

M<sup>a</sup> Inmaculada Benavente Torres

EL RIESGO DURANTE EL  
EMBARAZO, PARTO  
RECIENTE Y LA  
LACTANCIA NATURAL.  
UN ANÁLISIS  
PROPOSITIVO

Consejo de redacción

**ANTONIO OJEDA AVILÉS**

Presidente

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ**

Vicepresidente y Director de Publicaciones

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**MANUEL ABADÍA VICENTE**

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia*

**JAIME CABEZA PEREIRO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**MIGUEL CARDENAL CARRO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Presidente del Consejo Superior de Deportes*

**MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**JOAQUÍN GARCÍA MURCIA**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**ISABEL VICTORIA GONZÁLEZ PACANOWSKA**

*Catedrática de Derecho Civil*

**JOSÉ LUJÁN ALCARAZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Presidente del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia*

**JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**JUAN MARTÍNEZ MOYA**

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia*

*Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**CRISTINA SÁNCHEZ RODAS**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**EL RIESGO DURANTE EL  
EMBARAZO, PARTO RECIENTE  
Y LA LACTANCIA NATURAL. UN  
ANÁLISIS PROPOSITIVO**

*M<sup>a</sup> Inmaculada Benavente Torres*  
Titular de Universidad de la Universidad de Córdoba



**EDICIONES LABORUM**



EDICIONES LABORUM

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 – Planta 3ª Oficina 21

30008 Murcia

Tel.: 968882181

e-mail: laborum@laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

*Director editorial*

1ª edición, Ediciones Laborum S.L. - 2016

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2016

Copyright © del texto, Mª Inmaculada Benavente Torres, 2016

Este trabajo está financiado por el Grupo de investigación «Derecho del Trabajo», SEJ-117, Universidad de Córdoba.

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de sus autores con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

ISBN: 978-84-945033-6-8

DEPÓSITO LEGAL: MU 1250-2016

*Impreso en España - Printed in Spain*

*Con amor a mi hija Abril*



# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	11
1. RÉGIMEN JURÍDICO Y BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	15
2. LA DIRECTIVA 92/85/CEE, DE 19 DE OCTUBRE DE 1992 Y OTRAS NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS .....	19
3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN .....	29
3.1. Desde la perspectiva del concepto de trabajadora .....	29
3.2. Desde la perspectiva de la delimitación de las situaciones: embarazo, postparto y lactancia natural .....	38
3.2.A. El valor de la comunicación del estado biológico del embarazo, puerperio o lactancia natural en la prevención de riesgos laborales y sus conexiones con la tutela contra la discriminación en el acceso al empleo .....	39
3.2.B. Concepto de “trabajadora embarazada” .....	47
3.2.C. Concepto de trabajadora que haya dado a luz .....	48
3.2.C.a. La aparente integración del concepto de “trabajadora que haya dado a luz” por el disfrute del descanso por maternidad en el Ordenamiento comunitario. Una parcial desprotección. ....	48
3.2.C.b. Un concepto supranacional de postparto desde una perspectiva preventiva: un espacio propio más allá del descanso por maternidad y un posible incumplimiento español. ....	52
3.2.D. Concepto de trabajadora en período de lactancia natural .....	58
3.2.D.a. Descanso maternal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural en la maternidad subrogada .....	58
3.2.D.b. La delimitación del período de lactancia natural protegido. ....	64
4. LA SUCESIÓN ESCALONADA DE MEDIDAS PREVENTIVAS .....	67
4.1. Evaluación específica, inicial, sucesiva y subjetiva de los riesgos específicos e información .....	68
4.1.A. Un concepto de riesgo específico construido sobre la interacción del trabajo y el estado biológico de embarazo, parto reciente o lactancia natural .....	76
4.1.B. Algunos ejemplos de riesgo específico durante el embarazo .....	79
4.1.C. Algunos ejemplos de riesgo específico durante la lactancia .....	81

4.1.D. En particular, el riesgo para la lactancia: el trabajo nocturno, a turnos, las extensas jornadas y ausencia de medios paliativos de la falta de toma directa .....	85
4.1.E. La alarmante necesidad de homogenización tanto en los criterios técnicos como en la doctrina judicial .....	89
4.2. Adaptación .....	96
4.2.A. Adaptación y trabajo nocturno.....	97
4.2.B. Adaptación, medidas de carácter colectivo, y otros aspectos del tiempo de trabajo: horarios, descansos y ritmo de trabajo. ....	99
4.2.C. Adaptación y descansos para la extracción de la leche materna. Su conexión con el art. 37.4 ET .....	102
4.3. Movilidad funcional y los límites de la obligación.....	109
4.4. Un extraño procedimiento: la certificación del riesgo, la disgregación de los deberes empresariales de las prestaciones por riesgo y la desatención de la preferente adaptación y movilidad funcional.....	113
4.5. La suspensión contractual y requisitos preventivos de acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia. Las consecuencias del incumplimiento del orden jerárquico de las medidas tutelares.....	126
4.5.A. Deficitaria evaluación de los riesgos específicos.....	127
4.5.B. Incumplimiento de los deberes preventivos preferentes de adaptación y cambio de puesto de trabajo, o deficiente prueba de su imposibilidad .....	130
4.6. El cuestionamiento de otros dos requisitos de acceso de la prestación: el requisito de la suspensión de la prestación y el acceso desde situaciones de inactividad en los supuestos de reconocimiento tardío de la prestación indebidamente denegada .....	134
4.6.A. Supuestos de reconocimiento tardío de la prestación indebidamente denegada y prestación efectiva de servicios.....	135
4.6.B. El acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural desde situaciones de inactividad .....	137
4.6.B.a. La conflictiva relación entre incapacidad temporal y el riesgo durante el embarazo y la lactancia. ....	138
4.6.B.b. El derecho a la prestación por riesgo durante la excedencia y los descansos acumulados. ....	147
4.6.B.c. El derecho a la prestación por riesgo y el cese de la actividad de la empresa: la unificada superación de la teoría de la actualización del riesgo.....	153



5. LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE LA TRABAJADORA EN LOS SUPUESTOS DE ADAPTACIÓN, CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO O SUSPENSIÓN. EN PARTICULAR, LA REMUNERACIÓN ..... 157

5.1. La posición del TJUE..... 157

5.2. La doctrina de los Tribunales españoles ..... 164



# PRÓLOGO

La política de salud laboral, la normativa y las prácticas preventivas en las empresas, están construidas sobre un modelo neutro de “trabajador”, cuyo referente implícito sigue siendo el trabajador masculino. En las normas vigentes sobre salud laboral, la relevancia del sexo del trabajador se concreta en el contexto de la maternidad de la mujer trabajadora. Más concretamente, dentro de los grupos vulnerables que gozan de una especial protección en las normas sobre salud laboral se encuentran las mujeres embarazadas, las que hayan dado a luz recientemente y las trabajadoras durante el período de lactancia, colectivo que configura el ámbito subjetivo de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, y al que también se dirige la tutela contemplada en el art. 26 de la Ley sobre Prevención de Riesgos Laborales.

La específica protección de este colectivo se justifica por el mayor riesgo al que las trabajadoras están expuestas y al que se expone el feto. El embarazo introduce cambios fisiológicos que aumentan la vulnerabilidad de la trabajadora a la exposición a determinados agentes, lo que incide directamente sobre su salud. Sin embargo, también se ha declarado que esta protección pudiera ser un fácil expediente para ocultar la realidad de que una buena parte de los factores que amenazan la salud reproductiva no sólo afectan a la trabajadora embarazada, para evitar el debate de fondo sobre la eliminación de agentes nocivos para la salud reproductiva de los trabajadores. Además, la tutela se dirige a la protección de la salud del niño que va a nacer y al recién nacido, habida cuenta del estrecho contacto fisiológico, e incluso emocional, existente entre la madre y el neonato.

Por lo demás, esta regulación es fruto del principio comunitario y nacional de adaptación del trabajo a la persona del trabajador. En efecto, en las normas sobre salud laboral aplicables a este colectivo, donde ocupa un papel central la evaluación de riesgos, se establecen, en relación jerarquizada, tres medidas escalonadas de protección: la adaptación del puesto de trabajo, la movilidad funcional o cambio de condiciones de trabajo y la suspensión del contrato por riesgo.

En este contexto material se sitúa la presente monografía, que aborda acertadamente el estudio de la “red tutelar” de la trabajadora

frente al riesgo durante el embarazo y la lactancia natural desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, partiendo de la premisa de que la protección de la seguridad y la salud de la mujer no puede constituir una justificación que desfavorezca su posición en el mercado de trabajo. Antes al contrario, esta protección específica debe erigirse en un instrumento esencial para lograr la igualdad efectiva.

Desde esta premisa, la autora desarrolla un profundo análisis del marco jurídico, cuya reformulación propone en muchos aspectos del mismo, desde una crítica eminentemente constructiva. A su juicio, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales frente a los riesgos durante el embarazo, parto reciente y lactancia, la intervención pública debe ser mucho más incisiva, tanto a nivel de investigación, de control, como de mejora de su deficitaria regulación, toda vez que “una cuestión tan importante como ésta, no puede relegarse al arbitrio de las mejores intenciones”.

La presente monografía tiene el mérito, nada fácil, de combinar la profundidad en el estudio dogmático de los conceptos con la exhaustividad en el análisis de los múltiples problemas interpretativos que plantea el régimen jurídico aplicable.

Así, se aborda el ámbito subjetivo de las normas tuitivas con la delimitación de los conceptos de trabajadora embarazada y trabajadora que haya dado a luz, denunciándose como pendiente, entre nosotros, la completa trasposición de la Directiva 92/85, toda vez que la normativa española no garantiza la plena satisfacción de la tutela preventiva en el postparto. Por consiguiente, a juicio de la autora, debería extenderse a los riesgos durante el postparto el deber de cambio de puesto de trabajo y la posibilidad de suspensión con percibo de prestación por riesgo. También se aborda con solvencia el novedoso tema del descanso maternal, riesgo durante el embarazo y durante la maternidad subrogada.

Especialmente acertada resulta la aproximación al concepto de riesgo específico desde la interacción del trabajo y el estado biológico del embarazo, parto reciente y lactancia natural. Y es que no sería admisible, desde luego, una valoración abstracta y objetiva del riesgo si no va acompañada de la necesaria perspectiva subjetiva del mismo, ni exigir una causalización única que no esté relacionada con dichos riesgos laborales.

Por otra parte, partiendo del análisis detallado de la práctica judicial, que arroja diversas soluciones respecto al riesgo durante el embarazo y, sobre todo, durante la lactancia, la autora aporta líneas y vías para profundizar, tanto en el ámbito de la investigación, como en lo que se refiere al perfeccionamiento del trabajo técnico de orientación en la evolución de los riesgos a través de guías y de la formación de los profesionales.

A la hora de desarrollar el estudio de la sucesión escalonada de las medidas preventivas, la profesora BENAVENTE considera que es necesario no perder de vista que su finalidad esencial debe ser la de amparar a la mujer, que ha de situarse siempre por encima de la rentabilidad o el interés empresarial. Además, su tratamiento ha de responder a una orientación integradora de la mujer en el trabajo, pues el apartamiento innecesario del mismo desencadena efectos adversos sobre su permanencia en el mercado laboral y nos abocaría a “escenarios sociales y morales de discriminación de los que, precisamente, se quiere huir”.

En coherencia con la jerarquía establecida en las citadas medidas preventivas, se postula una mayor atención a los estadios previos y preferentes de tutela frente a la suspensión. En este sentido, sostiene la autora que es necesario un mayor control público previo sobre la corrección de la evaluación de riesgos específica, siendo también necesaria la profundización en el estudio técnico de los riesgos y en la mejora de las guías de evaluación. La evaluación de los riesgos, pilar de las medidas preventivas, ha de ser una evaluación específica, inicial, sucesiva y subjetiva, cuyos resultados han de ser comunicados a representantes y a las trabajadoras que puedan verse afectadas. Este derecho/deber de información de la trabajadora ha de concebirse, por tanto, como un instrumento preventivo esencial.

Tras un exhaustivo análisis de los pronunciamientos judiciales relativos a las diversas opciones preventivas expresadas, se intuye a lo largo del trabajo una infrutilización de las medidas de adaptación y movilidad funcional. La profesora BENAVENTE TORRES consciente de que las medidas de adaptación y movilidad funcional suponen una carga económica y organizativa para la empresa, que si se aplican con rectitud pueden constituirse en un lastre para la contratación de las mujeres, considera necesario un apoyo económico decidido a las empresas que hagan el esfuerzo que les exige la ley, de forma significativa, en lo que se

refiere a la previsión acerca de la posibilidad del disfrute de la prestación a tiempo parcial cuando sea la reducción de la jornada una medida adaptativa necesaria o involucrada.

Finalmente, se analiza con notable esfuerzo la suspensión contractual, los requisitos de acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia, con especial atención de los importantes casos de acceso a la prestación desde situaciones de inactividad, así como la protección de la situación profesional de la trabajadora como sujeto protegido por las diversas medidas preventivas analizadas. En todas estas cuestiones, el notable esfuerzo de análisis de la doctrina científica y judicial se ha visto compensado, sin duda, con los excelentes resultados logrados.

En definitiva, el lector tiene en sus manos una obra sugerente, donde encontrará respuestas meditadas a todos los temas planteados, resolviendo con solvencia los problemas aplicativos del marco normativo y analizando críticamente, con un acentuado rigor metodológico, las diversas soluciones interpretativas adoptadas en cada caso. Fruto de ello, y como colofón, se realizan sólidas propuestas de reforma normativa y se formulan criterios hermenéuticos claros para la interpretación judicial. En definitiva, estamos ante una investigación rigurosa, original y sumamente útil, tanto para estudiosos, como para profesionales del Derecho y gestores especializados en el ámbito la prevención de riesgos laborales en las empresas, contribuyendo, sin duda, a la mejora de la tutela de los derechos, de la seguridad y de la salud de las mujeres.

Córdoba, octubre de 2016

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

# 1. RÉGIMEN JURÍDICO Y BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la protección específica frente al riesgo durante el embarazo y la lactancia natural confluyen aspectos de diversos campos del Ordenamiento Laboral. Me refiero a los relativos a la pervivencia y condiciones del contrato de trabajo, los preventivos y los de previsión o Seguridad Social.

Consiguientemente, en el ámbito de nuestro derecho interno estarán correlacionados en la referida red tutelar, en los aspectos estrictamente laborales los arts. 4.2.c, d y e, 11.1.b y 2.b, 14.3, 45.1.e), 48.8, 52.d), 53.4.a), 55.5.a), Disp. Adic. 2ª TRLET/2015. En el ámbito preventivo, serán centrales los arts. 15.1.d) y 2, 25 y especialmente el 26 LPRL, desarrollado reglamentariamente en el RD. 39/1997, de 17-1, de los Servicios de Prevención, arts. 4.1, 37.3.g) y Anexos VII y VIII. Y a nivel de protección social, los arts. 186 y 187 del Título II, Cap. VIII (riesgo durante el embarazo), y los arts. 188 y 189 del Cap. IX (riesgo durante la lactancia natural) del TRLGSS/2015, completando su régimen jurídico en dicho cuerpo legal los arts. 42.1.c), 71.3, 80.2.c), 95.1.a), 144.4, 165, 166, 217, 237.3, 253.3 y 4, 255.4, 318.b), Disp. Adic. 19ª, DT 18ª.2. El desarrollo reglamentario de la prestación se recoge actualmente en el RD. 295/2009, de 6-3, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Nuestra normativa tutelar de la mujer embarazada así como de la lactancia natural, deriva directamente de la Directiva 92/85/CEE, 19-10, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Es la décima Directiva específica prevista en el art. 16 de la Directiva Marco 89/391/CEE, 12-6, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (art. 1). Y está enmarcada entre aquéllas dirigidas a la protección de la seguridad y la salud de determinados colectivos. De hecho, el art. 26 LPRL vino a cumplir la obligatoria

trasposición de aquélla a nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien en un primer momento lo hizo sólo de forma parcial, con lo que ha requerido para su perfección de sucesivas reformas.

La primera modificación se llevó a cabo a través de la L 39/1999, 5-11, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que introdujo esta nueva causa de suspensión y creó la prestación económica por riesgo durante el embarazo, asimilándola a la incapacidad temporal por contingencias comunes. La segunda, por la LO 3/2007, 22-3, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que añadió la prestación por riesgo durante la lactancia natural y calificó la naturaleza de ambas prestaciones como derivada de contingencias profesionales, con las consecuencias a esto aparejadas en orden a los requisitos de acceso, cuantía del subsidio y gestión. Pese a ello, el Tribunal Supremo ha descartado la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial, por considerar que el carácter de profesional realmente se refiere a la prestación y no a la contingencia y porque, en cualquier caso, no está previsto en norma alguna<sup>1</sup>. En opinión del citado Tribunal, la

---

<sup>1</sup> Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 diciembre de 2014, rec. 3152/2013 y 19 de mayo de 2014, rec 522/2013: estamos en presencia de una prestación que en su tratamiento inicial tuvo asimilación a la IT derivada de contingencias comunes en cuanto al requisito de alta, carencia exigible e importe del subsidio, pero que desde la Ley 3/2007 ya se le atribuye naturaleza de «contingencia profesional» y las consecuencias coherentes en orden a los requisitos exigibles. Así el derecho a la prestación ya no requiere carencia, a diferencia de la acreditación del período mínimo de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores que se pedía, y ni tan siquiera el alta, rigiéndose por el principio de automaticidad y devengándose el derecho aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones aseguradoras: art. 32.3 RD 295/2009. En cuanto al importe del subsidio, pasa a calcularse ahora sobre la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias profesionales (arts. 187 y 189 TRLGSS, y 33, 42 y 50.1 RD. 295/2009). Como señala la STSJ de Castilla y León, Burgos, núm. 800/2015, de 18 noviembre, rec 709/2015, *«ahora de reflejo la cuantía del subsidio pasa del 75% al 100% atendiendo a la consideración de base reguladora de las contingencias profesionales y no de las comunes, por lo que se incrementa la intensidad protectora en consonancia con la nueva naturaleza y sin perjuicio de cálculos en supuestos específicos.... Además, no sólo la prestación económica tiene origen profesional, sino que en lo que se refiere a su gestión y pago deja de ser un coto exclusivo de la entidad gestora para permitir la intervención (con anterioridad sólo lo hacían para las certificaciones previas de situaciones de riesgo pues ahora tendrá la asesoría de la obligación empresarial de traslado a otro puesto de trabajo compatible con su estado) de las entidades colaboradoras o mutuas, cuyas facultades de gestión se ven ampliadas en la concertación de la cobertura de dichos riesgos profesionales o en su caso de los comunes si son trabajadoras autónomas»*.

Sin embargo, como se reconoce en las referidas SSTs de 10 diciembre 2014, rec. 3152/2013 y 19 de mayo de 2014, rec 522/2013: *«aunque se admite la posible declaración de responsabilidad empresarial y se dispone el anticipo de la prestación por parte de la*  
(...)



modificación legislativa de su calificación ha obedecido «*en exclusiva al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora y no a rectificar una naturaleza –la de la contingencia– que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta*». En cuanto al desarrollo reglamentario, el primero de ellos fue el RD. 1251/2001, 16-11, por el que se regulan las

---

*aseguradora –Mutua o Entidad Gestora que tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales– nada se dispone respecto de si en los supuestos de insolvencia empresarial rige la responsabilidad subsidiaria del INSS; y c) tampoco la prestación –como es obvio, por razones cronológicas– está contemplada en la regulación que sobre tal abono subsidiario efectúa en art. 94 LASS.». Consiguientemente, también ante el distinto origen –art. 26 LPRL– y cualidad de la contingencia –que es preventiva y no lesiva–, sostiene que el abono de las prestaciones es responsabilidad de la Mutua, y niega la responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia empresarial, pues si bien es cierto que tras la LOI la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia pasan a tener carácter profesional, ésta naturaleza se predica sólo de la prestación, motivado por el deseo de proteger más eficazmente a la trabajadora, y no de la contingencia, es decir, del riesgo durante el embarazo o la lactancia. Además, en cualquier caso, la naturaleza profesional de la contingencia no autorizaría a asimilarla a accidente de trabajo a los efectos de responsabilidad subsidiaria, al no existir previsión legal alguna que autorice tal extensión de la cobertura ni estar prevista su compensación por las Mutuas: «no solamente no existe disposición –legal o reglamentaria alguna– que atribuya la responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que hay un dato del que indirectamente inferir que tal posibilidad ha de excluirse, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a “las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social ...” [entre otras cosas, para atender esa necesidad de responsabilidad última de garantía], no han sufrido modificación alguna...Y no parece lógico entender que el incremento de la responsabilidad de garantía por una nueva prestación [“riesgo durante el embarazo”] no fuese acompañado del correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas».*

Siguen su doctrina, por ejemplo: SSTSJ Galicia, num. 725/2016, de 15 febrero, rec 609/2015; TSJ Andalucía, Granada, num. 676/2015, de 18 marzo, rec 2802/2014 y TSJ C. Valenciana, num. 604/2015, de 11 marzo, rec 2041/2014 y num. 561/2015, de 10 marzo, rec 2040/2014; TSJ Islas Baleares, num. 282/2014, de 4 septiembre, rec 219/2014. Aún hoy, tras las sentencias del Tribunal Supremo, sostienen la responsabilidad subsidiaria del INSS, por ejemplo: STSJ C. Valenciana, num. 581/2015, de 10 marzo, rec 2039/2014. Se pronunciaron en contra, atribuyendo la responsabilidad subsidiaria al INSS, por serle extensibles todas las garantías inherentes a las contingencias profesionales y, más concretamente el mismo régimen que el de la IT por tales contingencias, por ejemplo: STSJ C. Valenciana, num. 2263/2013, de 28 octubre, rec 997/2013.

Más extensamente, sobre las consecuencias de la calificación como prestación por contingencias profesionales en: BLASCO LAHOZ, JF, “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (a propósito de la publicación del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)”, *Revista de Información Laboral Legislación y Convenios Colectivos* num.12/2009 parte Art. Doctrinal, en base de datos de Aranzadi Instituciones, BIB 2013\52316; MARTÍNEZ BOTELLO, P, “El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, de contingencia común a profesional”, *Lex Nova* num. 34/2007 parte Art. Doctrinal, *Revista* nº 34 de Información Laboral/Legislación, en base de datos de Aranzadi, BIB 2013\51143.

prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, que fue sucedido por el RD. 295/2009, 6-3, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Y en la dimensión preventiva hay que destacar el RD. 298/2009, 6-3, que modificó el RD. 39/1997, de 17-1, de los Servicios de Prevención para introducir los Anexos VII y VIII.

## 2. LA DIRECTIVA 92/85/CEE, DE 19 DE OCTUBRE DE 1992 Y OTRAS NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS

Como anticipábamos en el apartado precedente, nuestra regulación parte de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, adoptada con base en el art. 118 A del Tratado CE (artículo 153 TFUE), y vinculada al punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989. Ésta es la décima Directiva específica con arreglo los arts. 15 y 16.1 de la Directiva 89/391/CEE, 12-6, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

Los objetivos de la Directiva 92/85 se dirigen a la protección de la salud de la trabajadora encinta, parto reciente o lactancia natural (art. 1.1 Directiva 92/85/CEE)<sup>2</sup>, atendiendo la especificidad por excelencia de la mujer frente al hombre. Por tanto, ni su perspectiva ni su misión pueden dejar de observarse desde una visión de género, y de la efectividad del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo. No en vano, es una norma intensamente conectada con art. 119 del Tratado CEE y con las Directivas previas en materia de igualdad entre hombres y mujeres (Directivas 75/117 y 76/207) y sus modificaciones posteriores (Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio)<sup>3</sup>. Prueba de ello es, como se deduce

---

<sup>2</sup> Un análisis reciente de la doctrina fundamental del TJUE sobre la Directiva 91/85/CEE, en: GÓMEZ CABALLERO, P, “Seguridad y salud en el trabajo en la Jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, nº 130, 2015, págs. 187 a 193.

<sup>3</sup> Que refunde y deroga a partir de 15 de agosto de 2009, las Directivas: 75/117/CEE de 10 febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE, de 9 febrero, sobre la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, modificada –bajo la influencia del nuevo marco general sobre igualdad– por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre; 86/378/CEE, de 24 julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, modificada por la (...)

del análisis de la jurisprudencia comunitaria en la aplicación de la Directiva 92/85, que hayan servido de red de seguridad respecto de aquéllas pretensiones que no alcanzan a ampararse en su cuerpo normativo, contribuyendo unas y otras recíprocamente su evolución y aplicación.

También como veremos más adelante, cada vez resulta más clara, en particular en relación al descanso por maternidad, su conexión con las sucesivas Directivas sobre el permiso parental (Directiva 96/34/CE, derogada posteriormente por la Directiva 2010/18/UE).

La Directiva 92/85 responde a la idea de que la igualdad entre hombre y mujer no se ve comprometida porque aquélla reciba un especial tratamiento en atención al embarazo, parto y lactancia. Por el contrario, la igualdad efectiva exige la protección de la maternidad en todas sus dimensiones, en definitiva, un tratamiento específico de aquello que es distinto entre los sexos, puesto que tan discriminatorio es tratar desigualmente lo que es igual como el tratamiento idéntico de lo que es diferente. Por tal motivo la protección de la salud de la mujer en tales situaciones no sólo es compatible sino necesaria para la consecución de la igualdad real (vid. art. 2.3 Directiva 76/207/CEE<sup>4</sup>, Considerando 12 y art. 2.7 Directiva 2002/73/CE<sup>5</sup> y posteriormente, Considerando 24 y art.

---

Directiva 96/97/CE, 20 diciembre; y 97/80/CE, 15 diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y que fue modificada por la Directiva 98/52/CE, de 13 de julio.

No en vano, como ha declarado el TC en su sentencia 92/2008, de 21 de julio «*La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5), que constituye particularmente el fundamento de la regulación establecida en la Directiva 92/85/CEE; o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE*».

<sup>4</sup> Del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

<sup>5</sup> Del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

28 Directiva 2006/54/CE<sup>6</sup>). Así mismo, el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo (Considerando 12 y art. 2.7 Directiva 2002/73/CE y Considerandos 23 y 25, arts. 2.c), 9.1.g), y 15 Directiva 2006/54/CE).

De esta manera, con la Directiva 92/85/CEE se consagra a nivel normativo el abandono de esa otra visión tutelar de la mujer hecha a través de normas supuestamente protectoras que prohibían su acceso a determinados puestos de trabajo. Es el caso, por ejemplo, de la histórica prohibición del trabajo nocturno femenino donde se combinaban razones de tutela física y moral. Por ello, los países comunitarios se vieron obligados a la denuncia del Convenio OIT núm. 89, de 1948 tras declararse por el TJCE que la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres era contraria a la Directiva 76/207/CEE<sup>7</sup>. Desde el Derecho Comunitario, es claro que las mujeres no deben estar más protegidas respecto a riesgos que afectan por igual a hombres que a mujeres y que la tutela de la mujer no puede asumir estereotipos sexistas ni prohibiciones fundadas en diferencias genéricas de promedio entre los sexos; no puede convertirse en una excusa para apartar a las mujeres del mercado de trabajo y discriminarlas directa o indirectamente como trabajadoras. Desde una perspectiva estrictamente constitucional (art. 14 CE) no cabe afirmar sino lo mismo. Así, también el Tribunal Constitucional en la sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, redujo la posibilidad exclusiones del trabajo de la mujer a cuando la misma estuviese justificada por su embarazo, como condición biológica específica femenina<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

<sup>7</sup> STJCE de 25-7-1991 «Stoeckel», en la que se declara la incompatibilidad de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres con la Directiva 76/207/CEE. A esta sentencia siguieron otras del citado TJCE: «Levy» de 2-8-1993; «Minne», de 3-2-1994; la sentencia de 13-3-1997, Comisión/República francesa; y la sentencia de 4-12-1997, Comisión/Italia. En la misma línea, las diferencias de promedio entre el hombre y la mujer tampoco justifican la exclusión de uno de los sexos [ej. trabajos en industria minera subterránea, medio hiperbárico y de buceo: S. TJCE 1-2-2005, TJCE 2005/34 (Comisión contra Austria)].

<sup>8</sup> Respeto del trabajo en la mina. También la STC 216/91, de 14 de noviembre, reconoce el derecho de la mujer a ingresar en las Fuerzas Armadas. Por ello, por ejemplo, constituye una discriminación por razón de sexo la negativa empresarial a contratar a una mujer como vigilante de seguridad por su condición de tal, sin que la misma haya podido aportar su (...)

Precisamente por su vinculación al principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo, la consideración de la salud de la mujer encinta, puerperio o lactancia natural a través de la Directiva 92/85/CEE atiende, de manera similar a como lo ha hecho la OIT<sup>9</sup>, a su tutela desde una perspectiva muy amplia, que abarca su salud integral, física y mental. Tales situaciones no son sólo condiciones biológicas con riesgos específicos inherentes. Por el contrario, hay que proteger a la mujer frente a riesgos sociológicos que requieren una tutela específica de la trabajadora en tales situaciones frente al despido. En definitiva, hay que protegerla frente de la discriminación por embarazo o nacimiento de un hijo (Considerando 15)<sup>10</sup>. No en vano, tal discriminación no es sino una forma de violencia contra la mujer que atenta contra su salud y la de su hijo, y que puede fácilmente derivar en un ambiente social y normativo que las incite no sólo a la contracepción sino a la interrupción voluntaria del embarazo.

El principio de igualdad y prohibición de discriminación, por tanto, informan la idea de que la protección de la seguridad y salud de la mujer no puede atentar contra aquéllos ni constituirse en una justificación que desfavorezca a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres (Considerando 9 Directiva 92/85)<sup>11</sup>. Idea que subyace también en las precauciones garantantes de su efecto útil relativas a la conservación de sus derechos relacionados con el contrato de trabajo, tanto respecto

---

trayectoria profesional y sin haber sido sometida a pruebas físicas o de aptitud que demuestren su habilidad o inhabilidad para el desempeño del citado puesto de trabajo (STSJ Andalucía/Granada, núm. 469/2012, 22-2).

Sobre la doctrina del TJCE y el TC, véase más ampliamente: SÁEZ LARA, C, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, págs. 72 y ss.

<sup>9</sup> Ya desde el primer Convenio núm 3, de 1919, sobre protección de la maternidad, se abordó junto al descanso por maternidad, las prestaciones económicas y sanitarias durante tal ausencia y la protección frente al despido durante dicho descanso o durante las ausencias derivadas de enfermedad relacionada con el embarazo o parto.

<sup>10</sup> «Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido».

<sup>11</sup> «Considerando que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres».

del permiso de maternidad como de las demás medidas de protección de la salud de aquélla (Considerandos 16 y 17).

Pero, dicho ésto, resulta llamativo el hecho de que todas las Directivas sobre igualdad se hayan revisado y, en cambio, la modificación de la Directiva 92/85/CEE se haya visto –al menos de momento– definitivamente frustrada tras años de pugna entre el Parlamento europeo y la Comisión. La Directiva 92/85/CEE se inspira en gran medida en el Convenio OIT núm 103 y en la Recomendación OIT núm 95, ambos sobre protección de la maternidad. De hecho, de manera similar a como lo hará después la Directiva, es la citada Recomendación la que por primera vez y al margen del Convenio núm 103, establece previsiones de tutela de la salud de la trabajadora embarazada o lactante durante la prestación de su trabajo<sup>12</sup>. No obstante, en algunos aspectos el referido Convenio y aún más la Recomendación, superan a la norma europea. Disonancia que se vio agravada por las mejoras introducidas en el Convenio OIT núm. 183 –no ratificado por España– y la Recomendación OIT núm 191, ambos de 2000, sobre protección de la maternidad. Estos hechos, unidos a la constatación de sus lagunas e incertidumbres a través de la práctica del TJCE y del informe de la Comisión sobre su aplicación, han dado lugar a reiteradas peticiones del Parlamento<sup>13</sup> a la Comisión para la realización por ésta de una propuesta

<sup>12</sup> MORENO GENÉ, J/PARDELL VEÁ, A, “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* vol. V parte estudio, 1997, pág. 5.

<sup>13</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [COM(1999) 100- C5-0158/1999-1999/2151(COS)]. Sobre ello insiste nuevamente en el apartado 14 de la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de febrero de 2002, sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Cuadro de indicadores sobre la aplicación de la agenda de política social [COM(2001) 104 + C5-0536/2001 +2001/2215(COS)]. Véase también el punto 18 de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2005, sobre la Agenda Social para el período 2006-2010. (2004/2191(INI). Como igualmente, incluida la modificación del ámbito de la Directiva Marco y la perspectiva de género en la investigación y tratamiento de la salud laboral, en los apartados 3,4,5,9,10 y 16 de la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2002 sobre la Comunicación de la Comisión: Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006) [COM(2002) 118 \_ C5-0261/2002 \_ 2002/2124(COS)].

(...)

de modificación de la Directiva 92/85, como también de ampliación del ámbito de la Directiva 89/391/CE de la que trae causa. Se pretende así la mejora de la regulación de la protección de la salud de la mujer, alumbrada por el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Inquietud a la que el Parlamento ha ido sumando, desde una perspectiva cada vez más integrada del permiso por maternidad con el parental y demás medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, la necesidad de tutelar la maternidad como medida con la que incidir favorablemente en las tasas de natalidad, ante un preocupante envejecimiento de la población en la UE<sup>14</sup>. Por otra parte, también la mejora de la protección de la madre trabajadora es esencial para lograr la equiparación de los niveles de empleo por sexos y lograr una igualdad de género fijada como objetivo en la Estrategia de Lisboa.

La Comisión dio una respuesta parcial a tales peticiones presentando en 2008 una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la citada Directiva 92/85, concretamente su artículo 8 (Permiso de maternidad), su artículo 10 (Prohibición de despido), y su artículo 11 (Derechos inherentes al contrato de trabajo), e introducción de medidas de tutela jurídica efectivas (art. 12 bis, ter, quarter, quinquies –carga de la prueba, represalias, sanciones y organismo de promoción de la igualdad de trato). La propuesta de reforma se hacía ahora sobre una doble base jurídica: nuevamente con fundamento en los arts. 118 A (137 TCE y 153 TFUE) y, novedosamente también en el art. 141 TCE (art. 157 TFUE). Como vemos, la asunción explícita de este fundamento jurídico reevaluaba la dimensión de medida destinada a la garantía de la igualdad de

---

Desde la perspectiva de la igualdad de género, véase también el Punto 11 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Sexto informe anual [COM(2002) 258 — C5-0336/2002 — 2002/2180(COS)].

<sup>14</sup> Véanse, particularmente, los puntos 14 a 17, 51 y 74 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de febrero de 2008, sobre el futuro demográfico de Europa (2007/2156(INI), (2009/C 184 E/12). También los puntos 22 y 23 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (2006/2132(INI), y 11 y 28 de European Parliament resolution of 27 september 2007 on equality between women and men in the European Union-2007 (2007/2065 (INI). Igualmente, puede observarse en una perspectiva más global de conciliación e igualdad en la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2004 sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129 (INI). Y en la Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones (2005/2147(INI).



oportunidades y de trato entre los sexos en el empleo y la ocupación, tanto del permiso por maternidad y sus conexiones con el permiso parental, como de la protección frente al despido de la trabajadora encinta, puerperio o lactancia, así como de los derechos contractuales y remuneración de aquéllas<sup>15</sup>.

La revisión del descanso parental se llevó a cabo a través de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE<sup>16</sup>. Sin embargo, la reforma de la Directiva 92/85/CEE fracasó, dado que las modificaciones aprobadas el 20 de octubre de 2010 por el Parlamento Europeo al proyecto de Directiva presentado por la Comisión<sup>17</sup>, mucho más ambiciosas, forzaron a ésta a la elaboración de una nueva propuesta que no superó las discrepancias suscitadas en su seno, siendo retirada en 2015, como anunciaba la Comisión en su plan de trabajo para dicho año<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> «Un permiso más largo tendrá un impacto positivo en la salud de la madre. Ayudará a las mujeres a recuperarse del parto y a crear una relación sólida con el niño. Además, es más fácil que las mujeres vuelvan al trabajo cuando el niño es mayor y, por lo tanto, podría incitar a mujeres a recurrir menos al permiso parental. Un permiso más largo y la consolidación de los derechos de las mujeres al volver del permiso de maternidad también contribuirán a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo. Un aumento de la remuneración durante el permiso de maternidad permite que las mujeres en cuestión no sufran un perjuicio económico.

*Desde el punto de vista del empleador, habrá mayor certeza en cuanto a la duración de la ausencia de la madre, puesto que se espera que las mujeres recurran menos al permiso parental. Esto es especialmente pertinente para las pequeñas organizaciones para las cuales el impacto del permiso por motivos familiares es proporcionalmente mayor que para las organizaciones de mayor tamaño»* [Evaluación de impacto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la citada Directiva 92/85, presentada por la Comisión Bruselas, 3.10.2008, COM(2008) 637 final, 2008/0193 (COD)].

