretende garantizar es el mantenimiento de “una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”, y no de la “remuneración de la trabajadora”, por tanto, la trabajadora embarazada o en situación de lactancia que haya sido provisionalmente destinada a otro puesto de trabajo en virtud de la exposición a riesgo en su puesto de trabajo, conserva durante ese destino el derecho a los conceptos salariales inherentes a su condición profesional (como son los complementos salariales relacionados con su calidad de superiora jerárquica, su antigüedad y sus cualificaciones profesionales). Sin embargo, el tribunal entiende que de dicha regulación no se desprende la obligación de los Estados Miembros de mantener, durante ese destino provisional, los complementos que dependen del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio; por consiguiente, la trabajadora no tiene derecho, a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo, a la remuneración media que percibía antes del traslado.

A partir de esta sentencia, los tribunales españoles cambiaron su doctrina, y en varias ocasiones se deniega a la trabajadora el derecho a percibir la retribución correspondiente a las guardias médicas no realizadas durante el periodo de adaptación de su puesto de trabajo, pero, por ejemplo, el Tribunal Supremo en la Sentencia del 24 de enero de 2017⁸⁹ se separa del criterio europeo de considerar que nuestro ordenamiento jurídico contiene un regulación más favorable que la establecida en sede comunitaria, y por tanto, reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la retribución correspondiente a las guardias médicas no realizadas durante el periodo de adaptación de su puesto de trabajo, basándose en las consecuencias económicas si la trabajadora hubiera sido protegida con la suspensión del contrato de trabajo al no ser posible la adaptación o cambio de puesto, de manera que el tribunal razona que en este caso la trabajadora pasaría a percibir una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social del 100% de su base reguladora, de esta forma se mantendría el equilibrio con el salario que venía percibiendo antes de la suspensión.

En base a esta argumentación, cuando la adaptación del puesto es posible, el tribunal advierte que no se puede sostener que la trabajadora pueda sufrir una disminución

⁸⁹ STS núm. 43/2017 de 24 enero, RJ 2017\1615.

económica en relación a lo que hubiera cobrado si se hubiera producido la suspensión del contrato, por lo que considera que de sostener la reducción del salario estaríamos ante una situación que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, situando a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestar servicios, con lo que se pone en juego el objeto de la protección y de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas y lactantes. En consecuencia, el tribunal aprecia la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y declara nula la decisión de la empresa consistente en la minoración retributiva durante el periodo afectado por la adaptación del puesto de trabajo. La finalidad al fin y al cabo es paliar la desigualdad salarial que puedan sufrir las trabajadoras en periodo de maternidad⁹⁰.

1.4.- La dispensa de trabajo durante la lactancia y la protección de la seguridad y salud

- A) El régimen previo a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

Conviene mencionar que antes de la aprobación y entrada en vigor de la LO 3/2007, y a la vista del contenido del apartado cuarto del artículo 26 LPRL y de la Directiva 92/85/CEE, era posible afirmar claramente que en el caso de la norma interna las medidas adoptables por el empresario para salvaguardar la salud de la trabajadora en periodo de lactancia o de su hijo podrían resultar insuficientes, y en todo caso no adecuadas a la norma comunitaria puesto que la posible insuficiencia se daba en los supuestos en que no fuera posible ni la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, ni la movilidad funcional ordinaria ni la extraordinaria, ya que la norma interna, a diferencia de las previsiones comunitarias, no incluía la opción por la dispensa de trabajo para las trabajadoras en periodo de lactancia, al no hacerse extensivas las medidas contenidas en el apartado tercero del artículo 26 LPRL: no se consideraba causa de suspensión del contrato de trabajo ni, en consecuencia existía aparejada ninguna prestación económica sustitutiva, considerándose esta una de las carencias más importantes de nuestra regulación al existir una falta de adecuación a la Directiva

⁹⁰ ROMERAL HERNÁNDEZ, J, cit. pág. 35.

92/85/CEE, por lo que se achacó a la Ley 39/1999 la falta de efectuar de manera parcial la transposición de la norma comunitaria⁹¹.

