

Grado Universitario en Relaciones Laborales y Recursos
Humanos

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso 2013 / 2014

Protección de la Maternidad frente a los Riesgos Laborales.

Maternity Protection regarding Labour Risks

Alumno: Dña Marta Fernández Martín

Tutor: D Javier Fernández-Costales Muñiz.

ÍNDICE

I.-NORMATIVA BÁSICA.....	6
II.-LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES.....	9
1. Delimitación del concepto de especial sensibilidad.....	9
2. Ámbito subjetivo de aplicación: grupos especiales de riesgo.....	11
3. Elementos que determinan que un trabajador sea especialmente sensible.....	12
4. Medidas preventivas.....	14
5. Tutela reforzada para los trabajadores especialmente sensibles.....	15
III.-LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD FRENTE A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO.....	16
1. Medidas de prevención frente a las situaciones de riesgo.....	17
1.1. Adaptación.....	18
1.2. Cambio de puesto.....	19
1.3. Suspensión del contrato.....	23
2.-Evaluación de riesgos laborales.....	25
3.-Vigilancia de la salud.....	29
4.-Prestación por Maternidad.....	33
IV.-CONCLUSIONES.....	38
V.-BIBLIOGRAFÍA.....	41

RESUMEN

La maternidad es una situación que provoca en la trabajadora una mayor vulnerabilidad a sufrir los riesgos derivados de su actividad laboral pudiendo verse afectada su propia salud, el óptimo desarrollo del embarazo y la salud del recién nacido. De ahí que se considere este colectivo como un grupo especialmente sensible que precisa una protección específica y reforzada y, por tanto, diferenciada de la genérica protección de los trabajadores ordinarios.

El empresario tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo. Por lo tanto, debe adoptar cuantas medidas sean precisas para lograr dichos objetivos. Esta obligación del empresario no termina con la puesta en funcionamiento de las medidas, sino que está permanentemente obligado al seguimiento, cumplimiento, adecuación y perfeccionamiento de las medidas adoptadas, teniendo en cuenta las modificaciones que se vayan produciendo y que afecten a las distintas circunstancias que inciden en aquellos aspectos directa o indirectamente relacionados con el modo de prestar el trabajo. Sin embargo, sólo en la medida que la trabajadora le comunique su estado, el empresario podrá cumplir con todos sus deberes.

Si estas medidas no resultan posibles o no son suficientes, se deberá recurrir a un cambio de puesto de trabajo. Para ello, el empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo. Además, para causar derecho a la prestación por maternidad, a parte de reunir los requisitos retributivos clásicos, como son la afiliación, alta y cotización previa, es necesario disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

ABSTRACT

Maternity is a situation which causes a major vulnerability on the worker to suffer the risks produced by her labour activity being able to be affected her own health, the optimum development of the pregnancy and the actual health of the newborn. Therefore, this occupational group is considered to be especially sensitive and needs a specific and reinforced protection and thus, it must be differentiated from the regular protection of the ordinary workers.

The business owner must guarantee the security and health of his pregnant workers in all ways related to their job. Therefore, he or she must adopt as many steps as are needed to get these objectives. The business owner not only has to put into work this steps but to be permanently obligated to follow, improve and adjust the adopted steps taking into account the modifications which will be producing and affecting the different circumstances which have an impact on the aspects, directly or indirectly, related to the way of working. However, the pregnant worker must communicate her state; the business owner will be able to follow all his duties.

If all these steps are not possible or sufficient, a change in the job position must be required. For this reason, the business worker will have to determine, having consulted with the agents of the workers beforehand, the relation of the job positions without risks. Moreover, to have the right to get the maternity benefits, they have to hold the classic retributive requirements, such as the affiliation, the certificate of fitness to work and the previous contribution and it is also needed to get the suspension of job contract due to maternity.

OBJETIVO:

Los objetivos pretendidos con la realización del presente trabajo de investigación se resumen en los siguientes puntos:

Realizar un análisis en profundidad de la actual situación de la mujer embarazada en el mundo laboral a todos los niveles. Para ello, se ha procedido a analizar la legislación doctrinal y jurisprudencial de la materia. Partiendo de esa base, se han abordado los temas previstos entre los cuales cabe destacar el estudio y delimitación de los trabajadores especialmente sensibles, centrándose en el colectivo de las mujeres embarazadas, y su adaptación a las condiciones laborales, así como la vigilancia de su salud y la prestación económica correspondiente.

METODOLOGÍA:

Para la elaboración de este proyecto fin de grado se ha seguido una metodología de investigación de carácter jurídico. Se ha partido del estudio de la legislación vigente (tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Ley de Seguridad Social) y cualquier otra norma con influencia en la materia.

Igualmente se han analizado numerosas monografías, artículos y bases de datos que recogen la opinión y los estudios más relevantes en la materia de especialistas en doctrina jurídica laboral.

Por último, este trabajo ha estudiado también la jurisprudencia más importante en la materia, haciendo referencia a sentencias tanto actuales como antiguas que sientan la base de la doctrina judicial en lo referente a los distintos aspectos que influyen en la mujer embarazada.

I.-NORMATIVA BÁSICA

La extensa labor normativa desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su creación en 1919, ha puesto de manifiesto una especial atención por la protección de la seguridad y la salud de la mujer trabajadora en general, y durante su situación de maternidad en particular¹.

Con el devenir histórico, dicha normativa protectora ha experimentado una evolución en sus planteamientos iniciales. Si en un primer momento la preocupación se centró en la combinación de medidas meramente prohibitivas de determinados trabajos por razón de su condición de mujer junto con otras especialmente protectoras de la maternidad, con el paso del tiempo el tratamiento ha evolucionado hasta el diseño de verdaderas medidas preventivas de adaptación de las condiciones del trabajo a la persona² independientemente de su sexo, junto a otras también de carácter preventivo pero fundamentadas, ya no en la condición de mujer sino en la condición de madre³.

Los primeros Convenios y Recomendaciones regularon las condiciones de trabajo de la mujer partiendo de una doble consideración: en primer lugar, como un ser fisiológicamente inferior al varón, un sujeto laboral “débil” y, de ahí, la necesidad de establecer restricciones en su acceso a determinados trabajos; y, en segundo lugar, como un ser nacido exclusivamente para la maternidad, cuyo papel debía ser salvaguardado por el interés público que representaba⁴. En este sentido, la normativa inicial de la internacionalización de Derecho del Trabajo refleja esta realidad, con normas prohibitivas del trabajo de la mujer en base a su condición femenina, así como una gran preocupación normativa por proteger la maternidad, cuyo principal ejemplo es el

¹ En este sentido, MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A y PARDELL VEÁ, A.: “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, AS, 1997, pág 483, consideran que con toda probabilidad la normativa de la OIT es la más especializada tanto en la protección de la mujer como en la adopción de medidas sobre seguridad e higiene en el trabajo.

² GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, pág 9.

³ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en periodo de lactancia”, AL, 1998, núm.38, pág 705, donde manifiesta que “se prohíben o se recomienda prohibir numerosos trabajos a las mujeres en un momento inicial, o sólo las madres, en un momento posterior”.

⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág 277.

Convenio núm. 3 de 29 de Noviembre de 1919, sobre el empleo de las mujeres antes t después del parto⁵.

Es a partir de la década de los cincuenta cuando se produce un cambio sustancial en la actuación normativa de la OIT, no sólo en cuanto a la regulación del trabajo femenino en general, respecto del cual su principal objetivo será el de promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores de ambos sexos protegiendo a la mujer de las posibles discriminaciones por razón de su condición, sino también, en relación a la protección de la maternidad⁶. Esta nueva orientación se refleja en la introducción de nuevas técnicas de protección de la seguridad y de la salud basadas en la adaptación del trabajo a la persona en función de sus particulares condiciones físicas o biológicas, introduciendo verdaderas medidas preventivas en el puesto de trabajo, las cuales, suponen el comienzo del sistema de prevención de riesgos laborales actual.

La Directiva 92/85/CEE, modificada por la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Febrero de 2014, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, estableció, en el ámbito comunitario, una serie de disposiciones cuyo objetivo era la protección de este colectivo de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos. En España, la incorporación de la Directiva se efectuó mediante el art.26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, que establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo. Es la principal pieza normativa relativa a la prevención de los riesgos para la maternidad, la cual establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para reproducción y la maternidad y una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia. También incluye una relación no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de riesgo⁷. Esta Directiva distingue tres situaciones en relación a la protección de la maternidad: Trabajadora embarazada, trabajadora que haya dado a luz y

⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. Pág 30.

⁶ PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de Igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 1984, pág 30.

⁷ GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*. Editorial Comares, Granada 2009, pág 11.

trabajadora en período de lactancia; Todas ellas, con arreglo a las legislaciones o prácticas estatales, comunicando su estado en la empresa.