<sup>16</sup> Modificada en su art. 3.2 respecto del plazo adicional de adaptación para Mayotte por la Directiva 2013/62/UE, del Consejo, de 17 de diciembre de 2013.

<sup>17</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 (COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD), (2012/C 70 E/26).

<sup>18</sup> Véase una crítica a la contradicción que supone su retirada y el Marco estratégico de seguridad y salud 2014-2020: Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — Un marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, (2015/C 140/04), DOUE 28.4.2015 (Observaciones generales.3). Puede consultarse la (...)

Por consiguiente, las dos únicas modificaciones que ha sufrido la Directiva han sido de carácter técnico. Primero a través de la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica, que deroga el artículo 14, apartados 4, 5 y 6, de la Directiva 92/85/CEE, para suplirlo por el informe previsto con carácter general en el art. 17.bis de la Directiva Marco. Y después a través de la Directiva 2014/27/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) nº 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, que altera los puntos 2 y 3.a y b de la sección A y la sección B del Anexo I de la citada Directiva específica con la única finalidad de actualizar las referencias y terminología para que se correspondan con la clasificación de sustancias químicas y la legislación sobre etiquetado de la UE<sup>19</sup>.

En definitiva, tras el importante avance que supuso la Directiva 92/85/CEE, el reto de la mejora de la protección de la salud de la trabajadora encinta, puerperio o lactancia se ha visto bloqueado a nivel comunitario tanto en sus garantías directamente vinculadas a aquélla, como en las relacionadas más estrechamente con la igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación. Tampoco el Convenio OIT núm. 183, sobre protección de la maternidad ha sido ratificado por el grueso de los países comunitarios. Por otra parte, la necesaria atención de la mujer trabajadora –sin más– y de los riesgos que de manera más específica le afectan a ella, también parece una asignatura aún pendiente,

---

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (Bruselas, 6.6.2014, COM (2014) 332 final). Y la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (2015/2107(INI), P8\_TA-PROV (2015)0411.

<sup>19</sup> Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) nº 1907/2006.

a la que ahora se suma la del envejecimiento de la población activa que también le afecta a ella<sup>20</sup>.

La estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020, sin referencia específica a estos estados biológicos de la mujer, incluye como línea de actuación de su Objetivo 3 y, más concretamente, para la promoción de la seguridad y salud de colectivos de trabajadores específicos, «*Impulsar la integración de aspectos de género en la actividad preventiva, especialmente en sectores con mayor presencia de la mujer*», así como fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas<sup>21</sup>. Concretamente, el plan de actuación de 2015-2016 incluye el diseño de un plan de actuación dirigido a colectivos específicos, y entre ellos, a las mujeres. En mi opinión, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales frente a los riesgos durante el embarazo, parto reciente o lactancia, considero, como más adelante desarrollaré, que la intervención pública debe ser mucho más incisiva, tanto a nivel de investigación, de control, como de mejora de su deficitaria regulación. Y es que una cuestión tan importante como ésta, no puede relegarse al arbitrio de las mejores intenciones.

---

<sup>20</sup> Dictamen del Comité de las Regiones Europeo. Un marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, (2015/C 140/04), DOUE 28.4.2015, sobre los siete objetivos estratégicos clave indicados por la CE, apartado E.42.

<sup>21</sup> También lo hace el marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, en las líneas de acción a partir de 2014, pág. 11. Estudios jurídicos sobre la salud desde una perspectiva de género, por ejemplo: IGARTÚA MIRÓ, “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 91/2007, págs. 263 y ss; RIVAS VALLEJO, P, “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *RMTAS*, N<sup>º</sup> Extra 74, 2008, págs. 227 y ss.



## 3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN

### 3.1. DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONCEPTO DE TRABAJADORA

Al ser la Directiva 92/85/CEE específica respecto de la Directiva 89/391/CEE, las disposiciones de esta Directiva Marco son de plena aplicación a la totalidad del ámbito de aquella, exceptuado el apartado 2 de su artículo 2 (DM), que se refiere a la exclusión de actividades específicas de la función pública, cuyas particularidades inherentes se opongan de manera concluyente a su aplicación<sup>22</sup> (arts. 2.1 y 2 y 16.3 Directiva 89/391/CEE y art. 1.1 y 2 Directiva 92/85/CEE). Por consiguiente, la Directiva 92/85/CEE es aplicable a las **trabajadoras de todos los ámbitos y ocupaciones**, ya sean actividades públicas o privadas, siendo contraria a la misma la exclusión de determinadas categorías, como puedan ser las trabajadoras del sector público<sup>23</sup> o las trabajadoras vinculadas por un contrato atípico. O como pueda ser la exclusión de determinadas actividades, aun realizadas en circunstancias de excepcionalidad.

En correspondencia con lo expuesto, en España, los trabajadores integrados en las **Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional, como los demás cuerpos mencionados en el art. 3.2 LPRL**, deben entenderse excluidos del ámbito de dicho cuerpo legal exclusivamente respecto de sus actividades particulares que impidan su aplicación, en

---

<sup>22</sup> STJUE 21-5-2015, asunto C-65/14, Charlotte Rosselle, 37. Hay que aclarar que la Directiva 89/85/CEE es de aplicación a los sectores de su art. 2.2 cuando sus cometidos se realicen en condiciones de normalidad, de manera que están excluidas tan sólo las actividades específicas realizadas en circunstancias de especial gravedad y magnitud (véase GÓMEZ CABALLERO, P, cit., págs. 165 a 169; NAVARRO NIETO, F, “Las políticas y normas en materia de Seguridad y Salud de la UE”, en AAVV, *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 370 y 371).

<sup>23</sup> La Directiva 92/85/CEE, se extiende también a la función pública en: STJUE 17-7-2012, BG, asunto F-54/11.

consonancia con las previsiones de la Directiva Marco y las precisiones que ha hecho el TJCE<sup>24</sup>. Por otra parte, y dado que la Directiva 92/85/CEE abarca a todas ellas, sin excepciones, las disposiciones de los RRDD de las Fuerzas Armadas<sup>25</sup>, Guardia Civil<sup>26</sup> y Policía Nacional<sup>27</sup> sólo pueden considerarse especificaciones o adaptaciones a las peculiaridades orgánicas de tales cuerpos (vid disp. adic. 9ª LPRL sobre personal militar) que deben ajustarse a idénticas reglas comunitarias, sin posibilidad de excepción ni tan siquiera por razones de interés de la colectividad.

No obstante, a diferencia del Convenio núm 103 OIT sobre protección de la maternidad que sí las ampara<sup>28</sup>, **las empleadas del hogar se encuentran excluidas** de la Directiva 92/85, puesto que están excepcionadas del concepto de trabajador del art. 3.a) Directiva Marco, que es plenamente aplicable en relación a la Directiva 92/85 (art. 2.2 Directiva 92/85/CEE)<sup>29</sup>. En correspondencia, el art. 26 LPRL no resulta de aplicación a las trabajadoras del hogar familiar. Aun siendo trabajadoras

---

<sup>24</sup> Art. 3.2 y art. 2.3 y 4 RD 67/2010, de 29-1, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado. Al respecto, véase más ampliamente: FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2009, pág. 31. En consonancia con la doctrina general del Tribunal Comunitario sobre el ámbito de la Directiva 89/391 –véase nota 22–, la STJUE 12-1-2006, C-132/04, declaró el incumplimiento de España de trasposición de la Directiva Marco por la exclusión del ámbito de la LPRL del personal no civil de las Administraciones Públicas, lo que ha provocado la modificación del art. 3.1 y 2 y la introducción de la Disp. Adic. Novena LPRL por la L 31/2006, 18-10 (Disp. Final 2ª). También puede consultarse en: GÓMEZ CABALLERO, P, cit, págs. 167 a 169; NAVARRO NIETO, F, cit., págs. 370 y 371.

<sup>25</sup> Art. 15 Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.

<sup>26</sup> Art. 10 Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

<sup>27</sup> Art. 11 Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

<sup>28</sup> En el que sí se incluyen las empleadas domésticas, puesto que España ha exceptuado sólo el trabajo de las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio (art. 7.1.d).

<sup>29</sup> Téngase presente que el Parlamento Europeo propuso la expresa inclusión del servicio doméstico en la modificación del art. 2 de la Directiva 92/85/CEE, enriqueciendo la propuesta de la Comisión sobre dicha reforma que no alteraba el referido precepto [Vid: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 (COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD))].

por cuenta ajena, el art. 3.4 LPRL, excluye la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar de su ámbito de aplicación, si bien acto seguido reconoce la **obligación del titular del hogar familiar de cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.**

Ni la DM, ni la LPRL motivan semejante exclusión. En opinión de la doctrina, probablemente las razones derivan de que el titular de la casa no sea un empresario, con lo que se podrían estar valorando, aun siendo criticable, los inconvenientes y gravámenes económicos que la protección del trabajador pudiese acarrear para aquél, así como las dificultades de control por la Inspección del cumplimiento de sus obligaciones, al tener que respetarse el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>30</sup>. No puede admitirse, en cambio, que dicha actividad se encuentre exenta de riesgos para la salud, puesto que las mismas labores, cuando media una relación laboral común, sí están tuteladas por la LPRL<sup>31</sup>. De hecho, estas trabajadoras tienen cubierta la contingencia por riesgo durante el embarazo o la lactancia (art. 251 TRLGSS), primero a través del que fue el Régimen Especial de Empleados de Hogar, y más tarde a través del Sistema Especial integrado en el RGSS (con efectos de 1-1-2012, por la L 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social). Es más, desde su origen la prestación por riesgo durante el embarazo se ha reconocido a todas las trabajadoras con independencia de su Régimen de

---

<sup>30</sup> Probablemente en orden a todos esos elementos, también desde el art. 21.2.c) RD 1251/2001 y en la actualidad el art. 39.4.b) y 51.2 RD. 295/2009, en opinión de la doctrina parece facilitarse el acceso a la prestación por riesgo, dado que al no aplicarse el art. 26 LPRL, parece que no resulta exigido el agotamiento de las medidas preventivas preferentes a la suspensión; se requiere tan sólo junto a la certificación médica de riesgo, la declaración del responsable del hogar familiar de inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de seguridad social*, Aranzadi, 2002; LÓPEZ GANDÍA, J/TOSCANI GIMÉNEZ, D, *El trabajo de los empleados del hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, [http://construccionyservicios.ccoo.es/comunes/recursos/20/doc17780\\_ASPECTOS\\_LABORALES\\_Y\\_DE\\_SEGURIDAD\\_SOCIAL.pdf](http://construccionyservicios.ccoo.es/comunes/recursos/20/doc17780_ASPECTOS_LABORALES_Y_DE_SEGURIDAD_SOCIAL.pdf). pág. 52).

<sup>31</sup> MORENO MARQUEZ, A, *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 145 a 149. Apunta también a tales dificultades como las razones probables de la exclusión: NAVARRO NIETO, F, “Las políticas y normas ...”, cit., pág. 371.

Encuadramiento (Disp. Adic. Octava.3 LGSS en redacción del art. 16 la L 39/1999)<sup>32</sup>.

En cuanto a las **trabajadoras autónomas**, el **concepto de “trabajadora” de la Directiva 92/85**, engloba a las trabajadoras por cuenta ajena y excluye a las **trabajadoras por cuenta propia**<sup>33</sup>. La protección de la maternidad de la trabajadora autónoma y de las cónyuges o parejas de hecho colaboradoras<sup>34</sup> de los/as trabajadores autónomos/as, se encuentra regulada en el art. 8 de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE<sup>35</sup>). Pero la específica protección de la salud de la trabajadora autónoma embarazada o lactante durante la prestación de su actividad, es aún una asignatura pendiente a nivel comunitario<sup>36</sup>.

Desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento nacional, también los trabajadores autónomos están excluidos del ámbito de aplicación de la

<sup>32</sup> En correspondencia, el art. 1.1 RD 1251/2001 extendía su campo de aplicación a todos los Regímenes del Sistema de Seguridad Social. Por la doctrina: RIVAS VALLEJO, P, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 20, 2001 parte Estudio, BIB 2002/40.

<sup>33</sup> STJUE 19-9-2013, asunto Betriu Montull, C-5/12. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85, cit, pág. 7 y correspondiente Resolución del Parlamento sobre dicho Informe, cit, 11 –reclamando para ellas una protección específica–, 20. El Parlamento Europeo ni tan siquiera en su ambiciosa propuesta de 2010 extiende el ámbito de la Directiva 92/85 a las trabajadoras autónomas. Por la doctrina, véase también: GÓMEZ CABALLERO, P, “La seguridad y salud...”, cit., págs. 187 y 189.

<sup>34</sup> «... que no sean empleados o socios de estos últimos, que participen de manera habitual y en las condiciones establecidas por el Derecho nacional en las actividades del trabajador autónomo, efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares» (art. 2.b) Directiva 2010/41). Las parejas de hecho colaboradoras están incluidas en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional (art. 2.b).

<sup>35</sup> Su protección social durante las interrupciones por embarazo o maternidad de las autónomas o cónyuges colaboradoras estaba prevista sólo como un deber de estudio o consideración por los Estados Miembros en el art. 8 de la citada Directiva 86/613/CEE.

<sup>36</sup> Véanse más ampliamente las iniciativas comunitarias en materia de seguridad y salud laboral del autónomo en: AGUILAR MARTÍN, M<sup>a</sup>C, “La dimensión jurídica de la protección de la seguridad y salud del trabajador autónomo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.1, 2012 parte Observatorio de Riesgos Laborales, BIB 2012/515. También puede consultarse, un estudio general en: ROMERAL HERNÁNDEZ, J, “Luces y sombras en la prevención de riesgos laborales del trabajador autónomo”, *Comunicación al XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2 y 3 de junio, Córdoba, 2016, versión digital.



LPRL<sup>37</sup>. No obstante, como hemos advertido, las trabajadoras autónomas tienen reconocida, como las trabajadoras del resto de los Regímenes o de los Sistemas Especiales, la prestación por riesgo durante el embarazo desde la L 39/1999<sup>38</sup> y por riesgo durante la lactancia natural a partir de la LO 3/2007<sup>39</sup>. Por otra parte, los aspectos preventivos ligados al riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de la trabajadora autónoma también son objeto de atención parcial desde diversos planos en la

<sup>37</sup> El art. 3 LPRL diseña el ámbito subjetivo de la LPRL. En su apartado 1º reconoce como protagonista de su regulación al trabajador por cuenta ajena, «*sin perjuicio del cumplimiento de ... los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos*». Estas obligaciones de los autónomos, relativas a los deberes de seguridad y salud recogidos en la LPRL, son las del art. 24.1 y 2, como indica su apartado 5; medidas u obligaciones de coordinación de actividades empresariales. Tan sólo hay otra referencia a los trabajadores autónomos en la LPRL, que es la posibilidad de autoaseguramiento del art. 15.5. Con el art. 8.4 L. 20/2007, LETA, se introduce el deber de vigilancia del empresario principal respecto del cumplimiento de la normativa prevención por los autónomos, que ex art. 24.3 y 24.5 LPRL no se predicaba respecto de los autónomos. En la misma dirección tutelar, se les extiende las obligaciones consignadas en el art. 41.1 LPRL cuando operen con maquinaria, etc, proporcionados por la empresa para la que trabajan los autónomos sin realizar tal actividad en el centro de trabajo de ésta (art. 8.5).

<sup>38</sup> No obstante, el «*ap. 3 de la disposición adicional 8ª de la LGSS, supedita la aplicación del subsidio por riesgo de embarazo a los trabajadores por cuenta propia (y que se viene aplicando a los trabajadores por cuenta ajena) a los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, por lo que si no existe tal desarrollo reglamentario, es claro que no puede reconocerse la prestación solicitada y ello aun cuando los Estados miembros de la Comunidad Europea se hayan comprometido a examinar la cuestión, al no estar acreditado que en el momento actual esté regulada reglamentariamente*» [STSJ Galicia 11 mayo 2001, rec 2214/2001].

<sup>39</sup> RIVAS VALLEJO, P, “El Real Decreto 1251/2001...”, cit.; CAVAS MARTÍNEZ, F/RODÍGUEZ INIESTA, G/FERNÁNDEZ ORRICO, FJ, “Riesgo durante el embarazo del trabajador autónomo”, *Especial. Tratado del trabajo autónomo*, BIB 2009\352, Editorial Aranzadi, SA, Febrero de 2009, BIB 2009\7367.

Respecto de la cobertura de tales contingencias en el ámbito de las **Mutualidades de Previsión Social alternativas al Régimen de Autónomos**, la Disposición Adicional 46ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y posteriormente la Disposición Adicional 19ª de la vigente LGSS (Real Decreto Leg. 8/2015), establece, a partir de 1 de enero de 2013 (Disp. Final Duodécima L. 27/2011), unos niveles mínimos de cobertura de contingencias cubiertas y prestaciones que deben necesariamente ofrecer estas Mutualidades, con lo que ya se exige la oferta a los afiliados de la prestación por riesgo durante el embarazo. Sin embargo, es de destacar que no hace lo propio respecto de la prestación por riesgo durante la lactancia natural (GARCÍA ROMERO, B, “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa”, Comunicación al XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 y 3 de junio, Córdoba, versión digital, pág. 5).

LETA<sup>40</sup>, suponiendo algunos de ellos una suerte de extensión del régimen laboral de prevención a las autónomas embarazadas<sup>41</sup>. Y en cualquier caso, en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales –como de aplicación de los arts. 24.3 LPRL y 8.5 LETA–, la trabajadora autónoma ostenta un derecho de información e instrucción y, en su caso de vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención (art. 8.4 LETA), sobre los riesgos específicos que pudieran afectarle, como también a su específica consideración en el establecimiento de los medios necesarios de coordinación del art. 24 LPRL.

Por el contrario, los **socios trabajadores y los socios de trabajo** de los distintos tipos de cooperativas **sí están incluidos** en el ámbito de la LPRL y, consiguientemente, el art. 26 les resulta plenamente aplicable

---

<sup>40</sup> Es el caso del derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural y la correspondiente prestación (arts. 4.3.g) y h) y 16.1.e) y 26.1.b) o riesgo grave e inminente (arts. 8.7 y 16.1.c). Sin posibilidad de que tales suspensiones justifiquen la extinción del contrato mercantil si el TRADE continúa la actividad mediando contratación de un trabajador. En correspondencia, el art. 11.2.a)1 y 2 elimina el requisito de no tener trabajadores a su cuenta del TRADE cuando el trabajador contratado se trata de un sustituto durante el descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia [vid bonificaciones en arts. 30 y 38].

Respecto de la seguridad y salud laborales en general: el art. 3.2.e) les reconoce el derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo. El art. 8 en su primer y segundo apartados atribuye a las Administraciones Públicas un papel activo en la prevención de riesgos de todo el colectivo de autónomos a través de actividades de promoción, asesoramiento técnico, formación, adaptación a las peculiaridades, vigilancia y control del cumplimiento de los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales. En esta línea, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación del colectivo, promovido por las Administraciones Públicas competentes (Disp. Adic. Duodécima L. 20/2007).

<sup>41</sup> De hecho, los autónomos están obligados a «Cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios» (art. 5.b). Esto último puede suponer la extensión de las previstas en el convenio colectivo o de las instrucciones o similares dadas por el empresario principal o coordinador. Consiguientemente, también los autónomos están obligados y protegidos por tales normas de carácter colectivo vinculadas al lugar de la prestación de servicios que resulten de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena (AGUILAR MARTÍN, M<sup>o</sup>C, “La dimensión jurídica ...”, cit.). Por otra parte, como se expuso en nota anterior, los autónomos están obligados a los deberes de cooperación del art. 24.1 y 2 LPRL (art. 8.3). Pero además, la LETA extiende el deber de vigilancia de la empresa principal del art. 34.3 LPRL al cumplimiento por los autónomos de las normas de prevención (art. 8.4), así como los deberes del art. 24.4 y 41.1 LPRL (art. 8.5). El incumplimiento de tales obligaciones conlleva la responsabilidad directa el empresario infractor (art. 8.6).

con independencia del Régimen de la Seguridad Social por el que hayan optado (art. 3.1 LPRL)<sup>42</sup>.

Ahora bien, la calificación del vínculo no queda en manos del Ordenamiento nacional, sino que **el concepto de “trabajadora” tiene un alcance comunitario** y debe interpretarse conforme a criterios objetivos y de manera autónoma al Derecho interno, de forma que sea común a todos los Estados miembros. En este sentido y en numerosas sentencias y contextos, el TJUE ha reconocido que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección o subordinación de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución<sup>43</sup>. Por ello, la “autónoma” que lo es conforme al derecho interno, puede muy bien ser considerada a nivel comunitario como “trabajadora” (por todas, STJUE 11-11-2010, –Danosa–, C232/09). También si se toma como punto de partida dicho concepto comunitario, se puede alcanzar idéntica conclusión respecto de las “**becarias**” y **figuras asimilables**, que realizan una actividad práctica en la empresa para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, que constituya una actividad real y efectiva, no puramente marginal o accesorio, y que reciban una ayuda económica con independencia de su origen (ej. financiación mediante subvención pública); ellas deben ser consideradas “trabajadoras” desde la perspectiva

---

<sup>42</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>º</sup>B, "Prevención de riesgos laborales en las cooperativas", AS., Vol. V, 2001, págs. 499 y ss.

<sup>43</sup> Tal es el caso, en el contexto de la Directiva 92/85, de las SSTJUE 11-11-2010, –Danosa–, C-232/09, apartados 39 y ss; y 20-9-2007, Kiiski, C-116/06, apartado 25 [en relación con las Directivas 76/207/CEE, y 92/85/CEE, y sentencias que cita]. Concretamente, la sentencia Danosa declara la condición de trabajadora a los efectos de la Directiva 92/85/CEE de un miembro único del consejo de administración de una sociedad, con independencia de la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional; no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador en el sentido de la Directiva 92/85 si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos de la citada Directiva, ya que tenía que rendir cuentas al consejo de control y podía ser destituida por éste. También la STJUE 9-7-2015, Balkaya y Abbruch, C-229/14, se pronuncia en similar sentido respecto de un miembro de la dirección de una sociedad de capital y, como se cita en texto, en relación a una “trabajadora en prácticas”.

Más recientemente, por ejemplo en el contexto del Reglamento (CE) N<sup>º</sup> 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, véase la sentencia 10-9-2015, asunto C-47/14.

del derecho comunitario<sup>44</sup>. Por consiguiente, considero que deben entenderse incluidas en el ámbito de la Directiva 92/85 como en las restantes Directivas sobre igualdad por razón de sexo, e integradas unas y otras trabajadoras en el ámbito de la LPRL y, más concretamente, de su art. 26 bajo sanción, caso contrario, de vulneración de las normas comunitarias de que traen origen<sup>45</sup>. En nuestro Ordenamiento Jurídico, la norma central de protección social para estos colectivos<sup>46</sup> es el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. Con ésto quedan asimilados a los trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el RGSS y amparadas por la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (art. 3)<sup>47</sup>.

Por otra parte, la **Directiva 92/85**, como insistiremos en el **apartado 3.2.A**, no excluye de su ámbito de aplicación la situación de las **trabajadoras que se hayan acogido a un permiso** como es la

---

<sup>44</sup> Por todas: STJUE 9-7-2015, Balkaya y Abbruch, C-229/14 –trabajadora en prácticas subvencionadas–; 26 marzo 2015, Fenoll, asunto C-316/13 –discapacitado en centro de ayuda, aplicación de las Directivas 89/391 y Directiva 2003/88–.

<sup>45</sup> Sin embargo, se expresa de manera excesivamente laxa el RD. 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, en lo que parece una elusión de responsabilidades, en tanto se refiere sólo a derechos de información y deberes de respeto de las normas de seguridad y prevención de riesgos laborales del alumno y al deber de información de la empresa colaboradora (arts. 9.1.f, 9.2.d, 11.2.c).

<sup>46</sup> Art. 4.5 Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas; RD. 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios –en la medida en que no indica nada–; Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual –el art. 1 RD 1493/2011 incluye a los becarios de formación profesional dual en el sistema educativo y en el contexto de la oferta formativa para desempleados– (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, “Las especialidades de Seguridad Social en las actividades fronterizas”, en AAVV, *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba 2 y 3 de junio, Ediciones Cinca, Madrid, 2016, págs. 194 y ss).

<sup>47</sup> La base reguladora de la prestación es equivalente al 75% de la base mínima de cotización vigente, que es la misma que corresponde a las trabajadoras contratadas para la formación (arts. 3 y 5 RD. 1493/2011 y 34.5 RD 295/2009; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, “Las especialidades de Seguridad Social...”, cit., pág. 198).

excedencia o, en general, el permiso para el cuidado de hijos (STJUE 20-9-207 –Kiiski–, asunto C-116/06, apartado 28). Y ello por cuanto «*Si bien el legislador comunitario, ..., quiso proteger, de modo general, a las trabajadoras embarazadas frente a los riesgos que puede suponer el ejercicio de su actividad profesional, reconociéndoles el derecho a un permiso de maternidad que les permita ausentarse temporalmente de su trabajo, es incontrovertido que no supeditó ese derecho al requisito de que la mujer embarazada que solicite dicho permiso se encuentre necesariamente expuesta a tales riesgos*». Y también puesto que de conformidad con la Directiva 96/34 y posterior Directiva 2010/18/UE, durante el período del referido permiso se mantiene la relación de trabajo entre el trabajador y su empleador. Consecuentemente, durante dicho período, el beneficiario de tal permiso continúa siendo un trabajador en el sentido del Derecho comunitario.

También el TJUE en la sentencia Saint Prix, de 19-6-2014, asunto C-507/12, **mantiene la condición de “trabajadora”** a los efectos de la libre circulación de trabajadores, de una **mujer que deja de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto**. La referida sentencia condiciona la conservación de tal condición a que posteriormente se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo, dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo. Y ello por cuanto la Directiva 2004/38 persigue facilitar la libre circulación (art. 45 TFUE) y dado que su art. 7 no reúne exhaustivamente todas las circunstancias por las que se mantendría dicha consideración. Por otra parte, además del efecto disuasorio que tendría una interpretación distinta de tales preceptos para la libre circulación de las mujeres, tampoco tiene sentido en la medida en que el art. 16.3 de la Directiva garantiza a éstas una protección particular por la maternidad; si conforme a aquél no se ve afectada la continuidad de su residencia a efectos de acceder a la residencia permanente, por ausencias de hasta 12 meses consecutivos por razón de embarazo o parto, cuánto menos estará justificado negarle la condición de trabajadora por las razones examinadas en las que una mujer se ve obligada a dejar de trabajar. Finalmente, para determinar si el período transcurrido entre el parto y la reincorporación al trabajo puede considerarse razonable, el órgano jurisdiccional nacional en cuestión debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias concretas del asunto principal y las normas nacionales aplicables que regulen la duración del

permiso de maternidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

### **3.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DELIMITACIÓN DE LAS SITUACIONES: EMBARAZO, POSTPARTO Y LACTANCIA NATURAL**

La Directiva 92/85/CEE goza de efecto directo<sup>48</sup> salvo, a lo sumo parte de su art. 2, en el que se recoge la definición de qué sea trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia. El cuestionamiento de la eficacia directa de tales definiciones se debe al hecho de que dicho art. 2 se remite a las legislaciones nacionales para la definición del postparto y la lactancia.

Sin embargo, respecto del concepto de “trabajadora embarazada” (art. 2.a) no se hace una remisión similar, por lo que está vedada para los Estados miembros la posibilidad de fijación de condición alguna para su inclusión en dicho ámbito subjetivo como pueda ser, por ejemplo, el requisito de afiliación, lo que sería contrario al art. 2.a) de la Directiva<sup>49</sup>. Por el contrario, como señala la SSTJUE 20-9-2007 –Kiiski–, asunto C-116/06 (ap. 24) y 11-11-2010 –Danosa– C-232/08 (ap. 53), del art. 2.a) se desprende, *«que, a efectos de la aplicación de la Directiva 92/85, el legislador comunitario quiso proporcionar una definición comunitaria del concepto de «trabajadora embarazada», aun cuando en lo relativo a uno de los aspectos de dicha definición, a saber, las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario, se remitiera a las legislaciones y/o prácticas nacionales»*. También respecto del parto reciente y la lactancia se hace una remisión similar a las legislaciones o

---

<sup>48</sup> En este sentido se pronuncia la STJUE de 1-7-2010, asunto C-194/08, Gassmayr, apartado 47, respecto del art. 11, apartados 1 a 3, de la Directiva 92/85/CEE. Concretamente, respecto del art. 10: STJCE 4-10-2001, Jiménez Melgar, C-438/99, aparts. 33 y 34.

<sup>49</sup> Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19-10-1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [15-3-1999, apartado 3, COM(1999)100 final].

prácticas nacionales respecto de la comunicación de tales estados al empresario. Ahora bien, ¿qué valor tiene la exigencia y cumplimiento de dichos requisitos de comunicación?

3.2.A. El valor de la comunicación del estado biológico del embarazo, puerperio o lactancia natural en la prevención de riesgos laborales y sus conexiones con la tutela contra la discriminación en el acceso al empleo

La Directiva parte de que su ámbito subjetivo lo constituyen tales trabajadoras cuando hayan comunicado al empresario su embarazo, parto o lactancia conforme a la legislación o prácticas nacionales. Por tanto en una primera lectura, parece que desde la Directiva no está vedado que los Estados miembros impongan la exigencia de comunicación y/o certificado para la efectividad de las específicas medidas de protección previstas en la misma. Sin embargo, esta afirmación hay que matizarla.

Nuestra legislación al no trasponer las referidas definiciones, en ningún momento ha exigido tal comunicación al empresario<sup>50</sup>. Como señalaba el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE<sup>51</sup>, *«En España, la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad»*.

Desde la estricta aplicación de la Directiva 92/85, la posible exigencia de comunicación por parte del Estado miembro tampoco puede llevarnos a considerar legítima la ausencia de adopción de medidas preventivas por parte del empresario en caso de que no se produzca aquella. Así, la **Resolución del Parlamento Europeo** sobre el referido informe de la Comisión<sup>52</sup> disipa las dudas que suscita este último documento sobre el significado que se le puede dar a dicha exigencia.

<sup>50</sup> En este sentido, respecto del art. 55.5.b) ET y la calificación de nulidad del despido sin exigencia de comunicación o conocimiento por parte de la empresa, en su redacción dada por la Ley 39/99, en contraste con la Directiva comunitaria: STC 92/2008, de 21 de julio.

<sup>51</sup> Cit, apartado 3.

<sup>52</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (AS-0155/2000) (DOCE 24-4-2001, C 121/473 y sig.).

Deja claro que **la obligación del empresario de adoptar medidas preventivas no surge a partir de la comunicación de su estado por la trabajadora**, como parece deducirse de la legislación de algunos países en clara contravención de la Directiva Marco (apartados 16 a 18). Por el contrario, la evaluación de riesgos prevista en ésta es igualmente predicable respecto de estas situaciones específicas. Y, podríamos añadir, tanto más considerando que *«el período más peligroso para el feto y para la salud de la embarazada son con frecuencia las primeras semanas de embarazo, período en que es posible que la propia mujer ignore que está embarazada»* (Considerando L). Posteriormente, también el **TJUE** resta valor definitorio a la comunicación del estado de embarazo por parte de la trabajadora. Es el caso de la STJUE 11-11-2010 –Danosa–, apartado 55, de manera que aun cuando los Estados miembros pueden definir la forma en que se haga la comunicación de su estado, *«no es menos cierto que esta forma no puede vaciar de sustancia la protección especial de la mujer establecida en el artículo 10 de dicha Directiva, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado. Si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85 interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10»*.

Por otra parte, y **conectando los deberes de comunicación con la tutela contra la discriminación y el derecho a la intimidad**, también recuerda el Parlamento europeo en su Resolución sobre el referido Informe de la Comisión, que tiene que tenerse presente que la protección necesaria de estas trabajadoras **no debe dar lugar a una discriminación ni reducir sus oportunidades laborales** (ap. 9). Así, *«...deben quedar perfectamente claro que el hecho de que la ley prohíba trabajar a la mujer embarazada en razón de su estado, lo que le impide ocuparse de un trabajo determinado desde el primer momento, no debe excluirla de la contratación, ya que ello sería contrario a la igualdad de trato entre hombres y mujeres»* (Considerando J de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión). Como, así mismo, debe garantizarse que el embarazo y la maternidad no supongan discriminación alguna en los supuestos de promoción profesional y



mejora de condiciones laborales<sup>53</sup>, como puedan ser la transformación de contratos temporales en fijos o el acceso a escalones jerárquicos superiores, incluso en el supuesto de que la mujer no pueda, por causa de embarazo o maternidad, incorporarse desde el primer momento de la nueva situación contractual (apartado 11 Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión).

Confirma este dato el hecho de que numerosos pronunciamientos del TJUE hayan dejado constancia de que constituye una discriminación directa por razón de sexo la exclusión de la mujer embarazada, en puerperio o lactancia natural del **acceso al trabajo** incluso cuando esté inmediatamente motivada por la protección de la salud de la mujer, del feto o del lactante<sup>54</sup>. La tutela frente a la discriminación de la mujer impone la **inmunidad de ésta por causas que sólo a ella pueden afectar** e, indudablemente, el embarazo, parto y postparto y la lactancia natural son palmarios ejemplos de dicha base fáctica propia de la discriminación directa. Así, y puesto que no se puede tener en cuenta en el proceso de selección y contratación, no cabe hacer indagaciones sobre

<sup>53</sup> Véase, más ampliamente, el epígrafe 5.

<sup>54</sup> De conformidad con la Directiva 76/207 (arts. 2 y 3), el ejercicio de los derechos que le confiere la misma (art. 2.3 –«La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad»–), no puede suponer un trato desfavorable para las mujeres, de manera que no cabe negarse a contratar a una trabajadora embarazada para un puesto fijo, aun cuando por motivos de salud no pueda destinarla de momento a dicho puesto por razón, precisamente, de su embarazo: STJCE 3-2-2000, Mahlburg, C-207/98. En similar sentido: 05-05-1994 –Habermann-Beltermann–, asunto C-421/92, respecto de cuidadora nocturna de carácter indefinido en residencia de ancianos. Como tampoco cabe el aplazamiento de la toma de posesión de la funcionaria por razones vinculadas al disfrute del descanso por maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad (STJCE 16-2-2006, Sarkatzis, asunto C-294/04). Sin que sea admisible, por oponerse al art. 15 de la Directiva 2006/54, la baja automática por descanso de maternidad de la funcionaria en un curso de formación necesario para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionaria, tanto más cuando es incierta la fecha en que se le facilitará el acceso a otro curso STJUE 6-3-2014, Napoli, C-595/12. O negarse a contratar a una candidata encinta porque no se compensaría económicamente su baja por maternidad [STJCE 8-11-1990, Dekker, asunto 177/88].

De la misma manera, en lo que se refiere al cómputo de un período de permiso de maternidad a efectos del acceso a una categoría profesional superior, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad, y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad, es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso (véase la sentencia de 18 de noviembre de 2004, Sass, C-284/02, Rec.p. I-11143, apartados 35 y 36).

el estado biológico de la trabajadora ni hay obligación de ésta de comunicar su estado. El carácter temporal del contrato y la consiguiente imposibilidad de desempeñar aquel, por ejemplo por disfrute del permiso por maternidad, durante toda o la mayor parte de su duración prevista tampoco constituyen excepción alguna a dicho tratamiento<sup>55</sup>.

De la misma manera, la trabajadora puede poner fin a la **excedencia por cuidado de hijo** que viniese disfrutando, sin obligación de comunicar previamente su estado al empresario, sean cuales sean las condiciones del trabajo al que se reincorpora, con independencia que pueda o no desarrollarlo efectivamente por razón de su embarazo y sin que pueda alegarse, ni aun en tal caso, error del empresario en la prestación del consentimiento ni dolo de la trabajadora por su ocultación<sup>56</sup>. Para mayor claridad, tampoco importa que realmente lo que se persiga sea la finalización de la excedencia con el único objetivo de disfrutar el descanso por maternidad (vid. También Bush, apart. 46) incluso con carácter inmediato (vid. STJUE 13-2-2014, asuntos acumulados C-512/11 y C-513/11, TSN E YTN, apart. 48), puesto que el disfrute de un permiso garantizado por el derecho comunitario, como es el permiso parental, no puede justificar el menoscabo de otro permiso garantizado por el mismo Derecho, cual es el descanso por maternidad (STJUE 20-09-2007 –Kiiski–; 13-2-2014, asuntos acumulados C-512/11

---

<sup>55</sup> STJCE 4-10-2001, asunto C-109/00, –Tele Danmark–, aps. 30 y ss; 4-10-2001. En similar sentido, también se afirma la aplicación del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE a los contratos temporales, y que aun cuando la no renovación de un contrato no es equiparable al despido ni se aplica dicho precepto, sí puede atentar contra la prohibición de discriminación por razón de sexo –Directiva 76/207– la negativa a la renovación, si es por razón de embarazo (STJCE 4-10-2001, Jiménez Melgar, C-438/99, aparts. 43 y ss).