Por otro lado, la doctrina fue unánime en señalar esta omisión consistente en la posibilidad de suspender la prestación laboral durante el periodo de lactancia percibiendo una prestación sustitutiva del salario, considerando por tanto la existencia de una falta de transposición de la norma comunitaria, lo que ha sido considerado uno de los aspectos más criticables de la regulación. Además, de acuerdo con la regulación resultante de la Ley 39/1999, continuaban existiendo supuestos de falta de protección: aquellos en que un posible riesgo durante el periodo de lactancia natural no pudiese ser resuelto por el empresario mediante la aplicación de la regulación contenida en los apartados primero y segundo del artículo 26 LPRL, supuestos donde el coste de la dispensa de trabajo solo era posible que recayera sobre la trabajadora que accediese a la suspensión de su contrato mediante acuerdo con el empresario sin contraprestación económica sustitutiva del salario.

Las razones por las que el legislador no ha intervenido hasta épocas recientes en la protección de estas situaciones, introduciendo la dispensa de trabajo como medida de prevención de riesgos, se han vinculado a motivos presupuestarios y de orden fiscalizador, por la necesidad de seleccionar las situaciones objeto de cobertura, así como por la dificultad de controlar y evitar situaciones fraudulentas, de manera que una propuesta de resolución del referido vacío legal partía de la consideración de la posible eficacia directa de la norma comunitaria, de manera que, para el supuesto de una trabajadora en periodo de lactancia que ocupara un puesto de trabajo respecto del cual en la evaluación de riesgos se hubiese detectado la existencia de un riesgo y no fuese posible y/o suficiente la adaptación de condiciones y/o tiempo de trabajo ni el cambio de puesto, habría de solicitar la suspensión del contrato de trabajo y la contraprestación económica correspondiente y ante la negativa empresarial y/o de la entidad gestora, solicitar la aplicación directa de la Directiva y la consiguiente reclamación de daños al Estado, con la obtención de la indemnización correspondiente.

B) La dispensa de trabajo en la Directiva 92/85/CEE

La posibilidad de suspender el contrato de trabajo como medida de prevención de los riesgos vinculados al puesto de trabajo se encuentra prevista, como mencioné

⁹¹ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 131.

anteriormente, en la Directiva 92/85/CEE vinculada a tres situaciones distintas relacionadas con la maternidad: la de las trabajadoras embarazadas, la de aquellas que se encuentren en situación de parto reciente o en periodo de lactancia.

La dispensa de trabajo, por tanto, de acuerdo con la norma comunitaria aparece considerada como una medida subsidiaria de carácter excepcional, ya que, en primer lugar deberá intentarse la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo y en segundo lugar el cambio de puesto de trabajo, y cuando ambas medidas no sean ni técnica ni objetivamente posibles o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, será adoptada la dispensa de trabajo.

La norma comunitaria garantiza a la trabajadora la percepción de una prestación adecuada durante este periodo, de manera que habrá de percibir unos ingresos equivalentes a los que percibía cuando prestaba servicios a la empresa, sin embargo, la Directiva no determina la naturaleza jurídica de esos ingresos sustitutivos ni sobre quien ha de recaer el coste de la dispensa de trabajo, por lo que serían acordes con la Directiva tanto las fórmulas que hagan recaer sobre el empresario la asunción de esta responsabilidad, de tal forma que haya de continuar abonando el salario correspondiente a la trabajadora sin prestación de servicios, como aquellas otras que, por el contrario, supongan la creación o adaptación de una prestación pública de carácter económico, de modo que sea el Estado el que asuma la carga. También serían posibilidades admisibles aquellas fórmulas intermedias que supongan al empresario asumir solo una parte de la carga mediante la delimitación de periodos de asunción empresarial y otros de abono estatal, o a través de la prorrata de la cuantía entre ambas partes, en cambio, lo que no se contempla en ningún caso es que el coste de la prevención de riesgos recaiga sobre la trabajadora, mediante la previsión de una dispensa de trabajo sin contraprestación económica.

La norma comunitaria no establece diferencias respecto de la dispensa de trabajo en las distintas situaciones de embarazo, parto reciente o periodo de lactancia, sino que el tratamiento es para todas ellas unitario, sin exigirse requisitos diferentes para cada una de ellas⁹².

⁹² Ídem.

- C) La dispensa de trabajo tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

En cuanto a lo que refiere a los antecedentes de la dispensa de trabajo en la normativa interna conviene mencionar que su regulación es fruto de la aprobación de la Ley 39/1999, pues hasta ese momento el artículo 26 LPRL no hacía mención alguna a la dispensa de trabajo para ninguno de los supuestos de protección previstos, de manera que solo una interpretación extensiva del concepto de incapacidad temporal permitía dar cobertura al supuesto, de ahí la postura que tomó el legislador de delimitar la dispensa de trabajo, aunque solo para una de las situaciones protegidas por el artículo 26 LPRL, discriminando las otras dos situaciones previstas en la Directiva comunitaria, así, solo la trabajadora en situación de riesgo durante el embarazo podría llegar a estar plenamente protegida, en cambio, las trabajadoras en situación de parto reciente o en periodo de lactancia no resultaban incluidas.