Nuestro ordenamiento no contempla expresamente esta obligación de realizar la comunicación a la empresa, sin embargo, para poder reconocer su situación legalmente y exigir la adopción de medidas oportunas, es necesaria la comunicación a la empresa del estado de la trabajadora⁸.

La prestación de maternidad ha sido objeto en los últimos años de una atención normativa y jurisprudencial particularmente intensa que tiene como punto de referencia la ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De hecho la maternidad viene siendo objeto de atención normativa recurrente desde hace más de veinte años. Esta evolución reciente se puede sintetizar del siguiente modo:

La Ley 39/1999 para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y el 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, se concretan en el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo, el establecimiento de la nulidad del despido por embarazo, y los primeros pasos para la elaboración de un procedimiento de contingencias en el embarazo. Esta ley estableció los pilares básicos de la actual suspensión/prestación, al configurar su duración definitiva en dieciséis semanas y al dar entrada a la posibilidad de disfrute paterno, condicionado a la transferencia materna y con limitaciones temporales. A partir de este momento, se abría una nueva perspectiva de la maternidad, en la que el objetivo de la corresponsabilidad aparecía tímidamente⁹.

La Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, estableció mejoras en el régimen jurídico de tutela y en la protección social tanto para la situación de riesgo durante el embarazo como para la situación de riesgo durante la lactancia natural. Así, reconoce expresamente esta última como causa de suspensión con derecho a prestación, incrementa el subsidio al 100% de la base reguladora de la Incapacidad temporal por contingencias profesionales y elimina el periodo de carencia exigido para el acceso a la

⁸ MORENO, N. ROMANO, D. y BRUNEL, S.: *Guía Sindical para la Prevención de Riesgos durante el embarazo y la lactancia*. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS], Enero 2008, pág 30.

⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de Maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág 19.

prestación, al considerar ambas situaciones contingencias profesionales. Esta ley establece asimismo, la nulidad en los casos de despido por causas objetivas y disciplinarias en los supuestos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Así como el derecho al disfrute de vacaciones en fecha distinta a cuando se produzca el riesgo durante la lactancia natural, cuando coincida con el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa¹⁰. También estableció nuevas reformas en el ámbito de la prestación de maternidad, manteniendo la diferenciación entre maternidad biológica y adoptiva. En la primera, la prestación de maternidad se mantenía como de titularidad materna, mientras que en la segunda tenía carácter indistinto, para padre y madre. Introdujo el subsidio no contributivo de maternidad y la prestación específica por paternidad, y estableció una cotización ficticia vinculada al hecho del parto que ha permitido, desde ese momento, computar a la madre cierto período de tiempo como cotizado a efectos de futuras prestaciones¹¹.

II.-LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES

1.-Delimitación del concepto de especialmente sensible

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 25, establece la protección a los trabajadores/as especialmente sensibles a determinados riesgos o tareas, definiéndolos como aquellos trabajadores/as que, por sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos/as que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo¹².

La exigencia legal de una especial sensibilidad como presupuesto de la obligación empresarial supone que ésta no se aplicará a los trabajadores meramente sensibles, sino solamente a aquellos trabajadores que sean vulnerables a determinados riesgos laborales. Ello se justificará en función de sus circunstancias subjetivas, que sobrepasen los parámetros ordinarios de susceptibilidad a los riesgos; esto es, que el sujeto merecedor de la tutela será el empleado que tenga una sensibilidad en grado

¹⁰ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, pág 31.

¹¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de Maternidad*, cit, pág 21.

¹² FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.: *Guía sindical para trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles*, CCOO, Canarias, 2010, pág 3.

superior¹³. Las especiales características de este colectivo, que aúna grupos de trabajadores muy distintos entre sí, crean un contexto en el cual las situaciones de riesgos y medidas preventivas que la empresa debe adoptar son muy especiales, tanto en la forma como en el tiempo de adopción¹⁴.

En Prevención de Riesgos Laborales, la sensibilidad es una condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos del trabajo que la persona realiza, por lo que se corresponde a un concepto de vulnerabilidad objetiva del trabajador. Todos los trabajadores pueden ser sensibles a los riesgos laborales, pero en diferente grado, ya que todos pueden mostrar una concreta sensibilidad a la posibilidad de sufrir un daño derivado del trabajo, consecuencia de una función, actividad, tarea, máquina, equipo de trabajo o procedimiento, pudiéndole afectar en diferente medida que al resto. Para establecer un nivel de protección de la salud de los trabajadores adecuado, hay que tener en cuenta las condiciones objetivas (puestos de trabajo, equipos de trabajo, ambiente en el que se desarrolla...) y las condiciones subjetivas, es decir, las características de las personas que van a desarrollar esos trabajos y van a utilizar los equipos de trabajo enfrentándose a todas las condiciones que se configuran en su puesto de trabajo¹⁵.

El RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece como infracción muy grave “la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades

¹³ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J. y PÉREZ BORREGO,G.: “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS,A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J., Coords.): *La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág 410.

¹⁴Boletín informativo número 29 sobre protección de trabajadores especialmente sensibles. Salud Laboral. Sector Federal Ferroviario (SFF), Madrid , mayo 2013, pág 3.

¹⁵ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág 32 y 33.

profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”¹⁶.

Por lo tanto, para la protección de los trabajadores especialmente sensibles, el empresario deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias¹⁷.

2.-Ámbito subjetivo de aplicación: grupos especiales de riesgo

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera expresamente como circunstancias de especial sensibilidad aquéllas de carácter subjetivo relacionadas con circunstancias especiales del trabajador o, de forma objetiva, en función del modo en que se desarrolla la prestación laboral. De este modo, podemos destacar en atención a las condiciones o circunstancias personales del trabajador (perspectiva subjetiva): la protección de trabajadores «especialmente sensibles» a determinados riesgos laborales (art. 25 LPRL), la protección especial respecto de las trabajadoras embarazadas en relación a la maternidad como situación biológica específica (art. 26 LPRL) y, por último, la protección de los trabajadores menores de edad (art. 27 LPRL). En relación a las situaciones de especial sensibilidad de carácter objetivo, ello se refiere a la protección de los trabajadores con contrato temporal o de duración determinada (art. 28 LPRL), así como la protección específica a los trabajadores contratados como empresa usuaria a través de una empresa de trabajo temporal (art. 28.5 LPRL).

En síntesis, la enumeración legal de colectivos se proyecta sobre los trabajadores que han visto reducida transitoria o definitivamente su capacidad de trabajo, mujeres embarazadas o que hayan dado a luz o se encuentren en situación de lactancia, los menores de dieciocho años y los trabajadores contratados temporalmente.

Estos trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro; en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

¹⁶ Guía técnica sobre protección de trabajadores especialmente sensibles. Cepyme Aragón Y Qualitas Management, S,L, Aragón, 2010, pág 7.

¹⁷ STSJ de Cantabria, 25 de octubre de 2001; (AS 2001/3981).

3.-Elementos que determinan la condición de especialmente sensible

Para determinar qué factores o elementos tienen que darse para que un trabajador sea considerado como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo será necesario analizar si es obligatoria la pertenencia a un colectivo de trabajadores concretos definidos por una serie de características o si por el contrario sólo se van a tener en cuenta las características individuales del trabajador. También será necesario observar la existencia de un condicionante físico, psíquico o sensorial que hace que los riesgos del trabajo le puedan afectar en mayor medida; así como la existencia de un factor subjetivo y objetivo¹⁸.

-Carácter colectivo o individual de la condición de especialmente sensible

En este sentido, se puede optar por dos interpretaciones en función del ámbito subjetivo del art 25 LPRL; por un lado, aquellos trabajadores incluidos en un grupo o colectivo, con características comunes, considerándose trabajador especialmente sensible sólo aquel que pertenezca a alguno de ellos; por otro lado, aquellos trabajadores que, aunque no estén incluidos en uno de estos grupos, se pueden considerar especialmente sensibles debido a sus características personales e individuales.

Si se opta por la primera opción, es decir, por el carácter colectivo, se entiende que el art 25 LPRL está pensando en colectivos o grupos de trabajadores, actuando así como regla común respecto del resto de colectivos. De este modo, las mujeres en situación de maternidad o los menores son grupos específicos de riesgo que forman parte de la categoría de trabajadores especialmente sensibles que cuenta con una particular regulación que atiende esencialmente a circunstancias subjetivas ajenas al contenido de la actividad laboral que desarrollan.

Si por el contrario, se opta por la segunda opción interpretativa, es posible ampliar las posibilidades de protección. Así, cualquier persona que presente sensibilidad particular o especial a algún riesgo, será considerada especialmente sensible, y por tanto, la protección que se le debe dispensar será la prevista en el art.25 LPRL.

¹⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 37.