<sup>56</sup> STJCE 27-2-2003, asunto 320/01, –Bush–: *«Pues bien, si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón de sexo...Puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta...Se deduce con claridad que, si bien un empresario no puede tener en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso parental para crianza, tampoco puede invocar un error sobre el embarazo de la interesada que, supuestamente, haya viciado su consentimiento para dicha reincorporación. Toda disposición nacional que pueda servir de base a dicha pretensión debe ser descartada por el juez nacional para garantizar el pleno efecto de la Directiva 76/207»* (aparts. 39, 40 y 49).

y C-513/11, TSN E YTN, apart. 48)<sup>57</sup>. Más concretamente respecto de la tutela de la trabajadora embarazada de la Directiva 92/85/CEE, «*admitir que una trabajadora por cuenta ajena embarazada no pueda ser reincorporada a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, a causa de la prohibición temporal de efectuar determinadas prestaciones de trabajo para las que fue contratada, sería contrario al objetivo de protección de los artículos 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 y 4, apartado 1, y 5 de la Directiva 92/85 y privaría a estas disposiciones de una parte de su efecto útil*» [STJCE 27-02-2003, asunto 320/01, –Bush–, apart. 43]. Por otra parte, el disfrute del permiso por maternidad tras esa reincorporación anticipada del permiso parental, tiene que hacerse sin merma de los derechos de retribución previstos en los convenios colectivos por encima de los mínimos del art. 11 de la Directiva 92/85/CEE, pues caso contrario, constituiría un desincentivo del ejercicio del derecho al descanso parental por parte de las trabajadoras (STJUE 13-2-2014, asuntos acumulados C-512/11 y C-513/11, TSN E YTN, aparts. 48 y ss).

Por consiguiente, es claro que **en España, pero también sería predicable del resto de los Estados Miembros, la comunicación del embarazo ni tiene carácter constitutivo, ni le es exigible a la mujer para su tutela. Por el contrario, su valor es puramente instrumental y debe prevalecer, en principio, el derecho a la intimidad de la trabajadora** (art. 18.1 CE) y su derecho a autoprotgerse frente a la discriminación (STSJ Madrid 18-5-2000, rec 1078/2000). Este dato tiene una especial trascendencia en el ámbito de la prevención, pues se

---

<sup>57</sup> Si bien respecto de la prestación por maternidad y de la excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, la STJUE 21-5-2015, asunto C-65/14, Charlotte Rosselle, ha declarado, en atención tanto a la interpretación literal, contextual y teleológica de la garantía, que el art. 11.4.2<sup>o</sup> párr. de la Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro deniegue a una trabajadora una prestación de maternidad por el hecho de que, en su condición de funcionaria que ha obtenido una excedencia por interés particular con el fin de ejercer una actividad como trabajadora por cuenta ajena, ésta no haya efectuado, en el marco de esa actividad por cuenta ajena, el período mínimo de cotización exigido por el Derecho nacional para poder acceder a dicha prestación de maternidad, a pesar de haber trabajado más de doce meses inmediatamente antes de la fecha prevista para el parto.

Téngase presente que la finalidad del permiso parental no es garantizar la seguridad y salud de la trabajadora sino el cuidado de los hijos, por lo que no cabe restringirlo de una u otra manera a la mujer en detrimento del hombre con apoyo en el art. 28 Directiva 2006/54 (vid., por ejemplo, STJUE 16-7-2015, asunto C-222/14, Maïstrellis, ap. 47 y ss).

**desplazan así los deberes de obediencia y cooperación con el empresario, y más concretamente, de la exigencia de comunicación inmediata de cualquier situación que entrañe un riesgo para la seguridad y salud** (art. 29.2.4º LPRL)<sup>58</sup>. Por consiguiente, la trabajadora no podrá ser sancionada por no comunicar su embarazo, parto o lactancia, o por ocultarlo, lo que en términos generales constituiría en sí mismo una discriminación por razón de sexo<sup>59</sup>.

En el estricto ámbito de la prevención, el desconocimiento por parte del empresario del embarazo, parto o lactancia natural, harán inexigibles frente a él los deberes escalonados de tutela –y subsiguiente responsabilidad– previstos en el art. 26 LPRL, en tanto su actualización depende de su sucesiva necesidad (**evaluación individualizada, adaptación, modificación y suspensión**). Ahora bien, tal desconocimiento no puede ser formal, es decir, no puede ampararse en la ausencia de comunicación de su situación biológica por parte de la mujer. Por el contrario, si aquélla es conocida a través de cualquier otro medio, el empresario vendrá obligado a aplicar todas las medidas preventivas necesarias para garantizar la salud de la trabajadora y la de su descendencia<sup>60</sup>. Así mismo, en aplicación de las reglas generales, la mujer estará igualmente obligada a someterse a dichas medidas protectoras.

Por otra parte, los restantes deberes, como son los de **evaluación de riesgos**, incluidos los específicos que puedan afectar al embarazo, postparto o a la lactancia natural, y los deberes consiguientes de **información** sobre aquéllos, son independientes del conocimiento del

---

<sup>58</sup> En contra, algunos sectores doctrinales consideraron que la trabajadora estaba igualmente obligada a comunicar su embarazo a la empresa por considerarlo implícito en los deberes de información y cooperación con el empresario del art. 29 LPRL (MORENO GENÉ, J, “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales”, *Revista Doctrinal Aranzada Social*, Vol V, parte Estudio, versión digital, BIB 1997/2001, pág. 16; ORELLANA CANO, AMª, “Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su trasposición al ordenamiento interno español”, *RMTAS*, nº 37, pág. 65).

<sup>59</sup> LOUSADA AROCHENA, J.L, “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *AL*, nº 38, 1998, pág. 712. En contra, considera que existe el deber de comunicación y consiguiente posibilidad de sanción por su incumplimiento: CARDONA RUBER, B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 38 y 39.

<sup>60</sup> STSJ Madrid 18-5-2000, rec 1078/2000.

estado biológico de la trabajadora y hasta del hecho de que efectivamente concurren en la empresa mujeres en edad fértil. En este sentido, recordemos que el Parlamento Europeo ha indicado que es contrario a la Directiva Marco, interpretar la Directiva 92/85/CEE en el sentido de que no exige la adopción de medidas preventivas por el empresario hasta que se le comunique el embarazo de la trabajadora<sup>61</sup>. Es más, como ya se expuso, precisamente por la particular situación en que se encuentra, y atendido además el hecho de que la propia trabajadora puede desconocer su estado en los primeros estadios del embarazo, el empresario tendrá que intensificar su deber de información sobre tales riesgos (art. 18.1.c LPRL).

Otra cuestión es el cumplimiento de los requisitos de solicitud y procedimiento que se exijan para el percibo de la prestación por riesgo durante el embarazo y lactancia natural y a los que, lógicamente, no puede alcanzar plenamente este criterio antiformalista.

En consonancia con la doctrina comunitaria expuesta, los Tribunales españoles (STSJ Madrid 18-5-2000), anticipándose a la solución que posteriormente daría el TJCE –Tele Danmark–, han tenido la oportunidad de declarar que no puede negarse el acceso a un puesto de trabajo por razones tutelares vinculadas al embarazo, parto o lactancia natural de la trabajadora, incluso cuando el contrato fuese temporal, puesto que también la trabajadora temporal está bajo su ámbito protector y el nivel de protección de fijas y temporales es necesariamente el mismo (arts. 14 y 15 CE y como reconoce expresamente el art. 28 LPRL). El art. 26 LPRL es aplicable a unas y otras, incluido si es necesario, la movilidad funcional o la suspensión de la relación, pero en ningún caso puede impedir el acceso al trabajo<sup>62</sup>. Tampoco el embarazo o el parto pueden ser razón para que la trabajadora se vea postergada en el acceso al empleo al que tiene derecho por su posición en la bolsa de trabajo, pues constituye una discriminación por razón de sexo (STSJ Islas Baleares, núm. 162/2013, 25-3).

---

<sup>61</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., [DOCE 24-2-2001, C 121/477].

<sup>62</sup> La STSJ Aragón 21-12-1998, num. 777/1998, aun cuando sostiene su decisión en la ausencia de prueba de la ineptitud de la trabajadora por razón de su embarazo (*«la cuestión estriba entonces en saber si, al tiempo de la contratación, la demandante estaba o no en condiciones de desempeñar el trabajo»*).

También quedan descartadas por discriminatorias otras consideraciones, como es la declaración de ineptitud de la trabajadora por razón de su embarazo o lactancia para la ocupación de **puestos de trabajo afectos de enfermedades profesionales** y la consiguiente prohibición de contratación y desempeño de los mismos (art. 243.1 y 3 TRLGSS). En tales casos, la prohibición de contratación tiene que interpretarse como prohibición de ocupación (arts. 25 y 26 LPRL), puesto que la tutela de la trabajadora y su descendencia no puede hacerse mediante exclusión, sino a través de la información sobre los riesgos específicos del puesto de trabajo, y la valoración de la contratación de aquélla sin consideración de su estado, con inmediata aplicación de las medidas del art. 26 LPR, incluida la suspensión sin incorporación efectiva como último remedio preventivo, una vez conocido aquél<sup>63</sup>.

Pero a la inversa, se ha considerado causa justa de la suspensión del subsidio de desempleo, el rechazo de una oferta adecuada de empleo

---

<sup>63</sup> En mi opinión, la solución correcta es la que propugna que no puede aplazarse la toma de posesión hasta que finalice el permiso por maternidad, debiendo computarse dicho plazo a efectos de antigüedad (SSTJCE 16-2-2006, Sarkatzis/Insalud). En este sentido, también respecto de los cursos de formación necesarios para determinados cuerpos de funcionarios: STJUE 6-3-2014, Napoli, C-595/12 y STC num. 66/2014 de 5 mayo). En este sentido, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-7-2001: Ni del Estatuto de los Trabajadores ni, en general, de las restantes normas internas ni internacionales sobre protección de la maternidad, concebidas con espíritu tuitivo puede deducirse un límite para la contratación de la mujer en paro que haya dado a luz en el período de descanso obligatorio. Es a la mujer a quien corresponde tomar la decisión que estime más conveniente. La negativa a contratar a la mujer por tales consideraciones, vulnerando su derecho de contratación preferente, constituye una discriminación por razón de sexo, y tales circunstancias, igualmente, un indicio innegable de discriminación. También cabría citar la STC 214/2006, de 3-7, en la que se resuelve en atención al principio de igualdad y no discriminación de la mujer en el acceso al empleo. Así, conforme a dicho pronunciamiento, el descanso por maternidad no es causa de suspensión de la demanda de empleo, procediendo, caso de su contratación, la suspensión de la relación hasta la finalización de su descanso correspondiente (más extensamente, en: BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup> I, “Intermediación e igualdad entre los sexos tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, n<sup>o</sup> 20, 2007, págs. 114 a 118).

En contra, considero justificada y ajena a todo móvil discriminatorio, la negativa a la contratación en puesto de trabajo afecto de tales riesgos profesionales de la trabajadora embarazada, primera en la bolsa de trabajo, declarada no apta por motivos vinculados a dicho embarazo y prohibición de ocupación del referido precepto de la LGSS y dado que se mantiene su lugar en dicha bolsa: STSJ Galicia 28-9-2002, rec. 3809/2002. También la STSJ Galicia de 9-12-1998 admitió que el descanso por maternidad es causa lícita de no contratación siempre y cuando la trabajadora no se viese postergada en la bolsa de trabajo.

del Ministerio de Defensa por razón de un supuesto riesgo para la lactancia natural de una menor de cinco meses (STSJ Andalucía/Sevilla, núm. 2370/2013, 12-9). Si bien en el caso en concreto no parece que la trabajadora lograra concretar los riesgos que le afectarían de incorporarse, considero, tanto a la luz de lo que acabamos de ver al abordar la incorporación desde la excedencia como lo que se verá más adelante en el epígrafe 4, que es excesivamente rigurosa la exigencia de efectiva incorporación para la adopción de las medidas del art. 26 LPRL, respecto de un puesto de trabajo cuyos riesgos deben ser sobradamente conocidos por el empleador<sup>64</sup>.

### 3.2.B. Concepto de “trabajadora embarazada”

En cuanto a qué deba considerarse “trabajadora embarazada” a efectos de la Directiva 92/85/CEE, dado su objetivo de protección de la salud, presente incluso en su protección ante al despido (art. 10)<sup>65</sup>, como por razones de seguridad jurídica, parece claro que en casos de utilización de **técnicas de fecundación con implantación embrionaria**, lo será sólo a partir del momento en que se produzca aquélla (STJCE 26-2-2008, Mayr, asunto C-506/06). Ello no quiere decir que la trabajadora no esté protegida en los estadios previos y avanzados del tratamiento de fecundación, como pueda ser el período entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora. Pero en estos casos su tutela se endereza a la prohibición de discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que se demuestre que el despido se basa esencialmente en el hecho de

<sup>64</sup> «Lo que la actora plantea en realidad es la definición por cuenta propia de la situación de riesgo para la lactancia en torno a criterios que no especifica, sin la intervención de las Entidades que deben tener participación en el procedimiento, pero especialmente, la aplicación de la causa de suspensión a una relación laboral no iniciada, lo que no puede ser objeto de protección jurídica en modo alguno. Debíó por tanto haberse incorporado a su desempeño, para que una vez que llegase a conocer las condiciones del mismo, haber podido plantear el reconocimiento del derecho que pudiera asistirle, o en otro caso, solicitar la limitación de la jornada de trabajo por lactancia del menor de nueve meses que se establece por el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores. Ello supone que la trabajadora ha rechazado una oferta adecuada de empleo sin motivo justificado, ...»

<sup>65</sup> Tanto la Directiva 92/85/CEE, como la Directiva 76/207/CEE, prohíben el despido por razón del embarazo o el nacimiento de un hijo, con independencia de que la notificación se produzca fuera del período de protección del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE [STJCE 11-10-2007, Paquay, asunto C-460/06, respecto de un caso en que la decisión del despido se tomó durante el embarazo y se notificó finalizado el período de protección].

que la interesada se ha sometido a tal tratamiento y en esa fase tan esencial en tanto afecta exclusivamente a las mujeres (STJCE 26-2-2008, Mayr, asunto C-506/06, aparts 50, 51 y 54, arts. 2.1 y 5.1 Directiva 76/207/CEE). Por ello constituye una discriminación directa por razón de sexo negar el derecho al subsidio de IT a una trabajadora que tras someterse exitosamente a un tratamiento de inseminación in vitro iniciado antes de la contratación, se realiza la transferencia embrionaria con subsiguiente baja pocos días después de iniciada la prestación de servicios en contrato temporal de muy corta duración, con lo que no cabe considerar que las patologías eran previas a la contratación ni se aprecia fraude de Ley<sup>66</sup>. Por el contrario, no se aprecia discriminación en la extinción del contrato durante el período de prueba de una trabajadora que había acudido unos días antes a una clínica para solicitar las pruebas necesarias para realizar una fecundación in vitro, en tanto tal hecho era desconocido por la empresa y no pudo ser la causa de dicha extinción<sup>67</sup>.

### 3.2.C. Concepto de trabajadora que haya dado a luz

En lo que respecta a la definición de «*trabajadora que haya dado a luz*», la Directiva se remite para su definición a las legislaciones y/o prácticas nacionales. No obstante, al menos en mi opinión, es cuestionable que el art. 2.b) no tenga eficacia directa pues debe integrarse con el concepto también de ámbito comunitario que se desprende de la propia Directiva, como de otros instrumentos internacionales.

#### 3.2.C.a. La aparente integración del concepto de “trabajadora que haya dado a luz” por el disfrute del descanso por maternidad en el Ordenamiento comunitario. Una parcial desprotección

Desgajada ahora de la tutela específica de la lactancia natural, cabría identificar a la trabajadora que haya dado a luz con aquella que tras el parto se encuentra en **descanso por maternidad**. Esta afirmación tendría apoyo en el objetivo de la Directiva 92/85, que es tutelar la salud de la trabajadora de manera específica durante todo el embarazo y después de dar a luz, lo que se concreta respecto de ésta última fundamentalmente

---

<sup>66</sup> STSJ Andalucía/Granada, núm. 1959/2011, 8-9-2011.

<sup>67</sup> STSJ Cataluña, núm. 1220/2013, 19-2-2013.



en su protección durante el descanso por maternidad. Más concretamente, el objetivo del descanso por maternidad es doble y consiste, según reiterada jurisprudencia del TJUE, por una parte, en la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra, en la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>68</sup>. Esa interconexión entre el ámbito subjetivo y el descanso por maternidad se confirmaría por las previsiones específicas de su protección a través de este descanso en el art. 8 y 11, así como la remisión de la **tutela específica del despido** hasta el fin del mismo (art. 10)<sup>69</sup>, con lo que **tales derechos parecen integrar a su vez dicha definición**.

Como hemos anticipado, los Estados miembros tienen una cierta capacidad definitoria respecto de qué sea “parto reciente”. Desde la Directiva 92/85 esa facultad es muy amplia, pues alcanza a la fijación del inicio del descanso por maternidad, con la única exigencia de que su duración sea como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, siendo dos de ellas de descanso obligatorio, es decir, irrenunciable. Pero, a diferencia de los Convenios de la OIT sobre protección por maternidad, no hay previsto a nivel comunitario un mínimo obligatorio de descanso tras el parto. Por consiguiente, este déficit tutelar del puerperio en el Ordenamiento comunitario se solventa en Europa a través del respeto a los referidos Convenios de la OIT<sup>70</sup> y en España, más concretamente a través del Convenio n<sup>o</sup> 103 que exige al menos 6 semanas obligatorias después del parto (art. 3 Convenio y art. 48.4 ET).

Por tanto, si el postparto se identifica con el descanso por maternidad, desde la estricta aplicación del derecho comunitario podría fácilmente darse el caso de la insuficiencia del mismo para la completa recuperación física de la mujer en los supuestos no patológicos, con lo que, desde la perspectiva comunitaria, la protección de su salud tras el parto tendría que atenderse a través de mecanismos inespecíficos y

<sup>68</sup> Por todas: STJCE 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, aparts. 41, 60 y 61.

<sup>69</sup> Por todas: SSTJCE 30-6-1998, Brown, C-394/96, Rec. P. 1-4185, apart. 22; Mckenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, aps 43 y ss., 48-; 8-11-1990, Handels, C-179/88, apart. 15.

<sup>70</sup> Convenio núm 103, prevé una duración de al menos 12 semanas –14 para la Recomendación núm 95–, 6 de ellas obligatorias después del parto. El Convenio núm 183, no ratificado por España, la duración del descanso es de al menos 14 semanas –al menos 18 semanas para la Recomendación 191–, seis de ellas obligatorias después del parto.

merecedores de un tratamiento también diferente. Concretamente tendría que articularse a través de la protección por enfermedad si correspondiese o, en su defecto, a través del tratamiento común que merezcan los trabajadores especialmente sensibles (art. 15 Directiva Marco y art. 25 LPRL<sup>71</sup>), con lo que en última instancia podría plantearse la cuestión, como veremos, del despido objetivo de la trabajadora<sup>72</sup>. A esta impresión de desprotección del postparto o del puerperio desgajada de la lactancia natural o del descanso por maternidad contribuiría también el art. 5 de la Directiva 92/85, que parece referirse sólo a la trabajadora embarazada o en período de lactancia.

Lo insatisfactorio de articular la protección de la mujer tras el parto en supuestos no patológicos a través de la protección de la enfermedad, es evidente a la vista de la jurisprudencia del TJUE. Así, desde la perspectiva de la Directiva 76/207/CEE (y posterior Directiva 2006/54/CE), el TJCE ha distinguido entre las consecuencias de las **bajas por enfermedad ligadas al embarazo y parto** según se **produzcan durante el embarazo** o, por el contrario, **sean posteriores al parto y descanso por maternidad**. Las primeras no pueden considerarse una patología, por cuanto *«el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste»*. Por tanto, las ausencias de la trabajadora en tales condiciones, en definitiva su incapacidad laboral transitoria, se consideran vinculadas al embarazo, constituyen riesgos inherentes a él, y por tanto comparten la especificidad de ese estado por constituir riesgos propios del mismo, con lo que **gozan de la protección específica frente al despido y su vulneración constituye, en su caso, una discriminación directa por razón de sexo**<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> No en vano, se ha considerado este precepto una norma subsidiaria, de carácter general, y los arts. 26 y 27 LPRL concreciones o especificaciones del art. 25 LPRL (COS EGEA, M, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.12/2010 parte Estudio, BIB 2010\2146, versión digital, pág. 5).

<sup>72</sup> Véase: COS EGEA, M, “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, cit., págs.8.

<sup>73</sup> Por todas: SSTJCE 14-7-1994, Webb, C-32/93, 21; 30-6-1998, Brown, C-394/96 –despido–, 11-10-2007, Paquay, asunto C-460/06. También: STJCE 26-2-2008, Mayr, asunto C-506/06, apart. 34.

Frente a este especial tratamiento de las bajas durante el embarazo, las ausencias debidas a **enfermedad ligada al embarazo o parto una vez concluido el descanso por maternidad** reciben un **tratamiento común al de cualquier otra enfermedad**, con lo que cabe el despido fundado en tales ausencias si así está previsto con carácter general. No obstante, no serán computables a tales efectos las bajas producidas durante el embarazo<sup>74</sup>.

En cuanto a la **retribución**, bien es verdad, que esa **protección específica de las bajas durante el embarazo no supone necesariamente**, en aplicación de la Directiva 75/117, **que deba conservarse durante aquéllas el mismo nivel de retribución que se tenía durante la actividad**. Lo único que exige el Ordenamiento comunitario es que el importe de la retribución o prestación abonada no ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras antes del parto y, por supuesto, la equiparación entre los sexos. Por consiguiente cabe la percepción de esa prestación o remuneración reducida, a condición de que, por un lado, reciba el mismo trato que un trabajador de baja por enfermedad<sup>75</sup> y que, por otro, el importe de las prestaciones

<sup>74</sup> Respecto de la normativa española en este ámbito, véase además del 3, también el epígrafe 5.2. Desde la Directiva 76/207, el TJCE valoró las bajas durante el embarazo y las posteriores al descanso por maternidad, bajo la consideración de que tanto los trabajadores masculinos como los femeninos están expuestos a la enfermedad, sin que dicha norma contemple la enfermedad causada por el embarazo o el parto; lo trascendente es, tan sólo, que el despido no sea discriminatorio y no, en cambio, el momento del inicio de la enfermedad o su vinculación con el embarazo. Consiguientemente, una vez concluido el descanso por maternidad, las ausencias posteriores serían computables a efectos del despido, con la posibilidad de sumar las bajas sufridas durante el embarazo (por todas: SSTJCE de 8 de noviembre de 1997 –Hertz–; de 29 mayo 1997, Larsson).

Posteriormente la Directiva 92/85, contribuye a dar un paso más en la protección de la mujer embarazada. Conforme a su art. 10 más allá del embarazo y del período de descanso por maternidad, la trabajadora no se beneficia de la protección contra el despido previsto en la misma. Por tanto, una vez concluido el permiso por maternidad cabe el despido motivado por ausencias posteriores debidas a una enfermedad aunque tenga su origen en el embarazo, si bien computándose sólo éstas y no las que se hayan presentado durante el referido período protegido. La STJCE de 29 mayo 1997, Larsson, refleja con claridad la contribución que ha supuesto la Directiva 92/85 en la tutela frente al despido de la trabajadora, de manera que a partir de su aparición, ya no puede tenerse en cuenta las ausencias durante el embarazo a efectos del despido de la misma, sino sólo las ausencias posteriores al fin del descanso por maternidad. También 13-2-1996, Gillespie, respecto de la prestación por maternidad antes de la Directiva 92/85.

<sup>75</sup> Véase, en este sentido: STJCE 19-11-1998, C-66/96, Pedersen, ap. 33 a 37 –si la IT da derecho al percibo de la remuneración íntegra, la pérdida o menoscabo de la misma durante (...)

abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas<sup>76</sup>.

También el **tratamiento retributivo de las bajas tras el parto y tras la maternidad** encajan en la protección general frente a la enfermedad y cabe, en consecuencia, la reducción de la retribución siempre y cuando sean tratadas igual que la incapacidad temporal debida a otras causas y de idéntica duración y que, además, el importe de las prestaciones abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro el objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas<sup>77</sup>. Incluso se ha llegado a admitir distintos tramos de nivel de prestación o remuneración en función de la duración de la baja y que las ausencias durante el embarazo computen a tales efectos (y a efectos del máximo de días de baja remunerados), siempre y cuando, cumplidas las referidas condiciones anteriores, la trabajadora siga percibiendo en la baja tras el permiso de maternidad al menos el mínimo que tenía garantizado durante el embarazo (STJCE McKenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, aprs. 63 y ss).

Igualmente, en lo que respecta al **descanso por maternidad**, tampoco la Directiva 92/85 impone la percepción de la retribución íntegra. Sin embargo, **el tratamiento de los aspectos económicos en los casos de suspensión previstos tras la Directiva 92/85/CE se hace, como veremos en el epígrafe 5, mucho más exquisito, marcando una clara distancia conceptual con el tratamiento de la maternidad.**

3.2.C.b. Un concepto supranacional de postparto desde una perspectiva preventiva: un espacio propio más allá del descanso por maternidad y un posible incumplimiento español

Lejos de identificarse la tutela de la salud de la mujer tras el parto desde una perspectiva preventiva como inexorablemente condicionada al

---

las ausencias derivadas del embarazo patológico y los riesgos inherentes a él constituyen una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación-. Otra cuestión es que dichas ausencias sean voluntarias y no estén motivadas por una Incapacidad Temporal, en cuyo caso el Derecho Comunitario no se opone a que no sean retribuidas (STCE 19-11-1998, C-66/96, Pedersen, aps. 48 y ss.).

<sup>76</sup> STJCE North Western/McKenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, aprs. 57 y ss.

<sup>77</sup> McKenna, 8-9-2005, asunto C-191/03 –remuneración y Direc 75/117-. Un resumen de la doctrina en: STJCE McKenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, –ap. 54-.

disfrute del descanso por maternidad, debe dársele a ésta un espacio propio. Pese a lo expuesto en el apartado anterior, en mi opinión, la Directiva 92/85 no identifica la protección del postparto con el descanso por maternidad, precisamente porque éste no se vincula con carácter obligatorio ni tan siquiera al puerperio. Además, es evidente que la necesidad de protección por razones no patológicas conectadas al puesto de trabajo puede ir incluso más allá de las 6 semanas de descanso obligatorio tras el parto (art. 48.4 ET y Convenio OIT n<sup>º</sup> 103).

En este sentido, la **Recomendación OIT n<sup>º</sup> 95** en que se inspira la Directiva, establece una prohibición de determinados trabajos durante los tres meses posteriores al parto o la posibilidad de transferencia a otro puesto de trabajo mediando certificado médico (apartados 5.3 y 5.5). De hecho, los Convenios OIT, n<sup>º</sup> 103 y 183 imponen una licencia o prolongación del descanso puerpal para el caso de complicaciones derivadas del embarazo o parto, o riesgo de que se produzcan<sup>78</sup>. También, **la propia Comisión** –en cumplimiento del mandato del art. 3 Directiva 92/85– ha reconocido que la trabajadora en puerperio o parto reciente se ve expuesta a riesgos específicos, que pueden ser distintos de los que afecten en el embarazo y la lactancia y alcanzar hasta tres meses después del parto o cesárea<sup>79</sup>. Por tanto, es palmario que la Directiva 92/85, interpretada en los términos expuestos en el apartado precedente, resultaría insatisfactoria en este aspecto de su objetivo como también su reconducción, en los casos en que fuese posible, a la Incapacidad Temporal.

Es más, tiene que tenerse presente que **la Directiva recoge un tratamiento preventivo específico del postparto** al referirse expresamente a él junto al embarazo en relación con el **trabajo nocturno (art. 7 y Considerando 13)**. Conforme al apart. 1 de dicho precepto, *«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar*

<sup>78</sup> Art. 3.6 Convenio 103 –enfermedad a consecuencia del parto, protegido también frente al despido ex art. 6- y art. 5 –complicaciones o riesgo de que se produzcan a consecuencia del embarazo o parto, también protegido frente al despido ex art. 8– Convenio 183.

<sup>79</sup> Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, Bruselas 5-10-2000, COM (2000) 466 Final, por ejemplo: págs. 22, 31, 32 (aire comprimido, manipulación de cargas).

*un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional... , a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad y la salud de la trabajadora afectada».* Más concretamente, los ordenamientos nacionales deberán incluir entre esas medidas la posibilidad de un cambio a un puesto de trabajo diurno o, cuando ello no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, **optar entre la dispensa del trabajo o una prolongación del permiso por maternidad**<sup>80</sup>. A la vista de dicho precepto, su finalidad, y las anteriores indicaciones, **no parece que deba limitarse al caso del trabajo nocturno**, siendo tales reglas extensibles a los restantes supuestos en que el parto reciente interactúe con los riesgos presentes en el puesto de trabajo. Es más, en tanto el art. 4.1 de la Directiva se refiere expresamente a mujer embarazada o en lactancia, los arts. 3 y 4.2, –líneas directrices para la evaluación, evaluación e información, vid Considerando 10–, lógicamente se refieren a las tres posibles situaciones, lo que parece indicar que la omisión del puerperio en el art. 4.1, tanto más a la vista del art. 3, sólo se justifica por su remisión a los Anexos, **estando exigida la evaluación también de los riesgos que afectan a aquéllas**.

En cuanto a la **remuneración o prestación** adecuadas que corresponderá en dicha situación, el art. 11 **lo equipara claramente al tratamiento del riesgo** al referirse al art. 7 junto al 5 y al 6, separándolo de la prestación por maternidad, en tanto que ésta responde a una finalidad y presupuestos diferentes.

No en vano, **puerperio y enfermedad no son lo mismo**. Por el contrario, en mi opinión, habría que objetar que también el puerperio o, más ampliamente los estados no patológicos posteriores al parto, son naturales a éste, están lógicamente vinculados a un embarazo previo, y son merecedores de similar tutela desde una perspectiva tanto preventiva como discriminatoria. Si las condiciones del puesto de trabajo inciden o pueden incidir negativamente sobre la salud de la trabajadora en parto reciente más allá del descanso mínimo por maternidad y dentro de un espacio temporal conectado al embarazo y al parto, situaciones inexorablemente vinculadas

---

<sup>80</sup> Véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85, cit, págs. 9 y 10.

al sexo, el derecho a la tutela por parte de la trabajadora debe ser incontestable.

**El art. 26 LPRL no traspone este aspecto de la Directiva** y, por tanto, no resuelve satisfactoriamente la eventual situación de riesgo en que se pueda encontrar la mujer incorporada al trabajo tras un parto reciente sin concurrencia de riesgo por lactancia natural. Literalmente **el art. 26.1 LPRL extiende al postparto, sin concreción de su extensión temporal** –se refiere a parto “reciente”–, la evaluación de riesgos y, caso de concurrencia de éstos, la adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo, con inclusión, cuando resulte necesario, de la no realización de trabajo nocturno o a turnos. **Pero no hace lo propio**, al menos desde la literalidad del precepto, respecto de las sucesivas medidas, en defecto de la posibilidad o eficacia de la adaptación, de **movilidad funcional o** –con mayor claridad– **de suspensión**, pues se limitan a los riesgos durante el embarazo o vinculados a la lactancia natural. En tales supuestos, la protección de la mujer trabajadora por riesgos vinculados a la interacción entre parto o cesárea “recientes” y particulares condiciones de trabajo, se tendrá que articular –de ser posible– a través de la **vía de la IT** –con la pérdida económica que conlleva– o, caso de efectiva incorporación, de las obligaciones de protección del **art. 25 LPRL**. Respecto de éste último, aun cuando sectores judiciales y doctrinales pretendan interpretar integrándolo con las medidas previstas en el art. 26 LPRL<sup>81</sup>, **representa un escenario inadecuado o directamente incompatible con la perspectiva de género. Así, son mucho más inciertas** las garantías correspondientes a los supuestos de movilidad funcional, no ya por la concurrencia misma del deber que, aun sin mención expresa, parece reconocerse mayoritariamente, sino por los límites y garantías salariales con que se hace<sup>82</sup>. Tampoco está prevista la suspensión y prestación correspondiente. Igualmente, son mucho más inciertas las **exigencias o incluso posibilidad de mantenimiento o de inicio de la relación laboral**. Téngase presente que

<sup>81</sup> COS EGEA, M, cit., págs. 7 a 9 y págs. 13 y ss.

<sup>82</sup> Esta será obligatoria para la trabajadora, como para cualquier otro trabajador especialmente sensible a determinados riesgos, sin que sea necesario seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pues está reservado para los casos en que concurren causas técnicas, organizativas, económicas o de producción, pero no para las causas vinculadas a la prevención que, además en estos supuestos serían en principio transitorias. Por otra parte, y dado que dicho precepto no es aplicable, no cabe la opción de extinción indemnizada por parte del trabajador prevista en el art. 41 ET (COS EGEA, M, cit., págs. 10, 13 y ss.).

el art. 25.1 LPRL recoge como último remedio preventivo una prohibición de ocupación que puede suponer tanto un impedimento para la contratación como una causa justa de extinción objetiva del contrato, una vez descartada la efectividad de las restantes medidas preventivas<sup>83</sup>. En nuestro caso, tales soluciones serían impracticables, pues constituirían una discriminación directa por razón de sexo.

Por tanto, **en mi opinión es clara la laguna protectora respecto de la trabajadora en puerperio o parto reciente**. Además, el carácter eventualmente transitorio de su sensibilidad, vinculada por lo demás a razones indisolublemente unidas al sexo, la separa de los supuestos comúnmente definitivos del art. 25.1 LPRL<sup>84</sup>, y la hace **merecedora de la integridad de la tutela escalonada prevista en el art. 26 LPRL, incluida la suspensión de la relación laboral con percepción de la prestación**.

Como se ha visto antes, la concreción del período protegido se remite a la legislación nacional, tanto por los Convenios OIT como por la Directiva, y el art. 26 LPRL no lo ha delimitado. El carácter transitorio de la situación y la necesaria delimitación temporal máxima de ésta **podría tomar como referente genérico**, tal y como hace en otro contexto según vimos la STJUE Sant Prix, **la duración prevista con carácter general para el descanso por maternidad en nuestro Ordenamiento Jurídico**<sup>85</sup>, que respeta los tres meses que recomienda la OIT y la Comisión. **No obstante, siguiendo el criterio general del art. 26 LPRL, lo más indicado es su determinación casuística** en función de los riesgos objetivos concurrentes y su incidencia subjetiva en la concreta mujer.

**A la mujer en postparto le son extensibles** por similares razones, idéntica **tutela antidiscriminatoria tanto respecto del acceso al empleo** –sin aplicación de prohibición de contratación o posibilidad de negativa a la misma fundada en dicha ineptitud transitoria–, **como frente al despido**. Y ello, no sólo por la exclusión que introdujo el art. 7.1 L 39/99, en el art. 52.d) ET –y el RDL 10/2010 respecto de las ausencias

---

<sup>83</sup> COS EGEA, M, cit., págs. 12 y 16 y ss.

<sup>84</sup> COS EGEA, M, cit., pág. 18.

<sup>85</sup> STJUE 19-6-2014, asunto C-507/12, apart.42. En similar sentido: ORELLANA CANO, AM<sup>a</sup>, “Medidas ...”, cit, nº 37.



por riesgo durante la lactancia natural–, de manera que las ausencias debidas a enfermedad causadas por embarazo, parto o lactancia, no computan a efectos de despido objetivo. Sino también porque la imposibilidad de cómputo y despido por tales ausencias en el riesgo durante el postparto se debe a que **no puede entenderse aplicable la doctrina del TJCE** expuesta páginas atrás **en la que distingue entre las ausencias derivadas del embarazo y las consiguientes al parto**. En el riesgo durante el parto reciente ni se podrían considerar supuestos patológicos sino propios de dicho estado de puerperio (STJUE Saint Prix)<sup>86</sup>, siendo una falacia su desvinculación del embarazo; ni podrían entenderse como situaciones de inactividad dependientes de la voluntad de la trabajadora, al estar impuestas por el propio Ordenamiento jurídico en atención a la concurrencia de unos riesgos que corresponden al empresario (STC 161/2004).