Sin embargo, el legislador fue consciente de las carencias en nuestro sistema y de la necesidad de adaptarlo a la normativa comunitaria optando este por su modificación mediante la aprobación de la LO 3/2007, pues bien, entre otras, se afronta la carencia de nuestro sistema en orden a la protección de las situaciones de lactancia natural, pasando a contemplarse como medida de protección la dispensa de trabajo en lo referente a la protección por el sistema público de Seguridad Social, con el objetivo de adecuar, por fin, la norma interna a la norma comunitaria, y tratando de completar la transposición de la Directiva 92/85/CEE, así, el apartado tercero del artículo 26 LPRL configura la suspensión del contrato de trabajo como última medida posible a acceder en el caso de imposibilidad de poner en práctica la adaptación o el cambio de puesto o funciones, consistiendo en suspender el contrato de trabajo por parte del empresario acreditando tal imposibilidad.

1.5.- La tutela de la Seguridad Social

Una vez suspendido el contrato, la trabajadora tendrá derecho a una prestación de la Seguridad Social que sustituirá el salario dejado de percibir por esta, hasta que el niño cumpla los nueve meses de edad, la cual aparece contemplada en el Capítulo IX, concretamente en el artículo 188 y 189 TRLGSS, y su contenido es el mismo que para el supuesto de riesgo durante el embarazo⁹³.

⁹³ MORENO SOLANA, A, cit. pág. 60.

Así, el artículo 188 TRLGSS recoge la situación protegida: “A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”; y el artículo 189 TRLGSS establece la prestación económica: “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación”. Es decir, se regula la fecha máxima de finalización de la prestación, que, por un lado, puede ser cuando el menor cumpla los nueve meses de edad, o bien, al igual que ocurre con el embarazo, la prestación puede finalizar por la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo por haber desaparecido el riesgo o porque se incorpore a otro puesto de trabajo compatible con la lactancia. También puede extinguirse la prestación si se interrumpe por cualquier razón la lactancia natural, si se extingue el contrato por cualquiera de las causas legalmente establecidas o por ceses de la actividad profesional que originó el riesgo.

Por lo tanto, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural que recaerá sobre las trabajadoras por cuenta ajena consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, y, a tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Esta prestación nace a partir del mismo día que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y después de la emisión de la certificación médica de riesgo por los servicios médicos competentes.

Por otro lado, en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, la prestación cubrirá el periodo de interrupción de la actividad profesional durante la lactancia natural cuando el desempeño de esta pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en adelante, MATEPSS. La prestación se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se emite la

certificación médica de riesgo por los servicios médicos competentes. No obstante, los efectos económicos surtirán efectos a partir del día del cese efectivo en la actividad profesional⁹⁴.

Conviene mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de enero de 2014⁹⁵, la cual declara la extinción de la prestación por cese de actividad de la empresa y correspondiente despido colectivo, de manera que entiende el tribunal que si el puesto de trabajo deja de existir, no hay base jurídica para pretender el mantenimiento de una prestación económica que exige un puesto de trabajo y de un riesgo que la genere.

Por último, en cuanto al resumen de las medidas preventivas: en primer lugar se deberá tener en cuenta en la evaluación de riesgos, aquellos que pudieran afectar a la lactancia, y, si es así, proceder a hacer evaluaciones concretas para los supuestos de mujeres con hijos recién nacidos que puedan y opten por la lactancia natural o mixta. En segundo lugar, y una vez detectados los riesgos, se debe proceder a la adaptación, bien sea física del puesto de trabajo, bien de las condiciones de trabajo. En tercer lugar, y siempre que no sea factible la adaptación, se procederá al cambio de puesto de trabajo y, posteriormente, cuando ninguna de estas medidas se haya podido ejecutar, se procederá a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural y a la concesión de la nueva prestación por parte de la Seguridad Social.