El factor de colectividad es determinante para la protección, ya sea para no ejercer un tratamiento diferenciado, ya sea, en prevención, para llevarlo a cabo con el objetivo de proteger la vida y la salud de estos grupos.

- Coexistencia o no del factor subjetivo y objetivo

En este apartado se trata de establecer qué factor, objetivo, subjetivo, o ambos, condiciona la existencia de la especial sensibilidad que puede mostrar un trabajador a determinados riesgos laborales, la cual deriva de la concurrencia de una serie de circunstancias subjetivas que afectan a sus circunstancias personales o estado biológico. En este punto, la doctrina considera que “la sensibilidad puede establecerse por una doble vía: mediante la designación de los grupos expuestos, en cuyo caso la mera pertenencia al mismo determina una protección específica, como ocurre en el ámbito comunitario con la protección de los jóvenes y la maternidad, o bien con el establecimiento de una serie de aspectos o características personales que, si concurren, determinan la protección del trabajador¹⁹. Por lo tanto, la especial sensibilidad se halla en el trabajador y no en el puesto de trabajo a desempeñar. Son trabajadores a quienes potencialmente les afectan más los riesgos laborales. Esto es debido a sus características personales, y no al trabajo²⁰.

- Condicionante físico, psíquico y sensorial y existencia de un riesgo potencial

Por un lado, debe existir un condicionante físico, psíquico o sensorial que debe ser puesto en conocimiento y demostrado por el trabajador; y por otro, un previsible riesgo potencial que si llegara a materializarse, se convertiría en un daño para la salud (enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo y ocasión del trabajo)²¹. La edad, el embarazo, la lactancia y la discapacidad, sea del tipo que sea, suponen en sí mismas un condicionante físico, psíquico y/o sensorial.

Se trata de determinar si se está ante una disminución de las capacidades laborales, o simplemente ante una característica concreta. En este segundo caso, el empresario tendría que tener en cuenta estos condicionantes para llevar a cabo una

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*. 3ª ed, Civitas, Madrid, 2001, pág 234.

²⁰ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 45.

²¹ STSJ Castilla-La Mancha, 18 de febrero de 2013 (AS 2013/1339).

protección de la salud adecuada en el trabajo, sin llegar a disminuir su capacidad laboral²².

Por lo tanto, el condicionante supone simplemente una limitación del trabajador para el desempeño del trabajo, lo que provoca que, cuando un determinado rasgo se convierte en condicionante para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo y la incidencia de los riesgos en el trabajador es mayor, estamos ante un trabajador especialmente sensible²³.

Además, este riesgo ha de tener la característica de potencial, y puede derivar de las características del trabajo o de la situación personal. En el primer caso, se trata de riesgos laborales o profesionales que se agravan como consecuencia de un condicionante físico, psíquico o sensorial. En el segundo caso, se trata de riesgos personales que sin tener en cuenta el trabajo, pueden ocasionar un daño en la salud de quien lo sufre, pero que, no obstante, en conexión con el trabajo, el riesgo se agrava por la prestación laboral de quien posee el condicionante físico, psíquico o sensorial.

4.-Medidas preventivas que se deben adoptar ante la presencia de un trabajador especialmente sensible.

En aquellos supuestos en los que el trabajador muestra una especial sensibilidad frente a los riesgos derivados de su trabajo, es necesaria una protección específica que requiere de una actuación concreta por parte del empresario, el cual adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (incluyendo, en su caso, el cambio de puesto de trabajo) teniendo en cuenta los principios fundamentales de la acción preventiva que se citan en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁴:

-Evitar los riesgos.

-Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. La evaluación inicial de riesgos debe contemplar la posibilidad de que el trabajador/a que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea

²² STSJ de Castilla y León/Burgos, de 21 de septiembre de 2010 (AS 2010/342714).

²³ STSJ de País Vasco, de 9 de marzo de 2010 (AS 2010/2527).

²⁴FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.: Guía sindical para trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles, cit pág 5.

especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a algunas de las condiciones de trabajo (art. 4 RD 39/1997).

-Combatir los riesgos en su origen.

-Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción²⁵.

-Tener en cuenta la evolución de la técnica.

-Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; Esto resulta fundamental, en situaciones de sensibilización de los trabajadores ante sustancias químicas o elementos biológicos.

-Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

-Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.

-Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

5.- Tutela reforzada para los trabajadores especialmente sensibles

Una de las cuestiones más importantes en relación con la tutela de los trabajadores especialmente sensibles, es la relativa al conocimiento por parte del empresario, e incluso del trabajador, de que posean esta condición, ya que el conocimiento determina el momento en el que surge la obligación del empresario de la protección específica contemplada en el art 25.1 LPRL, donde se cita que "las características personales o el estado biológico del trabajador sensible, debe ser previamente conocido por el empresario"²⁶.

Según se desprende del Preámbulo de la directiva 92/85/CEE, "las trabajadoras embarazadas, parturientas o lactantes deben ser consideradas un grupo especialmente

²⁵ STSJ de Navarra de 22 de enero de 2010 (AS 2010/1287).

²⁶MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 58.

sensible, debiéndose tomar medidas relativas a su salud y seguridad, pero sin que ello pueda desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo ni atentar contra las expectativas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”²⁷.

En relación a la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, se aprobó algún convenio de carácter general, como el Convenio nº 110 de 1958, relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores en las plantaciones que establece en su art 47.8 que “ninguna mujer embarazada podrá ser obligada a efectuar un trabajo perjudicial para su estado durante el período que preceda a su descanso de maternidad”.

III.-LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD FRENTE A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO.

La protección que las normas laborales proyectan sobre la mujer trabajadora se dirige, exclusivamente en la actualidad al estado de embarazo, de lactancia y en general, a todo lo que pueda tener relación con la maternidad²⁸. Los riesgos presentes en el medio laboral afectan, en principio, de igual forma a todo tipo de trabajadores ya sean hombres o mujeres. Sin embargo, hay situaciones o circunstancias personales de diversa índole que pueden afectar al trabajador haciéndole especialmente sensible a los riesgos derivados de su trabajo. Es el caso de la situación de maternidad, que afecta de forma exclusiva a la mujer provocándole una mayor vulnerabilidad a sufrir los riesgos derivados de su actividad laboral, pudiendo verse afectada su propia salud, el óptimo desarrollo del embarazo y la salud del recién nacido²⁹. La ley no protege a la trabajadora por el hecho de ser mujer, sino por su dimensión biológico-generativa. Ésta es la única situación en la que, en base al principio de igualdad y no discriminación, se considera justificado establecer un tratamiento diferenciado respecto al varón³⁰.

El empresario tiene, ante una situación de embarazo, la obligación de adoptar toda una serie de medidas específicas de prevención de riesgos laborales. Este deber se

²⁷ STSJ Galicia de 2 de marzo de 2012 (AS 2012/1116).

²⁸ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 186.

²⁹ SÁNCHEZ CASTILLO, Mª M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. Pág 25.

³⁰ STJCE de 29 de octubre de 2009, 2009/334.

deriva del art 40.2 de la Constitución, según el cual, “los poderes públicos deben velar por el derecho a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas”³¹.

1.-Medidas de prevención frente a las situaciones de riesgo

La evaluación de los riesgos desencadenará la adopción de medidas por parte del empresario cuando sus resultados revelen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras. La adopción de unas u otras medidas depende del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora, y de la capacidad organizativa de la empresa, siendo en todo caso obligatorias, ya que se imponen al empresario cuando la evaluación refleja la posibilidad de riesgos para la trabajadora, y temporales, pues su existencia está ligada a una situación transitoria como es el embarazo, parto o lactancia³².

Las situaciones protegidas por el artículo 26 de la Ley podrían delimitarse conceptualmente como aquéllas en las que se encuentra la trabajadora que, por razón de embarazo o lactancia natural, el puesto de trabajo que desempeña, de acuerdo con el resultado de la evaluación, representa un riesgo para su salud o su seguridad y/o la del feto o la del recién nacido³³.

Conforme a esta obligación empresarial, existe no sólo el derecho de la trabajadora a disfrutar de tales medidas, sino el deber de asumirlas, pues una vez adoptada la correspondiente medida preventiva, la propia eficacia que despliega la protección le impone su cumplimiento, sin que la trabajadora pueda hacer renuncia a ella ya que la protección tiene carácter imperativo, sobre todo cuando está en juego la salud del recién nacido o la viabilidad del feto³⁴.

³¹ STC 62/2007, de 27 de marzo.

³² MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO A, M^a.: *Maternidad y Salud Laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág 45.

³³ MARÍN ALONSO, I y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, pág 127, “la situación protegida es la de la trabajadora embarazada que, por dicha circunstancia, puede sufrir determinados riesgos que le afecten a ella o al feto, en el desarrollo de su prestación de trabajo”.

³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. Y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001. pág 237.