Por último, aun cuando el art. 10 Directiva 92/85 no se refiera al despido realizado más allá de la finalización del descanso por maternidad, **el despido** por razones vinculadas a la lactancia natural o al riesgo laboral durante el postparto estaría en cualquier caso **amparado por la Directiva 2006/54/CE y por supuesto al art. 14 CE en tanto constituiría una discriminación directa por razón de sexo**. Añadido a esta protección frente al despido discriminatorio, cabría plantearse si **los arts. 53.4.c) y 55.5.c) ET** alcanzan a amparar –a partir de la LO 3/2007– a la trabajadora que a la extinción de su descanso por maternidad continúa en baja por IT derivada de enfermedad vinculada al embarazo, parto o lactancia, o por riesgos derivados de la interrelación entre el puesto de trabajo y el puerperio o, más ampliamente, postparto, y es despedida en los nueve meses siguientes al nacimiento del menor. Aun cuando tales preceptos partan de la reintegración de la mujer, considero que deben entenderse equiparados a tales efectos a su efectiva

<sup>86</sup> STJUE 19-6-2014, asunto C-507/12, aparts. 28 a 30: «*De lo anterior se deduce que no cabe considerar que las mujeres que se encuentren en la situación de la Sra. Saint Prix, es decir, que temporalmente dejen de trabajar debido a la última fase del embarazo y al período subsiguiente al parto, sufran una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad, a tenor del artículo 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38*». Próximo a lo que venimos afirmando, también la STC 17/2007, de 12 de febrero, de conformidad con la doctrina del TJCE (caso Brown) destaca que el embarazo no es una enfermedad y que el despido vinculado a las ausencias motivadas por IT derivadas del mismo y de los abortos, como a un bajo rendimiento relacionado con dicho estado y ausencias, constituye una discriminación por razón de sexo.

reincorporación, en tanto hay identidad de razón al estar presente en todos ellos el factor del género y concurrir, además, la voluntad de trabajar. Pero aún con más razón en los supuestos en que esté motivada por la existencia de riesgos vinculados al puesto de trabajo, en tanto ni tan siquiera le son imputables subjetivamente en estricto.

### 3.2.D. Concepto de trabajadora en período de lactancia natural

La Directiva 92/85 cuando define la situación protegida de la lactancia se refiere a “*cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales*”. Por tanto, serán las regulaciones de cada Estado Miembro las que puedan establecer los límites a dicho período. Pero, ¿podrán igualmente delimitar su ámbito subjetivo?, ¿o existe un concepto comunitario también de lactancia natural? En definitiva, ¿desde la Directiva comunitaria se vincula la lactancia natural necesariamente a un embarazo y parto previos?

#### 3.2.D.a. Descanso maternal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural en la maternidad subrogada

Por lo que se refiere a la **maternidad subrogada**, las sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12) han restringido el concepto de «*trabajadora embarazada*» y «*que haya dado a luz*» a los efectos del **permiso de maternidad** del art. 8 de la Directiva a la «*madre gestante*», privando de tal garantía a la «*madre subrogante*» incluso cuando amamante efectivamente al niño. En la citadas sentencias, el TJUE atribuye al descanso por maternidad dos objetivos ya reconocidos en sentencias precedentes<sup>87</sup>: «*por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*». Sin embargo, esta última finalidad, la de la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo, la vincula inexorablemente al embarazo y parto previo de la trabajadora en atención a los precedentes

---

<sup>87</sup> Concretamente cita: las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; Kiiski, antes citada, apartado 46, y Betriu Montull, antes citada, apartado 50.

de la doctrina judicial del propio TJUE, los objetivos de la Directiva de protección de la salud de la madre durante esa situación de especial vulnerabilidad, y a la propia literalidad del art. 8. Por consiguiente, los Estados miembros no estarán obligados a conceder a la «*madre subrogante*» el descanso por maternidad, con independencia de que son libres de otorgárselo al ser la Directiva una norma de mínimos<sup>88</sup>. El hecho biológico del embarazo resulta ser por tanto, determinante para el disfrute del descanso por maternidad de la Directiva 92/85 –como lo es también frente a esa específica protección frente al despido, según vimos respecto de la inseminación in vitro–. No en vano, también la madre adoptiva se encuentra excluida de la misma, pese a los últimos intentos del Parlamento de ampliar el ámbito subjetivo de la citada Directiva<sup>89</sup>. Aún más que evidente: **tampoco cabe riesgo durante el embarazo en la madre intencional**, en tanto falta la base fáctica del embarazo mismo.

No obstante, la madre por adopción sí se encuentra amparada por el permiso paternal en equivalencia de condiciones respecto del hombre [Directiva 2010/18/UE del Consejo]<sup>90</sup>, en tanto las situaciones de gestación por sustitución quedarían en el Ordenamiento comunitario en una situación de desamparo dependiente de la regulación nacional de la filiación. No se puede perder de vista que en todo momento las Directivas 2010/18/UE y 2006/54 se refieren a «*hijos*» y «*progenitores*», y, en coherencia, al nacimiento y a la adopción, y que la Unión Europea carece de competencias en dicha materia. No obstante, los EM pueden introducir disposiciones más favorables sin que las normas comunitarias puedan servir de justificación para reducir el nivel de protección concedido<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Apart. 42 C-167/12.

<sup>89</sup> El Parlamento propuso la modificación de la definición de «*trabajadora que haya dado a luz*» para incluir «*a cualquier trabajadora que haya adoptado un niño*» (art. 2.b), según Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 [COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)].

<sup>90</sup> Por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

<sup>91</sup> Cláusula 8.1 y 2

Consiguientemente, cabe que se extiendan a los progenitores por convenio de gestación y a sus hijos, los derechos de conciliación como una “mejora” nacional de los mínimos comunitarios. Como también cabe que se extienda a éstos el **permiso de maternidad**, de manera similar a como se ha hecho en España con los adoptantes y acogedores. No obstante, aun cuando esto último se llevase a cabo, quizá tras la STJUE 19-9-2013, Montull, C-5/12, apartados 68 y ss., resulte **difícil obtener un pronunciamiento favorable a la igualdad y no discriminación de los progenitores intencionales y el menor en relación con el permiso por maternidad**. Aplicando su doctrina, y al quedar al margen del Derecho Comunitario por no caer en el ámbito de la Directiva, no se podrían aplicar por el TJUE el principio del Ordenamiento Comunitario de prohibición de trato discriminatorio alguno en función de dicho origen, características genéticas o nacimiento (arts. 1, 7, 9, 20, 21, 24, 33, 34.1, 51, 52.3, 53 Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la UE, art. 136 TCCE y Declaraciones Anexas del TFUE relativa a dicha Carta y adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos)<sup>92</sup>. Nuevamente nos enfrentamos con las limitaciones de la UE en materia de derechos fundamentales.

Sin embargo, no parece que se pueda decir lo mismo en el ámbito del Ordenamiento comunitario respecto del **permiso parental** (Directiva 2010/18/UE del Consejo), como tampoco si observamos estos **derechos de conciliación (incluida la maternidad y paternidad) desde la perspectiva constitucional** y del Convenio Europeo de Derechos Humanos y demás Tratados sobre dichas materias ratificados por España (art. 10.2 CE). Y ello porque en tales ámbitos materiales y jurídicos, **la igualdad de trato de estas familias sería imperativa si mediase regulación nacional del convenio de gestación por sustitución y de la atribución de la filiación a los progenitores por subrogación**, sin que quepa discriminación alguna por razón del nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y al derecho a la integridad física y moral del menor (arts. 14, 15 y 39 CE y art. 2.1 y 2 Convención de los derechos del niño, de 20-11-1989, y a nivel comunitario los arriba

---

<sup>92</sup> STJUE 19-9-2013, Montull, C-5/12, apartado 68 y ss. Véase también, Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), art. 47, y Declaraciones Anexas del TFUE relativa a dicha Carta.

referenciados y arts. 23 y 33, que sí serían de aplicación por tratarse el permiso parental de aplicación del Ordenamiento comunitario)<sup>93</sup>.

Es más, **aun mediando prohibición de esta técnica de reproducción asistida en España**, el concepto de familia y los **derechos de cuidado del menor**, por consiguiente de conciliación de la vida laboral y familiar, deben observarse a la luz de la STEDH de 27-1-2015, Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (art. 10.2 CE). Dicha sentencia, partiendo de pronunciamientos anteriores, define el concepto de vida familiar del art. 8 CEDH como *«en principio una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos»*, de manera que los vínculos familiares pueden existir de facto, sin constitución de adopción o relación legal entre los implicados<sup>94</sup>. Concluye afirmando, por consiguiente, que existe vida familiar a partir de esa convivencia de los primeros meses de la vida del menor y sus progenitores intencionales, habiéndose comportado éstos como padres del menor. Además de declarar que la retirada del menor constituyó una injerencia injustificada contraria al referido art. 8, recuerda que el interés superior del menor es el que debe prevalecer en la conciliación de los intereses derivados del orden público y familiares, y, en lo que ahora nos interesa, que *«es necesario que un niño no se encuentre en desventaja por el hecho de ser traído al mundo por una madre portadora»*. Por tanto, **desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la relación del menor con sus progenitores intencionales es asimilable a la de los hijos**

<sup>93</sup> En este sentido, se puede decir que hay una doctrina del TJUE que podría llamarse «de la coherencia». Conforme a ella se ha venido a reconocer la identidad de derechos de las parejas de hecho homosexuales con las conyugales cuando el Derecho nacional coloque a unas y otras en una situación comparable respecto de la prestación de que se trate (STJCE 1/4/2008, 64, Maruko). Esta tesis es consistente con la doctrina del TEDH, según la cual no cabe hacer diferencias cuando el Estado haya creado derechos adicionales que caigan en la esfera del TEDH, pues supondría, salvo justificación muy restrictiva, una discriminación contraria a los arts. 8, 14 y 53 CEDH (por orientación sexual, SSTEDH 22-1-2008, 4, EB/Francia; 24-7-3003, 50, Karner/Austria).

<sup>94</sup> Aun siendo de momento improbable, tampoco está completamente descartada desde la perspectiva comunitaria la integración de tales conceptos subjetivos (*«hijos»* y *«progenitores»*) utilizados por la Directiva 2010/18 por dicha doctrina del TEDH, conformándose un concepto comunitario de los mismos que, también a través de esta vía, los incluiría en su ámbito y consiguientemente, en el campo de aplicación de los citados principios, con independencia de la calificación legal de sus vínculos por el Ordenamiento nacional. No en vano aquélla persigue fijar unos mínimos de conciliación *«teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares»* (Considerando 11 y art. 1.1).

**biológicos o adoptivos, sin que quepa discriminación alguna de los implicados conforme a nuestro texto constituyente.** Es más, si desde el Derecho español el acogimiento cuya duración no sea inferior a un año confiere el derecho al permiso por maternidad (art. 45.1.d) ET), tampoco está justificado desde esta perspectiva la denegación del mismo a los padres intencionales cuyas relaciones familiares se deben proteger y conservar, dándoles amparo legal a tales relaciones de facto, en beneficio, a más señas, del menor y en respeto a su interés superior<sup>95</sup>. Negar por razones formales el permiso de maternidad o demás derechos vinculados al cuidado del menor en sus primeros meses de vida y postergar su ejercicio a la regularización de sus vínculos familiares, es como mínimo atentar contra su dignidad y hacer en gran medida inoperativas unas garantías cuyos objetivos se vinculan muy especialmente a la edad del menor y, aún más si son de corta duración y toman como referencia su nacimiento<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 febrero 2015, proc. n° 245/2012 que resuelve el incidente de nulidad planteado frente a la STS (sala de lo Civil) num. 835/2013 de 6-2-2014, rec 245/2012, en consideración a las SSTEDH de 26-6-2014, L y M contra Francia. Es el interés superior del menor el que debe prevalecer en todas las medidas adoptadas por el Derecho nacional y la Administración, haciendo posible el ejercicio de los deberes de cuidado de familiares y tutores, y protegiendo las relaciones familiares del menor (arts. 2, 3, 5, 7, 8, 9, 18, etc). Es de destacar el voto particular, tanto al Auto como a la Sentencia, que reivindica la integral protección del menor en nuestra nueva realidad social mediante la aceptación de la inscripción, y así mismo que la STEDH de 27-1-2015, arriba referida, recuerda que no se puede retrasar la inscripción del menor (tardó unos dos años), lo que es contrario al art. 7 de la Convención de la ONU sobre derechos del niño, sin que pueda perjudicarse a éste por ser traído al mundo por una madre portadora.

<sup>96</sup> En este sentido y por similares argumentos vinculados a la finalidad de conciliación de la vida familiar y cuidados del menor equiparables a la adopción y acogimiento, y ambos con independencia del sexo, un importante sector judicial, en aplicación por analogía (art. 4.1 CCiv), reconoce el derecho a las prestaciones por maternidad a los progenitores por convenio de gestación por sustitución, sean o no biológicos, reconocida mediante resolución judicial del país extranjero, por todas: SSTSJ Cataluña, num. 4314/2015, de 1 julio, rec. 2460/2015 –que entre otras razones, considera la sentencia del Tribunal de California una resolución extranjera de las asimilables a la adopción y acogimiento ex art. 1.1. y 2 RD 295/2009– y num. 5214/2015, de 15 septiembre, rec. 2299/2015; STSJ Castilla-La Mancha num. 603/2015, de 27 mayo, rec 1465/2014; SSTSJ Madrid, num. 1201/2014, de 23 diciembre, rec. 497/2014 –disfrute por padre biológico en familia monoparental– y num. 668/2012, de 18 octubre, rec 1875/2012. No obstante, también cabe citar sentencias, que son minoritarias, en contra, como es por ejemplo: STSJ Andalucía/Sevilla num. 319/2015 de 4 febrero, rec. 1317/2014. Finalmente, el Tribunal Supremo se ha decantado por reconocer el derecho a la prestación por maternidad a los padres intencionales (nota informativa respecto de las deliberaciones del pleno de 20 de octubre de 2016 sobre dos recursos de casación para la unificación de doctrina).

Y esto nos lleva directamente al tratamiento de la **protección de la lactancia natural**. En éste ámbito, considero que no podemos basarnos en tales pronunciamientos del TJUE para negar su tutela preventiva en los supuestos de adopción o de facto asimilables, como pueden ser el acogimiento administrativo o de guarda de hecho, o la maternidad por convenio de gestación en los supuestos en que aquélla amamante al niño. De las referidas sentencias del TJUE no puede extraerse sino lo que se decide; en definitiva, el permiso por maternidad (arts. 8 y 11.2, 3 y 4 Directiva 92/85/CEE) por los objetivos perseguidos por la propia Directiva efectivamente se limita y conecta necesariamente al embarazo y parto.

Pero la suspensión por riesgo durante la lactancia natural sí se encuentra tutelada en los arts. 2.c), 5.3 y 11.1 y 4 de la Directiva 92/85/CEE sin condicionamiento alguno que la vincule inexorablemente al embarazo. De hecho, la referida propuesta del Parlamento de modificación de la Directiva 92/85 al tratar la lactancia no introdujo referencia alguna a la adopción, con lo que debe ser que no lo consideraba necesario y sí, en cambio, su equiparación a la “*trabajadora que ha dado a luz*”. Es más, la finalidad preventiva de la Directiva 92/85/CE impediría una definición de lactancia natural que, más allá de su delimitación temporal en función directa o indirectamente de la edad del menor, condicionase ésta al previo embarazo o a una determinada filiación, en tanto está orientada claramente no sólo a la tutela de la salud de la madre, sino muy en particular a la del menor en sus primeros meses de vida (vid. Resol. Parlamento, Considerando P y 24). Repárese, que si se opta por interpretar lo contrario, esta protección quedaría restringida a las madres e hijos biológicos, lo que no estaría justificado ni en atención a su finalidad, ni por razones biológicas o materiales, tanto más cuando la lactancia natural actualmente es una opción, si bien la mejor opción, y por tanto –en principio– un hecho voluntario que también en supuestos de maternidad biológica puede requerir tratamientos hormonales. Constituiría, por el contrario, una discriminación por razón del origen, características genéticas o nacimiento del lactante, contraria al **interés superior del menor** y, consiguientemente a la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la UE (arts. 1, 7, 9, 20, 24, 33, 34.1, 51, 52.3, 53 Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de la UE, art. 136 TCCE y Declaraciones Anexas del TFUE relativa a dicha Carta y adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a nuestra

Constitución, art. 14 CE y, asimismo, al derecho a la integridad física y moral del menor (arts. 15) ambos, además, en relación con el art. 39 CE.

De hecho y como argumentábamos respecto de la prestación por maternidad, en España desde la reforma de 2012 la lactancia del menor de 9 meses ampara no sólo a los hijos (biológicos o adoptivos o en situación de guarda con fines de adopción), sino también a los menores acogidos cuando la duración del acogimiento no sea inferior a un año (arts. 37.4 y 45.1.d) y e) ET/2015)<sup>97</sup>. Por consiguiente, también esta lactancia natural –y con indiferencia de que fuese inducida por tratamiento hormonal– está claramente en el marco de tutela del art. 26 LPRL. Por idénticos motivos, también la lactancia natural en los supuestos de convenio de subrogación merece similar protección, prescindiendo ahora de elementos formales dependientes del reconocimiento de la filiación.

### 3.2.D.b. La delimitación del período de lactancia natural protegido

En España, la protección específica de la lactancia natural salvo mejora por convenio colectivo y sin que, en cualquier caso, ésta pueda afectar a los derechos de la prestación correspondiente de Seguridad Social, concluye cuando el lactante cumple nueve meses (arts. 26.4 LPRL, 45.1.e ET. y 189 TRLGSS)<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia”, Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2012 parte Comentario, versión digital, BIB 2012\527; HERRAIZ MARTÍN, M<sup>a</sup> S, “El Real Decreto-Ley 3/2012: Luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina–, “Reforma laboral 2012”, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 270 y 271. Es más, tampoco se entiende por qué ese límite del año, injustificable desde la perspectiva del menor protegido.

<sup>98</sup> No obstante, la STSJ de Galicia, num. 3320/2015, de 12 junio, rec 415/2014, considera que la suspensión y prestación por lactancia natural es de 12 meses en el ámbito del art. 48.1.f) EBEP. En mi opinión, dicho precepto se refiere exclusivamente al permiso por lactancia, y no a la protección específica de la lactancia natural que debe entenderse limitada a los 9 primeros meses de vida del menor (art. 26.4 LPRL, arts. 188 y 189 TRLGSS, art. 100.1.b).3 RD 375/2003, 28-3, RGMA y arts. 1, 49 y 50 RD. 295/2009).

Se entiende con dificultad que se tenga en cuenta que la lactancia materna exclusiva se haya recomendado sólo durante los primeros 6 meses –como valora la STSJ Asturias núm. 646/2011 de 11 marzo–, pues lo trascendente no puede ser sino la falta de acreditación de riesgo específico como también concurre. En este sentido, también destaca que la lactancia natural y su protección dependen de la voluntad de la trabajadora sin requerirse acreditación médica sobre su conveniencia: AGUILERA IZQUIERDO, R, “Los derechos de conciliación

(...)



Sin embargo, ya hay pronunciamientos judiciales que de una u otra manera extienden la protección específica prevista para la lactancia natural. Así, la STSJ de Galicia, num. 3320/2015, de 12 junio, rec 415/2014, diferencia el período de lactancia natural tutelado según se trate de suspensión y en su caso prestación de seguridad social, o adaptación y/o cambio de puesto de trabajo. El tope de los 9 meses vendría limitado, en interpretación extremadamente literal, a los supuestos de suspensión y prestación por riesgo, en aplicación de los referidos preceptos. Por el contrario, en los casos de adaptación o cambio de puesto de trabajo no está prevista semejante delimitación, con lo que se mantendrían las garantías salariales del art 26.2 LPRL «*durante el proceso biológico que afecta a la trabajadora o hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior*»<sup>99</sup>.

También la STSJ Madrid, núm. 822/2010, de 2 diciembre, aplica analógicamente el art. 26.3 LPRL a un supuesto en que la trabajadora pretende continuar la lactancia natural más allá de los nueve meses previstos en el art. 26.4 LPRL y efectivamente disfrutados. Asimismo, en aplicación del art. 53.4.a) ET –despido existiendo riesgo durante la lactancia natural–, califica como nulo el despido objetivo de dicha trabajadora, realizado por la empresa ante lo que considera una ineptitud sobrevenida de aquélla, aun cuando lo funda en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin concreción de hechos que acrediten la existencia de dichas causas.

En mi opinión, salvo mejora por acuerdo o convenio colectivo, la extensión de las previsiones del art. 26 LPRL o de los arts. 53.4.a) ó 55.5.a) ET para la lactancia –con remisión al art. 45.1.d) ET, que debe entenderse como e)–, más allá de los primeros nueve meses de vida del menor, carece de sustento jurídico alguno, como fácilmente se extrae del tenor literal de dichos preceptos. Por razones evidentes de imprevisión normativa de unos supuestos deberes para la empresa más allá de los 9 meses contundentemente marcados por el legislador, así

---

de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, RMTAS, N<sup>º</sup> Extra 2, 2007, pág. 78.

<sup>99</sup> Lo que también propuso, por ejemplo: AGUILERA IZQUIERDO, R, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...”, cit., pág. 78; CAIRÓS BARRETO, DM<sup>a</sup>, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan Harremanak*/23 (2010-II), pág. 111.

como por la necesidad de aportar seguridad jurídica a una situación que podría extenderse indefinidamente, desde luego por años y por voluntad exclusiva de la trabajadora, considero que la tutela específica para la lactancia natural es la marcada por ese período a todos los efectos, por escaso que, ciertamente, pueda parecer. Agotado aquél, y salvo mejora, la trabajadora que desee continuar lactando a su hijo, tendrá la posibilidad de la excedencia por cuidado de hijos o, alternativamente, el abandono del puesto de trabajo, pero no la aplicación del art. 26 LPRL ni preceptos conexos.

No obstante, al margen del art. 26 LPRL podría articularse su tutela a través del más general art. 25 LPRL, y encaminarse a su través esos derechos de adaptación o movilidad, de ser posibles y sin las garantías salariales del art. 26 LPRL. Ahora bien, de no ser factible la adaptación o cambio de puesto de trabajo, podría quedar abierta la posibilidad de despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 53.1.a) ET) amparada por la prohibición de ocupación y contratación derivada en el art. 25 LPRL y el carácter indefinido de la situación. También hay quien apunta a la posibilidad de que la extinción se articule a través del despido objetivo por causas técnicas u organizativas<sup>100</sup>. En cualquier caso, tanto sea ineptitud como causa vinculada a la empresa, podría valorarse su improcedencia, si el despido se hiciese sin ofrecimiento de una solución menos gravosa y más proporcionada como es la excedencia por cuidado de hijos. Pero tal improcedencia, salvo que proceda nulidad por acreditación de discriminación, tampoco podría transmutarse en nulidad en aplicación de los arts. 53.4.c) y 55.5.c) ET, pues también los 9 meses son el referente temporal de esta especial protección. Finalmente, es más que cuestionable que la prohibición de ocupación de dicho art. 25 LPRL pueda justificar la imposición unilateral de la suspensión del contrato por parte de la empresa, pues esta facultad no está prevista, debiéndose configurar la misma, en su caso, como una suspensión por mutuo acuerdo (art. 45.1.a) ET)<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *RRL*, n.º 5/2012, cit., pág. 63.

<sup>101</sup> Vid: COS EGEA, M, pág. 18.

## 4. LA SUCESIÓN ESCALONADA DE MEDIDAS PREVENTIVAS

La Directiva 92/85/CE observa la tutela de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o se encuentre en período de lactancia, desde una perspectiva amplia de los riesgos. Por tal motivo, también la protección frente al despido recibe una atención particular *«en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo»*<sup>102</sup>. Por otra parte, el efecto útil de la Directiva tiene que garantizarse a través de la tutela específica de la posición contractual de la mujer durante las situaciones de embarazo, puerperio o lactancia (Considerandos 16 y 17 Directiva 92/85). Precisamente por ello las medidas preventivas de protección de la salud de la mujer se articulan de una manera escalonada y siempre interpretadas bajo la perspectiva de su misión.

Es necesario tener presente que su finalidad es la de amparar a la mujer, no la rentabilidad o el interés empresarial. Por otra parte, su tratamiento se hace con una orientación integradora de la mujer gestante o lactante en el trabajo; no en vano, el innecesario apartamiento del trabajo, su sobreprotección, sería un hándicap para la incorporación y permanencia de la mujer en el mercado laboral, y reconduciría ésta a los escenarios sociales y morales de discriminación de los que, precisamente, se quiere huir. Por tal motivo, el art. 26 LPRL, en consonancia con el art. 5 Directiva 92/85 y la Directiva Marco, establece una jerárquica en la adopción de medidas tutelares de la mujer embarazada o en lactancia

---

<sup>102</sup> Por todas: STJUE 11-11-2010, Danosa, apartados 60 y ss, siendo claro, por lo demás, que frente al despido discriminatorio la mujer embarazada estaría protegida frente a tal discriminación directa, ya sea por la Directiva 92/85/CEE, ya sea por la Directiva 76/207/CEE, ya sea por la Directiva 86/613/CEE [–Danosa, apartado 70–]. Véase también Considerando 15 de la Directiva 92/85.

natural. Nuestro Ordenamiento es fiel a esos principios en la protección de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, de manera que tales medidas tienen que ser observadas en su aplicación desde el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo por su ineludible conexión con el embarazo (STC 161/2004).

Como hemos anticipado, las **medidas específicas previstas para la protección del embarazo y la lactancia natural** –en páginas precedentes ya abordamos el puerperio o, más ampliamente **postparto**– se erigen sobre la base de una evaluación de riesgos inicial, anterior al conocimiento del estado de gravidez o lactancia de la trabajadora, y un deber de información a los trabajadores y sus representantes sobre los riesgos específicos. En cuanto a las medidas que sucesivamente tiene que adoptar el empresario en caso de existencia de riesgo son, por este orden, las de adaptación del puesto y/o tiempo de trabajo, la movilidad funcional, y la suspensión de la relación.

#### **4.1. EVALUACIÓN ESPECÍFICA, INICIAL, SUCESIVA Y SUBJETIVA DE LOS RIESGOS ESPECÍFICOS E INFORMACIÓN**

La evaluación es el pilar central sobre el que se basa la protección frente a los riesgos. Serán los resultados de ésta, los que determinen la existencia de riesgo y las medidas preventivas a adoptar, y permitirá cumplir con el deber de información a los trabajadores y sus representantes. Los arts. 16 LPRL y 4 RSP distinguen y exigen, en consonancia con la Directiva Marco<sup>103</sup>, tanto una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo. Téngase presente que las actualizaciones y, caso de ser necesario, revisiones de la evaluación, son debidas al hecho de que los riesgos no están determinados de una sola vez. Por el contrario, son susceptibles de evolución tanto en su existencia y valoración (cambio de las condiciones de trabajo o con ocasión de los daños producidos), como en las medidas técnicas de afrontamiento, así como en su afección subjetiva (arts. 15.1.b, d y e, 16.2, 22.4, 23.1.b, 25.1

---

<sup>103</sup> GÓMEZ CABALLERO, P, cit., págs. 171 y 172. En este sentido, la Directiva 89/391 exige la evaluación de todos los riesgos que puedan afectar a los trabajadores (Considerando 15 y art. 6.3.a) así como su carácter sucesivo: STJCE 15-11-2001, Comisión/República Italiana, C-49/00, aps. 12 y 13.

y 26 LPRL). En lo que concierne al riesgo por embarazo o lactancia, la traslación de tales reglas generales exige igualmente, de una evaluación inicial y otra/s de carácter sucesivo/s (arts. 26 LPRL y 4 y 37.3.g RSP).

De conformidad con los arts. 4 Directiva 92/85 y 26.1 LPRL, la **evaluación** de los riesgos requiere la identificación de la categoría o estado de la trabajadora, puesto que pueden variar según esté embarazada, en puerperio o lactancia. También se tendrá que concretar la naturaleza, el grado o intensidad y la duración de la exposición de aquéllas a los 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. Finalmente, también deberá determinar la posible repercusión de aquéllos sobre tales trabajadoras, fetos o lactantes, así como las medidas a adoptar para su eliminación o disminución.

En correspondencia con lo descrito, el **Tribunal Supremo** sostiene que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención que se contiene, en esencia, en los arts. 14 y siguientes LRPL, y especialmente en el 16, *«ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26»*<sup>104</sup>. La especificidad del riesgo requiere una referencia también específica a aquéllos que puedan afectar al embarazo de la trabajadora o a la lactancia natural, con identificación del concreto factor lesivo y su eventual efecto sobre la lactancia natural, la trabajadora embarazada o su descendencia. Y una evaluación específica exige que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición de las trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud, la del feto o del lactante. Es necesario, por consiguiente, según las referidas sentencias, conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento que se haya hecho de la existencia del mismo para conocer su relevancia respecto del embarazo o la lactancia natural, de manera que **se pueda conocer de forma objetiva, específica**

---

<sup>104</sup> Por todas: STS 17 (3) de marzo de 2011, rec. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010; 18 (4) de marzo de 2011, rec.1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010; 3 de mayo de 2011, rec. 2707/2010; 21 de septiembre de 2011, rec. 2342/2010; 22 de noviembre de 2011, rec. 306/2011; 25 de enero de 2012, rec. 4541/2010; y 21 marzo 2013, rec 1563/2012.

## **y completa los que concurren y su relevancia en relación con tales estados biológicos.**

Sólo a través de una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos podrán conocerse las medidas preventivas a adoptar, teniendo en cuenta que se trata, como dijimos, de una relación jerárquica o escalonada en la que la suspensión y prestación por riesgo es el último remedio preventivo (por todas: STS de 22 de noviembre de 2011, rec 306/2011; 21 marzo 2013, rec. 1563/2012)<sup>105</sup>. En la práctica, como veremos, la correcta evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o lactante se ha convertido en un requisito casi ineludible para el acceso a las respectivas prestaciones por riesgo.

En cuanto a los **instrumentos de evaluación**, aparte de los riesgos y medidas que se recogen diseminadamente en la legislación europea en materia de seguridad y salud laboral<sup>106</sup>, la Directiva 92/85 ha previsto dos **instrumentos de guía para la evaluación de riesgos específicos** respecto de la mujer embarazada, en parto reciente o lactancia. Se trata, por un lado, de las **Directrices fijadas por la Comisión** en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la

---

<sup>105</sup> Un resumen de la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 7 de abril de 2014, rec 1724/2013, 28 octubre 2014, rec 2542/2013 y 1 de octubre de 2012, rec 2373/2011.

<sup>106</sup> Como es el caso, por ejemplo, de las siguientes, siendo reseñable que algunas de ellas incluyen previsiones específicas respecto del embarazo y/o lactancia: Directiva 89/654/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de salud y seguridad en el lugar de trabajo; Directiva 90/270, de 29 de mayo, relativa a las pantallas de visualización; Directiva 90/269 sobre manipulación de cargas; Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE); Directiva 2013/59/EURATOM, del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom; Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo; Directiva 98/24/CE, sobre los agentes químicos, físicos y biológicos; Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26-6-2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE.

salud en el lugar de trabajo (art. 3.1 y 2)<sup>107</sup>. Y por otro, de **dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva**, que nuevamente dejan en evidencia una mayor desatención de la norma comunitaria respecto de la mujer en parto reciente<sup>108</sup>.

En el **ámbito nacional**, contamos con los correspondientes **Anexos VII y VIII** introducidos en el RSP por el RD 298/2009, 6-3, trasponiendo así tardíamente la referida Directiva 92/85. Conviene destacar que en el Anexo II de la Directiva 92/85 lo que recoge es una prohibición de exposición (art. 6 Directiva 92/85), que asume y amplía el Anexo VIII del RSP, con lo que, en principio, debería bastar la apreciación de dichos riesgos en la evaluación –al menos los que recoge la Directiva–, sin apenas necesidad de modulación por niveles, grados o duración de aquélla –que sí proceden respecto del Anexo I, de conformidad con el art. 4.1 Directiva–, salvo, claro está, en los casos en que la trabajadora esté inmunizada<sup>109</sup>.

También, en correspondencia con preceptos más generales como los arts. 6.1.d) LPRL y 5.3 RDSP, la Disposición Adicional 3<sup>a</sup> RD 295/2009, prevé la elaboración de unas **guías de evaluación** de puestos de trabajo en relación al embarazo y la lactancia natural con el fin de valorarlos homogéneamente. En esta línea, son de destacar como herramientas orientativas para la evaluación de los riesgos específicos relativos al embarazo y la lactancia: las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo” (INSH); las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”, de la Asociación Española de Pediatría; y las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la Incapacidad Temporal durante el Embarazo”, elaborado por la Asociación Española de Ginecología y Obstetricia (INSH). También cabe citar como ejemplos de guías sectoriales utilizadas con

---

<sup>107</sup> Cumplida con la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Bruselas 5-10-2000, COM (2000) 466 Final).

<sup>108</sup> Véase más ampliamente: Epígrafe 3.2.C.b.

<sup>109</sup> Págs. 23 y 24 de la Comunicación de la Comisión. Véase también: Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., pág. 9. En similar sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>ª</sup>F, “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79/2005, págs. 43 y 44.

frecuencia por nuestros Tribunales: la Guía de Valoración de Riesgos Laborales en el Embarazo y Lactancia en Trabajadoras del Ámbito Sanitario, elaborada por la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS); la Guía Técnica para la Evaluación y Prevención de los Riesgos Relacionados con la Exposición a Agentes Biológicos (INSH); así como el Protocolo de Vigilancia Sanitaria Específica para los trabajadores expuestos a Agentes Citostáticos, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Y por supuesto, también habría que citar las **NTP del INSH** (guías de buenas prácticas): 413, 414, 542, 664, 740, 785, 914, 915, 992, 993.

Como hemos afirmado en varias ocasiones, la **evaluación inicial** –y posteriores– del puesto y demás condiciones de trabajo tiene que incluir la de los riesgos específicos para el embarazo, parto reciente o lactancia natural (arts. 26.1 LPRL y 4.1 RSP), con independencia del sexo del trabajador que ocupe el puesto de trabajo, o de que se encuentren o no actualizadas estas particulares situaciones<sup>110</sup>. De hecho, la protección de la trabajadora y su descendencia en los primeros estadios del embarazo, momentos en los que hay mayor riesgo de daños permanentes para el feto, y en los que la propia trabajadora puede desconocer su estado o ser reacia a su comunicación<sup>111</sup>, tiene que articularse a través de la información a aquélla sobre los riesgos potenciales y la necesidad, en su caso, de detección precoz del embarazo<sup>112</sup>. Además, tanto en estos estadios iniciales como posteriormente, su protección efectiva también puede requerir de la adopción de medidas preventivas con respecto a todos los trabajadores, con la finalidad de reducir su exposición a los agentes peligrosos<sup>113</sup>. Esto último, por otra parte, está en la línea de los principios de acción

<sup>110</sup> Por todos, en similar sentido: LOUSADA AROCHENA, J.F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, *AL*, nº 27, 2001, pág. 569. Véase también epígrafe 3.2.A.

<sup>111</sup> E incluso ser ésta contraproducente para su salud, por generarle una tensión emocional excesiva, por ejemplo, en caso de abortos previos.

<sup>112</sup> Ej. art. 15.2 Directiva 2013/59/EURATOM, del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom.

<sup>113</sup> Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [Bruselas 5-10-2000, COM (2000) 466 Final, págs. 7 y 9, 12, también en págs. 23 y ss, claramente se opta por una preferencia de las medidas colectivas frente a los equipos de protección individuales].



preventiva, pues el art. 15.1.h) LPRL exige la adopción de medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. Esta evaluación de riesgos es fundamental también para la elaboración por el empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, de la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos para las embarazadas y lactantes (art. 26 LPRL).

Pero a esta evaluación inicial de carácter neutro aun específico, una vez la mujer comunique al empresario su embarazo, parto reciente o lactancia natural tiene que seguirle una **evaluación subjetiva de los riesgos**, es decir, de aquéllos a los que está expuesta la concreta mujer y su descendencia<sup>114</sup>. Esta evaluación subjetiva y sucesiva viene exigida desde la propia Directiva 92/85, a tenor de las Directrices fijadas por la Comisión, y en correspondencia, también, de los principios generales fijados por la Directiva Marco, siendo equiparable a la evaluación sucesiva derivada de una reorganización, de un cambio de condiciones de trabajo, el equipo o las máquinas<sup>115</sup>. Esta actualización de la evaluación es necesaria por tres razones fundamentales. Por una parte, el embarazo es un proceso dinámico y no una condición estática, con lo que los riesgos y grado con que le afectan en sus diversas fases pueden ser distintos. Por otra parte, también son distintos los riesgos que afectan en cada una de esas situaciones (embarazo, parto y lactancia). Pero además, y esto es fundamental, **los riesgos de un mismo puesto de trabajo pueden afectar de manera distinta a cada mujer durante el embarazo o tras el parto, y al feto o al niño**. La Comisión reclama claramente una evaluación subjetiva de los riesgos, con atención a los síntomas individuales, tanto físicos como emocionales y la protección de la confidencialidad<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Como tuve ocasión de proponer en: BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup> I, “La tutela de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia”, en AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, pág. 143. En similar sentido: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num.7921/2002, BIB: 2003\144.