En relación con el factor tiempo, es decir, el periodo de duración de las medidas respecto del cual la LPRL nada dice, al igual que ocurría con la gestación y el embarazo, el factor tiempo es el elemento fundamental para conseguir que la prevención de riesgos laborales sea eficiente, de manera que, por un lado se debe determinar cuándo deben activarse estas medidas y cuándo debemos entender que se ha concluido el periodo de lactancia. Respecto al momento en el que debe comenzar la medida a ponerse en práctica hay que tener en cuenta la especial situación en la que se va a encontrar la trabajadora. Se trata de un momento en el que se encuentra disfrutando de la maternidad, con lo que ante la previsión del regreso al trabajo, esta debería remitir el certificado médico a su empresa antes de la vuelta al mismo y así evitar los efectos negativos que el trabajo tiene sobre la lactancia desde el primer momento. Una vez que la trabajadora vuelve a su puesto, se

⁹⁴ IBERLEY. *Prestaciones por riesgo durante embarazo o lactancia natural*. [5 de julio de 2021] [<https://www.iberley.es/temas/prestaciones-riesgo-durante-embarazo-lactancia-natural-5151>]

⁹⁵ STSJ núm. 597/2014 de 28 enero, JUR 2014/48687.

someterá a las mismas condiciones, con lo que pedir una activación de las medidas en este momento no sería lo suficientemente eficaz.

En cuanto al momento de finalización, aunque la tendencia pasa por entender que la duración se identifica con el periodo legal estatutario establecido en el artículo 37.4 ET, siendo este de nueve meses, la opción no debería ser esta, ya que si el tiempo de duración de la lactancia real se alarga a más de nueve meses o no alcanzara este tiempo, es de sentido común entender que la protección de la salud de la madre y del hijo deba extenderse o reducirse hasta el momento en el que de forma real finalice la lactancia natural, ya que los riesgos persistirán solo hasta ese momento. Sin embargo, se ha optado por determinar el momento de extinción de la prestación por riesgo durante la lactancia como máximo hasta que el niño tenga nueve meses, con lo cual, podemos deducir que la tendencia es equiparar el periodo natural de lactancia con el periodo legal, limitando por ello a la mujer y al hijo a que el mes nueve de su vida sea el último en el que pueda lactar cuando los riesgos para la seguridad y salud puedan afectar tanto a la madre como al menor⁹⁶.

2.- LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LACTANCIA DE LA MUJER TRABAJADORA

Partiendo de la necesidad de que se trate de lactancia natural, la primera cuestión que cabe plantearse es si esta circunstancia debe conocerla el empresario para poder evitar o minimizar los daños derivados del trabajo, y consecuentemente en qué medida es exigible la comunicación de la trabajadora, pudiendo el empresario tener constancia del embarazo o la lactancia de la mujer a través de diferentes vías: o bien mediante la comunicación directa, ya sea verbal o por escrito de la trabajadora o de terceras personas, en la que se manifieste su estado biológico y el estado de la gestación (siendo mas adecuado el medio escrito desde el punto de vista probatorio y de seguridad jurídica respecto de un posible incumplimiento empresarial de la acción protectora de la maternidad); o bien mediante la comunicación indirecta, es decir, a través del conocimiento empresarial por cualquier medio o manera, entre el que se encuentra el momento a partir del que sea perceptible o por conocimiento del hecho biológico en el centro de trabajo, siendo necesaria la prueba del hecho, puesto que no resulta suficiente la mera comunicación a los compañeros de trabajo, sino que debe quedar claro que es

⁹⁶ MORENO SOLANA, A, cit. pág. 55.

noticia de público conocimiento por parte de los responsables de la empresa. En definitiva, cualquier medio puede ser válido siempre que así le conste al empresario de manera fehaciente⁹⁷.

Cabe mencionar que en la normativa europea, el artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE ya define a la trabajadora como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, es decir, el legislador europeo ya había introducido el matiz de la comunicación de su estado biológico (embarazo, parto reciente o lactancia), sin ser considerada esta comunicación como un requisito meramente formal, sino que se le atribuye una eficacia constitutiva de las obligaciones empresariales con relación a la protección de la maternidad. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010⁹⁸, flexibiliza en cierta manera el requisito de la comunicación exigido en la normativa europea, de manera que, si el empleador sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada tuviese conocimiento de tal situación, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85/CEE interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, “letra a” y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido.