Sin embargo, la adopción de tales medidas por el empresario se encuentra condicionada por la presencia de dos requisitos. En primer lugar, es necesario que el empresario tenga conocimiento, por cualquier vía, de que la trabajadora está en situación de embarazo, pues en caso contrario, ni existe sujeto ni bien jurídico destinatario de la protección dispensada por el art 26 LPRL. El desconocimiento le exime de cualquier tipo de responsabilidad. Y además, el despliegue de los mecanismos de protección está supeditado a los resultados de la evaluación de riesgos, y, únicamente en el caso de que revelen la presencia de un riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora o una posible repercusión sobre el embarazo, el empresario adoptará las medidas necesarias³⁵.

1.1. Adaptación

La adaptación del puesto de trabajo es la medida prioritaria a tener en cuenta para evitar las exposiciones de las trabajadoras embarazadas a los riesgos específicos que les afectan³⁶. Una vez conocido el embarazo por el empresario y comprobada la existencia de algún riesgo real o potencial, éste debe proceder, de forma inmediata, a la adaptación o a la modificación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo, conforme al artículo 5.1 de la Directiva, para evitar que la trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo. Esta adaptación puede comportar, cuando sea necesario, la no realización de trabajos nocturnos o del trabajo a turnos de las trabajadoras, dando lugar a modificaciones de horario y del régimen de trabajo a turnos³⁷.

El hecho de tener que adaptar el puesto de trabajo a la situación temporal del embarazo, supone que la trabajadora no tiene que abandonar su puesto, lo que proporciona una continuidad en el trabajo de la mujer, que elimina la necesidad de que tenga que ausentarse del mismo un largo período de tiempo; sin embargo, se producen numerosos conflictos en torno a la retribución del tiempo de trabajo, ya que se plantea si el hecho de que la trabajadora ya no esté realizando las tareas en iguales condiciones que las anteriores al embarazo, supone la obligación del empresario de remunerar

³⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, pág 106-112

³⁶ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 219.

³⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, Pág 112.

determinados pluses y complementos que se abonan en función del trabajo realizado³⁸. La LPRL sólo establece expresamente el mantenimiento de la retribución cuando se aplica como medida preventiva el cambio de puesto de trabajo a otro de distinto grupo o categoría profesional. No obstante, la jurisprudencia entiende que se mantendrán las retribuciones en relación con todas las medidas que recoja el art 26 LPRL, ya que, de no ser así, la trabajadora embarazada asumiría el coste de la prevención, de tal forma que la protección abarcaría una serie de medidas pero sin alcanzar la protección del sueldo³⁹.

Conforme a esto, existen distintas formas de adaptar el trabajo a la trabajadora, bien mediante los cambios en las características del puesto; mediante una disminución de la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos; mediante un cambio en los procedimientos de utilización de los mismos, o bien mediante la modificación de la organización y ordenación del tiempo de trabajo⁴⁰.

Los cambios que sean adoptados por el empresario en base a lo previsto en el art 26.1 LPRL, tienen el carácter de obligatorios para las trabajadoras afectadas, dado que se justifican en la prevención frente a riesgos laborales que pueden afectar tanto a la mujer como al feto o al hijo, sin que por tanto una trabajadora pueda oponerse a los mismos⁴¹.

1.2. Cambio de puesto

Para poder llevar a cabo el cambio de puesto, será necesario en primer lugar, determinar cuáles van a ser los puestos exentos de riesgos que no van a perjudicar a la concreta trabajadora, y en segundo lugar, será necesario que exista, un procedimiento mediante el cual, se haga efectivo el cambio de puesto de la manera más rápida posible. La evaluación de los riesgos concreta o específica de cada trabajadora, determinará, en

³⁸ STSJ de Cataluña, de 20 de Junio de 2000 (R° 6471/2000).

³⁹ STSJ de Extremadura, 29 de noviembre de 2002 (R°532/2001).

⁴⁰ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 222.

⁴¹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO A, M^a: *Maternidad y Salud Laboral*, cit, pág 47.

cada caso, y cuando no sea posible la adaptación, el momento en el que deba procederse a tomar tal medida⁴².

Conforme al artículo 26.2 LPRL, “cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”⁴³.

El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. Este cambio de puesto o función se llevara a cabo de acuerdo con las reglas y criterios que se apliquen a los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto⁴⁴.

Estas medidas, además de ser obligatorias tanto para el empresario como para las trabajadoras, tienen carácter subsidiario, es decir que solamente se acudirá a ellas en dos supuestos: cuando no resulte posible la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo, incluida la no realización del trabajo nocturno o a turnos, y cuando a pesar de haberse llevado a cabo la adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo sigan influyendo negativamente en la salud de la trabajadora⁴⁵.

El procedimiento para hacer efectiva la movilidad funcional prevista en el art 26.2 LPRL es diferente dependiendo de la causa que origina la necesidad de adoptar dicha medida. Así, en primer lugar, cuando la causa es la imposibilidad de adaptar las condiciones y/o el tiempo de trabajo, deberá acreditarse por parte del empresario dicha

⁴² MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 239.

⁴³ STSJ Aragón 12 Diciembre 2007 (AS 2008 1143).

⁴⁴ MORENO GENÉ, J.; y ROMERO BURILLO A, M^a: *Maternidad y Salud Laboral*, cit, pág 48.

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana, 12 de Junio de 2008 (AS 2008/2025).

imposibilidad, no siendo en este caso necesario la aportación de una certificación médica por parte de la trabajadora puesto que los riesgos ya han quedado acreditados por medio de la previa evaluación, y por tanto, existiendo riesgo, deben adoptarse las medidas que resulten necesarias para proteger la salud de las trabajadoras y/o del feto y/o hijo⁴⁶.

En segundo lugar, cuando se ha procedido por parte del empresario a la adaptación de las condiciones de trabajo pero a pesar de ello, las condiciones del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto, se exige para acreditar esta circunstancia la presentación de un certificado médico⁴⁷.

El nuevo puesto o función que pasa a desempeñar la trabajadora debe reunir las siguientes características:

- a) Debe tratarse de un puesto o función diferente.
- b) Debe ser compatible con el estado de la trabajadora, para lo cual el empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgo a estos efectos.
- c) Debe respetar las titulaciones académicas o profesionales.
- d) Debe respetar la dignidad de la trabajadora;
- e) Debe respetar los derechos de promoción y formación de la misma;
- f) Debe garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de la misma remuneración;

⁴⁶ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO A, M^a.: *Maternidad y Salud Laboral*, cit, pág 49.

⁴⁷ PURCALLA BONILLA, M.A y RIVAS VALLEJO, M.P.: *La protección de la maternidad*, “considera que por medio de este certificado médico se evita la posible utilización de este supuesto de movilidad como cobertura para esconder intenciones discriminatorias o sancionadoras con respecto a la trabajadora por razón de su embarazo”, pág 815.

g) Debe tener un carácter temporal, cesando cuando los riesgos inherentes al puesto de trabajo originario que provocaron la movilidad funcional desaparezcan, lo cual sucede cuando la trabajadora deja de encontrarse en situación de embarazo, parto reciente o lactancia o bien cuando se produce la adaptación posterior de las condiciones y/o tiempo de trabajo, en cuyo caso deberá aportarse igualmente un certificado médico que acredite que ya no existe peligro para la salud de la madre, feto/hijo⁴⁸.

La duración del cambio está limitado temporalmente, según el art 26.2 LPRL, “hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la causa que motiva el cambio de puesto no es la salud de la trabajadora en general, sino la incompatibilidad entre los riesgos laborales de su puesto de trabajo y el estado de gestación o embarazo en el que ésta se encuentra. Por ello, el momento para el retorno a su anterior puesto es la finalización del riesgo concreto para su salud y la del feto⁴⁹.

En cuanto a la retribución, la LPRL establece que: “la trabajadora conservará el derecho al conjunto de las retribuciones del puesto de origen” haciendo referencia, según la Ley al supuesto en que la trabajadora sea cambiada a un puesto de categoría inferior, ya que si se trata de funciones superiores, y según el art 39 ET, se entiende que la trabajadora tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas⁵⁰, pues al contrario, equivaldría a un enriquecimiento injusto del empresario y a una vulneración de las reglas legales que regulan la movilidad funcional. A nivel de promoción profesional, el art 39.4 ET prevé la posibilidad para la trabajadora que durante un determinado período de tiempo ha ejercido funciones superiores a las de su grupo o su categoría profesional, pueda reclamar el ascenso, o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones realizadas.

⁴⁸ NORES TORRE, L.E.: “Maternidad y trabajo; algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. La ley-Actualidad, pág 310.

⁴⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 254.

⁵⁰ Señala la STSJ de Cataluña, 11 de Diciembre de 2004 (AS 551/2002) que, conforme al art.26 LPRL, la trabajadora “podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Pero no por ello ha de perder “el conjunto de retribuciones de su puesto de origen, entendiéndose que se refiere a todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin citar excepción alguna. En otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer y la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea agravada en ningún aspecto laboral por el hecho de ser madre”.