<sup>115</sup> Comunicación de la Comisión, cit., págs. 9 y 12.

<sup>116</sup> Cit., pág. 9. «Además de la evaluación general de los riesgos exigida por la Directiva marco y por la Directiva 92/85/CEE, tras conocer que una trabajadora está embarazada el empresario debe evaluar los riesgos específicos para esa trabajadora y adoptar las medidas necesarias a fin de evitar toda exposición que pueda dañar su salud o la de su hijo durante la gestación» (pág. 10). «Puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones (...)

También, como no podría ser de otro modo, el art. 26 LPRL y 4.1 RSP parten de la existencia de una evaluación inicial de carácter objetivo, que posteriormente se actualiza a tenor de las concretas circunstancias de la trabajadora afectada y de las distintas fases por las que atraviese su estado (arts. 4.2.c y 37.3.g<sup>117</sup> RSP). No en vano, el art. 26 LPRL es una concreción y especificación del supuesto general del art. 25 LPRL, donde se observan los riesgos desde una perspectiva subjetiva, estrictamente individualizada y dependiente de las circunstancias personales de un concreto trabajador y no de situaciones de riesgo ordinario que pueda sufrir cualquier persona en condiciones normales por el desempeño del puesto<sup>118</sup>. El embarazo, el puerperio y la lactancia natural tampoco son situaciones genéricas que admitan un tratamiento uniforme para el género femenino. De hecho el carácter subjetivo de esta evaluación sucesiva, integrando los factores laborales y los personales que interactúan, es la única o principal razón que puede explicar la exigencia de los intentos sucesivos de medidas tutelares en el art. 26

---

*constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el periodo de lactancia. Algunos de estos problemas pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres (por ejemplo, los que se enumeran a continuación). Otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal» (Pág. 19). Aquí algunos ejemplos: Náuseas matutinas: págs. 9 y 36. «No todas las mujeres se ven afectadas de la misma manera y los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión... Dado que se encuentran más cansadas, algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos o para hacer horas extraordinarias» (pág. 13). «... durante y después de la gestación se producen cambios hormonales, fisiológicos y psicológicos, a veces de manera brusca, que pueden afectar a las personas más vulnerables al estrés, la ansiedad o la depresión... Cuando adopten las medidas necesarias, los empresarios tendrán en cuenta los factores de estrés conocidos (como la organización del trabajo por turnos, la inseguridad en el empleo, las cargas de trabajo, etc.), así como los factores médicos y psicosociales particulares que afectan a cada mujer» (pág. 14).*

<sup>117</sup> Véase, en esta línea, aclarando además que como norma general, y salvo las excepciones del art. 22 LPRL, el reconocimiento médico de la trabajadora será voluntario: NPT 915, sobre Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud. En estos casos la interpretación del precepto debe ser aún más restrictiva, habida cuenta que están implicados fuertes condicionantes derivados del derecho a la intimidad sexual e igualdad y no discriminación, y existir otros medios oportunos a través de la colaboración médica pública. Hay que tener en cuenta que las excepciones del art. 22 LPRL se tienen que interpretar restrictivamente y que la oposición de la trabajadora sencillamente liberará al empresario de su responsabilidad (NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *RRL*, n° 5/2012, pág. 47).

<sup>118</sup> COS EGEA, M, “Los trabajadores especialmente sensibles...”, cit., págs. 2 a 7.

LPRL. Repárese en que si tan “objetivo” fuese el riesgo, ya se sabría con la evaluación inicial exactamente a qué atenerse y, sin embargo, no es así. Por ello, por ejemplo, sólo desde esta perspectiva subjetiva puede entenderse la posibilidad de que persista el riesgo a pesar de la adaptación de las condiciones de trabajo, y se prevea que así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora<sup>119</sup>.

En consecuencia y en mi opinión, como ya advertía el preámbulo del RD. 298/2009, es **desacertado trasmutar el valor orientativo sobre pautas generales que aportan las Guías, en criterios dogmáticos en los que pretendidamente están objetivados los riesgos, y calificar como carente de riesgo o IT todo aquello que quede al margen**<sup>120</sup>. Ejemplo palmario de lo que expongo y que se da con cierta frecuencia, es la de considerar que existe un riesgo objetivo a partir de una determinada semana de gestación y sólo subjetivo, es decir, –artificialmente– desvinculado del puesto de trabajo, antes de aquélla línea fronteriza. Por el contrario, como advierte la STSJ Galicia, num. 1113/2013, de 22 febrero, rec 4083/2010, esas orientaciones y pautas generales *«no valen obviamente para aquellos casos en los que aparezcan circunstancias particulares que, valoradas ..., lo que hacen es que deban extremarse y anticiparse en el tiempo las precauciones preventivas (esto es, no levantar pesos) de la recurrente pero no solo como mujer gestante, sino también como trabajadora gestante debiendo la empresa evitarle ese riesgo con mayor anticipación que la genéricamente prevista»*.

**Los resultados de la evaluación** y, por consiguiente, la eventual afección de riesgos para el embarazo, puerperio o lactancia natural (art. 4.2 Directiva 92/85), se comunicarán a los representantes de los trabajadores y, en particular, a todas las mujeres que potencialmente puedan verse afectadas. Como se ha venido exponiendo, este

<sup>119</sup> Véase el epígrafe 4.4.

<sup>120</sup> Por ejemplo: STSJ Galicia, num. 2135/2016, de 13 abril, rec 2177/2015 –operaria en puesto de montaje de Peugeot–, se reconoce a partir de la 26ª semana de gestación, y no en la 18ª porque la trabajadora no tiene que inclinarse más de 10 veces hora por debajo de la rodilla, sino reiteradamente con ángulo de 30º sin bajar de aquélla.

derecho/deber de **información** de la trabajadora se convierte en esta parcela en un **instrumento preventivo de carácter esencial**, muy en particular en los primeros estadios del embarazo, con lo que se hace aún más intenso este deber empresarial previsto con carácter general en el art. 18.1.c) LPRL y que no puede limitarse a los específicos de su puesto de trabajo o función. Por el contrario, el contenido de dicha información individual debe determinarse en función del sexo y su potencial, aun ocasional o negligente exposición a los riesgos específicos del embarazo, puerperio o lactancia natural (arts. 14.1, 15.1.h y d, 15.3 y 4 LPRL).

4.1.A. Un concepto de riesgo específico construido sobre la interacción del trabajo y el estado biológico de embarazo, parto reciente o lactancia natural

Como hemos anticipado en el apartado precedente, el art. 26.1 LPRL, se refiere a la necesaria evaluación de los riesgos específicos que afecten a las trabajadoras embarazadas, en parto reciente o lactantes. También se refiere a la especificidad de ellos los arts. 39.5, y 47.5, ambos segundo párr. RD 295/2009, para referirse a la apreciación de los mismos a partir de un determinado estadio del embarazo de la trabajadora por cuenta ajena o propia, respectivamente. Pero, ¿qué es más concretamente “riesgo específico”? Los arts. 186.1 y 188.1 TRLGSS, no definen qué sea aquél limitándose en este aspecto a su remisión al art. 26 LPRL. Sí son mucho más informativos, los arts. 31.2, 40.2 y 49.2 RD 295/2009 que definen implícitamente aquéllos en negativo cuando afirma que «*no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto –o en la del hijo, según 49.2–, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado*». Y, finalmente, en la Disp. Adic. 3ª RD 295/2009, se prevé la elaboración de guías de evaluación de riesgos con el fin de valorar su existencia “homogéneamente” y definir aquéllos que puedan derivar del puesto de trabajo y que puedan afectar negativamente a la salud de las trabajadoras, el feto, o el hijo en los supuestos de lactancia natural.

Por consiguiente y en correspondencia con lo expuesto en el apartado precedente también sobre la Directiva, **el concepto de riesgo específico está construido por dos elementos fundamentales**. El primero y básico, **su incidencia sobre el embarazo, parto reciente o la**

**lactancia natural, descartando** los restantes riesgos o patologías que, por escasos que sean, en **absoluto afecten a dichos concretos estados o a los cambios físicos y psíquicos propios de aquéllos**. La especificidad se refiere también, como ya anticipamos, a la evaluación particularizada de cada una de aquéllas situaciones biológicas. Segundo, **“su relación”, que no “exclusiva causalización”, con el puesto de trabajo**, es decir, con los agentes, procedimientos, etc, presentes en el mismo. La especificidad del riesgo requiere una evaluación también específica, que establezca con suficiente precisión la conexión entre un concreto puesto de trabajo o función y el peligro potencial sobre cada uno de los estados biológicos protegidos<sup>121</sup>.

Desde la perspectiva preventiva, por consiguiente y como deja meridianamente claro tanto el TJUE como la Comisión, **la especificidad viene marcada por la perspectiva desde la que se observa el riesgo laboral, esa especial condición biológica sobre la que incurre y cómo pueda afectarle, además, a esa concreta mujer, y no por la cualidad del riesgo mismo**. De hecho, los anexos, tanto de la Directiva como del RDSP, no pueden ser sino listas no exhaustivas de los mismos y las guías perseguir una información homogénea para la evaluación inicial del puesto, que deberá ser posteriormente reevaluada, según vimos, desde una perspectiva subjetiva de la concreta trabajadora.

Sin embargo, algunas afirmaciones del Tribunal Supremo en un intento de enfatizar la conexión del riesgo con el puesto de trabajo, restringen en exceso el concepto de riesgo específico cuando lo identifica con un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé), **«que se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de**

<sup>121</sup> Como define el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 enero 2012, rec. 4541/2010: *«la contingencia –por riesgo durante el embarazo o la lactancia– se describe en términos de “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”, factores de riesgo que han de concurrir de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado, y que desde luego no son necesariamente los mismos para el embarazo o para la lactancia»*.

Por la doctrina, también se destacó que el riesgo puede ser tanto exclusivo del embarazo, parto o lactancia, como general que se agravan para la trabajadora, el feto o el niño por la particular situación biológica de la trabajadora: MARÍN ALONSO, I/GORELLI HERNÁNDEZ, J, *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, pág. 125.

*trabajo en que tal actividad se desenvuelve»* (SSTS 18 de marzo de 2011, rec. 1863/2010 y 25 enero 2012, rec 4541/2010). ¿Acaso se tenía en mente su delimitación frente a la IT? Puede ser, pues el propio Tribunal seguidamente afirma que con ello se *«permite acotar la contingencia protegida como aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana»*. Sin embargo, **los riesgos laborales no se definen por su exclusividad u originalidad sino por su ocurrencia en el trabajo** (como muestra: arts. 1 y 2.1, 4.2º y 3º LPRL), **como tampoco los factores personales y su interacción con los laborales están por ello excluidos de la especificidad de los mismos, en tanto incidan sobre dicho estado biológico** (aparte el precepto estudiado, por ejemplo, arts. 15.1.d) y 4, 25, 27.1 LPRL, art.37.3.b.2º y g RDSP, y art. 156 TRLGSS).

Tales afirmaciones, *obiter dicta* y que, a diferencia de las otras sentencias, apenas han sido repetidas por el Tribunal, no pueden sacarse de contexto y justificar con ello una visión en extremo restrictiva del concepto de riesgo específico. Por el contrario, pronunciamientos como el del TSJ Murcia, en su sentencia num. 583/2013, de 3 junio, rec 1191/2012, ponen el dedo en la llaga porque, verdaderamente, en la protección de la mujer embarazada o en período de lactancia, **esa mayor protección no se justifica sólo por su mayor vulnerabilidad, sino también o, incluso fundamentalmente, por la protección de un niño o un feto. El riesgo de un puesto de trabajo no sólo se hace más gravoso para la mujer adulta en tales condiciones biológicas, sino que se puede hacer insoportable** –incluso moralmente, socialmente insoportable– **en la medida en que pueda afectar a un menor**. Por ello, como asume la meritada sentencia *«no cabe formular interpretaciones que desvirtúen la finalidad de la regulación legal o impidan su efectividad»*, y cuando de prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia se trata, lo que hay que tener muy presente es que *«se debe tener en cuenta el interés del menor, en la medida que la finalidad de la ley pretende su protección»*. Verdaderamente, como señala la meritada sentencia, la especificidad del riesgo no exige que tenga que ser “especial”; *«y no deben excluirse porque puedan darse en otros lugares o en diversas circunstancias, sino que operan en la correspondiente*

*evaluación porque la actora las soporta en su actividad y pueden manifestarse en perjuicio del lactante, sujeto protegido». Repárese en que «Se trata de proteger una situación que aparece, como consecuencia de la propia Ley, como más vulnerable, y si se aplicasen los criterios con absoluta rigidez se llegaría a la consecuencia de que, para percibir la prestación, incluso antes de la situación de embarazo o lactancia, la trabajadora en ningún momento podría desarrollar el trabajo en cuestión. Tal consecuencia no es la querida por la Ley, pues debe partirse del cambio cualitativo producido con la situación que se pretende proteger».*

#### 4.1.B. Algunos ejemplos de riesgo específico durante el embarazo

La litigiosidad sobre las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia ha sido y es muy intensa, quizás sobre todo desde que se hicieron más ventajosas con su conversión a contingencias profesionales. Por eso aquí tan sólo podemos aspirar a ofrecer una muestra que, además, sólo puede tener un interés relativo, pues el carácter casuístico y dependiente de la prueba practicada y de su valoración –normalmente en la instancia– impedirá asumir posturas unívocas de partida. Con las cautelas señaladas, han sido valorados como riesgos específicos para el embarazo, por ejemplo:

-Los que afectan al trabajo de fisioterapeuta a partir de la semana 24 de gestación (STSJ Cantabria, num. 908/2014, de 18 diciembre, rec 781/2014)<sup>122</sup>.

-También al de auxiliar de ayuda domiciliaria, por manejo de pesos, y con indiferencia de cual sea la semana de gestación (STSJ Galicia, num. 1113/2013, de 22 febrero, rec 4083/2010).

-Dependienta autónoma en supermercado de ultramarinos, con manejo de cargas, bipedestación prolongada y ausencia de espacio para el descanso (STSJ Asturias, num. 153/2013, de 25 enero, rec 2831/2012).

---

<sup>122</sup> Por «carga física deriva de la necesidad de bipedestación prolongada en su trabajo durante más de 4 horas por jornada, manipulación de pacientes impedidos y adoptar posturas alejadas del equilibrio (cucullas y flexión del tronco), lo que comporta un pequeño riesgo de parto prematuro (menos de 37 semanas), y bajo peso del recién nacido, sin consecuencias en su desarrollo».

-Operaria en puesto de montaje de Peugeot, se reconoce a partir de la 26ª semana de gestación (STSJ Galicia, num. 2135/2016, de 13 abril, rec 2177/2015).

No se ha apreciado riesgo específico durante el embarazo, en cambio:

-Para conductora de autobús, por descartar la posibilidad de accidente de tráfico como riesgo específico, siendo aquél de carácter genérico, y por cuanto el riesgo específico de conducción de un turismo o similar sólo afecta a partir de la 37 semana –según protocolo de protección–, u otras previas, por cuanto el factor de riesgo por vibraciones solamente tiene consideración e importancia en el ámbito de la conducción de vehículos pesados e industriales, que no es el caso (STSJ País Vasco, num. 1715/2014, de 30 septiembre, rec 1681/2014). Ni, por similares razones, a la viajante de comercio que conduce un turismo antes de la trigésimo séptima semana de gestación (STSJ País Vasco, núm. 699/2014 de 8 abril, rec 520/2014). Después de lo expuesto en el epígrafe precedente y como se insistirá más adelante, en mi opinión, estas decisiones serían cuestionables en tanto la posibilidad de accidente de tráfico como riesgo genérico se convertiría en específico por su posible incidencia en el embarazo y la gravedad de sus consecuencias.

-Ni a la educadora de niños entre 4 y 12 años, pues no consta que se lleve carga física por porteo de niños, ni sobreesfuerzos ni agresiones (STSJ País Vasco, num. 517/2013 de 19 marzo, rec 358/2013).

Las trabajadoras del **sector de la salud** merecen un tratamiento aparte por la abundante litigiosidad, jurisprudencia y doctrina judicial respecto de aquéllas. Así, no se ha apreciado concurrencia de riesgo durante el embarazo:

-De técnica especialista en radiodiagnóstico, por falta de acreditación de la existencia de un riesgo específico y directo, habiéndose probado tanto la ausencia de exposición directa a la radiación como la inexistencia de radiación latente tras la adaptación y cambio de puesto de trabajo de conformidad con el Real Decreto 783/2001 de reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (STSJ País Vasco, num. 487/2014, de 11 marzo, rec 336/2014).

-Ni a la trabajadora de servicios generales en oncología con funciones de administrativa y celadora con puesto de trabajo adaptado –



ej. con compañera de apoyo– y un dosímetro que marca que la dosis de radiación a que ha sido expuesta en tales labores es de O'O mSv. (STSJ Galicia, num. 754/2016, de 12 febrero, rec 821/2015).

-Ni a la ATS en Centro de Salud (STSJ Andalucía, Málaga, num. 1290/2013, de 4 julio, rec 448/2013, con reiteración mimética de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 18.3.11 en el recurso 1863/2010 (RJ 3553/2011).

#### 4.1.C. Algunos ejemplos de riesgo específico durante la lactancia

En aplicación de la doctrina general, también –en particular, cabría decir– respecto de la lactancia, quedan por tanto descartadas declaraciones globales y genéricas de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de trabajo, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante<sup>123</sup>.

<sup>123</sup> No basta, por ejemplo, respecto de médico de urgencias hospitalarias, la indicación de riesgos físicos, químicos y biológicos que se ciñan a: a) "la proximidad de radiación", sin mayores detalles que permitan establecer cuál es el uso, características y alcance de aparatos que emitan tales radiaciones en el caso concreto del puesto de la actora; b) "riesgos infecto contagioso con pacientes", sin enumerar siquiera a qué tipo de infección se refiere, ni en qué datos epidemiológicos habituales en el servicio de urgencias se fundamenta; y c) "contacto con sustancias farmacológicas", con carencia igualmente de precisión tanto respecto de las sustancias como del tipo de contacto (STS. 21 marzo 2013, rec 1563/2012). O, como se descarta en las numerosas sentencias del Tribunal Supremo sobre las enfermeras del Hospital Costa del Sol, no basta con describir, genéricamente: exposición a agentes químicos y biológicos, cortes pinchazos, así como riesgos de atropello o golpes de vehículos por desplazamiento (por todas: STS. 22 de noviembre de 2011 –rec. 306/2011–, enfermera de hospitalización–). Tampoco la médico-pediatra de Centro de Salud, expuesta a contaminantes biológicos, químicos, cortes, pinchazos, accidentes de tránsito, sobreesfuerzos y accidentes causados por seres vivos (agresiones) (STS. 21 de septiembre de 2011, rec 2342/2010). En similar sentido, no procede la prestación en caso de ATS con trabajo a turnos rotatorios y puesto afecto de a) riesgos físicos: radiaciones ionizantes; en la unidad se realizan exámenes radiológicos ante la imposibilidad de trasladar a los pacientes (edad extrema y/o inestabilidad hemodinámica) al servicio de Radiología. B) biológicos: por estar en contacto con agentes biológicos como VIH, VHC, VHB, y enfermedades transmisibles como varicela, meningitis, enterocolitis, bronquiolitis, etc. c) químicos y tóxicos: por la utilización de productos farmacéuticos y de uso sanitario (manejo y administración); analgésicos narcóticos (opióceos), productos citostáticos o citológicos; óxido nítrico (STS. 24-6-2013, rec. 2488/2012).

En similar sentido, la tarea de especificación de riesgos no existe en el relato fáctico, en lo referente a las radiaciones ionizantes, pues el artículo 10.2 del Real Decreto 783/2001 exige que el riesgo para la lactancia esté ligado no a la existencia de las radiaciones ionizantes en general

(...)

Respecto de la lactancia, tampoco es suficiente la constancia de los riesgos genéricos de agresión y/o posible transmisión de enfermedades infecto-contagiosas (tales como hepatitis b), sida o tuberculosis) del puesto de trabajo de educadora en centro de reeducación de menores sin descripción, valoración y acreditación, de manera específica en relación con la lactancia<sup>124</sup>.

---

sino, en particular, a la radiación proveniente de sustancias radioactivas (STSJ de Galicia, num. 362/2015, de 26 enero, rec 1380/2013 –técnico especialista en radiodiagnóstico a la que se deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural, pese a reconocer que una vez comunicada la lactancia no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo mayor de contaminación radiactiva, no constando que se hayan asignado dichos trabajos a la actora–, entre otras del mismo Tribunal respecto de enfermeras en distintos puestos de trabajo). En el mismo sentido, también sobre técnico de radiología: STSJ Galicia, num. 2023/2016, de 7 abril, rec 3956/2015: *«que la única limitación es la utilización de rayos X portátiles si no hay posibilidad de barreras estructurales al realizar el disparo, y no hay prueba de que tales barreras no existan o de que tales pruebas tengan que ser realizadas necesariamente por la demandante y la frecuencia de las mismas»*. En similar sentido, también respecto de la exposición a radiaciones ionizantes y falta de prueba de que signifique asimismo un riesgo específico para la situación de lactancia de la trabajadora demandante (STSJ Galicia num. 2499/2015 de 14 mayo, rec 1371/2014). Se reitera doctrina en STSJ Galicia, num. 164/2015, de 19 enero, rec 980/2013, respecto de lactancia y enfermera que presta servicios en urgencias.

<sup>124</sup> STS de 13 de mayo de 2015, rec. 3114/2013 (voto particular en contra, sosteniendo que en el caso sí hay riesgo específico para la lactancia en cuanto hay una exposición permanente de la trabajadora al riesgo de contagio de enfermedades infecto-contagiosas –como el SIDA– respecto de las que el riesgo de transmisión al lactante a través de la leche materna es incuestionable, estando por lo demás certificado el riesgo por la Mutua y habiéndose reconocido el mismo previamente a otra trabajadora del mismo centro en sus mismas circunstancias y por el misma Sala). La sentencia confirma la STSJ C. Valenciana, num. 1977/2013, de 25 septiembre, rec 220/2013 –consta una jornada, que los fines de semana es de 08'30 a 23'30 horas–. En similar sentido, también se desestima la prestación por riesgo durante la lactancia de educadora en turno de noche –22.50 a 8.25h (4 noches seguidas y 3 de descanso), pues se valora como mínima la probabilidad de que el educador entre en contacto con agentes biológicos– en centro de reforma y corrección de menores: STSJ C. Valenciana, num. 2415/2013, de 11 noviembre, rec 995/2013.

Tampoco reconoce riesgo durante la lactancia a la educadora en centro de acogida de adolescentes, con trabajo a turnos y jornada de 12 horas los fines de semana, puesto que el contagio de SIDA o hepatitis B es improbable y evitable y los riesgos de agresiones y estrés afectan al embarazo pero no a la lactancia: STSJ País Vasco, num. 185/2015, de 27 enero, rec 2547/2014.

Por el contrario, sí aprecia la concurrencia de riesgo específico para la lactancia de trabajadora que presta servicios para una Fundación, por contacto con personas portadoras de enfermedades infecciosas y en contacto con productos biológicos de riesgo (orina, deposiciones, etc) (STSJ Castilla-La Mancha, num. 538/2013, de 25 abril, rec 1950/2012).

En similar sentido, no se considera acreditada la concurrencia de riesgo específico para la lactancia: STSJ Cataluña, num. 399/2016, de 26 enero, rec 5777/2015 –conductora de transporte sanitario (ambulancia)– (entre otros, Exposición a agentes biológicos, de cualquier

(...)

Es significativo que ni siquiera **la mera posibilidad de sufrir un accidente biológico por el personal sanitario** haya sido admitida por el Tribunal Supremo como un riesgo para la lactancia pues ésta «*no actúa como especial factor de riesgo, ni tampoco a la inversa*» (STS de 1 octubre 2012, rec 2373/2011). También en similar sentido se pronuncia un sector de la doctrina judicial, por apreciar además, según creo interpretar, una baja probabilidad de contagio por parte del personal sanitario de las enfermedades transmisibles a través de la lactancia, y aún más baja de desarrollo de la enfermedad y, pese a reconocer, que en caso de pinchazo accidental la mujer debe abandonar la lactancia<sup>125</sup>. En mi opinión esta doctrina debería corregirse, pues hay riesgo específico para la lactancia en todo aquél en que ese contagio, aun accidental pero no meramente ocasional o extraordinario al ser propio de la profesión, pueda suponer su transmisión al bebé a través de la lactancia, como es el caso del VIH<sup>126</sup>. De hecho, ni el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a

---

tipo, por contacto con fluidos biológicos de usuario enfermo o por traslado de enfermo infectocontagioso, con jornadas de jornadas de 12 horas, de 9:00 a 21:00 horas).

Tampoco se acredita riesgo específico para la lactancia en el caso de ginecóloga con atención a pacientes en planta de hospitalización, guardias médicas e intervenciones quirúrgicas, ni biológico ni químicos, más allá de las incomodidades que puedan suponer el trabajo nocturno o a turnos: STSJ Andalucía, Sevilla, num. 2106/2015, de 24 julio, rec 980/2015.

<sup>125</sup> Véase nota anterior. Muy argumentada la línea doctrinal, por ejemplo, en: SSTSJ Galicia num. 2499/2015 de 14 mayo, rec 1371/2014 y Galicia, num. 164/2015, de 19 enero, rec 980/2013. También se parte de una baja exposición, por ejemplo, en: STSJ de Andalucía, Sevilla, num. 9/2015, de 8 enero, rec 979/2014

<sup>126</sup> En este sentido se pronuncia los magistrados EXCMA. SRA. D<sup>ª</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun y EXCMO. SR. D. Jordi Agusti Julia en voto particular a la STS. Sentencia de 13 mayo 2015, 3114/2013, respecto del trabajo de educadora en centro de reeducación de menores: «*La "ratio decidendi" de la sentencia de la mayoría se halla en la inexistencia de riesgos específicos y no analiza la segunda de las circunstancias a las que antes he hecho alusión –la de la posible adaptación o cambio de puesto de trabajo– 2. Y, sin embargo, ninguna duda podía haber sobre la concurrencia del riesgo para la lactancia; tal y como aparece descrito en el hecho probado antes indicado que, precisamente, es recogido también en el primer párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la mayoría. Estamos ante la constatación de un riesgo que sí presenta las características exigidas por la doctrina de esta Sala 4<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo citada a la que la opinión mayoritaria se refiere, y sobre cuya base la Sala de suplicación desestimó ya el recurso de la trabajadora, dado que figura certificado como tal por la propia Mutua aseguradora. Existe riesgo de contagio de determinadas enfermedades susceptibles, a su vez, de ulterior transmisión al lactante a través de la leche materna –y tal riesgo resulta incuestionable, al menos, en el caso del SIDA–; y, además, se acredita una situación de constante exposición de la trabajadora en su labor de intervención directa en el Centro de reeducación de menores como responsable de su formación integral».*

agentes biológicos durante el trabajo (vid art. 14), ni la Guía Técnica para la Evaluación y Prevención de los Riesgos Relacionados con la Exposición a Agentes Biológicos, (INSH, 2014), atribuyen a este tipo de contagio un carácter accidental, como podría suceder por los agentes de la Ley, sino consciente y derivado de su exposición en sus tareas diarias. Y ello es así, también en mi opinión, con independencia de que la probabilidad de contagio sea baja, media o alta, pues de hecho en ningún caso podría negarse la necesidad de adoptar medidas preventivas. Una cosa es la existencia de riesgo, y otra la posibilidad de su eliminación a través de adaptación, cambio funcional o, finalmente, si persiste el peligro –incluso por descuido, o por reducción del riesgo–, la suspensión. Quizá lo que sustenta el debate, realmente sea la cuestión de si procede o no la aplicación del criterio de proporcionalidad en el acceso a la prestación, lo que en mi opinión (véase ep. 4.1.E), debe quedar en principio descartado.

Sí son riesgos específicos para la lactancia los **químicos**, por ejemplo, cuando la trabajadora se ve expuesta a las sustancias etiquetadas como peligrosas para la lactancia por el apartado 3.a) del Anexo VII (STSJ Asturias, num. 729/2015 de 24 abril, rec 60/2015 –Higienista Dental–). De tal manera, los productos que no sean etiquetados como peligrosos para la lactancia no pueden ser identificados como riesgos específicos para ella, siendo además necesario que se indique la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora, en su concreto puesto de trabajo, a cada uno de aquellos agentes químicos<sup>127</sup>. También se ha reconocido la prestación por riesgo durante la lactancia a expendedora-vendedora en una estación de servicio por exposición a compuestos orgánicos volátiles (benceno) al tener contacto directo con el diésel (SSTSJ Castilla y León, Burgos, num. 678/2015, de 9 octubre, rec 621/2015; TSJ Galicia núm. 1348/2012, de 2 marzo –plomo y otros metales pesados–). Y a la Técnico especialista de laboratorio para la empresa BR SALUD UTE en el Hospital con tareas de recepción, manipulado y procesado de muestras biológicas y la utilización de productos químicos para el procesado de aquellas, expuesta tanto a riesgos químicos como biológicos

---

<sup>127</sup> Por tanto, al no apreciarse ambos requisitos, concreción en la evaluación y sustancias etiquetadas con R-64, no hay riesgo específico para la lactancia y consiguiente prestación de la limpiadora de laboratorio, almacén y oficinas de Central Térmica (STSJ Andalucía, Sevilla, num. 1403/2014, de 22 mayo, rec 2025/2013).

pues, aun cuando no exista riesgo incontrolable, siempre existe la posibilidad de contagio accidental que puede tener lugar dada la profesión ejercida y contenido de la actividad llevada a cabo y en tales condiciones y habida cuenta que no es posible el cambio de puesto de trabajo o su adaptación (STSJ Madrid, num. 17/2015, de 19 enero, rec 445/2014)<sup>128</sup>. No obstante, también la exposición a citostáticos por los trabajadores del sector sanitario ha sido ocasionalmente desvalorada como riesgo para la lactancia natural, por ejemplo, por no constar que el depósito contenedor de los restos esté en el despacho o planta de la trabajadora, o por limitarse la trabajadora a su administración (STSJ de Andalucía, Sevilla, num. 9/2015, de 8 enero, rec 979/2014).

4.1.D. En particular, el riesgo para la lactancia: el trabajo nocturno, a turnos, las extensas jornadas y ausencia de medios paliativos de la falta de toma directa

El riesgo durante la lactancia natural puede referirse a la protección de la lactancia misma. Así el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 24 de abril, 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rec. 818/2011, 2361/2011 y 1298/2011), analizó el tiempo de trabajo como factor de riesgo para la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros de avión<sup>129</sup>. En tales condiciones, el Tribunal admite como riesgo para la lactancia el régimen de trabajo al que están sometidas dichas tripulantes, en tanto que el particular sistema de turnos y de distribución horaria y el lugar de la prestación de servicios en vuelo impiden *«la pauta de las tomas propias de la lactancia natural»*, *«así como la extracción de la leche materna y su conservación, por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas»*. Y es que *«tal impedimento de "compatibilizar la toma o la extracción de la*

<sup>128</sup> Está expuesta a agentes químicos etiquetados con: R40, R45, R46, R49, R60, R61, R63 y R68 ácido acético, metanol, etanol y formaldehído y está en contacto con muestras biológicas sin identificar que manipula y procesa, que se concreta en contagio por transmisión sanguínea de virus VIH y Hepatitis que pueden pasar a la leche materna y contagio por transmisión aérea (gotas) de tuberculosis, que no pasan a la leche materna y rubeola.

<sup>129</sup> En aplicación de dicha doctrina, también respecto de tripulantes en cabina de pasajeros, por ejemplo: SSTSJ Andalucía, Sevilla, num. 804/2014, de 19 marzo, rec 1297/2013; TSJ Madrid, num. 254/2013, de 7 mayo, rec 5149/2012; Cataluña, num. 2342/2013, de 28 marzo, 195/2013 y Cataluña, num. 1846/2013, de 12 marzo, rec 2280/2012 (ambas reconocen además, entre otros, la existencia de riesgos para la lactancia derivados de las radiaciones ionizantes).

*leche" materna puede comportar, según regla de experiencia, riesgos para la salud de la madre ("mastitis") o para la propia subsistencia de la lactancia natural ("inhibición definitiva de la leche")».* Como se ve, en tales sentencias **no era el tiempo el único factor de riesgo, sino que era el conjunto de las particulares condiciones en que se desenvolvía el trabajo, las que hacían incompatible la lactancia.**

A la inversa, en aplicación de esa misma doctrina, el Tribunal Supremo ha denegado en numerosas ocasiones el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural en el ámbito del trabajo a turnos de 24 horas y trabajo nocturno de las ATS y médicos, aun cuando éstos no puedan autorregular las pausas para extracción. Y ello porque **ni la turnicidad ni la nocturnidad son en sí mismos y con carácter general factores de riesgo específico para la lactancia**, ni la referencia al trabajo nocturno o a turnos del art. 26.4 LPRL y del art. 7 de la Directiva suponen una presunción legal de existencia de tal riesgo. De hecho no están contemplados en el RSP, con lo que **tendría que acreditarse en el caso concreto** las circunstancias que las puedan configurar como tal<sup>130</sup>.

Por tanto, conforme a esa jurisprudencia del Tribunal Supremo, el tema del riesgo para la lactancia y tiempo de trabajo en el sector sanitario o en otros en que se trabaje en condiciones similares no está cerrado pues, como vemos, admite prueba para el caso concreto. Prueba que, conforme a su doctrina, podría articularse de dos formas. Una, como en el caso de las tripulantes, acreditando que la incompatibilidad de la "toma" directa no pueda paliarse con la extracción de la leche a tenor de las particulares circunstancias del lugar en que se desarrolla la prestación de servicios, con impedimento tanto de la extracción de la leche como su

<sup>130</sup> Por todas SSTs. 21 marzo 2013, rec 1563/2012 –médico de urgencias–; 24-6-2013, rec. 2488/2012 –ATS en trabajo a turnos de mañana, tarde y noche–; 1 de octubre de 2012, rec 2373/2011, 7 de abril de 2014, rec 1724/2013 y 28 octubre 2014, rec 2542/2013 –ATS en servicio de urgencias en Hospital Comarcal, turnos rotatorios, de mañana-tarde de 14 horas y noches de 10 horas (a la semana un solo turno de mañana-tarde y al día siguiente un solo turno de noche y con libranza de 3 días); 23 de enero de 2012 (rec. 1706/2011) –camillera que presta sus servicios en turnos nocturnos y de 24 horas–.

Por ejemplo, incluso siendo la única enfermera en el turno de noche de 1 a 7.00, deniega la prestación: STSJ de Andalucía, Sevilla, num. 9/2015, de 8 enero, rec 979/2014. También la deniega en aplicación de dicha doctrina a la ATS que hace turno de 24 horas ininterrumpidas cada seis días, puesto que sólo se realiza esa extensa jornada cinco veces al mes y no se ha demostrado que no pueda suplirse por la extracción artificial de la leche –inexistencia de salas o frigoríficos–: STSJ Madrid, num. 853/2015, de 6 noviembre, rec 672/2015.

conservación. Otra, «*cuando la extracción fuera, en el supuesto concreto método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante*». Esta posibilidad la entiendo, en atención al caso particular, subjetivo, de la concreta mujer y niño.

Un ejemplo de procedencia de la prestación por riesgo durante la lactancia natural derivado de las **condiciones subjetivas de la trabajadora y el niño** en interacción con los riesgos del puesto de trabajo, sería el que ofrece la STSJ Galicia, num. 844/2015, de 13 febrero, rec 2455/2013. En tal caso el trabajo a turnos se convierte en un impedimento para la lactancia natural pues tanto la madre como la niña presentan factores de riesgo individual que requieren un ritmo de vida regular para evitar interferencias con la lactancia<sup>131</sup>. Otro supuesto sería, en mi opinión, aquél en que se acredite la falta de idoneidad de la extracción artificial para la concreta mujer o lactante.