En definitiva, es necesario que todas las medidas que se adopten tiendan a alcanzar un adecuado equilibrio entre el derecho a la intimidad de la trabajadora del artículo 18 de la Constitución Española, en adelante CE⁹⁹, y el despliegue efectivo y específico de la acción preventiva empresarial dirigida a la protección de la maternidad en sus dos vertientes principales: embarazo y lactancia natural. Por lo tanto, podemos entender que la trabajadora embarazada no tiene la obligación de comunicar su estado de gestación al empresario porque no existe norma legal o reglamentaria que así lo exija, los deberes que se imponen al trabajador en la LPRL son genéricos, de manera que el hecho de la no comunicación de su estado biológico al empresario no debe interpretarse como un incumplimiento del artículo 29 LPRL puesto que podemos entender que este no debe prevalecer sobre el derecho fundamental contemplado en la CE, por lo tanto, la acción de

⁹⁷ LÓPEZ ROLDÁN, P. La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018, núm. 144, págs. 89-116.

⁹⁸ STJUE 11 noviembre 2010 (C-232/2009) (TJCE 2010/339) *Asunto Dita Danosa*.

⁹⁹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

no comunicar el embarazo, parto o lactancia, o de ocultarlo, no podrá ser sancionada, puesto que se produciría una discriminación por razón de sexo.

En cambio, desde el punto de vista de la LPRL, es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia de seguridad y salud laboral de la trabajadora embarazada o lactante se ponga en funcionamiento, aunque la cuestión central no debe ser el hecho de que la mujer oculte su estado biológico al empresario, sino el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su hijo el hecho de no comunicar dicha situación¹⁰⁰.

En conclusión, entendemos que el derecho a la salud de la trabajadora es como regla general un bien disponible para ella que se basa en su libertad individual, expresado por ejemplo en el artículo 22.1 LPRL¹⁰¹, estamos ante un caso de protección del recién nacido, de forma que el silencio voluntario por parte de la madre no deberá constituir un riesgo para la salud de su hijo. Así, si la trabajadora ha recibido la información sobre los riesgos a los que se encuentra expuesta, el empresario los evalúa y los comunica a la trabajadora, de manera que su derecho a la intimidad debe ceder en favor de la protección de la seguridad y salud de su hijo, recayendo, por tanto, en la trabajadora la “obligación personal” de esta comunicación, en tanto las condiciones de trabajo pudieran ser perjudiciales tanto para ella como para el hijo. Es decir, a diferencia de la Directiva 92/85/CEE, el artículo 26 LPRL no vincula la protección en materia de prevención de riesgos laborales a la comunicación de la trabajadora de su situación¹⁰².

Así mismo, varios autores valoran que en materia de salud laboral, las consecuencias de la comunicación siempre serán más beneficiosas que perjudiciales para la trabajadora embarazada, sin embargo, no podemos olvidar que probablemente la mayoría de los motivos por los que la mujer decide no comunicar su embarazo están relacionados con el deseo de proteger su derecho a la intimidad y con el miedo al despido, a una posible discriminación laboral (por ejemplo, en los periodos de prueba), a la no prórroga del contrato, a cambios en sus condiciones laborales o a la discriminación en el

¹⁰⁰ LÓPEZ ROLDÁN, P, cit. págs. 107 y 108.

¹⁰¹ El artículo 22.1 LPRL establece lo siguiente: “El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. (...)”.

¹⁰² LOUSADA AROCHENA, J. F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho de trabajo y de la seguridad social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pág. 360.

empleo; en definitiva, se trata de temores a posibles perjuicios en sus derechos y expectativas, por lo que se deberá hacer especial hincapié en las consecuencias positivas frente a las negativas que presenta esta comunicación¹⁰³.

La doctrina ha venido vinculando el despido fundamentado en esas causas con los despidos discriminatorios, al considerarlo una discriminación directa por razón de sexo, y para evitar o reparar este tipo de conductas discriminatorias, el ordenamiento ha incluido una serie de dispositivos protectores, así, el artículo 55.5 ET considera nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación establecidas en la CE o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, concretamente la “letra b” dispone que será considerado como nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1 “letras d y e”, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. En estos supuestos, la cuestión principal se halla en la determinación de la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE.

En este sentido, algunos autores han puesto de manifiesto que la nulidad del despido en estos supuestos parte de la presunción de que, salvo prueba en contrario, todo despido que se produce durante el embarazo, descanso por maternidad o que trae como causa el ejercicio de derechos relacionados con la maternidad tiene carácter discriminatorio¹⁰⁴.