1.3 Suspensión del contrato

La tercera medida para dar protección a la trabajadora en situación de riesgo durante su embarazo y que constituye materialmente además la última posibilidad para evitar la exposición de la trabajadora al riesgo es la dispensa de trabajo o suspensión del contrato. Se trata de una medida excepcional no sólo porque se configura como último nivel de protección tras el fracaso o ineficacia de las medidas anteriores, sino porque representa la máxima protección que se puede otorgar a la trabajadora que hasta este momento no ha dejado de prestar sus servicios al empresario, bien en su mismo puesto de trabajo adaptado, o bien en otro distinto, de su misma o distinta categoría profesional, exento de riesgo. Es decir, a la vista de la insuficiencia de los anteriores recursos, deja de desarrollar su prestación laboral para preservar su salud y la de su hijo⁵¹.

Para ello, se dispensará a la trabajadora del deber contractual de trabajo no teniendo que acudir a su puesto hasta que los riesgos del trabajo que la afecten hayan cesado, bien porque se hayan eliminado o haya un puesto sin riesgos para la trabajadora, bien porque el estado en el que se encontraba haya finalizado. En cualquier caso, esta suspensión finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado⁵².

El art 26.3 LPRL señala que: “si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período de tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado”⁵³.

⁵¹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 145.

⁵² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Principios básicos de políticas sociolaborales*, León, Eolas Ediciones, 2012, pág 53.

⁵³ STSJ Castilla y León, Valladolid, 29 de Noviembre 2006 (AS 2007/491).

Por lo tanto, la suspensión del contrato de trabajo viene concebida en el régimen legal como una medida de aplicación subsidiaria, cuya adopción viene condicionada a una de las dos circunstancias siguientes:

- 1- el cambio de puesto no resulta técnica y objetivamente posible
- 2-el cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

La alusión legal a la imposibilidad técnica u objetiva de realizar el cambio de puesto de trabajo, debe venir referida básicamente a aquellos supuestos donde no existen en la empresa puestos de trabajo exentos de riesgo para la trabajadora en situación de embarazo, bien “por la dinámica misma del proceso productivo, por motivos de organización del trabajo, o bien por tratarse de situaciones en las que la prestación de trabajo viene siempre acompañada de un determinado riesgo profesional que no puede evitarse en su totalidad”⁵⁴.

Por tanto, la suspensión del contrato se configura como una obligación de seguridad específica más para el empresario. Aun así, cabe preguntarse si se está ante un deber de la trabajadora de obediencia o ante una facultad de la misma. A priori, se trata de una obligación de la trabajadora de cumplimiento de las medidas que el empresario considere convenientes. No obstante, se plantea la dificultad que representa para la trabajadora que ésta no pueda oponerse a la decisión del empresario, salvo que acuda a los cauces legales oportunos, todo ello, con la finalidad de proteger la salud de la trabajadora y la del feto⁵⁵. Si la trabajadora no está conforme con la decisión empresarial de suspender, deberá cumplir en cualquier caso la orden de abandono de trabajo y podrá solicitar por tanto la prestación. Pero a su vez, podrá impugnar la decisión ante los jueces. Si el resultado de la reclamación judicial fuese positivo para la trabajadora, se la reintegrará en su puesto y el empresario le reembolsará el salario que ha dejado de percibir, siendo a su vez éste reclamado por la Seguridad Social para devolver la prestación disfrutada indebidamente⁵⁶.

⁵⁴ MARÍN ALONSO, I y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: Familia y trabajo; *El régimen jurídico de su armonización*, cit, pág 133.

⁵⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: La reciente Ley 39/99 para promover conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Relaciones Laborales*, núm 24, 1999, pág 30.

⁵⁶ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 259.

Cuestión distinta es que la trabajadora quiera acceder a la suspensión del contrato y el empresario no lo considere pertinente. El problema en este caso parte de que la mujer embarazada no puede pedir la prestación correspondiente, teniendo a su disposición dos opciones: reclamar judicialmente y continuar trabajando hasta obtener sentencia o reclamar judicialmente y negarse a seguir trabajando de forma que si hay resultado positivo en sede judicial el empresario deberá reintegrar a la misma el salario dejado de percibir. La segunda opción será la más adecuada porque en el primer supuesto la trabajadora sufriría las consecuencias negativas de los riesgos laborales a los que está expuesta, no obteniendo la finalidad perseguida por la prevención⁵⁷.

Finalmente, y de acuerdo con lo previsto, sólo si el riesgo durante el embarazo no se previó y se actualiza, es cuando la trabajadora pasaría a la situación de incapacidad temporal. Si a la trabajadora embarazada se le concede la baja por causas plenamente justificadas “dados el precario estado de salud e imposibilidad transitoria para trabajar”, se encontrará en situación de incapacidad por contingencias comunes⁵⁸.

2-La evaluación de riesgos laborales

Por lo que se refiere al contenido obligatorio de la protección de la maternidad, el art 26.1 LPRL establece un procedimiento basado en la evaluación de los riesgos por parte del empresario, como punto de partida para la planificación de la acción preventiva⁵⁹. Conforme a lo expuesto en este artículo, “dicha evaluación debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”. El tiempo de exposición y la intensidad de la misma son elementos esenciales, hasta el

⁵⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y Riesgo durante el embarazo”, en LÓPEZ LÓPEZ, J.(Coord), *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: Familia, Inmigración y noción del trabajador*. Homenaje a Máximo D`Antona, Madrid, Marcial Pons, 2001, pág 113 y 114.

⁵⁸ STSJ de Murcia, 26 de Noviembre de 2011 (AS 1716/2001).

⁵⁹ Aunque el empresario aparece como sujeto obligado a realizar la evaluación de los riesgos laborales, ello no supone que tenga que ser él quien lo realice materialmente, sino que puede realizarlo a través de los servicios de prevención correspondientes, tal y como viene establecido en el art 31.3b) LPRL, así como también con la participación de los representantes de los trabajadores, en base a lo previsto en el art 33 LPRL.

punto de que la duración de la exposición será una de las variables que servirán para medir la conveniencia del trabajo de la mujer embarazada⁶⁰.

La evaluación de riesgos puede ser definida como un proceso técnico dirigido a estimar la magnitud de los riesgos de cada puesto de trabajo que no han podido evitarse, con la finalidad de obtener la información necesaria para adoptar las medidas preventivas adecuadas si fueran necesarias. De tal forma que, una vez evaluados los riesgos, el empresario estará en condiciones de planificar la actividad preventiva según los resultados obtenidos⁶¹.

En el momento de la realización de la evaluación de los riesgos laborales, deberán tenerse en cuenta no sólo los riesgos generales de cada puesto de trabajo sino también de forma específica los riesgos que podrían derivarse de un puesto de trabajo para una trabajadora embarazada o en período de lactancia, antes incluso de conocerse esta situación, lo que evita que las trabajadoras se vean sometidas a un proceso de evaluación específica en el momento en que se encuentren en una de las situaciones protegidas⁶². En consecuencia, un puesto de trabajo debe evaluarse, con carácter general, valorando los riesgos que pueden influir negativamente en cualquier trabajador, y además, específicamente, teniendo en cuenta los que pueden afectar a la maternidad⁶³.

El empresario deberá, por tanto, evaluar nuevamente los riesgos específicos para esa concreta trabajadora cuando concurren circunstancias que lo justifiquen. Esta evaluación sólo podrá ejecutarse cuando el empresario reciba comunicación de la trabajadora en cuestión, o cuando tenga conocimiento, por cualquier medio del estado en el que ésta se encuentra, y cuando se haya llevado a cabo una vigilancia de la salud adecuada, para determinar, que las circunstancias personales y los riesgos concretos a los que la trabajadora está expuesta, pueden ser perjudiciales para ella o para el futuro hijo. Por tanto, la evaluación específica queda condicionada a la existencia de conocimiento del empresario de la situación de la trabajadora⁶⁴.

⁶⁰ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 205.

⁶¹ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, pág 94.

⁶² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, cit, pág 288.

⁶³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El riesgo durante el embarazo*, cit, págs. 569 y 570.

⁶⁴ PEREZ DEL RIO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y Salud Laboral*, cit, pág 53.

Una vez realizada la evaluación de riesgos con carácter inicial, el empresario está obligado a seguir evaluando los riesgos tanto generales como los específicos inherentes a la maternidad periódicamente. Se trata de un proceso dinámico y cambiante; por tanto, la evaluación debe actualizarse en caso de cambio de las condiciones de trabajo, someterse a consideración y revisión si se produjesen daños en los trabajadores, efectuar controles periódicos a fin de detectar posibles situaciones peligrosas, y en caso de incorporación de un trabajador cuyo estado biológico lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto⁶⁵.