Parecen mayoritarias las sentencias que aprecian riesgo durante la lactancia de los trabajadores del sector sanitario que realizan **jornadas extensas prestando sus servicios en ambulancia medicalizada o similares**, al ser sus dificultades para la extracción y conservación de la leche equiparables a las de las tripulantes de avión. Por ejemplo, se le reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia a **enfermera de UVI móvil**, con jornadas de 24 horas cada 4 ó 5 días, y riesgo por tóxicos y de contagio biológico –VIH, HTLV-I y II, hepatitis A, B y C, y enfermedad de Chagas–, sin posibilidad de cambio a puesto de trabajo no afecto de turnicidad (STSJ Galicia, num. 985/2014, de 13 febrero, rec 4852/2011)<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> «*teniendo en cuenta el tipo y características de su puesto de trabajo y la presencia de factores de riesgo individual tanto derivados de la madre como de la lactante, al padecer la primera diabetes mellitus tipo 1 insulino dependiente e hipotiroidismo autoinmune y tiroiditis linfocitaria crónica, mientras que la niña sufrió depresión perinatal con episodio perinatal de distrés respiratorio con polipnea, tiraje subcostal y quejido espiratorio intermitente, desarrollando además una crisis convulsiva tónico clónica a las pocas horas de nacer. En revisión ... se observó estancamiento de la curva ponderal, por lo que se encuentra a seguimiento por el servicio de pediatría*». Además, consta que la niña rechaza el biberón, siendo necesaria la toma directa con más frecuencia.

<sup>132</sup> En similar sentido, hay toda una línea doctrinal del **TSJ País Vasco**, que se funda en los diversos riesgos que afectan a los puestos de tales trabajadores (biológicos, químicos, riesgos ambientales y psicosociales: turnicidad, nocturnidad), así como en la imposibilidad de extracción y conservación de la leche: SSTSJ País Vasco, num. 199/2013, de 29 enero, rec 9/2013 (enfermera en ambulancia medicalizada); 19 de febrero de 2013, rec 131/2013 (ATS-DUE que trabajaba en botiquín de Michelin, a tiempo parcial en turno de noche y sola, con algunas jornadas muy largas, sin posibilidad de extracción y conservación de la leche,

(...)

No obstante, y siguiendo lo que parece una pauta generalizada en el tratamiento del riesgo durante el embarazo y la lactancia, no hay univocidad de criterios y también son abundantes las sentencias que en

expuesta también a radiaciones ionizantes); y 30 de octubre de 2012 (recursos 9/2013 y 2351/2012) que tratan de casos de ATS-DUE que trabajan en turnos en ambulancias medicalizadas. Y conductor-técnico sanitario, de 8 de noviembre y 11 de octubre de 2011 (recursos 86272013, 2060/2011 y 1918/2011). Posteriormente en casos similares, como reconoce el propio Tribunal, la procedencia de **la prestación la funda esencial o exclusivamente de la consideración del trabajo nocturno como riesgo específico para la lactancia al afectar al ciclo circadiano, junto a las referidas dificultades de extracción y conservación**, siguiendo los criterios de la Guía de la Asociación Española de Pediatría y de la Recomendación 95/1952 de la OIT: SSTSJ País Vasco, num. 779/2014, de 29 abril, rec 603/2014 (conductor-Técnico sanitario, con turnos rotatorios y noches, y jornadas de 12 horas) y num. 805/2014 de 29 abril, rec 605/2014 –trabajos de soporte vital básico en ambulancias de urgencias, jornada también de 12 horas y turnos rotatorios y noches–; STSJ País Vasco 28 de mayo de 2013, num. 954/2013, rec 862/2013 –auxiliar especializada técnico en transporte sanitario–; STSJ País Vasco, num. 2476/2014, de 16 diciembre, rec 2179/2014 –enfermera de emergencias en ambulancia medicalizada, con 6 guardias de 24 horas al mes–; STSJ País Vasco, num. 1866/2014, de 14 octubre, rec 1856/2014 –técnico en transporte sanitario-auxiliar, y el trabajo lo realiza en turnos de 12 horas, tanto de día como de noche–. También, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre lactancia y tripulantes en cabina de pasajeros, las SSTSJ Castilla-La Mancha, num. 1127/2015, de 23 octubre, rec 199/2015 y Castilla-La Mancha, num. 1533/2013, de 27 diciembre, rec 795/2013, les reconoce la prestación a la técnico-camillero en emergencias sanitarias en UVI móvil, con atención a pacientes sin diagnosticar, y guardias de 24 horas sin previsión de duración de los traslados, ni instalaciones adecuadas para la extracción y conservación de la leche. En similar sentido respecto de ATS-DUE para la empresa SUMMA 112, realizando sus funciones dentro de la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural, con jornada laboral de lunes a domingo, realizando la jornada laboral completa distribuida en 120 jornadas de 17 y 24 horas. Y funciones de prestación de asistencia sanitaria propia de su titulación en domicilio, en situaciones de urgencia y excepcionalmente en vía pública: STSJ Castilla-La Mancha, num. 142/2016, de 9 febrero, rec 593/2015.

En esta línea, muy clara la STSJ Madrid 25-9-2014, num. 845/2014, rec 68/2014, enfermera en empresa SUMMA112, realizando un trabajo en turnos de 24 horas y 12 horas, siendo su jornada anual de 1440 horas distribuidas en 120 jornadas de 24 y 12 horas, realizadas de lunes a domingo, puesto que *«el trabajo de la actora se desarrolla mayoritariamente en el vehículo médico o sanitario, en domicilio o vía pública, en función de urgencia y emergencia, es evidente que concurre una imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche lo que no podía llevar a efecto ni el vehículo, ni en los domicilios de los enfermos ni en la vía pública, lo que igualmente se veía dificultado por las asistencia a enfermos con carácter de urgencia que no pueden planificarse ni interrumpirse para proceder a tal extracción, por lo que concurren las mismas circunstancias perjudiciales para la lactancia natural, que en los supuestos examinados por el Tribunal Supremo y consecuentemente procede la desestimación del primero de los motivos del recurso»*. También, en similar sentido: STSJ Madrid, num. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013 –enfermera DUE de emergencias, desarrollando su labor en el SUMMA 112 de Alcalá de Henares, con servicios en turnos de trabajo de 24 horas, pernoctando en el local de su unidad que cuenta con dos habitáculos, debiendo compartir la actora el mismo lugar de descanso que el médico de la unidad–.



tales casos deciden en contrario, rechazando la existencia de riesgo específico y denegando, consiguientemente, la prestación<sup>133</sup>.

**Respecto de otras actividades**, se ha declarado que procede la prestación por riesgo en la lactancia natural a **escolta**, en tareas de protección de personas por apreciarse riesgos específicos derivados de la irregular distribución de sus horarios, la posibilidad del trabajo nocturno, la imposibilidad de previsión respecto de las pautas de tomas sin disponer de un lugar adecuado que garantice un mínimo confort, higiene e intimidad para poder extraerse la leche y conservarla, y evitar la posibilidad de una mastitis o la inhibición definitiva de la leche (STSJ Navarra, num. 348/2013, de 19 diciembre, 306/2013). También a la **conductora de camión de recogida de basuras**, en tanto su horario nocturno constituye un riesgo específico para la lactancia, así como su carácter inflexible y continuado de la prestación, junto con otros biológicos y de vibraciones que también se aprecian (STSJ Cantabria, num. 11/2016, de 12 enero, rec 717/2015).

4.1.E. La alarmante necesidad de homogenización tanto en los criterios técnicos como en la doctrina judicial

Acabamos de ver lo que parecen importantes discrepancias entre las soluciones que nuestros TSJ ofrecen respecto del riesgo durante la lactancia en la prestación de servicios de ambulancia medicalizada o similares y cómo los pronunciamientos que aprecian el riesgo en tales

<sup>133</sup> SSTSJ Cataluña, num. 399/2016, de 26 enero, rec 5777/2015 –conductora de transporte sanitario (ambulancia)– y TSJ Cataluña, num. 8273/2013, de 17 diciembre, rec 2397/2013 y Cataluña, num. 6971/2013, de 25 octubre, rec 4027/2013 –ambas, TTS camillero en empresa de ambulancias– (entre otros, Exposición a agentes biológicos, de cualquier tipo, por contacto con fluidos biológicos de usuario enfermo o por traslado de enfermo infectocontagioso, con turnos rotativos de mañana, tarde y noche y jornadas continuadas de 12 horas, de 9:00 a 21:00 horas). También deniegan: STSJ Galicia, num. 825/2013, de 31 enero, rec 2691/2010, enfermera de base doble del servicio de Urgencias 061, con turnos de 24 horas cada cinco días, excepto en los cinco meses de vacaciones que son cada 4 días, combinando el servicio de asistencia en la base de ambulancias y en el helicóptero medicalizado. Realizando descansos en función de la combinación helicóptero-base, y base-helicóptero que haya realizado. También, STSJ Madrid, num. 853/2015, de 6 noviembre, rec 672/2015 –deniega a ATS en la Unidad Medicalizada de Emergencias 24 (UME 24), con turnos de trabajo de 24 horas, un día de cada seis, de lunes a domingos–. STSJ Extremadura, num. 360/2015, de 14 julio, rec 199/2015 –DUE en Unidad Medicalizada de Emergencias (UNE), además de no apreciarse riesgo específico se considera posible el cambio de puesto de trabajo–.

condiciones, pese a su primera apariencia, no entran en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero, yendo aún más lejos, bajo el paraguas de la acreditación casuística de los riesgos, las decisiones de la instancia y de los Tribunales Superiores imponen con cierta facilidad su propio criterio. Un claro ejemplo puede ser la valoración de las condiciones del tiempo de trabajo como riesgo para la lactancia; de hecho hay una clara línea de doctrina judicial que, aun después de conocida la doctrina del Tribunal Supremo sobre lactancia y trabajo a turnos o nocturno, considera acreditado que la nocturnidad es un riesgo específico para la lactancia en tanto afecta a los ciclos circadianos y, consiguientemente, a la lactancia misma<sup>134</sup>.

También, aun después de conocida la doctrina del Tribunal Supremo sobre riesgos específicos y el sector sanitario, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han mantenido, por ejemplo, que existe riesgo durante la lactancia respecto de ATS que presta servicios en el Servicio de Reanimación del Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña en turno rotatorio de mañana, tarde y noche por estar afecto de riesgo por determinados agentes externos ya biológicos (infecciones víricas, bacterianas, por VIH o hepatitis) ya químicos (manejo y administración de fármacos Citostáticos) así como por procedimientos que puedan influir negativamente en la salud (se practican pruebas radiológicas en la unidad) y la existencia de riesgos psicosociales (turnicidad y nocturnidad) y ello teniendo en cuenta que al estar adscrita al servicio de reanimación, resulta difícil o imposible la previsión de más personal o adopción de medidas que eviten tales riesgos; a lo que añade la imposibilidad de reubicar a la trabajadora en otro servicio que se acomode a las limitaciones que se reconocen por el servicio de vigilancia de la salud (STSJ Galicia, num. 2162/2016 de 18 abril, rec. 2884/2015)<sup>135</sup>. Igualmente, por ejemplo, se aprecia la concurrencia de

---

<sup>134</sup> Véase nota 132.

<sup>135</sup> También procede la prestación por riesgo durante la lactancia de matrona en hospital infantil, sometida a riesgos biológicos, riesgos químicos: utilización, manejo y manipulación de productos de farmacia, metilgometrina, amiodarona, dinoprostona, mepivacaina, ritodrinina, notroglicerina, cabergolina, dopamina, amrinona, antivirales sistémicos y misoprostol, (y) riesgos ambientales y psicosociales: turnicidad, nocturnidad, carga mental" (STSJ Galicia, num. 1931/2015, de 14 abril, rec 1184/2013). Procede también la prestación por riesgo durante la lactancia de la enfermera en la Unidad de Cuidados Intensivos de Coronarias con turnos rotatorios complejos de mañana, tarde y noche de 10 horas y en contacto con la técnica SPECT, sin que el hospital haya realizado una verdadera adaptación del puesto de trabajo (...)

riesgo para la lactancia de la ATS/DUE en Unidad de Trasplante Abdominal con turno completo rotatorio de mañana, tarde y noche, donde se aprecia riesgo para la lactancia como consecuencia de riesgos ergonómicos, riesgos de exposición a formaldehidos, riesgos de exposición a citostáticos, según consta en el informe de evaluación específica del puesto de la trabajadora, dado que además no se ha procedido a la adaptación de éste (STSJ Galicia, num. 408/2015, de 27 enero, rec 930/2013).

Y, sin embargo, en otras sentencias consideran esos mismos riesgos no específicos para la lactancia. Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Galicia num. 2499/2015, de 14 mayo, rec 1371/2014, respecto de enfermera en la Unidad de UCI Intermedios del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, que deniega la prestación ante similares riesgos<sup>136</sup>. La cuestión, si cabe es aún más preocupante si recordamos que

---

(STSJ Galicia, num. 4132/2015, de 14 julio, rec. 3297/2014). Y a la ATS/DUE que presta servicios como profesional Técnico Especialista de Imagen para el diagnóstico (TER) en la Unidad de Radiología de Hospital, en turno rotatorio de mañana, tarde y noche, en puesto de trabajo afecto de exposición potencial a radiaciones ionizantes y riesgos biológicos (STSJ Galicia, num. 805/2015, de 18 febrero, rec 1946/2013). Procede igualmente en el caso de la enfermera en servicio de urgencias en el Complejo Hospitalario Universitario (STSJ Galicia, num. 1454/2014, de 11 marzo, rec 674/2012), donde constan: Riesgos físicos como radiaciones ionizantes pues existe la imposibilidad de trasladar a los pacientes al Servicio de Radiología. Riesgos biológicos por estar en contacto con agentes biológicos con VIH, VHC VHB y enfermedades transmisibles como varicela, meningitis. Riesgos psíquicos por estar sometida a turnos rotatorios complejos (turnicidad y nocturnidad), con jornadas prolongadas, así como de riesgo de desarrollar una mastitis (por carecer la unidad de un sitio adecuado para la extracción de leche).

Procede la prestación para auxiliar de enfermería en el departamento de radiodiagnóstico –sala de mandos y sala de cirugía vascular– de Hospital, expuesta a riesgos derivados de radiaciones ionizantes, así como a agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4: STSJ Murcia, num. 583/2013, de 3 junio, rec 1191/2012. En similar sentido, respecto de DUE en el Servicio de Cirugía-Traumatología, con riesgos biológicos de exposición media y turnicidad, siendo los turnos de mañana y tarde de 14 horas. Nocturnidad, siendo los turnos de noche de 10 horas. Ritmo de trabajo impuesto sin posibilidad de realizar pausas auto seleccionadas STSJ Murcia, num. 133/2013, de 25 febrero, rec 666/2012). Y STSJ Murcia, num. 105/2013, de 18 febrero, rec 381/2012 –sanitario, riesgos biológicos y turnicidad, con extensas jornadas, sin pausas autoselectivas ni lugar de extracción y conservación de la leche–.

Por el contrario, se deniega la prestación a ATS-DUE con destino en la unidad de diálisis, con turnos de 7:30 a 13:00 horas o de 13:00 horas a 18:30 horas, con puesto de trabajo adaptado de manera que no tiene que practicar diálisis a pacientes con hepatitis C y tampoco hay exposición a químicos que afecten a la lactancia: STSJ Murcia, num. 872/2013, de 9 septiembre, rec 78/2013.

<sup>136</sup> En similar sentido: SSTSJ Galicia, num. 1901/2015, de 7 abril, 4145/2013 –enfermera– Due en el Servicio de Neonatología del CHUAC-; Galicia, num. 828/2015, de 10 febrero, rec (...)

hay sentencias, por ejemplo, que han negado la acreditación de riesgo específico para el embarazo a especialistas de radiodiagnóstico.

Tras analizar la jurisprudencia y doctrina de nuestros Tribunales, lo más llamativo resulta ser la falta de criterio unívoco respecto de la apreciación de los riesgos concretos de un puesto de trabajo y su valoración, de lo que incluso se encuentran pistas en la actuación del INSS<sup>137</sup>. Ciertamente, el cambio de criterio de una sala puede estar

---

2956/2013 –enfermera–Due en el Servicio de neumología–; de Galicia, num. 362/2015, de 26 enero, rec 1380/2013 –técnico especialista en radiodiagnóstico, pese a reconocer que una vez comunicada la lactancia no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo mayor de contaminación radiactiva, no constando que se hayan asignado dichos trabajos a la actora–; de Galicia, num. 1138/2016, de 25 febrero, rec 363/2015 –puesto que en este caso ha mediado adaptación, de manera que la ATS es relevada en la manipulación de citostáticos y en los trasladados en ambulancia, se le han proporcionado frigoríficos de conservación de la leche materna, y la turnicidad no es un riesgo para la lactancia natural–; Galicia, num. 5279/2015 de 14 octubre, rec. 2431/2014 –ATS en el Servicio de Urgencias del Hospital Virxen da Xunqueira de CEE, dependiente del Servicio Gallego de Salud, en turno rotatorio de mañana, tarde y noche; Galicia, num. 164/2015, de 19 enero, rec 980/2013 –enfermera en el Servicio de Urgencias del CHUAC, en donde realiza turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, expuesto a riesgos biológicos, derivado del contacto con pacientes que presentan infecciones; riesgos físicos por sobrecargas, dada la necesidad de manejar a pacientes con dificultades de movimiento; riesgos químicos por los tratamientos suministrados; y riesgos psicosociales por el sistema de trabajo a turnos rotatorios complejos–; de Galicia, num. 2085/2015, de 16 abril, rec 4439/2013 –técnico auxiliar de enfermería en la Unidad de Cuidados Continuos y Paliativos del CHUAC, con trabajo a turnos y exposición a riesgos biológicos, físicos y químicos, porque no es creíble que en un centro de semejante capacidad no haya puesto alternativo compatible ni posibilidad de adaptación–.

La STSJ Asturias, num. 2303/2013, de 29 noviembre, 1992/2013, deniega la prestación por lactancia natural a ATS/DUE en el Centro de Salud que además de las funciones propias de su categoría ejerce funciones de Coordinadora de enfermería: no existen riesgos biológicos pues normalmente los pacientes tienen historial conocido que permite la adopción de las medidas de prevención que sean necesarias, la trabajadora dispone de equipo de protección individual y el riesgo de sufrir un accidente biológico no puede ser admitido como un riesgo para la lactancia en sentido estricto. Y no existe turnicidad ni nocturnidad, y respecto de la falta de lugar adecuado para la extracción de la leche o conservación de la misma, de existir, podrían suponer cierta incomodidad, pero nunca constituir un riesgo para la lactancia que justifique la prestación solicitada máxime teniendo en cuenta que a la fecha de finalización de la baja maternal el bebé realiza tomas mas espaciadas y, desde los cuatro meses, comienza con alimentación complementaria.

La STSJ Castilla-La Mancha, num. 403/2016, de 31 marzo, rec 866/2015: deniega a auxiliar sanitario en Centro de Discapacitados Intelectuales Gravemente Afectados, con jornada en turnos de mañana, tarde y noche.

<sup>137</sup> Véase un ejemplo en la STSJ Andalucía, Málaga, num. 1402/2013, de 12 septiembre, rec 738/2013, en la que el INSS, en un lapso inferior a un mes resuelve contradictoriamente dos solicitudes de riesgo durante la lactancia natural de dos compañeras de trabajo con la misma categoría y destino (técnico de radiodiagnóstico), considerando la Sala que la competencia

(...)

justificado por la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo y la elaboración teórica más amplia que conlleva, de manera que, por ejemplo, en un mismo hospital y puesto de trabajo unas trabajadoras hayan disfrutado de la prestación por riesgo durante la lactancia en tanto otras la han visto denegada. También el carácter casuístico de los asuntos puede dificultar, indudablemente, la unificación de la doctrina por el Tribunal Supremo<sup>138</sup>. Sin embargo, el problema es mucho más amplio y adquiere, en mi opinión, dimensiones alarmantes que deben ser atajadas por atender contra el sentido colectivo y los más elementales principios de justicia.

Estos datos probablemente apunten, en primer lugar, a que **debe profundizarse en la investigación y perfeccionarse el trabajo técnico** de orientación en la evaluación de los riesgos a través de las Guías y de formación de los profesionales (incluida la ITSS). Así lo muestra, por ejemplo, la discrepante valoración que hacen las diversas Guías sobre el **trabajo nocturno**. En tanto que algunas de ellas considera que el trabajo nocturno constituye un riesgo que afecta durante todo el **embarazo**<sup>139</sup>, la

---

para conocer en este caso en que no se solicita prestación ni revocación de la decisión, sino que versa exclusivamente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (INSS) por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, corresponde al Orden Contencioso-Administrativo.

<sup>138</sup> Por ejemplo: No hay contraste entre sentencia que reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia a enfermera de ambulancia medicalizada, con las especiales características de movilidad que ello comporta y las posibles consecuencias en la prestación del servicio y jornadas de 24 horas con descansos de 3 o 4 días, frente a médico de urgencias en hospital, que trabaja con guardias de 24 horas, porque en ésta última no consta que haya riesgos sino tan sólo recomendaciones (STS 12 febrero 2014, 1212/2013). Tampoco hay contradicción en un caso de concesión de prestación por riesgo durante la lactancia de enfermera en UVI móvil en turnos alternos de 24 horas frente a denegación de la prestación a ATS en servicio de urgencias de hospital que trabaja igualmente en turnos rotatorios de mañana-tarde de 14 horas y noches de 20 horas (a la semana un sólo turno de mañana-tarde y al día siguiente un sólo turno de noche con libranza de 3 días (10 diciembre 2013, 638/2013). Ni entre sentencias que resuelven de forma discrepante respecto de la prestación por riesgo durante la lactancia de dos enfermeras que desarrollan su trabajo en el Servicio de Urgencias de un Hospital Público –de Murcia y de Aragón, respectivamente– que solicitan la prestación por riesgo durante la lactancia natural, pues prestan servicios en hospitales diferentes, de diferentes CCAA, y sus condiciones de trabajo también pueden serlo (SSTS. 29/10/2012, rec 2332/2011 y 22 octubre 2013, rec 1183/2012). Tampoco hay contraste en el reconocimiento del derecho a ATS que presta servicios un día (mañana/tarde) durante 14 horas, siguiente día, una noche durante 10 horas, a continuación libra dos días; luego hace turno de mañana/tarde durante 14 horas y después libra cuatro días; y la denegación a ATS que trabaja con turnos rotatorios de dos mañanas, dos tardes y dos noches (ATS. 15 febrero 2012, rec 2464/2011).

<sup>139</sup> “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, INSH, pág. 103.

guía sobre valoración de riesgos en el ámbito sanitario lo limita incontestablemente al tercer trimestre y somete a valoración de los efectos de aquél sobre la concreta mujer en los dos primeros –y ello, pese a reconocer que puede darse también riesgo de aborto espontáneo–<sup>140</sup>. En cuanto a la **lactancia**, algunas guías consideran que la nocturnidad constituye un riesgo para la misma pues, como poco, puede provocar su abandono una vez se incorpore la mujer al trabajo y afectar a los ciclos circadianos y, consiguientemente, la producción de prolactina y de la leche<sup>141</sup>. Recomiendan, en consecuencia, que se evite aquél durante la lactancia natural<sup>142</sup>. En cambio, por ejemplo, la guía para la valoración de los riesgos en el ámbito sanitario considera que no están descritos riesgos para la lactancia. Otro caso, elegido al azar, sería el tratamiento de las radiaciones ionizantes. En tanto las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo” extienden, significativamente además y en correspondencia con el art. 10.2 RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, el riesgo de contaminación radioactiva a la lactancia (págs. 76 y 77), la Guía específica del sector sanitario considera a la lactante expuesta a los riesgos de la población general, para seguidamente indicar que *«por lo que no se valora la posibilidad de solicitud de la prestación. No obstante, desde el momento en que una mujer en el periodo de lactancia informe de su estado al responsable de la actividad, no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo mayor de contaminación radiactiva»* (pág. 45). Por lo que se refiere a la trabajadora embarazada, la primera de las Guías mencionadas excluye su presencia tanto de las zonas vigiladas como controladas (págs. 77 y 78). Por el contrario, la Guía específica

---

<sup>140</sup> Cit, págs. 190 a 198. También, pese a lo expuesto, las Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, INSH, pág. 103, recomienda el cambio a partir del último trimestre, aun cuando el riesgo afecta durante todo el embarazo, salvo caso de embarazo múltiple u otras complicaciones, o por razones concurrentes de origen laboral. Otra, las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el trabajo”, pág. 63, partiendo de la incertidumbre sobre si el trabajo nocturno puede ser nocivo para el embarazo, recomienda por razones de seguridad e higiene el traslado al turno de día en labores de policía y similares si la trabajadora está sola.

<sup>141</sup> Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, INSH, pág. 103; “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”, pág. 58.

<sup>142</sup> Al menos durante los tres meses siguientes al parto, según las Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, INSH, pág. 103.

sólo la excluye de las controladas, no así de las vigiladas (págs. 41 y ss). Además, desde la consideración de «*no introducir elementos de discriminación laboral*», se admite que la trabajadora embarazada, “siempre que manifieste su deseo de forma expresa”, se exponga a equipos y tareas que, precisamente esta última Guía expresamente excluye (pág. 44).

En segundo lugar, como insistiré más adelante, también parece que demuestran la necesidad de que tiene que **garantizarse mediante fiscalización pública la correcta evaluación inicial de riesgos por la empresa** en estos concretos aspectos; de hecho, la mayoría de las denegaciones se fundan en una deficiente evaluación y consiguiente falta de acreditación de la especificidad de los riesgos.

Pero también, en tercer lugar, hay cuestiones estrictamente jurídicas que están pendientes. Así, **no puede confundirse el concepto de riesgo, como posibilidad de sufrir un daño o razonable previsibilidad de la ocurrencia de un suceso, con la intolerable exigencia de actualización del mismo o de certeza de que va a producirse, o de prueba técnica absoluta** –y probablemente imposible actualmente–, **que no indicaría de que lo es**<sup>143</sup>. También habría que recordar que **no puede confundirse lo que es la apreciación de la existencia de un riesgo específico** –cuyo concepto también está en cuestión– **con la medida preventiva a aplicar**. Es al jurista al que, a tenor de los hechos circundantes, corresponde determinar las consecuencias que atribuye el ordenamiento. Y, al menos en mi opinión, tiene que tenerse presente que **en tal concreción no participa el criterio de la “proporcionalidad”** pues en ningún momento el art. 26 LPRL admite la persistencia del peligro ni exige una cualificación especial de éste para acceder a la prestación de Seguridad Social. El art. 26 LPRL exige su eliminación («*evitar su exposición*»), y no una mera reducción, dejando como último recurso preventivo para su extirpación el de la suspensión del contrato. Por tanto, **si existe el riesgo y éste es grave o muy grave en sus posibles efectos, y no es factible la adaptación o el**

<sup>143</sup> Lo que en el caso del art. 26 LPRL es aún más evidente en opinión de un sector de la doctrina, pues en su apartado 1 se refiere a la evaluación de los riesgos «*que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora...*», con lo que no se exige certeza sobre el riesgo, sino que sea meramente indiciario: LOUSADA AROCHENA, J.F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., págs. 568 y 569.

**cambio funcional por lógicos que fuesen, corresponderá la suspensión con percibo de prestación.** La razonabilidad de la medida sólo sería modulable en los supuestos de levedad de las consecuencias del riesgo profesional, pero no en razón de la probabilidad. Por ejemplo, como ya expuse en su momento, la **previsible exposición a agentes biológicos, como pueda ser el VIH**, que eventualmente puedan suponer un contagio del niño a través de la lactancia, es también un hecho que, en mi opinión, una vez que concurra como tal riesgo de exposición, no admite más discusión a nivel jurídico que la de la posibilidad de adaptación o cambio del puesto de trabajo, correspondiendo en caso contrario la suspensión. También parece partir de esa confusión, por ejemplo, las “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural” (INSH), pues recomienda el cambio a un puesto diurno, pero valora como excesiva la suspensión<sup>144</sup>. Igualmente, por ejemplo, la **imposibilidad de hacer pausas autoselectivas en jornadas extensas** y el riesgo de su incidencia en la lactancia es un hecho objetivo de carácter técnico donde la responsabilidad del jurista bascula esencialmente en su apreciación y en clarificar si hay o no obligación de la empresa de adaptación del puesto de trabajo y, caso de no adoptarse y ser aquélla necesaria y posible, la identificación de las consecuencias del **incumplimiento y la atribución de la responsabilidad.**

En definitiva, ahora hablamos de adaptación, de cambio de puesto de trabajo, de suspensión y de responsabilidad que, ya lo anticipamos, no es de la mujer.

## 4.2. ADAPTACIÓN

Ya nos referimos en los apartados precedentes a las medidas preventivas (evaluación, información y medidas de prevención de carácter colectivo) que deben adoptarse por el empresario con independencia de la efectiva concurrencia de tales situaciones y, por consiguiente, de la comunicación o conocimiento de aquéllas. Pero, una vez comunicado o conocido el embarazo, puerperio o lactancia natural, el art. 26.1 LPRL exige la eliminación y/o reducción de los riesgos específicos, tanto objetivos como subjetivos, comenzando por la medida

---

<sup>144</sup> págs. 58 y 63.



menos traumática de adaptación –provisional, dice la Directiva, art. 5.1– de las condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo de la trabajadora embarazada, en parto reciente o lactancia natural. Entre tales condiciones, el art. 7 de la Directiva se dedica al trabajo nocturno. También el art. 26.1 LPRL se refiere expresamente al trabajo nocturno y a turnos, de manera que las medidas preventivas incluirán, cuando sea necesario, la no realización de aquéllos. Como ya hemos anticipado, las previsiones del art. 26 LPRL se adaptan sólo parcialmente a las exigencias de la norma comunitaria respecto del puerperio, pues no le extiende la posibilidad de suspensión por riesgos específicos.

#### 4.2.A. Adaptación y trabajo nocturno

Páginas atrás se expusieron las discrepancias judiciales y técnicas sobre si la nocturnidad por sí sola es o no un riesgo específico para la lactancia y el embarazo. En mi opinión, sobre el trabajo nocturno pesa una sospecha internacional de su carácter nocivo tanto para el embarazo como para la lactancia, pues le dedican una atención especial tanto la Directiva 92/85 como las Recomendaciones de la OIT núm. 95 (V.1)<sup>145</sup>, como la núm. 191 (6.5)<sup>146</sup>. No obstante, como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85, el tratamiento que ésta da al **trabajo nocturno**, pese a partir de su carácter penoso, se encontró muy condicionado por los precedentes ya referidos sobre la prohibición general del trabajo nocturno femenino de los Convenios de la OIT y el consiguiente rechazo por discriminatorio del TJCE a través de diversas sentencias<sup>147</sup>. Por ello, la Directiva no prohíbe la realización del trabajo nocturno por la embarazada o en período consecutivo al parto, sino que la formula en términos de derecho de la mujer (“*no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno*”), pudiendo el Ordenamiento jurídico exigir para ello un certificado médico que dé fe de la necesidad. Es más, la Comisión consideró contrario a la Directiva la prohibición absoluta de trabajo nocturno durante el embarazo o la lactancia<sup>148</sup>. Sin embargo,

<sup>145</sup> «El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso».

<sup>146</sup> «Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado».

<sup>147</sup> Véase epígrafe 2.

<sup>148</sup> Págs. 10 y 22.

posteriormente el Parlamento a la vista de dicho informe, propuso el reconocimiento del derecho –nuevamente, que no prohibición– a no verse obligada a realizar trabajo nocturno durante las 16 semanas anteriores o posteriores al parto sin necesidad de certificado médico<sup>149</sup>.

El art. 26.1 LPRL, aun sin exigir el certificado médico que permite la Directiva<sup>150</sup>, condiciona el derecho/obligación de elusión del trabajo nocturno o a turnos a que sea necesario, lo que parece remitir a la evaluación de riesgos<sup>151</sup>. Sigue, por tanto, la versión más severa de las reglas generales que mirando al pasado, trataron de equilibrar la protección de la mujer y su descendencia con la igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación por razón de sexo. Pero repárese, la Directiva sólo permite que se condicione a un certificado médico que avale su necesidad; no se remite a la evaluación de riesgos, luego, es claro, asume, desde la propia norma, su penosidad.

Por otra parte, algunas sentencias parecen devaluar el riesgo del trabajo nocturno como una mera “incomodidad”. En mi opinión, con ello se prescinde de que la lactancia materna supone a menudo una doble carga para la mujer, que ocupa su tiempo durante la crianza entre dar de mamar y proveer para cuando esté en el trabajo, con el agotamiento y estrés adicional que ello supone<sup>152</sup>. Y olvidan que, en ocasiones, sitúan en peor condición a la mujer lactante que en su jornada tiene que aprovechar los descansos para la extracción, frente a los restantes trabajadores que pueden hacer su descanso efectivo.

---

<sup>149</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, cit., punto 11.

<sup>150</sup> Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85, pág. 10.

<sup>151</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo durante el embarazo...”, cit., pág. 58.

<sup>152</sup> Otra cuestión es que se intente hacer valer el tiempo invertido en el trayecto domicilio-trabajo, que salvo que por su particularidad esté vinculado de alguna manera al puesto de trabajo, corre a cuenta de la trabajadora. En este sentido, descarta como riesgo específico para la lactancia la carga adicional que supone para la trabajadora tener que desplazarse 20 km desde su residencia al juzgado donde trabaja: STSJ de Galicia, num. 548/2014, de 8 octubre, rec 265/2014.

#### 4.2.B. Adaptación, medidas de carácter colectivo, y otros aspectos del tiempo de trabajo: horarios, descansos y ritmo de trabajo

En cuanto a otras posibles medidas de adaptación del “**tiempo de trabajo**” a que se refieren tanto la Directiva como la LPRL, debe entenderse las relativas a **horarios, descansos y ritmo de trabajo**<sup>153</sup>. Parece evidente que quedan al margen las medidas que conlleven una reducción voluntaria de jornada con o sin mantenimiento de la remuneración. Pero sí están integradas aquéllas medidas necesarias que supongan una **reducción de la jornada efectiva y/o presencial** sin merma de salario, como se evidencia no ya sólo de las recomendaciones sobre los descansos sino también, claramente, de las previsiones de la Comisión respecto de los tiempos para la extracción de leche o amamantar<sup>154</sup>.

Desde la perspectiva preventiva es indiferente que los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo afectados tengan un carácter voluntario y/o marginal o adicional o especial respecto de la prestación principal. **Lo trascendente es que por su cantidad sean potencialmente perjudiciales para tales trabajadoras o su**

<sup>153</sup> Veáanse, los ejemplos de las medidas de prevención propuestas en las Directrices de la Comisión, págs. 13, 14, 17 y 18. «*Las jornadas de trabajo prolongadas, el trabajo por turnos y el horario nocturno pueden tener importantes consecuencias para la salud de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o estén en período de lactancia. No todas las mujeres se ven afectadas de la misma manera y los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión. Esto afecta especialmente al cuidado de la salud. No obstante, la fatiga tanto mental como física aumenta durante el embarazo y el período después del parto debido a las transformaciones fisiológicas y de otro tipo.*

*Dado que se encuentran más cansadas, algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos o para hacer horas extraordinarias. La organización del tiempo de trabajo (incluidas las disposiciones en materia de pausas, su frecuencia y periodicidad) puede afectar a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, así como a su recuperación tras el parto o a su capacidad para la lactancia, y pueden aumentar los riesgos de estrés y de enfermedades relacionadas con el estrés. Debido a los cambios de la presión arterial que pueden ocurrir durante y después de la gestación y el parto, es posible que las disposiciones habituales relativas a las pausas no sean apropiadas para las mujeres embarazadas o que han dado a luz» [Directrices de la Comisión, pág. 13].*

<sup>154</sup> Por ejemplo, incremento de las pausas de descanso, así como una distribución racional de las mismas a lo largo de la jornada para el descanso, cambio de postura, alimentación, acceso a sanitarios, etc (Véase Directrices de la Comisión, pág. 18).

**descendencia.** Puede ser el caso, por ejemplo, de las horas extraordinarias o las guardias que en su caso puedan haberse pactado colectiva o individualmente. También puede implicar la flexibilización de horarios, como solución, por ejemplo, a posibles indisposiciones de la mujer embarazada al levantarse, desayunar, etc. Como medidas de adaptación del puesto de trabajo y una vez desgajadas de las vinculadas al tiempo de trabajo, destacan las **ergonómicas** como otras relacionadas con aspectos tan básicos como un fácil acceso a los sanitarios.