Los pronunciamientos judiciales sobre este asunto tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada o lactante, siendo la cuestión principal la calificación del despido de la trabajadora. Así, a nivel comunitario, se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003¹⁰⁵, en la que se estima que “puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de

¹⁰³ NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M. Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia. *Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales*, 2012, págs. 41 y 42.

¹⁰⁴ GARCÍA TESTAL, E, cit. pág. 83.

¹⁰⁵ STJCE 27 febrero 2003 (C-320/2001) (TJCE 2003/53) *Asunto Busch*.

trabajo de esta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”.

La doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2008¹⁰⁶ insiste en que la Directiva 92/85/CEE prevé expresamente la necesidad de comunicar el embarazo al empresario, a efectos de poder calificar a la mujer como “trabajadora embarazada” o en situación biológica análoga. Sin embargo, explica que el legislador español en su transposición al ordenamiento jurídico interno omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva. Por ello, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 ET), no es necesario el cumplimiento de este requisito, puesto que se trata de una garantía objetiva y automática que otorga la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, en el supuesto de que el empresario desconozca el embarazo de la trabajadora en el momento de producirse el despido. Por tanto, se dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas.

Por otro lado, los pronunciamientos iniciales del Tribunal Supremo sobre esta cuestión establecían que el empresario debía tener conocimiento del embarazo para que en el supuesto de un despido, se pudiera alegar un posible trato discriminatorio, es decir, a pesar de no exigirse la comunicación del estado de embarazo al empresario por parte de la trabajadora, bastaba con que éste tuviera constancia de ello, bien porque fuera apreciable a simple vista o bien porque fuera conocido en el centro de trabajo. Es decir, a diferencia de la doctrina que marcó la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2008, hubo una corriente jurisprudencial que determinó que el empresario debía conocer el embarazo de la trabajadora para poder declarar el despido nulo, en caso de que se produzca el mismo, hecho que no implica necesariamente la obligación de la mujer de comunicarlo al empresario.

¹⁰⁶ STC núm. 92/2008 de 21 julio, RTC 2008\92.

Sin embargo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008¹⁰⁷, se produjo un cambio de doctrina en la que el Tribunal Supremo se ve obligado a cambiar sus pronunciamientos sobre esta materia, de manera que se estima que la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada no precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario de manera que se desvincula el deber de comunicación que se establece en la Directiva 92/85/CEE como requisito para la activación de los derechos y garantías previos en la misma, con las exigencias en la aplicación del artículo 55.5 “letra b” ET, sobre despidos discriminatorios. Es decir, que el deber de comunicación sea un requisito de la Directiva para que se produzca la activación de los derechos y garantías previstos en esa norma no implica que deba exigirse esta idéntica condición en la aplicación del artículo 55.5 “letra b” ET.

En definitiva, la norma no establece como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide, y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STS núm. 942/2017 de 28 noviembre, RTS 1957/2007.

¹⁰⁸ LÓPEZ ROLDÁN, P, cit. págs. 101-104.

CONCLUSIONES

Después de realizar el estudio profundo y exhaustivo de esta investigación relativa al régimen jurídico de la lactancia en el ámbito laboral, son tres las cuestiones que conviene remarcar.

PRIMERA:

En lo relativo a la posición que ostentan las mujeres en el ámbito laboral, a pesar del logro de su incorporación a numerosos puestos de trabajo de forma relativamente tardía, al igual que su regulación, las normas tenían un contenido manifiestamente equivalente a nociones de protección y prohibición que lejos de favorecer la igualdad entre hombres y mujeres, situaban a estas últimas en una posición claramente desventajosa al considerarlas como el sexo débil.

Además, surge la necesidad de avanzar hacia una regulación sobre la conciliación del trabajo y la familia puesto que la atención de las tareas domésticas y el cuidado de familiares ha correspondido desde tiempos muy lejanos mayoritariamente a las mujeres, teniendo en mente el legislador el objetivo principal de optar por un reparto equilibrado de las responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada.

Por otro lado, conviene remarcar que es a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales con la que se consigue regular por primera vez las medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora para los supuestos de maternidad, tanto de mujeres embarazadas, como de parto reciente o en periodo de lactancia.