Concluido el proceso de evaluación, tanto específico como personalizado, de un puesto de trabajo de acuerdo con el art 26 LPRL, el paso siguiente que debe llevar a cabo el empresario es informar a la trabajadora afectada y a los representantes de los trabajadores de los resultados de la evaluación y de las medidas a adoptar, como viene exigido en el art 4.2 de la Directiva 92/85/CEE.

A diferencia de lo previsto en esta Directiva, el art 26 LPRL no impone la obligación al empresario de comunicar a las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en período de lactancia o a aquellas que puedan encontrarse en tales situaciones, de los resultados de la evaluación realizada⁶⁶. Sin embargo, las trabajadoras afectadas deberán tener conocimiento de tales extremos por aplicación del art 18.1 LPRL, el cual establece la obligación genérica del empresario de informar “directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función o de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos”⁶⁷.

La comunicación del estado de embarazo al empresario, y en su caso, al servicio de prevención, se configura como elemento indispensable para que se pueda dispensar todo el instrumento preventivo necesario para proteger a la misma de los riesgos laborales a los que pueda estar sometida. Para que el empresario pueda realizar una evaluación concreta o específica de los riesgos para la mujer en estado de gestación o embarazo, es necesaria la previa comunicación por parte de la trabajadora de su situación⁶⁸. En relación con esta comunicación, se pueden plantear dos cuestiones: Por

⁶⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a,M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, pág 99.

⁶⁶ MORENO GENÉ, J.; y ROMERO BURILLO A, M^a.: *Maternidad y Salud Laboral*, cit, pág 54.

⁶⁷ SÁNCHEZ CASTILLO, M^a M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, cit, pág 104 y 105.

⁶⁸ STSJ Madrid de 2 de Noviembre de 2012 (AS 2013/155).

un lado, la información del empresario a las trabajadoras embarazadas o que pudieran estarlo, de los riesgos existentes en su puesto de trabajo, y por otro, la comunicación por parte de la trabajadora embarazada o en período de lactancia de su situación al empresario⁶⁹.

Respecto a la primera, el art 4.2 de la Directiva 92/85/CEE, reconoce a las trabajadoras el derecho a ser informadas de los resultados de la evaluación y de las medidas preventivas que se toman en relación con aquellos riesgos específicos a los que se puedan ver sometidas. No se podrá exigir responsabilidad al empresario cuando la trabajadora no ha comunicado su estado.

La evaluación de riesgos tiene como función avisar al empresario sobre la existencia de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o poner de manifiesto la eventual afectación a la gestación o el embarazo. Por ello, el empresario, atendiendo al art 18.1 LPRL, es quien primero debe proceder a la información, para que así las trabajadoras conozcan los riesgos reales de su puesto de trabajo en las distintas etapas de su proceso biológico, de forma que es en este momento cuando comienza la obligación de la trabajadora de comunicar la situación en la que se encuentra o se va a encontrar. Una vez que la trabajadora ha informado al empresario o éste ha tenido conocimiento del estado biológico en el que se encuentra la misma, vuelve a recaer sobre él la obligación de prevención. Lo que importa no es el medio formal en el que se transmite la comunicación, sino que, de alguna manera, el empresario pudiera saberlo, comenzando en este momento la obligación del empresario de evitar la exposición de las trabajadoras a los riesgos que se deriven de la evaluación, y la necesidad de elaborar esa evaluación concreta para la trabajadora en cuestión.

La legislación española no ha incluido las definiciones de la Directiva 92/85 CEE del Consejo relativas a la mujer embarazada o en período de lactancia, como la trabajadora que, en esas situaciones, comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Al omitir esta definición, se entiende que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora

⁶⁹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 211 y 214.

(Art 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a la que se refiere el art 26 de la Ley 31/1995, no se active si la trabajadora no comunica su estado, y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. De esto se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de “cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores” establecida en el Art 29.2.6º de la Ley 31/1995, no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme el Art 29.3 de la citada Ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora⁷⁰.

3.-Vigilancia de la salud

La vigilancia de la salud para los supuestos de trabajadores especialmente sensibles es un elemento muy importante ya que actúa tanto como instrumento de calificación e identificación de estos trabajadores, como instrumento de prevención. Cuando actúa como instrumento de identificación hay que tener en cuenta en primer lugar la voluntariedad u obligatoriedad en el sometimiento a los reconocimientos médicos y por otro lado, la diferenciación entre la identificación de colectivos de trabajadores especialmente vulnerables y la identificación de un concreto trabajador especialmente sensible⁷¹.

En cuanto a la primera cuestión, el art 22.1 LPRL ha excepcionado la voluntariedad de las pruebas de vigilancia de la salud para los siguientes supuestos: cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; para comprobar el estado de salud del trabajador y su compatibilidad o adecuación con el trabajo, o para verificar si el mismo puede constituir un peligro para éste, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con

⁷⁰ STSJ de Madrid, de 18 de Mayo de 2000 (AS 1078/2000).

⁷¹ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles*, cit, pág 61.

la empresa, y por último, cuando esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Hay supuestos en los que el carácter voluntario de los reconocimientos o la exigencia de consentimiento informado para su realización se ve obligado a ceder ante la concurrencia de otros derechos, bienes o intereses jurídicamente protegidos. Los hechos relativos a la salud, las enfermedades y su tratamiento pertenecen al ámbito de la intimidad personal, ya que forman parte de la vida privada de las personas⁷².

Los reconocimientos médicos en materia de prevención de riesgos laborales podrán ser considerados pertinentes, y sus objetivos lícitos, cuando estén encaminados a: a) evitar, prevenir y controlar los perjuicios a la salud que pudieran derivarse de la prestación de trabajo cuando en ella existan factores de riesgo; b) comprobar que el trabajador reúne las condiciones psicofísicas adecuadas para el desempeño de las labores inherentes a su puesto de trabajo, y, en función de las condiciones de éste, que su estado de salud no supone ningún peligro ni para el propio trabajador ni para el resto de trabajadores; c) prevenir que las condiciones técnicas y medioambientales no incidan negativamente en el estado de salud del trabajador⁷³. En definitiva, se trata de vincular reconocimientos médicos con riesgos inherentes al trabajo.

Sin embargo, no es lo mismo identificar a un trabajador especialmente sensible cuando pertenece a un colectivo, que identificar a cualquier trabajador como especialmente sensible por sus propias peculiaridades sin que concurra en él el elemento de colectividad. En cuanto a la mujer embarazada, no se plantea problema en relación con el instrumento de la vigilancia de la salud para el conocimiento de tal estado, ya que la puesta en conocimiento de esta situación se configura como una obligación de la propia trabajadora.

En conclusión, en cuanto a la vigilancia de la salud como instrumento de identificación de trabajadores especialmente sensibles, salvo en los casos en los que el propio trabajador no sea consciente de su condición y además no acceda voluntariamente a los reconocimientos médicos que el empresario está obligado a realizar, y de acuerdo con el art 37.3 Real Decreto 39/1997, de 17 de Enero, en el resto

⁷² STC 143/1994 de 9 de mayo y 57/1994 de 28 de febrero.

⁷³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador”, Revista Española de Derecho del Trabajo núm 82, 1997, pág 231.

de casos deberá someterse a estos reconocimientos para identificar si efectivamente un trabajador es especialmente sensible a los riesgos de su puesto de trabajo.

Cuestión distinta es la utilización de la vigilancia de la salud cuando ya se tiene conocimiento de la existencia de trabajadores especialmente sensibles, donde se pretende tomar las medidas preventivas más adecuadas y controlar periódicamente que las circunstancias personales sean compatibles con el trabajo desempeñado por el trabajador, así como para determinar que ha desaparecido la circunstancia que le hacía más vulnerable. En este caso, el control médico se configura como la vía para detectar la incompatibilidad entre el trabajador y el puesto de trabajo y para que el empresario pueda garantizar un medio de trabajo seguro. Por lo tanto, el reconocimiento médico se sitúa en el terreno de las excepciones a la voluntariedad. Aquí son las circunstancias subjetivas las que van a determinar la incompatibilidad con un determinado puesto de trabajo. El estado de salud constituye, en sí mismo, un peligro para estos trabajadores, especialmente en el caso de las mujeres embarazadas o en los discapacitados. Los convenios colectivos tendrían la labor de prever el carácter obligatorio de los reconocimientos médicos para los trabajadores especialmente sensibles⁷⁴. Sin embargo, no será obligatorio en aquello que rebase lo imprescindible y proporcional al riesgo que se quiere evaluar o a la verificación del estado de salud, en cuyo caso, la voluntad del trabajador vuelve a ser determinante⁷⁵.