Como vemos, la adaptación del tiempo y condiciones de trabajo requiere no sólo de una intervención individual. Por el contrario se construye también sobre una serie de **medidas de carácter colectivo** como son las relativas a las condiciones que deben reunir los lugares de trabajo. Así lo recuerda la Comisión en sus directrices, no ya sólo porque algunas de las medidas incidan la organización del trabajo (mayor autonomía de la trabajadora para organizarse, mayores y más frecuentes pausas para descansar o comer y beber, cambio de turno y/o modificación de la periodicidad de éstos, exención de las guardias, reorganización y/o limitación de la jornada, evitar que trabaje en solitario, adaptación de los procedimientos de emergencia, la atención del estrés y especial cuidado en el ambiente psicológico del trabajo, acceso fácil y frecuente a los servicios higiénicos en el trabajo ininterrumpido y en equipo...), sino porque la necesidad de descanso físico puede exigir la disponibilidad de asientos y la existencia de instalaciones que permitan a la embarazada o que haya dado a luz recientemente descansar tumbada, manteniendo cierta intimidad<sup>155</sup>. También la trabajadora lactante tendrá que tener disponible una sala privada y limpia para amamantar o extraerse la leche, así como frigoríficos seguros y limpios para almacenarla, e instalaciones para esterilizar, lavar y almacenar los

---

<sup>155</sup> Directrices de la Comisión, cit., págs. 13 y ss. Así, la Directiva 89/654/CEE relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, y en su trasposición el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, se refiere exigentemente que las mujeres embarazadas o lactantes tengan la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas (Anexo V.3). También, en idéntica redacción, el Real Decreto 486/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (Anexo V.A.3.4°).

recipientes, y por supuesto tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración<sup>156</sup>.

Pero, ¿dónde están previstas tales medidas? ¿Hay un verdadero interés del legislador en la adaptación del puesto de trabajo o es la trabajadora embarazada o lactante la que debe hacer el esfuerzo por adaptarse a su nueva situación? Por ejemplo, la supuesta panacea de la extracción artificial de la leche materna olvida que tales pausas de extracción –aparte de que deben ser autoselectivas o, al menos, estar garantizadas–, como las concretas previsiones de adaptación para las empresas (lugares limpios donde la trabajadora pueda preservar su intimidad, frigoríficos preferiblemente de uso exclusivo, con toma de corriente para el sacaleches, y punto de agua para su higiene personal<sup>157</sup>) no están previstas con carácter general en nuestro Ordenamiento jurídico<sup>158</sup>, lo que supone una carga moral adicional para la mujer al tener

<sup>156</sup> Directrices de la Comisión, cit., pág. 18. El local empleado para el descanso no tiene que ser un local de descanso como tal (Guía Técnica pág. 49). Tal y como reconoce la STSJ Madrid, num. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013, por ejemplo: «*Con relación a las circunstancias que afectan a la extracción de la leche materna y su conservación, se ha descrito el local de la unidad, y aunque se entendiera conforme el hecho pretendido por las entidades gestoras –que la referida sede cuenta además de las dos habitaciones con un salón común, tipo office y unos sillones de televisión, cuarto de baño y aparte una zona almacén para los medicamentos y residuos– fácilmente se colige la carencia de medios adecuados para posibilitar aquéllas. No puede serlo en ningún caso un "almacén para los medicamentos y residuos"; y tampoco figura que hubiera un frigorífico a disposición de la actora para mantener la leche extraída durante las 24 horas en las que presta su trabajo. Según los manuales al uso, en un ambiente a 15 grados C, puede estar 24 horas; a 19 - 22 grados C, 10 horas; a 25 grados C, 4 a 8 horas (el inicio de la situación demandada es en septiembre) y refrigerada entre 0 y 4 grados C, de 5 a 8 días, pudiendo ser congelada, aunque la leche materna refrigerada tiene menos propiedades anti-infecciosas. La ST de esta Sala de fecha 18.05.2011 expresaba que estamos ante un riesgo característico, autónomo al que pueda derivar del riesgo de trabajo, y que supone una imposibilidad de efectuar, con la idoneidad que constituye la ratio legis de la norma, la lactancia natural, conllevando en definitiva una imposibilidad y obstáculo para el libre y correcto desarrollo de la maternidad (...). El derecho a amamantar al hijo como acto personal y a la vez familiar, presupone el derecho a preservar el alimento en las condiciones idóneas, pues de lo contrario la finalidad médica de la ley –que quiere fomentar, en protección de la salud del niño, la lactancia natural, que le proporciona mejores defensas que la artificial– se verá defraudada.*».

<sup>157</sup> Condiciones ideales: NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo.

<sup>158</sup> No parece suficiente la previsión del Anexo V.3.4 del RD. 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, de que las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas. Tanto más cuando la propia Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los lugares de trabajo (...)

que poner en consideración en su empresa toda una cadena de adaptación *ex professo* para ella, carente de soporte jurídico específico. En la vida cotidiana y, aún más en momentos tan sensibles, quizá no sea suficiente contar con recomendaciones de “buenas prácticas”, ni tan fácil hacer valer la genérica afirmación del Tribunal Supremo de que el empresario debe actuar en materia de prevención con una diligencia que va más allá de las exigencias reglamentarias (STS 30-junio-2010, rec. 4123/2008 y 4 mayo 2015, rec. 1281/2014).

#### 4.2.C. Adaptación y descansos para la extracción de la leche materna. Su conexión con el art. 37.4 ET

Concretamente respecto de los **descansos para la extracción de la leche materna**, se ha planteado judicialmente si el permiso retribuido por lactancia<sup>159</sup> del art. 37.4 ET puede satisfacer esta dimensión de la prevención. De conformidad con la **doctrina del Tribunal Supremo** sobre la lactancia de las tripulantes en cabina de pasajeros, **la reducción de jornada por lactancia del art. 37.4 ET no puede confundirse con las medidas de adaptación del tiempo de trabajo del art. 26 LPRL, pues unas y otras obedecen a objetivos o finalidades diferentes**: las medidas de protección de la trabajadora están relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS), y las pausas o reducción para lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar (art. 37.4 ET). Por tanto, la prevención de las consecuencias de los turnos y horarios de los vuelos y de la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves, no pasa por la reducción de jornada por lactancia, que es un instrumento complemente distinto, sino por un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche. De hecho, la reducción de jornada por lactancia puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo (SSTS de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 24 de abril de

---

(INSH), aclara que no se exige, ni tan siquiera, que el mobiliario necesario para dicho descanso se encuentre en un local de descanso como tal (pág. 49).

<sup>159</sup> Nuestros Tribunales, al ser tiempo de trabajo efectivo, vienen afirmando el carácter retribuido del permiso del art. 37.4 ET: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia”, cit.

2012, rec 818/2011). Pese a todo, aún hoy alguna sentencia, con un claro error de juicio, parece exigir la acumulación y agotamiento del permiso de lactancia para poder pasar a la situación de riesgo durante el embarazo, **confundiendo lo que puede ser una legítima opción de la trabajadora con una obligación y requisito de acceso**<sup>160</sup>.

A más señas, la reforma de dicho precepto a través del RDL 10/2012 y posterior L 10/2012 ha modificado la titularidad del derecho a tal permiso, de manera que ahora corresponde indistintamente del sexo, a los progenitores, guardadores o tutores. Con anterioridad a la reforma y desde la Ley 3/1989, de 23 de marzo, la titularidad originaria del derecho correspondía a la «trabajadora», si bien cabía cesión por parte de ésta al hombre<sup>161</sup>, pudiendo «*ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*»<sup>162</sup>. Una vez que la titularidad pasa a ser individual e igualitaria de los trabajadores y trabajadoras, lo que era una regla implícita de aceptación de cesión se convierte, en coherencia con la nueva situación, en una regla de no acumulación de los permisos de ambos progenitores, quedando en el aire si se refiere al ejercicio simultáneo o si prohíbe también el ejercicio sucesivo.

Sin embargo, sorprende la interpretación que recientemente ha hecho el Tribunal Constitucional de un precepto muy similar, el art. 48.1.f) LEBEP, que ya desde su redacción originaria había resuelto el problema de la titularidad del derecho de pausa o de reducción de jornada por lactancia al reconocérselo a los «funcionarios», por tanto con

<sup>160</sup> STSJ Galicia, num. 825/2013, de 31 enero, rec 2691/2010: «*la actora no puede decidir por sí misma sus derechos laborales y por tanto no puede colocarse por actos propios en la situación de excedencia que genera el subsidio por lactancia, pero al mismo tiempo tampoco cabe aceptar que el retraso en la tramitación del expediente por parte de su empresa y de la aseguradora correspondiente del subsidio, puedan perjudicarle lo que en muchos casos llevará –como ocurre en el presente– a que el subsidio se solicite después de finalizado el periodo de lactancia protegido lo cual no puede ser causa "per se" para rechazar el derecho*».

<sup>161</sup> No obstante, ya un sector de la doctrina judicial se anticipó a la STJUE Roca Álvarez pronunciándose a favor de la titularidad indistinta del derecho por parte de los trabajadores, con independencia de su sexo: HERRAIZ MARTÍN, M<sup>a</sup> S., «El Real Decreto-Ley 3/2012: Luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar», en AAVV –dirs. I. García-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina–, *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 273 y 274.

<sup>162</sup> HERRAIZ MARTÍN, M<sup>a</sup> S., cit., pág. 267. No en vano, las llamadas «*relaciones particulares*» de la mujer con el hijo, acoge un punto de vista tradicional entre los roles sexuales (SÁEZ LARA, C., «Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas», cit., pág. 79).

independencia del sexo<sup>163</sup>, como posteriormente haría el art. 37.4 ET. Este precepto además, mantiene la aclaración que ya hizo en su momento el art. 30.1.f L 30/84 –en su redacción dada por el art. 58.Tres L. 53/2002, de 30-12, LMFAOS–, cuando atribuyó el derecho a la mujer, de que *«podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen»*, lo que también se parece mucho al antiguo inciso del 37.4 ET, y no supone una diferencia ostensible respecto el actual (*«solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen»*). En lo que ahora nos interesa, el paralelismo de ambos preceptos y de su evolución es evidente.

Pues bien, en interpretación del referido art. 48.1.f) LEBEP, se ha llegado a alcanzar por el **Auto del Tribunal Constitucional num. 14/2016, de 19 enero**, la conclusión de que **sólo se tendrá derecho al permiso, ya sea la mujer o el hombre, si ambos progenitores trabajan, de manera que el desempleo de uno impedirá el nacimiento y ejercicio del derecho del otro**<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Por todos: CRISTOBAL RONCERO, R, AGUILERA IZQUIERDO, R y GARCÍA PIÑEIRO, N, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el Estatuto básico del empleado público”, en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Vol. 2, MTI, Madrid, 2009, pág. 531.

<sup>164</sup> Auto del Tribunal Constitucional num. 14/2016 de 19 enero, respecto del art. 48 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP): *«En conclusión, del completo tenor del art. 48 f) LEEP se deduce que, por un lado, todos “los funcionarios”, sean de sexo masculino o femenino, tienen igual derecho al permiso de lactancia, siempre con la condición de “que ambos trabajen”, pero que, por otro, solo la mujer funcionaria, y no el hombre, puede disfrutar de este permiso en jornadas completas... Pues bien, en contra de lo razonado por el órgano promotor de la cuestión en el Auto de planteamiento, nada permite suponer que, en el caso inverso al examinado, la madre funcionaria si hubiera visto reconocido su derecho a disfrutar del permiso de lactancia, si lo hubiera solicitado en idénticas circunstancias, esto es, si el padre no trabaja. El párrafo primero del art. 48 f) LEEP impide absolutamente sentar esta presunción, premisa y soporte de toda la duda de constitucionalidad. De acuerdo con el referido precepto, si uno de los dos progenitores carece de ocupación retribuida, sea éste hombre o mujer, el permiso de lactancia le será denegado al otro (sea mujer u hombre).*

*Puede estarse de acuerdo o en desacuerdo con este sistema (no reconocer el permiso de lactancia cuando uno de los dos progenitores no trabaja), pero no puede tacharse nunca de discriminatorio, pues falta en él el “tratamiento peyorativo fundado en el sexo” necesario para apreciar una discriminación contraria al art. 14 CE (así, expresamente, STC 75/2011, antes citada, precisamente a propósito del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto, adopción o acogimiento del art. 48.4 del estatuto de los trabajadores , FJ 7).*

*En definitiva, el precepto cuestionado carga con el cuidado del niño de igual manera al padre o a la madre, y no perpetúa así ningún modelo de familia (padre trabajador y madre cuidadora).*

(...)



No puede ser ésta la interpretación que se consolide respecto de los arts. 48.1.f) LEBEP y 37.4 ET. Por el contrario, **al ser la titularidad individual e indistinta**, debe interpretarse precisamente en el sentido contrario, de manera que **su generación sea independiente de que el otro progenitor trabaje**, si bien el disfrute corresponderá a uno sólo de los titulares potenciales y no simultáneamente a ambos, en opinión de unos<sup>165</sup>, o incluso alternativa o sucesivamente, en opinión de otros<sup>166</sup>.

Centrándonos ahora en el art. 37.4 ET, así lo impone su **interpretación literal**, donde después de la atribución individual del derecho a los “trabajadores”, hombres y mujeres, se establece una regla de “ejercicio” por uno solo de los progenitores si ambos trabajan, es decir, si ambos son titulares. Se sigue, por otra parte, **un criterio y formulación similar**<sup>167</sup> a como se hace en los supuestos del 37.6 ET (reducciones de jornadas por cuidado de menores o personas con discapacidad o cuidado de familiares impedidos) y 46.3 ET (excedencias por cuidado de hijos y familiares)<sup>168</sup>, de manera que no hay “acumulación de derechos” entre los progenitores titulares salvo mejora por convenio. Finalmente, tiene que tenerse presente que la reforma del art. 37.4 ET fue necesaria para su acomodo a la Directiva 76/207 en recepción de la **STJUE de 30 de septiembre de 2010** (caso Roca Álvarez, asunto C-104/09), que partía de

---

*7. Tampoco aporta el Auto de planteamiento dato alguno que permita plantearse si la norma, siendo aparentemente neutra, produce efectos desfavorables en un colectivo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres (discriminación indirecta por razón de sexo: STC 110/2015, de 28 de mayo, FJ 6, entre otras).» (FJ 5º).*

<sup>165</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia”, cit., y en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C/FERNÁNDEZ ORRICO, FJ, “Conciliación de la vida familiar y laboral. Apoyo al autoempleo y otras medidas”, en AAVV (coord. F. Cavas Martínez), *La reforma Laboral de 2012*, Laborum, Murcia, 2012, págs. 298 a 301; HERRAIZ MARTÍN, M<sup>a</sup> S, cit., pág. 274.

<sup>166</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D, “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones” en AAVV (dir. A. Montoya Melgar y J. García Murcia), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, Pamplona, 2012, págs. 182 y 183; LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Permisos y licencias de los Funcionarios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 209.

<sup>167</sup> También respecto del funcionario, por ejemplo, en los permisos, reducciones de jornada y excedencias de los arts. 48.i, 49.e, y 89.4 TRLEBEP (RDLeg 5/2015, 30-10).

<sup>168</sup> En los que la limitación se refiere sólo a los supuestos en que ambos progenitores trabajen para la misma empresa, lo que en contraste con el permiso de lactancia, puede estar justificado porque tales derechos no suponen una carga económica directa para el empresario, en tanto que el permiso por lactancia tiene carácter retribuido (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia”, cit).

que la norma española anterior a la reforma suponía que *«el padre de un niño sólo puede disfrutar de ese permiso si ambos progenitores tienen la condición de trabajador por cuenta ajena»*, en tanto las madres con tal condición tendrían siempre la posibilidad del disfrute del derecho (FJº 22 y 23). **La sentencia no negaba, por consiguiente, el derecho de la mujer, tan sólo afirmaba el del hombre.**

Es cierto que la sentencia del Tribunal europeo reivindicaba una titularidad indistinta del derecho al permiso de lactancia en España, puesto que su configuración tanto normativa como jurisprudencial se ha ido progresivamente desgajado de la lactancia natural y, consiguientemente, de la tutela de la salud de la trabajadora y de sus particulares vínculos con el menor, para convertirse en la actualidad en un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar con la finalidad de atender al niño. Consiguientemente, tanto desde esta perspectiva como desde la promoción de la igualdad de oportunidades de la mujer, no se puede negar la titularidad del derecho al varón trabajador por cuenta ajena por el hecho de que la progenitora no tenga dicha condición, y, más concretamente como era el caso, porque sea trabajadora por cuenta propia. **Pero de dicha sentencia no cabe deducir las consecuencias señaladas y mucho menos cuando de lactancia natural se trata.**

En primer lugar, puesto que la sentencia parte de la consideración abstracta del derecho a la pausa por lactancia prevista en el art. 37.4 ET y desde una perspectiva casuística precisa, sin alcanzar a negar que este permiso pueda efectiva y legítimamente atender, además, a la protección de la salud de la mujer y su descendencia cuando de lactancia natural se trate<sup>169</sup>. No en vano de su lectura cabría deducir que en los supuestos de lactancia natural el tratamiento privilegiado de la mujer sería legítimo desde la perspectiva de la promoción de la igualdad de oportunidades de

---

<sup>169</sup> *«El hecho de que la evolución de la normativa nacional y de su interpretación jurisprudencial haya separado poco a poco la concesión del permiso denominado «de lactancia» del hecho biológico del amamantamiento natural no permite considerar que esa medida asegure la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 27 de la presente sentencia. En efecto, como resulta de la resolución de remisión, el permiso controvertido en el litigio principal puede disfrutarse indistintamente por la madre o por el padre, siempre que éste también tenga la condición de trabajador por cuenta ajena.»* [apart. 29 y 31].

ésta<sup>170</sup>. Como también es legítimo procurar un tratamiento diferente a lo que efectivamente lo es, tanto más cuando resultaría discriminatorio obviar una diferencia biológica por razón de sexo que requiere de un tratamiento diferenciado.

Por otra parte, la adaptación del Ordenamiento nacional al comunitario no puede suponer una justificación para el retroceso legislativo (art. 151 TFUE, art. 8.2 Directiva 2002/73, y art. 27.2 Directiva 2006/54), y **condicionar el derecho de la mujer lactante a que el otro progenitor trabaje sería, indudablemente, un retroceso legislativo sin precedentes. Retroceso contrario a la Constitución (arts. 10.1 y 2, 14 y 15 CE) y al Convenio num. 103 OIT (art. 5)**, dado que la lactancia natural es un hecho biológico inexorablemente vinculado al sexo, necesitado de tutela específica tanto desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, como desde la perspectiva de la protección de la salud de la mujer y de su descendencia.

Repárese, que **si se alcanza la conclusión de que el art. 37.4 ET regula únicamente un derecho de conciliación en absoluta paridad hombre/mujer lactante, la atención de la lactancia desde las perspectivas señaladas y la elusión de semejante vulneración constitucional, exigiría de la previsión de permisos añadidos al del art. 37.4 ET**, como de hecho exige el art. 5 Convenio OIT núm. 103, “si una mujer lacta a su hijo”, Recomendación OIT núm. 95, art. 10 Convenio OIT núm. 183, y Recomendación 191 OIT (7 a 9)<sup>171</sup>. Y no se ha hecho. Por añadidura, la previsión de un permiso específico para la lactancia natural probablemente no sería la solución más idónea para el fomento de la misma. Como se ve, interpretar el art. 37.4 ET en los términos señalados, sin previsión legislativa de medidas tutelares alternativas claras, es contraria a su interpretación gramatical, lógica, sistemática e histórica e integradora de los preceptos implicados. Por el contrario, en mi opinión, **el derecho a la pausa por lactancia es de titularidad individual e incondicionada para ambos sexos siendo**

<sup>170</sup> No es exactamente lo mismo que se afirma en la STC 103/1996, 25-3, pues ésta se refiere tanto a la lactancia natural como artificial, lo que parece superado por la STJUE Roca Alvarez.

<sup>171</sup> El Parlamento europeo denunció las lagunas de la Directiva 92/85 respecto de las interrupciones para la lactancia natural y sus garantías, sí atendidas, en cambio, por la OIT: Resolución del Parlamento, puntos O y 11.7.

## **legítimo, no obstante, su ejercicio voluntario preferente por la mujer lactante en caso de conflicto de intereses con el otro progenitor.**

Ahora bien, ¿cómo se concilia ésta afirmación con la doctrina también expuesta del Tribunal Supremo? Efectivamente, las pausas o reducción de jornada por lactancia del art. 37 ET no están previstas en beneficio de la empresa y no pueden ser impuestas en su disfrute por el empresario. Su finalidad, desde luego, no es eminentemente preventiva, pero **una vez disfrutadas libremente por la trabajadora en muchos supuestos cubrirán indirectamente esa necesidad preventiva de adaptación del puesto de trabajo.**

De hecho, las previsiones del art. 37 ET sobre lactancia no condicionan en ningún momento el disfrute de la prestación por lactancia. Por el contrario, el **art. 9.3, último párr. RD. 295/2009**, deja sin efecto la opción a favor del otro progenitor de disfrute de parte del descanso maternal, cuando se aprecien riesgos para la lactancia natural en la reincorporación al trabajo de la madre biológica que dé lugar a la suspensión por riesgo<sup>172</sup>. Si las pausas, reducción de jornada o acumulación de los descansos fuesen una medida de adaptación del puesto de trabajo, su agotamiento por la mujer debería ser, igualmente, un condicionamiento para el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia o para el surgimiento de los deberes empresariales de adaptación. Sin embargo no es así. **Pero otra cosa muy distinta es, bajo el paraguas de la igualdad, privarla a ella y a sus hijos de los derechos que hasta entonces tenía justificadamente por su condición biológica femenina.**

Todo este planteamiento nos lleva a otra cuestión más amplia. Según vemos, la prestación por riesgo durante la lactancia natural es incompatible con la prestación por maternidad. Por consiguiente, y aun cuando tales incompatibilidades estén previstas respecto de prestaciones de Seguridad Social, **cabría deducir que tampoco el empresario está obligado a adoptar medidas preventivas de adaptación o modificación del puesto de trabajo por lactancia natural en tanto puedan ser cubiertas a través del descanso maternal** salvo, a lo sumo,

---

<sup>172</sup> También es incompatible el disfrute simultáneo del descanso por maternidad o paternidad a tiempo parcial y el permiso de lactancia por los mismos trabajadores, es decir, con indiferencia del sexo (Disp. Adic. 1ª.7 y, véase también de esa disp adic. 4.b RD 295/2009).

que tales medidas sean de escasa entidad y no supongan una carga desproporcionada para la empresa.

### 4.3. MOVILIDAD FUNCIONAL Y LOS LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN

El siguiente eslabón preventivo es el cambio de puesto de trabajo a través de la movilidad funcional ordinaria y, caso de no ser ésta suficiente o posible, extraordinaria. La determinación de un puesto de trabajo idóneo a efectos de la movilidad funcional de la trabajadora viene facilitado por la evaluación de riesgos en la empresa, que según hemos visto debe analizar todos y cada uno de los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural. A ello contribuirá además y con fundamento en aquélla, la lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, elaborada por el empresario previa consulta a los representantes de los trabajadores, con lo que se permite a través de la misma un control directo y específico por parte de la representación de este ámbito preventivo vinculado, por lo demás, al art. 14 CE (art. 26.2, párr. 1º LPRL). Dicha consulta no tiene carácter vinculante, con lo que la pasividad de los representantes no justifica el incumplimiento empresarial de su obligación de elaboración de aquélla. No en vano, ésta es expresión del deber empresarial de protección de la salud del trabajador, y tiene un eminente carácter técnico, no transaccional. En consecuencia, la intervención de los representantes de los trabajadores es de colaboración, información y control, pero no de corresponsabilidad o cogestión de la prevención de los riesgos.

De conformidad con el art. 26.2 LPRL, el cambio de puesto de trabajo o función de la trabajadora a otro compatible con su estado **procede cuando no sea posible la adaptación del puesto de trabajo o, a pesar de tal adaptación las condiciones de trabajo continuasen afectas de riesgos para el embarazo o la lactancia natural**. Por su parte, el art. 5.2 de la Directiva 92/85, establece como requisito de tránsito a esta solución preventiva que la adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo no resulte técnica y/u objetivamente posible o *«no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados»*. El paso al cambio de puesto de trabajo se prevé en la Directiva cuando,

por idénticas razones, no proceda la adaptación<sup>173</sup>, fórmula literal que sí asume el art. 26 LPRL.

A la vista de lo expuesto, **el legislador español no admite como excepción al deber de adaptación la razonabilidad de la negativa del empresario**<sup>174</sup> y sí, en cambio, para el descarte de la movilidad funcional de la trabajadora por cuenta ajena y el pase al siguiente escalón de tutela: la suspensión (arts. 26.3 LPRL y 39.4.b RD 295/2005). No obstante, no hace lo mismo respecto de la trabajadora por cuenta propia, para la que requiere con más rigor la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado, sin previsión añadida de que no pueda razonablemente exigirse dicho cambio (art. 47.2.b).

La cuestión que ya se suscita, es qué significa más exactamente, esa **razonabilidad que puede justificar el descarte de la movilidad funcional y no, sin embargo, el de la adaptación del puesto de trabajo**. En definitiva, ¿cuáles son los límites de esta obligación empresarial?

En mi opinión, se tiene que partir de la base de que **el escalafón de medidas tutelares está en función de la protección de la salud de la trabajadora y no del interés del empresario** (SSTC 161/2004 y –por todas– TJCE 19-11-1998); su orden jerárquico **procura la adopción, dentro de las posibles, de la medida menos gravosa para aquella** (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, C-194/08, –por todas–). Partiendo del dato, además, que el deber de adopción de tales medidas y en general **el deber**

---

<sup>173</sup> Por otra parte, en tanto la propuesta de modificación de la Directiva 92/85 de la Comisión de 2008 no alteraba el art. 5 ni 7.2.b) de la misma, la propuesta del Parlamento de 2010 sí que afectaba a tales preceptos, precisamente, para mantener como única razón del tránsito de una medida a otra más gravosa para la trabajadora, la imposibilidad técnica u objetiva de adaptación o cambio de puesto de trabajo. En consecuencia, la posibilidad de exención de la adaptación o, en su defecto, de la movilidad funcional ya no podría basarse en esa razonable y justificada inexistencia.

<sup>174</sup> En contra, considera que debe interpretarse el precepto integrando la dicción de la Directiva o las mismas causas que para la movilidad funcional y admitir, en consecuencia, también la razonabilidad respecto de la adaptación; lo contrario vulneraría la Directiva por atentar a los intereses empresariales y dificultaría el acceso al empleo de la mujer (LOUSADA AROCHENA, J.F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., págs. 571 y 572). En mi opinión, no hay contravención de la Directiva si la regulación nacional es más ventajosa para los intereses a que sirve, que no son los de la empresa. Por otra parte, como se verá en texto, esa imposibilidad de adaptación, además de la técnica u objetiva, admite también los imponderables vinculados a límites conexos a la organización de los recursos humanos, por ejemplo.

**de protección recae sobre el empresario** (STC 161/2004), sin que pueda éste desplazarse a la trabajadora ni, salvo previsión en contrario, al erario público, **la exención de la movilidad funcional sólo será razonable desde la perspectiva de los límites de aquélla en el art. 39.1 ET** –como de hecho apunta el párr. 2º del art. 26.2 LPRL y justifica que no se recoja respecto de la autónoma–; en definitiva, las **titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación, y el respeto a la dignidad de la trabajadora.**

No son válidas, en cambio, razones atinentes al **coste económico** que pueda suponer la adaptación del puesto de trabajo (arts. 15 CE, 14.1.2.3 y 5 y 15 LPRL)<sup>175</sup> o, en su caso, la movilidad funcional. Sí parece que pueden entenderse incluidas, aun limitadamente, causas vinculadas a **razones carácter organizativo**<sup>176</sup> **en los supuestos en que el cambio de puesto o la adaptación implica o afecta a otros trabajadores.** Digo limitadamente, pues su carácter temporal y la finalidad de atender deberes del empresario y no intereses personales podrían, teóricamente, justificar un mayor sacrificio de la empresa que en los conflictos derivados de los derechos de conciliación. Así, en el trabajo nocturno o a turnos, el cambio de la trabajadora al turno diurno es, según hemos visto, un ejemplo de adaptación del tiempo de trabajo, y tendría que procurarse el mismo con independencia de que exista o no **vacante**, como de la voluntad misma de la trabajadora que se vería obligada a aceptar el cambio de turno<sup>177</sup>. Y lo mismo sucede en el caso de que se requiera una movilidad funcional. Repárese en que, de exigirse tanto en un caso como en el otro que los puestos estuviesen vacantes se haría prácticamente imposible la adopción de las medidas que,

<sup>175</sup> En similar sentido: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F, “Protección antidiscriminatoria ...”, cit., pág. 45. En contra: CAIRÓS BARRETO, C M<sup>a</sup>, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en lactancia”, *Lan Harremanak/23* (2010-II), pág. 110; LOUSADA AROCHENA, J. F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., págs. 572 y 573.

<sup>176</sup> Un sector doctrinal considera que es fundamentalmente a éstas a las que se refiere el legislador: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “El riesgo durante el embarazo...”, cit., pág. 58; LOUSADA AROCHENA, J.F en AAVV –Cabeza Pereiro, J.F. Lousada Arochena (coord.)–, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1998, p 164.

<sup>177</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla, num. 9/2015, de 8 enero, rec 979/2014, y aun cuando se refiere a permuta voluntaria entre la trabajadora lactante y aquélla que asuma el –según parece en el caso “rifado”– turno de noche de aquélla, el cambio, de ser necesario, sería obligatorio para ésta pues «evidentemente no se podría dejar a la voluntad de la trabajadora la no aceptación de la movilidad en la jornada para después alegar la incompatibilidad entre el trabajo nocturno y la lactancia natural para aspirar a percibir la prestación reclamada».

precisamente, son preferentes a la suspensión<sup>178</sup>. No obstante, como he señalado, también hay límites, pues ambos tendrán que hacerse **con respeto a los derechos fundamentales de los restantes trabajadores implicados, como puedan ser el respeto de la dignidad, o de la igualdad y no discriminación de los que ostenten un mejor derecho**<sup>179</sup>. También en los supuestos que conlleven un cambio de turno tendrían que valorarse y respetarse las exigencias de **conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores potencialmente afectados**<sup>180</sup>. La política de recursos humanos de la empresa tiene que procurar, además, un **ambiente preventivo del acoso moral** de la trabajadora embarazada o lactante, con lo que la imposición de estas medidas tendría que hacerse con las debidas cautelas y respeto de la

---

<sup>178</sup> No obstante, la STC 161/2004, de 4 de octubre, no aborda la cuestión de qué sucedería en caso de que no hubiese existido vacante, pues en todo momento parte de que existían varias de ellas, así como la antigüedad inferior de los trabajadores que las ocuparon en relación a la trabajadora afectada. Se trata de un supuesto de suspensión sin sueldo de una trabajadora embarazada, declarada transitoriamente inepta por razón de su embarazo para el puesto de piloto de líneas aéreas. La sentencia declara que constituye una discriminación por razón de sexo la suspensión sin sueldo de la relación de la trabajadora y su derecho al traslado a un concreto puesto de trabajo vacante en tierra cuya titulación le permitía su ocupación, por cuanto la evaluación de riesgos y la adopción de las restantes medidas del art. 26 LPRL son obligación del empresario, y el incumplimiento y perjuicio de aquélla trae causa en su embarazo.

<sup>179</sup> STSJ Asturias, num. 2253/2014, de 31 octubre, rec 2005/2014, reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo de la embarcadora de interior, en tanto los puestos exentos de riesgos (trabajos administrativos y de control ambiental) requieren una específica cualificación y parece valorar implícitamente el mejor derecho de los trabajadores que los ocupan, en tanto destaca que la antigüedad de aquéllos es de 20 y 4 años de antigüedad —no obstante, no consta la antigüedad de la trabajadora—.

<sup>180</sup> STSJ Cataluña, num. 1263/2015, de 20 febrero, rec 5284/2014: Trabajadora Jefe de Tráfico para empresa de ambulancias con funciones de planificación y supervisión de los movimientos de los vehículos de la empresa en turno de noche. Sus condiciones de trabajo suponen un horario continuado de 19:00 a 7:00 horas en turnos rotativos de lunes a domingo en semana corta (2 días) y semana larga (4 días). Presta sus servicios en solitario y debe realizar su actividad con atención continua durante toda la jornada de trabajo. Aun admitiendo que no sea exigible el cambio a un puesto de trabajo diurno ocupado por otro trabajador, sin valoración no obstante de si se ha intentado por la empresa o las circunstancias personales de aquéllos, el TSJ corrige a la instancia pues considera que el riesgo derivado de tales condiciones podría eliminarse a través de otras fórmulas, puesto que *«no se demuestra que no sea posible reorganizar el tiempo de trabajo de la actora, a fin de que los turnos de trabajo nocturno sean más cortos, como tampoco que no sea posible, manteniendo su duración, adaptar las condiciones de trabajo de la actora fijando pausas o períodos de descanso para posibilitar la extracción de la leche y su adecuada conservación, máxime cuando no se declara expresamente probado que el centro de trabajo carezca de áreas o lugares idóneos para la extracción y conservación de la leche materna»*.



posición consolidada de los demás trabajadores, siendo por supuesto preferible la incentivación de la permuta voluntaria.

Finalmente, también puede encontrarse alguna sentencia ejemplar que reconoce el derecho de la trabajadora (Técnico especialista en rama sanitaria con destino en el Servicio de Radiología en estado de gestación de siete semanas) al cambio de puesto de trabajo aun cuando los niveles no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. Considera el Tribunal que con ello se trata de evitar cualquier tipo de riesgo que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto (art. 26 LPRL), por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en que la trabajadora deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en grado mínimo, debe procurarse dicho cambio, máxime cuando el organismo en cuestión no da una razón objetiva, fundada en necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora (S. TSJ. Madrid 8-7-2002). En mi opinión, realmente, lo que late en esta decisión es una adaptación insuficiente, en la que el riesgo –muy grave– se disminuye pero persiste como potencialidad de peligro. Pero, en cualquier caso, esta posición también sugiere<sup>181</sup> para los supuestos más dudosos un criterio adicional que completa o se integra en el art. 26 LPRL y que deriva del art. 15 CE como derecho fundamental, de manera que, al menos podría considerarse desproporcionada y contraria tales preceptos, una actitud empresarial obstruccionista y no suficientemente justificada de denegación de la solicitud de adaptación o de cambio de puesto de trabajo a otro más idóneo para la trabajadora en cuestión.

#### **4.4. UN EXTRAÑO PROCEDIMIENTO: LA CERTIFICACIÓN DEL RIESGO, LA DISGREGACIÓN DE LOS DEBERES EMPRESARIALES DE LAS PRESTACIONES POR RIESGO Y LA DESATENCIÓN DE LA PREFERENTE ADAPTACIÓN Y MOVILIDAD FUNCIONAL**

Tras un exhaustivo análisis de los pronunciamientos judiciales de nuestros Tribunales, podemos apreciar que la litigiosidad respecto de las opciones preventivas preferentes de adaptación y movilidad funcional es

<sup>181</sup> El recuerdo de la STC 281/2005 (Sala Primera), de 7 noviembre.

casi inexistente, centrándose el grueso de ésta en las reclamaciones relacionadas con la suspensión y prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. Este dato puede ser un síntoma de la infrautilización de aquéllas, quizá en un intento de elusión del cumplimiento de este deber y del gravamen económico y/o organizativo que conlleva. De hecho, son escasas las muestras de sentencias en las que se deniega la prestación por haber desaparecido los riesgos con la adaptación del puesto<sup>182</sup>.

Como se ha visto a lo largo de los epígrafes anteriores y se insistirá más adelante al abordar los aspectos económicos y garantías de la posición contractual de la trabajadora, la adaptación de las condiciones de trabajo y tiempo del puesto o la movilidad del trabajador, conlleva una carga económica e incluso organizativa para la empresa. Apostar por la adaptación o por el cambio del puesto de trabajo debería ir aparejado de su compensación, de alguna manera, a través de ayudas públicas e incentivos suficientemente atractivos. Por ejemplo, para los supuestos de necesaria reducción de jornada se podría haber previsto el disfrute parcial de la prestación. Sin embargo, en defecto de tales compensaciones, con toda probabilidad se optará por utilizar las siguientes herramientas de protección, invirtiendo el orden de sucesión de las medidas y pretendiendo utilizar de forma extensa y como cajón de sastre lo que es una excepción; en definitiva, la razonabilidad de su inexistencia para la empresa.

Pero también hay razones estrictamente jurídicas. El **art. 26.2 LPRL** articula un extraño protocolo en la actuación empresarial, y sienta las bases de un arduo procedimiento que corresponderá a la trabajadora. De conformidad con dicho precepto, *«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, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con*

---

<sup>182</sup> Uno de esos pocos ejemplos, lo tenemos en la STSJ de Galicia, num. 1138/2016, de 25 febrero, rec 363/2015, que deniega la prestación por lactancia puesto que en este caso ha mediado adaptación, de manera que la ATS es relevada en la manipulación de citostáticos y en los traslados en ambulancia, se le han proporcionado frigoríficos de conservación de la leche materna, y la turbididad no es un riesgo para la lactancia natural.