SEGUNDA:

Por otro lado, la normativa internacional y europea plasman multitud de referencias normativas sobre la protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia que están adaptadas al marco de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, aunque generalmente se establecen permisos y licencias por maternidad y lactancia, dejando en segundo plano la protección de la mujer embarazada y lactante durante la prestación de trabajo. La consecuencia de esta regulación ha producido sus efectos de forma directa en la normativa interna hasta fechas cercanas, la cual no regulaba las cuestiones relativas a la adecuación del trabajo a la situación especial de las mujeres cuando están embarazadas

o en periodo de lactancia, ni su cambio de puesto de trabajo en aquellos casos en que la adecuación no resulte posible.

La regulación de multitud de normas internacionales resultó trascendente en la normativa comunitaria, puesto que, fundamentalmente, es a través de la Carta Social Europea mediante la cual se plasma el derecho que tienen las trabajadoras a recibir una determinada protección por la situación en la que se encuentran de embarazo, parto reciente o lactancia.

Por otro lado, con la normativa interna surgen varias reformas relativas fundamentalmente a la titularidad del derecho consistente en el permiso de lactancia, el cual tiene por objeto principal el cuidado de los hijos hasta la edad de los nueve meses, sin estar destinado directamente a la alimentación del hijo, de ahí la necesidad de fomentar un reparto más igualitario de la labor del cuidado del menor, avanzando hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, existiendo tres modalidades diferentes de disfrute de este derecho: bien a través de la ausencia del puesto de trabajo de cualquiera de los dos progenitores durante una hora para atender los cuidados del menor, bien mediante la solicitud de una reducción de jornada de media hora, o bien mediante la acumulación del permiso en jornadas completas.

Además, un elemento clave es la introducción de una nueva prestación por parte de la Seguridad Social que se incorpora con el Real Decreto-Ley 6/2019, la cual pasa a denominarse como “corresponsabilidad en el cuidado del lactante” que considera como situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que el cambio a otro puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados y que abarca el periodo que va desde que el menor cumple los nueve meses de edad, hasta los doce, puesto que en el periodo de reducción comprendido entre el nacimiento hasta el cumplimiento de los nueve meses de edad del neonato, si existe el derecho a la retribución por parte del empresario, ya que el trabajador disfruta de un permiso, y este debe ser retribuido.

TERCERA:

Por último, es importante remarcar la diferencia que existe entre la lactancia desde la perspectiva del permiso, el cual se ha venido regulando desde hace tiempo y que protege la atención alimentaria inicial del menor de nueve meses; y por otro lado, la lactancia natural desde la perspectiva preventiva, con una regulación más escasa, donde

se presta atención a los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre, los cuales se pueden transmitir al hijo a través de la leche materna.

El estudio del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales es fundamental para entender aquellos aspectos relativos a la protección de la maternidad, el cual regula actualmente la necesidad y la obligación a la que está sometido el empresario de elaborar una evaluación de cuantos riesgos esté sometida la mujer embarazada o en periodo de lactancia en su puesto de trabajo, teniendo presente la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto.

De forma alternativa, si de los resultados de dicha evaluación se revelaren riesgos para su seguridad y salud, se impone al empresario una segunda obligación, la cual consiste en optar por una adaptación de las condiciones de trabajo, ya sea física o técnica; o del tiempo de trabajo, optando por una flexibilización o reducción de la jornada. No obstante, si no fuera posible o, siendo posible resultara insuficiente realizar esta adaptación, se intentará cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo a uno compatible con su estado tras el análisis por parte del empresario de los puestos que estuvieran exentos de riesgos para la lactancia.

Por otro lado, la última alternativa a la que tiene derecho la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia en los supuestos en que no sean posibles las anteriores, es optar por la dispensa del puesto de trabajo, teniendo derecho a percibir una prestación adecuada durante este periodo, equivalente a los ingresos dejados de percibir tras la suspensión del contrato de trabajo. Esta dispensa del puesto de trabajo es fruto de la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, puesto que antes no se hacía mención a esta última alternativa claramente necesaria y justa para aquellas trabajadoras que necesiten dar el pecho a sus hijos durante los primeros meses de vida.

A mi parecer, el principal problema al que está sujeta la mujer trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia es la necesidad de que el empresario establezca una serie de medidas de apoyo para evitar que esta abandone la lactancia natural una vez reanude el trabajo, pudiendo optar el empresario por una estrategia de actuación y de un

código de buenas prácticas en la empresa para favorecer el mantenimiento de la misma, permitiendo la compatibilización de lactancia y trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B. El embarazo y la lactancia: análisis desde la perspectiva de la prevención de riesgos en el trabajo. *UNED: Boletín de la Facultad de Derecho*, 2006, núm. 28.