En cuanto al concepto “vigilancia de la salud”, es preciso incluir todos los instrumentos que tengan por finalidad, según el art.14.1, proporcionar al trabajador “una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. En todo caso, se puede hablar de una triple finalidad: Investigación y detección de las causas generales de riesgo, tanto objetivas como subjetivas; Prevención, identificando situaciones de afectación que puedan surgir y que suponen riesgos; Control de mantenimiento de determinados parámetros fisiológicos o patológicos. De esta manera, la vigilancia ha de tener en cuenta una doble situación de riesgo, según derive de las condiciones de trabajo y del puesto de trabajo o función, o de la salud del trabajador⁷⁶.

⁷⁴ STC de 28 de Diciembre de 2006.

⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, cit, pág 215.

⁷⁶ GARCÍA VIÑA, J, *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*, cit, pág 41.

El sujeto responsable es el empresario. Sin embargo, no puede garantizar totalmente la protección de la salud de la trabajadora frente a los riesgos laborales, sino únicamente puede prevenirlos, ya que su influencia sobre la salud es limitada, según el art 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, refiriéndose a “velar por la práctica de reconocimientos médicos”. El empresario ha de decidir cómo se ha de llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y control de salud de los trabajadores, por ejemplo, respecto al número de reconocimientos o la manera de realizarlos. Se trata de una obligación que ha de cumplir en todo momento, que es intransmisible a terceros, siendo así de resultado, no una mera actividad.

El art 14.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que determinadas actividades de prevención han de ser asumidas por “entidades especializadas”. Respecto a la vigilancia de la salud, no es el empresario el que debe llevar a cabo directamente esta vigilancia, ya que la protección de la salud requiere unas competencias y unos conocimientos especializados sujetos a la intervención de la Administración sanitaria. Por eso, la función del empresario se limita a poner los medios para que las personas encargadas puedan prestarla. Concretamente, el art 22.6 de esta norma regula que las medidas de vigilancia y control de la salud se llevarán a cabo “por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”. Sin embargo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no especifica las personas concretas que podrán asumir esta función. El reglamento de Servicios de Prevención, en su artículo 19 regula que los servicios de prevención han de asumir directamente estas funciones, pero permite que puedan subcontratar “los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad”. El único requisito que se exige a estas personas, conforme al artículo 37.3.a es que tengan “competencia técnica, formación y capacidad acreditada”.

En segundo lugar, de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las funciones de los servicios de prevención son meramente complementarias ya que tienen como deber fundamental estar en condiciones “de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes” en lo referente, en concreto, a la vigilancia de la salud, según el art 31.3.

De esta manera, el empresario puede cumplir con sus obligaciones siguiendo las instrucciones otorgadas por el servicio de prevención, que es el de personal técnico especializado, independiente, al que se le exigen toda una serie de requisitos materiales y humanos, y que ha de obtener la aprobación de la Administración sanitaria. Sin perjuicio de poder llevar a cabo otras actividades relacionadas con la vigilancia de la salud de los trabajadores, por ejemplo, los reconocimientos médicos en otras empresas, en cuyo caso, han de estar autorizadas para realizar estas actividades por la administración sanitaria, y se han de desarrollar siguiendo los protocolos médicos establecidos por los servicios de prevención. En la actualidad, la Ley de prevención de Riesgos Laborales no determina cómo ha de ser este reconocimiento médico. Sólo regula que se realicen “en función de los riesgos inherentes al trabajo”. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando la trabajadora preste su consentimiento⁷⁷. Además, hay que tener en cuenta que el cumplimiento del deber de vigilancia de la salud sólo tendrá efectividad absoluta cuando el reconocimiento médico sea obligatorio. Mientras la trabajadora no desee someterse a estos reconocimientos no se podrá tutelar de manera completa su salud. Las medidas de vigilancia y control de la salud de las trabajadoras embarazadas se llevarán a cabo tratando de causar las menores molestias al trabajador, han de ser proporcionales al riesgo, y han de respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona de la trabajadora y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Por otro lado, los resultados de la vigilancia de la salud serán comunicados a las trabajadoras embarazadas y no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio de la trabajadora. El acceso a esta información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de las trabajadoras embarazadas, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso de la trabajadora⁷⁸.

4. La prestación por Maternidad

La prestación por maternidad completa la protección que el ordenamiento jurídico brinda al hecho de la maternidad. Para concretar en qué términos y bajo qué condiciones se despliega la protección que otorga la prestación, es necesario analizar los

⁷⁷ STC 196/2004, 15 de Noviembre.

⁷⁸ GARCÍA VIÑA, J.: *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*, cit, pág 44-48.

supuestos que generan el derecho al disfrute del descanso por maternidad⁷⁹. El principal efecto que la maternidad produce sobre el contrato de trabajo es la suspensión del mismo por parto, adopción o acogimiento, tal y como establece el art 48.8 ET. Durante ese período de suspensión, los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos por la Ley recibirán un subsidio a cargo de la Seguridad Social.

En cuanto al supuesto protegido del embarazo, éste puede definirse como el período de tiempo transcurrido desde la concepción hasta el parto. En el ordenamiento jurídico español, la incapacidad para trabajar durante el período de gestación se protege a través de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y a través de la suspensión del contrato por incapacidad temporal, con sus correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Pero también, durante el embarazo, la trabajadora podrá acceder a la prestación por maternidad, pues según establece el art 48.4 ET, la suspensión del contrato por maternidad, tendrá una duración de dieciséis semanas, que se distribuirán a opción de la interesada siempre que seis semanas sean posteriores al mismo, de modo que la trabajadora dispondrá libremente de diez semanas que podrán ser disfrutadas antes del parto, durante la situación de embarazo⁸⁰. En el supuesto de parto múltiple será ampliable a dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Salvo el descanso correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que es obligatorio para la madre, el resto pueden ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre⁸¹.

Si la gestante se encuentra incapacitada para trabajar por algún motivo que origine la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo tendrá la protección correspondiente a la prestación equivalente, para la que no es preciso contar con ningún período de cotización, y también se despliega la protección, aun sin existir período de cotización, en el caso de que la trabajadora se vea incapacitada para trabajar cuando se encuentre en situación de incapacidad temporal por motivos profesionales⁸². Por el contrario, cuando la incapacidad temporal deviene de contingencia común, la gestante puede ver suspendido su contrato de trabajo sin derecho a subsidio por no cumplir con

⁷⁹ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Elcano, Aranzadi, 1999, pág 267.

⁸⁰ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A.: *La prestación por Maternidad*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág 28.

⁸¹ AGUILERA IZQUIERDO, R y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*: “Análisis del RD 295/2009, de 6 de Marzo; Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág 29.

⁸² STSJ Cataluña de 12 de Mayo de 2005 (AS 2005/1859).

el período de cotización correspondiente, puesto que, para causar derecho a la prestación por incapacidad temporal en este caso, y de acuerdo con el art 130.a LGSS, se exige que se haya cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante⁸³. Pero además, se ha de tener en cuenta el hecho de que la protección otorgada tiene un alcance diferente en función de que se articule a través de una u otra vía. La cobertura de la prestación por incapacidad temporal tiene un alcance más limitado porque de la misma se deriva el derecho a percibir la prestación económica a partir del cuarto día de baja, no teniendo derecho al subsidio durante los tres primeros días. Además, la cuantía de la prestación por incapacidad temporal es inferior a la de maternidad, situándose en el 100% de la base reguladora⁸⁴.

Una de las novedades más importantes que se introdujo en La Ley de Prevención de Riesgos Laborales fue la creación, en su artículo 26, de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, el riesgo durante el embarazo, para el supuesto de que la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente esté expuesta a un riesgo específico para ella o el feto⁸⁵. Serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo siempre que estén afiliadas y en alta tanto en el Régimen General como en alguno de los Regímenes especiales de la Seguridad Social. Dado que tras la LOI el riesgo durante el embarazo se considera una contingencia profesional, no se exige en la actualidad a la trabajadora un período mínimo de carencia para acceder al cobro de la correspondiente prestación y se le considera en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta, según expresa el art 125.3 LGSS. La prestación por riesgo durante el embarazo nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior al que se inicie el permiso por maternidad tras dar a luz o el día de reincorporación de la trabajadora a un puesto compatible con su estado en la empresa⁸⁶. Ésta consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderán a la Entidad

⁸³ TORTUERO PLAZA, J.L.: “50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral”, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2006, pág 143.

⁸⁴ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A: *La prestación por Maternidad*, cit, pág 31.

⁸⁵ STSJ Navarra de 15 de Noviembre de 2010 (AS 2011/1076).

⁸⁶ STSJ Aragón, 18 de Noviembre 2002 (AS 2002/3351).

Gestora⁸⁷ o a la Mutua de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales⁸⁸.

Para el cálculo del subsidio, la base reguladora será el resultado de dividir el importe de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, por el número de días a que dicha base corresponde, la cual siempre es 30 si es mensual, incrementada con el promedio de las horas extraordinarias realizadas durante el año anterior a la fecha de suspensión del contrato⁸⁹. En el caso de trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menos la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan, y cuando se trate de trabajadoras contratadas para la formación, la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente⁹⁰.

En cuanto a la extinción del subsidio, el art 35.4 RD 295/2009 enumera las causas que motivaran dicha extinción:

- suspensión del contrato por maternidad;
- reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado;
- extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas;
- interrupción del embarazo;
- fallecimiento de la beneficiaria.

⁸⁷ STSJ Cataluña de 4 de Marzo (AS 2010/1068).

⁸⁸ DUEÑAS HERRERO, L. J.: *La acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pág 182.

⁸⁹ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A.: *La prestación por Maternidad*, cit pág 139.

⁹⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: Análisis del RD 295/2009, de 6 de Marzo; cit, pág 142 y 143.*

La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio⁹¹.

⁹¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo” en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V), Laborum, Murcia, 2003, pág 700.

IV.-CONCLUSIONES

PRIMERA:

-Aquellos trabajadores que sean considerados como especialmente sensibles tendrán derecho a una mayor protección respecto a la que dispensa la Ley para el resto de trabajadores. Esto requiere de una actuación concreta por parte del empresario, el cual deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos, y, en función de éstas, adoptar una serie de medidas preventivas y de protección necesarias. La edad, el embarazo, la lactancia y la discapacidad, sea del tipo que sea, suponen en sí mismas un condicionante físico, psíquico y/o sensorial, lo que provoca una limitación del trabajador para el desempeño del trabajo, haciéndole especialmente sensible. Sin embargo, el estado biológico del trabajador debe ser previamente conocido por el empresario, ya que a partir de ese momento es cuando surge la obligación del empresario de la protección específica a estos colectivos.

SEGUNDA:

-La protección de la mujer embarazada o lactante frente a los riesgos del puesto de trabajo ha sido objeto de estudio desde que ésta se incorporó al mercado laboral. A partir de ahí, y hasta el momento actual, se observa una constante mejora de las medidas de protección dirigidas a asegurar el óptimo desarrollo del embarazo y del proceso de lactancia natural. A medida que la sociedad ha ido evolucionando se han ido sentando las bases para que esta especial protección que le es otorgada a la mujer en estas situaciones no suponga un menoscabo de sus legítimas aspiraciones al desarrollo profesional y a la mejora de sus condiciones de trabajo, garantizando de este modo sus derechos laborales y la igualdad de oportunidades con respecto al hombre.

TERCERA:

-La evaluación de los riesgos desencadenará la adopción de medidas por parte del empresario cuando sus resultados revelen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras. La adopción de unas u otras medidas depende del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora, y de la capacidad organizativa de la empresa, siendo en todo caso obligatorias, ya que se imponen al empresario cuando la evaluación refleja la posibilidad de riesgos para la trabajadora, y temporales, pues su

existencia está ligada a una situación transitoria como es el embarazo, el parto o la lactancia.

CUARTA:

- Una vez conocido el embarazo por el empresario y comprobada la existencia de algún riesgo real o potencial, éste debe proceder, de forma inmediata, a la adaptación o a la modificación de las condiciones o del tiempo de trabajo, para evitar que la trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo. La evaluación de los riesgos concreta o específica de cada trabajadora determinará, en cada caso, y cuando no sea posible la adaptación, el momento en que deba procederse al cambio de puesto, el cual tendrá efectos hasta que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto, conservando el derecho al conjunto de las retribuciones del puesto de origen, en el caso de categoría inferior así como las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas en el caso de categoría superior.

QUINTA:

-La vigilancia de la salud para los supuestos de trabajadores especialmente sensibles es un elemento muy importante ya que actúa tanto como instrumento de calificación e identificación de estos trabajadores, como instrumento de prevención. Hay que tener en cuenta que el cumplimiento del deber de vigilancia de la salud sólo tendrá efectividad absoluta cuando el reconocimiento médico sea obligatorio. Mientras la trabajadora no desee someterse a estos reconocimientos no se podrá tutelar de manera completa su salud. Las medidas de vigilancia y control de la salud de las trabajadoras embarazadas se llevarán a cabo tratando de causar las menores molestias al trabajador, han de ser proporcionales al riesgo, y han de respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona de la trabajadora y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Por otro lado, los resultados de la vigilancia de la salud serán comunicados a las trabajadoras embarazadas y no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio de la trabajadora.

SEXTA:

-La legislación española en materia de Seguridad Social tiene establecidas dos prestaciones económicas diferentes para cada una de estas posibles situaciones en que es necesaria la ausencia de la mujer de su puesto de trabajo (contingencias comunes y contingencias profesionales). Cuando la situación es achacable a la situación clínica del embarazo (riesgo genérico) puede ser, dependiendo además de los requerimientos del puesto de trabajo, susceptible de incapacidad temporal por contingencia común. Cuando la situación es achacable a la existencia de un agente nocivo en el trabajo (riesgo específico) se debe valorar como riesgo durante el embarazo y la lactancia, presentando la trabajadora un embarazo sin problemas. Esta situación originará la suspensión del contrato de trabajo, procediendo el subsidio por riesgo en el embarazo o durante la lactancia natural, siempre que no existan puestos de trabajo exentos de riesgos en la empresa.

SÉPTIMA:

- La mujer embarazada tiene derecho a 16 semanas de baja maternal, que podrá empezar a utilizar cuando desee desde las 10 semanas anteriores al parto. Salvo el descanso correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que es obligatorio para la madre, el resto pueden ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre. Durante este período de tiempo, el trabajador conserva su puesto de trabajo pero no recibe retribución alguna del empresario. La mujer embarazada podrá negociar con su empresa la vuelta al trabajo y solicitar una reducción de la jornada laboral para poder atender las necesidades de su hijo. Esta reducción puede ser desde un tercio hasta la mitad de la jornada laboral, reduciéndose proporcionalmente el salario según se reduzcan las horas trabajadas. Será la madre quien decida sobre la reducción del horario y la duración de la misma, da la que podrá disfrutar hasta que su hijo cumpla 6 años. Por su parte, el padre puede disfrutar de hasta cuatro semanas de baja paternal desde el momento en el que se produce el parto.

V.-BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R y GIL PLANA, J: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural: “Análisis del RD 295/2009, de 6 de Marzo, Thomson Reuters, Navarra, 2010.*

BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de Maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARDONA RUBERT M^a B: *protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Octubre 2002.

CARDONA RUBERT, M^a BELÉN Y MARIA AUREA BARONI CECATO: *embarazado de la trabajadora: la configuración de la prestación por riesgo durante el embarazo; incluido en la obra: Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

DUEÑAS HERRERO, L. J.: *La acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R y ÁLVAREZ CUESTA, H: *Principios básicos de políticas sociolaborales*. León, Eolas Ediciones, 2012.

FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A: *La prestación por Maternidad*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador*, Revista Española de Derecho del Trabajo núm 82, 1997.

FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: *Guía sindical para trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles*, CCOO, Canarias, 2010.

GARCÍA VIÑA, J, *La prevención de riesgos de la mujer embarazada*. Editorial Comares, Granada 2009.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Seguridad Social y Riesgo durante el embarazo”, en LÓPEZ LÓPEZ, J.(Coord), *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: Familia, Inmigración y noción del trabajador*. Homenaje a Máximo D`Antona, Madrid, Marcial Pons, 2001.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Guía técnica sobre protección de trabajadores especialmente sensibles. Cepyme Aragón Y Qualitas Management, S,L, Aragón, 2010.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, núm 38, 1998.

MARÍN ALONSO, I y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO A, M^a: “Maternidad y Salud Laboral”. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

MORENO GENE, J, ROMERO BURILLO,A y PARDELL VEÁ, A., “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, Valencia, 1999.

MORENO, N; ROMANO, D y BRUNEL, S, Guía Sindical para la Prevención de Riesgos durante el embarazo y la lactancia. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud [ISTAS], Enero 2008.

MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

NORES TORRE, L.E.: “Maternidad y trabajo; algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. La ley-Actualidad.

PÉREZ DEL RÍO, T., *El principio de Igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 1984.

PURCALLA BONILLA, M.A y RIVAS VALLEJO, M.P.: *La protección de la maternidad*, Ciss, 2010.

RIVAS VALLEJO, M.P: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*”, Pamplona, Aranzadi, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J. y PÉREZ BORREGO,G.: “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS,A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M^a J., Coords.): *La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995*,Aranzadi, Pamplona, 1996.

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

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C: “Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo” en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, (dir. SEMPERE NAVARRO, A.V), Laborum, Murcia, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*. 3^a ed, Civitas, Madrid, 2001.

TORTUERO PLAZA, J.L: *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2006.