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: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2011, núm. 111.

BLASCO JOVER, C. La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol. 7, núm. 2.

CAIRÓS BARRETO, D.M. Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia. *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2010, núm.23.

CASTRO ARGÜELLES, M. A. Normas internacionales y norma constitucional, A propósito del trabajo de la mujer en las minas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1994, núm. 63.

ESPUNY TOMÁS, M. J. Los antecedentes históricos al permiso de lactancia. *IUS Labor*, 2006, núm. 2.

GALINDO SÁNCHEZ, J. Conciliación de la vida familiar y laboral. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2000, núm. 4.

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

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. Las nuevas relaciones de trabajo: una perspectiva de género. *Revista de treball, economia i societat*, 2019, núm. 92.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2019, núm. 20.

LÓPEZ ROLDÁN, P. La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018, núm.144.

LOUSADA AROCHENA, J. F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho de trabajo y de la seguridad social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014.

LOUSADA AROCHENA, J. F. La transposición en España de la Directiva 76/2007/CEE. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2014, núm. 18.

LOURO LÓPEZ, L. A. *Gestión del riesgo laboral para la protección del embarazo y la lactancia*. Madrid, CEOE, 2015.

MARTÍN GUARDADO, S. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935, (núm.45). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y salud laboral. La protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en periodo de lactancia*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

MORENO SOLANA, A. Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género, en AA. VV (BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., Dir.) *Prevención de riesgos durante la lactancia*, Getafe: Universidad Carlos III, Madrid, 2017.

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

QUINTERO LIMA M. G. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, (núm. 103). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, vol.7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2007, núm. 11.

ROMANO MOZO, D. *Guía sindical para la prevención de riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia*, en AA. VV. Riesgos para la reproducción el embarazo y la lactancia, ISTAS, 2009.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 217.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “Vídeo-comentario a la STS 419/2018, de 19 abril (RJ 2018, 1801). Permiso por lactancia”, *Aranzadi digital* núm. 1/2020.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “Vídeo-comentario a la STJUE, de 22 febrero 2018 (TJCE 2018, 6) Trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (Directiva 92/85/CEE); Prohibición de despido de una trabajadora durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad”, *Aranzadi digital* núm.. 1/2020.

WEBGRAFÍA

CONCOSTRINA, N. *El derecho de las mujeres a sentarse en el trabajo por ser el sexo débil.* [24 de febrero de 2016] [https://cadenaser.com/programa/2016/02/24/la_ventana/1456325156_519440.html].

EFE. *El Supremo dicta que la acumulación del permiso de lactancia debe calcularse con las horas de ausencia.* [11 de mayo de 2018] [<https://www.rtve.es/noticias/20180511/supremo-dicta-acumulacion-del-permiso-lactancia-se-calculen-horas-dia-lugar-media-hora/1731820.shtml>].

FERNÁNDEZ, A. *Mujeres en el mundo laboral.* La Vanguardia. [29 de enero de 2018; actualizado el 14 de julio de 2020] [<https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20180129/44376132844/mujeres-mundo-laboral.html>].

IBERLEY. *Las STJUE de 30 de septiembre de 2010 Caso Roca Álvarez y de 16 de julio de 2015 Caso Konstantinos Ma istrellis, consideraron no acorde al Derecho Comunitario (Directiva 76/2007, de 9 de febrero), que el disfrute de una parte del permiso por maternidad se condicione, para los varones trabajadores, al hecho de que la madre posea la condición de trabajadora por cuenta ajena.* [2 de agosto de 2016] [<https://www.iberley.es/noticias/permiso-lactancia-disfrutado-padre-vision-tjue-sobre-obligacion-acceso-permiso-conyuge-pareja-trabajadora-cuenta-ajena-27435>].

IBERLEY. *Prestaciones por riesgo durante embarazo o lactancia natural.* [5 de julio de 2021] [<https://www.iberley.es/temas/prestaciones-riesgo-durante-embarazo-lactancia-natural-5151>]

LABORALIX. *Permiso de lactancia: tus preguntas frecuentes resueltas.* [12 de febrero de 2021] [<https://www.laboralix.com/permiso-lactancia/>].

OIT. *C003-Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)*
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148].

OIT. *R012-Recomendación sobre la protección de la maternidad (agricultura), 1921 (núm. 12)*
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P12100_ILO_CODE:R012].