*el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado».*

En mi opinión, **este presupuesto de certificación de riesgo, de entenderse como un condicionamiento del deber de actuación del empresario, sólo podría referirse a los supuestos de insuficiencia de la adaptación derivados de las condiciones subjetivas de la trabajadora o del lactante y, debería haberse remitido a los servicios de prevención (art. 37.3.g) RSP<sup>183</sup> y/o al facultativo de la Seguridad Social que asista a la trabajadora.** Es lo que páginas atrás ubicábamos en la **evaluación sucesiva y subjetiva** de la interrelación del puesto de trabajo y la trabajadora. En cambio, las **condiciones objetivas y la imposibilidad –o insuficiencia objetiva– de adaptación, supondrían automáticamente el deber empresarial de pasar a adoptar otras medidas de protección al estar identificadas en la evaluación de riesgos**, como claramente se deduce del art. 5 Directiva<sup>184</sup>.

Coherentemente con lo que acabo de exponer, la redacción originaria del art. 26 LPRL condicionaba la insuficiencia en la adaptación a que se certificase por *«el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora»*. Sin embargo, tras la L. 39/99, el art. 26.2 LPRL pasa a exigir un certificado de riesgo emitido por los servicios médicos de la Gestora, que se solicitará por la trabajadora mediando presentación de un informe del médico del SNS que asista a la mujer (art. 26.2 LPRL y art. 21 y Disp. Adic. 2<sup>a</sup> RD 1251/2001). A partir de este momento, **de la razón de prevención se pasa a la razón de control**; es evidente, pues se introduce a la par que la medida final de suspensión y creación de la prestación de seguridad social por riesgo durante el embarazo. De hecho, en tales fechas en que no estaba prevista la prestación por riesgo durante la lactancia, se mantiene para ésta la mera certificación del médico que, en el Régimen

<sup>183</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “La situación de riesgo durante el embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 4, 2000, pág. 18.

<sup>184</sup> En similar sentido, por todos: MORENO GENÉ, J/ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>, “Maternidad y salud laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 49; LOUSADA AROCHENA, J.F., “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., págs. 574 y 575; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo...”, cit., pág. 63.

de la Seguridad Social de que se trate, asista a la trabajadora<sup>185</sup>. En cambio, a partir de la LO 3/2007 en que se extiende la suspensión y prestación por riesgo a la lactancia, se exige también y en los mismos términos, la intervención de la Gestora (art. 26.4 LPRL y 51.2 RD 295/2009). Además, tras esta reforma, y en particular tras su desarrollo reglamentario, el art. 39.1 y 2 RD 295/2009 silencia la expresión antes recogida en la Disp. Adic. 2ª RD, respecto de la valoración en el informe médico de «*que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto*»; aun cuando debe entenderse mantenido, pues la opinión y examen médico es imprescindible para aportar al procedimiento una evaluación sucesiva y subjetiva de carácter público y, caso de ser necesario, dar de baja a la trabajadora, lo cierto es que el art. 39.1 RD 295/2009 sólo se refiere expresamente a que acreditará la situación de embarazo y fecha probable del parto<sup>186</sup>.

Pero, **en esta fase** donde aún no se plantea la suspensión y percepción de la prestación por riesgo, **la intervención fiscalizadora de las Gestoras no tiene sentido y, aún menos, cuando se prevé en una norma preventiva, dando la errónea apariencia de que los deberes empresariales de actuación inmediata se transforman en condicionados por los diseños de las Gestoras.** Para mayor desconcierto, **el art. 39.3 RD295/2009 contribuye a confundir lo que, en todo caso, puede ser la fecha de efectos económicos de la prestación, con la facultad de adopción de la decisión de suspensión de la prestación por la empresa,** vinculando aparentemente ésta a una previa certificación del riesgo por la Gestora. Y, aún peor, al forzar un procedimiento genérico de solicitud en dos fases y aún más por su finalidad económica, el precepto está extendiendo lo que a la luz de la Directiva 92/85 sólo podría ser una evaluación sucesiva y subjetiva, en

---

<sup>185</sup> Una finalidad de control de la prestación, por todos: MORENO GENÉ, J/ROMERO BURILLO, A.Mª, “Maternidad y salud laboral”, cit., pág. 75; PÉREZ ALONSO, Mª A, “Informe sobre el RD 295/2009, de 6 de marzo en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia para trabajadores por cuenta ajena”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 3/2009 parte Estudio, BIB 2009\490, pág. 18.

<sup>186</sup> Lo que para un sector doctrinal confirma que dicho informe sólo tiene la finalidad de acreditar el estado biológico de la trabajadora, al carecer el facultativo de elementos de juicio sobre dicho estado de las condiciones de trabajo (NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica...”, cit, pág. 56).

definitiva una cuestión médica y de técnica preventiva, a todas las situaciones de riesgo, también a los riesgos objetivos y medidas ya previstos en la evaluación de riesgos<sup>187</sup>.

Sin embargo, interpretar que los deberes empresariales derivados de la evaluación objetiva o subjetiva de los riesgos depende de la intervención de aquéllas y hasta de la solicitud de la trabajadora más allá de la comunicación de su estado (art. 39 RD 295/2009), **contravendría**, según vimos, **tanto los principios de la Directiva Marco como los de esta Directiva específica que en ningún momento admite condicionamiento alguno** (vid arts. 5 y 6)<sup>188</sup>, **y que tan sólo en su art. 7 admite, en la lógica de la evaluación individual, la dependencia del certificado médico**. Es incuestionable que el empresario es el deudor de seguridad y garante de la misma (art. 14.1, 2 y 3 LPRL), sin que la intervención de terceros pueda moderar ni liberarle de su responsabilidad (art. 14.4 LPRL). **Si conforme a las evaluaciones de la empresa existe riesgo, ésta debe actuar en consecuencia desde el mismo momento en que se conoce la concurrencia de aquél** (gravidez, parto reciente o lactancia natural), **poniendo en juego las medidas preventivas que conforme a su criterio sean oportunas y, entre ellas, la suspensión de la prestación de servicios de la trabajadora**<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> Así parece interpretarlo, por ejemplo: LOUSADA AROCHENA, J.F, “La situación de riesgo durante el embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario”, cit., págs. 17 y 18. Yendo más lejos, a partir de una interpretación integrada de los arts. 26.2 y 3 LPRL y el art. 39 RD 295/2009, considera la certificación del riesgo por la Gestora, un requisito ineludible que afecta no sólo al acceso a la prestación sino también al poder directivo empresarial y que, necesariamente, aun cuando quede claro desde la evaluación de riesgos la imposibilidad objetiva de adaptación, tendrá que obtenerse para que el empresario pueda pasar incluso a la fase de cambio de puesto de trabajo: NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica...”, cit., págs. 55 y 56.

<sup>188</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F, “La situación de riesgo durante el embarazo y su adecuación al Derecho Comunitario”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 4, 2000, pág. 17.

<sup>189</sup> Recuérdese la doctrina general sobre el deber de protección del empresario y la configuración cuasiobjetiva de su deuda de seguridad, y consiguiente responsabilidad en materia de indemnización por daños y perjuicios en caso de accidente de trabajo (por todas: STS 30-junio-2010, rcud 4123/2008 y 4 mayo 2015, rec. 1281/2014); es claro que la responsabilidad de la evaluación y de la eliminación del riesgo recae sobre aquél, así como de la adopción de las medidas pertinentes para ello, siendo éstas exigibles desde el mismo momento en que se conoce la concurrencia de aquél. De hecho, como también señala el Tribunal Supremo, tal doctrina jurisprudencial se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre - LRJS), en su art. 96.2 (por todas: SSTS 24 de enero de 2012, rec 813/2011, 9 de junio de 2014, rec 871/2012 y 4 mayo 2015, rec. 1281/2014).

Es más, con toda probabilidad estaría justificado en el común de los supuestos por riesgo durante el embarazo o la lactancia, la negativa de la trabajadora a la prestación del servicio en tales condiciones<sup>190</sup>, y amparado su posible error de apreciación por el principio de buena fe, tanto más en un asunto tan delicado como es, no ya –sólo– el derecho de autoprotección, sino la mismísima protección de los hijos, y aún más cuando la evaluación, aun deficitariamente genérica, indique la existencia de riesgos. No sería necesario, por tanto, la concurrencia de los estrictos factores exigibles para la apreciación del riesgo grave e inminente del art. 21 LPRL.

De conformidad con los arts. 187.2 y 189 TRLGSS y arts. 35.1, 43.1 y 50 RD 295/2009, las prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural nacen el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo o el cese efectivo en la prestación profesional correspondiente de la trabajadora por cuenta propia<sup>191</sup>. Por otra parte, la suspensión entendida como exoneración de trabajar y remunerar (art. 45.1.e y 2 ET) sólo se da a partir de la fecha de efectos de la prestación que, podría considerarse a la luz del art. 39.3 RD 295/2009, se hace depender de esa certificación del riesgo.

Pero ésto no resta el deber del empresario de, entre tanto, remunerar a la trabajadora sin prestación de servicios caso de ser ésta necesaria (arts. 14 y 15 CE, art. 5.3 Directiva 92/85, arts. 19.5 y 30 ET, art. 21.2 LPRL). Puesto que en todo momento, como desarrollaremos más adelante, tenemos que tener presente que la trabajadora tiene derecho al mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada (art. 11.1 Directiva 92/85). Y que, por supuesto, de conformidad con el art. 14.5 LPRL, *«el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores»*. Lo que sucede, por consiguiente, es que la suspensión contractual y la prestación de seguridad social son

---

<sup>190</sup> Véase Epígrafe 4.5.B.

<sup>191</sup> En el caso de las trabajadoras por cuenta propia, el supuesto fáctico que determina la fecha de efectos de la prestación no puede ser la suspensión sino la interrupción de la actividad profesional, previa –según parece– certificación médica del riesgo por la Gestora que es, nuevamente, la que marca el derecho al subsidio (art. 40, 41.1 RD. 295/2009). En similar sentido respecto de la regulación del derecho de la trabajadora por cuenta propia del RD 1251/2001: RIVAS VALLEJO, P, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado...”, cit., pág. 16.

interdependientes, pues **el empresario sólo se verá exento de sus obligaciones salariales una vez sea reconocida la prestación y a partir de su fecha de efectos**. Caso de ser necesaria, la decisión empresarial de suspensión de la prestación, por consiguiente, ni depende de la obtención de **la certificación del riesgo**, ni está garantizada por ésta, pues **sólo puede marcar la fecha de efectos de la prestación y, consiguientemente, de la suspensión del contrato** (arts. 186, 187.2, 188 y 189 TRLGSS, y arts. 31, 32.1, 35.1 y 39.3, y 49 y ss RD 295/2009), **pero no la de la suspensión de la efectiva prestación de servicios**<sup>192</sup>.

De hecho, la perspectiva distinta de los diferentes cuerpos legales se desprende de sus diferencias de redacción, formal del art. 187.2 TRLGSS –*«finalizará el día anterior...al de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado»*– y causal de los arts. 48.8 ET –*«desaparezca la imposibilidad...»*–y 26.3 LPRL –*«durante el período necesario ... y mientras persista la imposibilidad...»*–.

La STSJ Madrid, num. 745/2014 de 3 octubre, rec 282/2014 nos ofrece una muestra de lo que se expone. A resultas de las deficiencias señaladas, el deber de actuación inmediata del empresario queda eclipsado. Con objeto de salvar las dificultades e incertidumbres que impone el sistema tanto al empresario como sobre todo a la trabajadora, los casos judiciales examinados muestran la existencia de **Acuerdos entre empresa y los representantes de los trabajadores** con objeto de garantizar que en los supuestos de puestos de trabajo no exentos de riesgo –y se entiende con una imposibilidad ya determinada de adaptación y, en su defecto, de traslado– se produzca la suspensión del contrato de la trabajadora inmediatamente tras su comunicación al empresario. Es evidente que tales acuerdos no pueden tener la virtualidad de alterar el régimen jurídico de la prestación de Seguridad Social pues, como señala la referida STSJ Madrid, num. 745/2014 de 3 octubre, no cabe pacto o transacción respecto de ellos por terceros (arts. 1 a 3 y 27

<sup>192</sup> Estos elementos marcan también las causas de extinción, denegación, anulación o suspensión (arts. 35.4, 36.2, 43.3.b y 44.2.b) RD 295/2009). Así, el subsidio se extingue con la reincorporación (art. 35.4.b), se deniega, anula o suspende con la realización de un trabajo incompatible (art. 36.2.b), y se suspende con la inactividad del fijo discontinuo (art. 36.3).

TRLGSS)<sup>193</sup>. Pero la referida sentencia, aun sin apreciarse una tesis clara por su parte, favorece esa postura formalista de qué sea dicha suspensión a los efectos de la prestación. Así advierte que suspensión de contrato y no prestación del trabajo no son lo mismo, puesto que ésta puede estar motivada por la distribución del tiempo de trabajo y descansos de la trabajadora en la particular actividad de que se trate. Por otra parte, considera que, la asistencia al centro de trabajo sin prestación de servicios por parte de las trabajadoras es indicativa de que su relación laboral no se encontraba suspendida. Pero sobre todo, porque parece apuntar que el procedimiento del art. 39 RD 295/2009 marca la pauta del derecho a la prestación y, más concretamente, de sus efectos económicos, de manera que parece partir de que la certificación del riesgo debe ser previa a la suspensión desde la perspectiva del Derecho prestacional. Consiguientemente, si se admite esto, se está optando implícitamente bien por asumir que la trabajadora preste servicios entre tanto, lo que es absolutamente inaceptable por vulnerar el art. 15 CE (Tribunal Constitucional, Sala 1ª, S 27-3-2007, nº 62/2007)<sup>194</sup>, bien por cargar al empresario –seguro– entre tanto se gestiona y obtiene la declaración de la existencia de riesgo en el ínterin de dicho procedimiento.

Por consiguiente, **para salvar la legitimidad del art. 26.2 y 4 LPRL la exigencia de certificado sólo puede interpretarse en el sentido de su integración en el art. 11.4 de la Directiva 92/85**, en definitiva, como condición de acceso a la prestación de Seguridad Social, y sólo puede exigirse para el reconocimiento del derecho a la prestación,

---

<sup>193</sup> «en materia de prestaciones de cobertura básica por el Sistema de la Seguridad Social mal cabe que terceros puedan disponer sobre derechos y deberes cuya responsabilidad, al menos principal, no les corresponde (artículo 24 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio)».

<sup>194</sup> Que, en similar sentido afirma que «aunque no conste que se actualizara como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, debe declararse vulnerado el derecho de la recurrente, sin que pueda oponerse a la protección que dispensa el art. 15 CE una inconcebible exigencia de previa exposición efectiva al riesgo, como se derivaría de la argumentación de la Administración (que afirma no haber tomado medidas a la espera de la reincorporación de la trabajadora tras su baja laboral). Ese planteamiento equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el art. 15 CE». En esta línea, también exige una inmediata, independiente y exhaustiva actuación por parte del empresario en relación a su deber de evaluación de riesgos y adaptación del puesto de trabajo: STSJ de Madrid, num. 21/2016 de 20 enero, rec 895/2015.



como bien indica la rúbrica del art. 39 RD 295/2009. Es claro, también, que su correcta ubicación corresponde a una norma de Seguridad Social, y, en cuanto al momento, tras la consideración de la empresa de que no existe puesto compatible con su estado y la adopción, por parte de ésta, de la decisión de suspensión de la prestación<sup>195</sup>. Y lo que es aún más curioso, precisamente en esta fase el art. 26.3 y 4 LPRL y art. 39.4 RD 295/2009 no lo exigen, pues ya se supone cumplido a través del referido filtro previo.

También, por las razones expuestas, considero que lo correcto, tanto desde la perspectiva comunitaria como desde los principios generales preventivos y su configuración como contingencia profesional, habría sido **conceder la prestación desde la fecha de la decisión empresarial de suspensión de la prestación de trabajo, y el abono directo por la entidad gestora con efectos desde dicha fecha, con independencia de que ésta se le repercuta a la empresa en caso de no ser procedente**<sup>196</sup>. Y habría sido, además, **lo más respetuoso con el espíritu del art. 4.8 Convenio nº 103 OIT**, pues dispone que «*En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea*». También carece de sentido transferir a la trabajadora con exclusividad la responsabilidad de solicitar la prestación, con la importante carga burocrática que ello supone, y dejarla en la incertidumbre entre tanto se resuelve, cuando **el verdadero beneficiario de aquélla no es la trabajadora, sino el propio empresario**, que se verá así liberado de abonar el salario sin prestación de trabajo, que es lo que –pese al silencio– corresponde en tanto no se suspenda el contrato. Y por idénticos motivos, también carece de sentido negar a la empresa la legitimación activa para impugnar la denegación de la certificación de riesgo como de la prestación<sup>197</sup>. Verdaderamente, a la

<sup>195</sup> En similar sentido, por ejemplo: PÉREZ DEL RÍO, T, “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas a Debate”, *Temas Laborales*, nº 52, 1999, pág. 60.

<sup>196</sup> En similar sentido: LOUSADA AROCHENA, J.F, “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., pág. 565.

<sup>197</sup> Hay que tener presente «*que la prestación que debe abonar la entidad gestora de la Seguridad Social no puede depender de la libre voluntad de la empresa (aun si ésta es una Administración Pública) de cumplir con sus obligaciones preventivas. Es decir, la empresa puede decidir no adaptar el puesto o no trasladar a la trabajadora, asumiendo incluso, de acuerdo con ella, que deje de acudir al trabajo mientras persista la situación, pero para traspasar el correspondiente coste económico al sistema de Seguridad Social es preciso* (...)»

vista de la regulación de este procedimiento, parece que la seguridad y salud de la trabajadora durante el embarazo y la lactancia es asunto exclusivo de la mujer, y la empresa, tan sólo, un colaborador de aquélla.

Con este extraño procedimiento lo que se produce es **la disgregación del hecho causante** (la concurrencia de riesgo ya constatada, incluso, en la evaluación de riesgos o, de ser subjetiva, en el examen y/o baja médica), **de la fecha de inicio de efectos de la prestación** que se hace depender de la previa verificación de la Gestora. Esto es aún más claro en la redacción del procedimiento a dos fases del RD. 295/2009 pese a su conversión a prestación por contingencias profesionales<sup>198</sup>, con lo que se compensa y contradice a través de ésta vía

---

*acreditar la imposibilidad para la empresa de adoptar las medidas de adaptación o traslados prescritas en la Ley. De no hacerlo así, al no poder ocupar a la trabajadora, debido al riesgo para la lactancia natural, en su puesto de trabajo ordinario sin adaptaciones, la empresa deberá asumir el coste de la falta de prestación de servicios de la misma.*

*Por tanto en este procedimiento, por su especial configuración, es preciso que la empresa que emplea a la trabajadora aparezca como demandada. Es posible que la trabajadora no acredite la existencia de un riesgo para sí o para su hijo lactante como consecuencia del trabajo, pero si lo hiciese, del mismo deriva, en virtud de la normativa de prevención, una obligación empresarial de evitar el mismo, mediante la adaptación del puesto de trabajo o, subsidiariamente, del traslado. Si la empresa incumple la obligación la trabajadora puede ausentarse del puesto y es la empresa la que deberá abonar el salario. Solamente si queda acreditada la imposibilidad de adaptación del puesto o traslado corresponde el abono de la prestación, que es subsidiaria de segundo grado. Por ello el pronunciamiento judicial implica de forma directa la posición jurídica de la empresa, puesto que si, como en este caso, se estima que concurre riesgo que impide el desempeño laboral en las condiciones ordinarias, si no queda acreditada la imposibilidad de adaptación del puesto o traslado el efecto de la sentencia es imponer a la empresa la obligación de abonar el salario sin recibir la prestación del trabajador y ello no puede hacerse inaudita parte. Por otra parte no debemos olvidar que estamos ante una contingencia profesional y en todas ellas el esquema legal es que la responsabilidad incumbe a la empresa frente al trabajador y la entidad gestora o colaboradora operan como aseguradoras de dicha responsabilidad legal, por lo que en materia de contingencias profesionales siempre ha de demandarse, junto a la entidad gestora y/o colaboradora, a la empresa empleadora. Existe por tanto una situación necesaria de litisconsorcio que puede y debe ser apreciada de oficio por el órgano judicial y que debió ser subsanada, por lo que deben anularse las actuaciones a tales efectos.» (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 6 abril 2016, rec 225/2016).*

<sup>198</sup> Por el contrario, bajo la regulación anterior, y siempre partiendo de la autonomía del deber empresarial de prevención frente a la regulación de la protección social, la doctrina consideró que, conforme al los arts. 135.2 LGSS y 18.1 RD 1251/2001, el derecho a la prestación se iniciaba con la suspensión, sin vacíos de cobertura o período de espera a diferencia de la IT (MORENO GENE, J/ROMERO BURILLO, “Maternidad ...”, cit, pág. 71; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C, “El riesgo durante el embarazo”, cit., págs. 63 y 119). Sin embargo, otro sector ya postuló que aun cuando la certificación fuese una condición de la suspensión y no

(...)

indirecta las consecuencias de tal calificación; sus efectos lo son desde el primer día de la suspensión del contrato, como antes de la citada reforma y reglamento cuando era una prestación por contingencias comunes, pero sólo puede producirse a partir de la certificación del riesgo (art. 39.3 RD). **La prestación por riesgo durante el embarazo, pese a su carácter profesional, se comporta así como una prestación por contingencias comunes.** Sin embargo, la eventual declaración de inexistencia de riesgo por la Gestora no libraría al empresario de su responsabilidad, como tampoco la Gestora podría eludir el pago de concurrir los requisitos para la prestación denegada<sup>199</sup>.

Desde luego que esta exigencia de certificación de riesgo y su traslación a un procedimiento de solicitud dividido en dos fases **parece prevista para anticiparse a posibles actuaciones fraudulentas y para establecer un filtro de desaliento y su trasvase de la prestación a la IT.** Pero puede haber algo más. ¿Acaso puede esperar una situación de riesgo a una decisión que puede dilatarse hasta 30 días –más 15 si media petición de informe a la ITSS (art. 39.6 RD 295/2009)– después de la solicitud de la interesada tras la previa certificación del riesgo? (art. 39.4 RD). Por ello, también parece buscar la utilidad de **dar una cierta seguridad jurídica a la empresa** de que a partir de ese momento, se sustituirá su deber de remuneración por la prestación (art. 39.3 RD).

Pero **los desaciertos del procedimiento** previsto en el art. 26.2 LPRL y su desarrollo reglamentario **no quedan ahí y pueden ser explicativos, al menos en parte, de por qué no se adapta ni se traslada de puesto de trabajo.** Y es que para la certificación del riesgo, aun siendo un trámite común para todos los supuestos, según hemos visto también para aquéllos que derivan automáticamente de la propia evaluación, tan sólo se prevé la aportación el informe médico que acreditará el estado de la trabajadora (embarazo y fecha prevista para el parto, o la situación de lactancia y, entendemos, valoración sobre la posible influencia negativa de las condiciones de trabajo en la salud de la trabajadora o la lactancia) y un certificado de empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo. No está prevista, ni

---

del acceso a la prestación, aquélla sólo era posible desde la citada certificación (RIVAS VALLEJO, P, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado...”, cit., págs. 16 y 18).

<sup>199</sup> En este sentido también, por ejemplo: LOUSADA AROCHENA, J.F, “Riesgo durante el embarazo (I)”, cit., pág. 573.

quiera, la aportación de la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo. Tampoco se prevé la aportación de la evaluación de riesgos de la empresa en la segunda fase, una vez emitida la certificación médica de la existencia de riesgo. Tan sólo se exige la declaración de la empresa, e informe emitido por el servicio de prevención<sup>200</sup>, sobre la inexistencia de puestos compatibles o, si éstos existen, sobre la imposibilidad –técnica, objetiva o razonablemente inexigible– de realizar el traslado correspondiente. Únicamente la Disp. Adic. 2ª.3 RD 295/2009, en el marco regulador de la certificación médica de riesgo, dispone la “posibilidad” de que la Entidad Gestora o Colaboradora solicite la aportación de la **evaluación inicial** del puesto ocupado por la trabajadora, así como la relación de puestos exentos.

A la vista de lo expuesto, el control de la Gestora o Colaboradora no atiende a la tutela de los derechos profesionales de la trabajadora, **sino que se enmarca en el control de la prestación de seguridad social procurando molestar lo menos posible a la empresa silenciando, difuminando y trasvasando sus deberes**. Por otra parte, el acento se pone en la existencia de riesgo en el puesto de trabajo, dejando al margen o, como mucho **pasando a un segundo plano** –o examinándolas en el momento no idóneo de la 1ª fase–, **la valoración de posibles medidas de adaptación**, muy en particular aquéllas que puedan implicar importantes medidas organizativas como pueda ser el cambio a un puesto de trabajo diurno, y aún más claramente, la posibilidad de movilidad funcional<sup>201</sup>.

<sup>200</sup> Sin que pueda ser suplido «*por un certificado de la directora de enfermería del Complejo Asistencial de León señalando que no existe puesto compatible sin riesgos, puesto que esta persona no puede arrogarse el desempeño de las funciones que la legislación de prevención de riesgos laborales atribuye a los servicios de prevención y, en concreto, a su especialidad sanitaria (artículo 37.3 del Real Decreto 39/1997)*» (STSJ Castilla-León, núm. 1231/2013, de 26 de junio, rec 789/2013). En el reglamento tampoco ahora y pese a las previsiones del art. 37.3.d) RSP, se exige expresamente valoración de la interacción de la trabajadora y el puesto de trabajo.

<sup>201</sup> La falta de prueba sobre riesgo específico en la lactancia da lugar a la desestimación de la prestación, sin más, dejando en el aire si basta la afirmación de la empresa de que no haya vacantes (STS. 21 marzo 2013, rec 1563/2012; 25 enero 2012, rec 4541/2010). En tanto la STC 161/2004, de 4-10, en un contexto en el que no existía prestación por riesgo, examinaba y reconocía el derecho al cambio de puesto de trabajo en tierra de la piloto de líneas aéreas, los pronunciamientos posteriores respecto de tales trabajadoras en similares puestos de trabajo pasan a suspensión, sin discusión sobre la inexistencia de puestos de trabajo en tierra (ej. STS de 10 diciembre 2014, rec. 3152/2013). Es más, de algunas sentencias sobre tripulantes de líneas aéreas se desprende la idea de que basta la afirmación de la empresa de la imposibilidad de cambio a puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora (ej. STSJ de Andalucía, Sevilla, num. 804/2014, de 19 marzo, rec 1297/2013: «*La circunstancia de la incompatibilidad* (...)»

También, en contradicción con los principios básicos preventivos y como hemos venido defendiendo, **con ello se fomenta la dilación en la adopción de las pertinentes medidas preventivas** por parte de la empresa y un intento de externalizar los costes dejando en la incertidumbre qué sucede entre tanto se certifica el riesgo. Por otra parte, cabe que con este estilo de control dejado en manos de la Entidad Gestora o Colaboradora se persiga **reconducir la prestación a un marco muy restrictivo de carácter objetivo ajeno a la interacción subjetiva de los riesgos, procurando el desvío de tales supuestos a la prestación por IT**. Esta hipótesis ya puede verse confirmada en el art. 39.5 RD, en tanto se prevé una resolución denegatoria pero con previsión de reconocimiento cuasi-automático a partir de una determinada fecha, teniendo en cuenta la certificación médica sobre la existencia de riesgo en atención a la evolución del estado de gestación en relación con el riesgo específico derivado del puesto de trabajo.

Finalmente, como ejemplo de la práctica judicial, resulta llamativo cómo se articula la prueba en los diferentes casos. Así, se ha alcanzado a afirmar respecto de la lactancia, que es la trabajadora la que debe acreditar la imposibilidad de la extracción de la leche materna por ejemplo, por falta de adaptación del puesto (frigoríficos, etc)<sup>202</sup>. Y por otro lado, frente a la Mutua y ante el cuestionamiento de su certificación, se exige que sea ésta la que demuestre que era posible la adaptación o cambio del puesto de trabajo<sup>203</sup>.

---

*de horarios de la trabajadora con la lactancia materna ya se puso de relieve por el informe emitido al efecto por la empleadora acerca de la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, que manifestaba igualmente la imposibilidad de situarla en puesto en el que no concurriera dicha circunstancia. Siendo ello así y resultando claramente de las circunstancias propias de la actividad la imposibilidad expuesta, no cabe sino coincidir con el criterio de reconocimiento de la prestación solicitada.»).*

<sup>202</sup> STSJ Madrid, num. 853/2015, de 6 noviembre, rec 672/2015 –enfermera con 5 guardias al mes de 24 horas–.

<sup>203</sup> STSJ Castilla-La Mancha, num. 1127/2015, de 23 octubre, rec 199/2015 –lactancia y camillera en UVI móvil–: «A su vez, y por lo que afecta a las alegaciones de la entidad recurrente aduciendo que la empresa podría haber destinado a la accionante a un puesto de trabajo compatible con su situación, tampoco es posible su acogimiento a los efectos de la desestimación de la demanda, en tanto que dicha alegación precisa de prueba concreta y determinada, sin que ello se haya llevado a cabo, en tanto que, como se adelantaba al resolver el primer motivo de recurso, la indicación de las características genéricas de la empleadora, así como de los centros de trabajo con los que cuente la misma, no evidencian la real existencia de ese puesto de trabajo concreto y específico al que técnica y objetivamente (...)

#### 4.5. LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL Y REQUISITOS PREVENTIVOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ORDEN JERÁRQUICO DE LAS MEDIDAS TUTELARES

De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, *«La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo...»*<sup>204</sup>.

También, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, *«... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados»*<sup>205</sup>.

---

*hubiese podido ser trasladada la actora por resultar compatible con el ejercicio de su legítimo derecho, y el de su hija, a la lactancia natural».*

<sup>204</sup> Por todas: SSTS 18/03/11, rec 1863/2010; y 23/01/12, rec. 1706/11; 28-10-2014, rec. 2542/2013.

<sup>205</sup> Por todas, SSTS de 21 marzo 2013, rec 1563/2012; 17 marzo 2011, rec 1865/10, rec 1864/2010 y 2448/2010, –ATS en oncología–; 18 marzo 2011, rec. 1290/2010, rec 1966/2010, rec 2257/10, rec 1863/2010; –ATS/DUE en sala de partos, Unidad de urgencias de Hospital, y consultas externas en Hospital y ATS/DUE respectivamente–; 3 mayo 2011, rec. 2707/2010 –Farmacéutica Hospitalaria–; 22 de noviembre de 2011, rec. 306/2011 –ATS en Hospital–.

#### 4.5.A. Deficitaria evaluación de los riesgos específicos

Si la **evaluación de riesgos** en la empresa no se hace en las condiciones debidas, en definitiva, si adolece de especificidad, podrá dificultar la apreciación de la existencia del riesgo, como de si es o no posible la adaptación del puesto de trabajo y la imposibilidad de prevención mediante modificación funcional. En definitiva, **provocará con facilidad la denegación de la prestación por falta de acreditación del riesgo específico**<sup>206</sup>.

Resulta llamativo cómo la regulación de la prestación traslada sordamente a la trabajadora la carga de probar la existencia y especificidad del riesgo, al atribuir a ésta la condición de solicitante y en su caso recurrente de la denegación administrativa de la certificación del riesgo o de la prestación. Así lo viene a reconocer el Tribunal Supremo, pues mantiene que en los casos en que la resolución del INSS o de la Mutua, **en contra de lo que se infiere en la evaluación de riesgos de la empresa, niega la existencia de un riesgo específico** para la lactancia y, por consiguiente, **no se admite el hecho determinante causante de la prestación por quien tenía que haberlo certificado** (art. 21 en relación con la disposición adicional 2<sup>º</sup> del Real Decreto 1251/2001), corresponde a la demandante acreditarlo<sup>207</sup>.

¿Cómo se explica tanta litigiosidad si está correctamente hecha la evaluación de los puestos de trabajo? Lamentablemente a la vista del estudio jurisprudencial realizado, el común de los casos en los que se deniega la prestación por falta de prueba de la existencia de riesgo específico durante la lactancia tienen como sustrato lo que parece una

<sup>206</sup> Por todas: SSTS 17 marzo 2011, rec 1865/2010 y rec 1864/2010 –lactancia y ATS de hospitalización-oncología en el Hospital– y demás citadas en nota anterior.

<sup>207</sup> Es decir, corresponderá a la trabajadora demandante «*desvirtuar las causas de denegación de la prestación, ... con los hechos, razonamientos y referencias probatorias*», si bien finalmente atendiendo a la evaluación e informes aportados por la empresa y de contenido insuficiente, se confirma la desestimación de la prestación (por todas: SSTS de 17 marzo 2011, rec 1865/2010, rec 1864/2010 –ATS lactante en oncología de Hospital– y de 3 mayo 2011, rec. 2707/2010; 18 marzo 2011, rec 1863/2010; 22 de noviembre de 2011 –rec. 306/2011–, enfermera de hospitalización–).

Puesto que la prueba de la existencia de riesgo recae sobre quién reclama la prestación y aun cuando baste para ello su calificación como apta con limitaciones por el servicio de prevención: STSJ Galicia, num. 4132/2015, de 14 julio, rec. 3297/2014.

deficiente evaluación de riesgos del puesto de trabajo<sup>208</sup>. En esta línea cabría incluir pronunciamientos confirmados por el Tribunal Supremo, en tanto no logra demostrarse la existencia de riesgo específico a partir de la documentación aportada por la empresa y, consiguientemente, se deniega la prestación<sup>209</sup>.

Pero, si la empresa califica el puesto de la trabajadora como no exento de riesgo, proceda o no la prestación, **¿no tendría que estar vinculada por actos propios?** Porque la falta de acreditación de riesgo específico a los efectos de la prestación de Seguridad Social no significa que aquél no exista y **técnicamente**, como hemos visto en el epígrafe anterior, **no debería eximirle de actuar en consecuencia a su propia evaluación de riesgos y medios propuestos de solución, los cubra o no por su defectuosa actuación la Seguridad Social**. Y de nuevo, habría que recordar que el carácter profesional de la prestación podría justificar el pago directo y anticipado de la Gestora, con independencia de su posterior repercusión en la empresa.

Una muestra muy clara de ésto lo aborda directamente la **STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 3ª), num. 21/2016 de 20 enero, rec 895/2015**, gracias a que se plantea el litigio desde un enfoque muy diferente al del derecho a la prestación. En este caso lo que se plantea es una **vulneración del derecho a la integridad física** (art. 15 CE) fundado

---

<sup>208</sup> Por ejemplo, la STSJ Cataluña, num. 8273/2013, de 17 diciembre, rec 2397/2013, deniega la prestación por riesgo durante la lactancia a TTS camillero en empresa de ambulancias, por falta de acreditación de riesgos específicos, entre otros motivos, porque los riesgos específicos señalados por la empresa no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados en relación con la actividad desarrollada y en relación con la situación de lactancia, pues no se especifica de qué manera los riesgos por sobreesfuerzos y por agentes biológicos inciden de forma negativa en relación con la situación de lactancia. Es más, respecto al riesgo de turnicidad y nocturnidad y agentes químicos, ni se menciona en la evaluación de riesgos de la empresa demandada. O, por ejemplo, ya que la sentencia reconoce y se basa expresamente en que ni en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo ni en el informe médico se identifica riesgo específico alguno para la lactancia, ni imposibilidad de adaptación ni de traslado de ATS-DUE para la empresa SUMMA 112, realizando sus funciones dentro de la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural, con jornada laboral de lunes a domingo, realizando la jornada laboral completa distribuida en 120 jornadas de 17 y 24 horas. Y funciones de prestación de asistencia sanitaria propia de su titulación en domicilio, en situaciones de urgencia y excepcionalmente en vía pública: STSJ Castilla-La Mancha, num. 142/2016, de 9 febrero, rec 593/2015. También respecto de ATS, asumiendo que la empresa no ha cumplido con sus deberes de evaluación y que la prueba que ha aportado la trabajadora ha sido insuficiente: STSJ Castilla-León, núm. 1231/2013, de 26 de junio, rec 789/2013.

<sup>209</sup> Véase nota anterior.



en el incumplimiento del empresario de evaluar debidamente los riesgos para la lactancia del puesto de trabajo de **auxiliar de servicios sociales** en centro de acogida de personas sin hogar y articular, en consecuencia, la adecuada protección de aquélla. La sentencia concluye que de los artículos 4, 5 y 6 de la directiva 92/85/CEE y, en correspondencia, los arts. 25 y 26 LPRL, imponen a las empresas la obligación de evaluar los riesgos a los que se vea expuesta la trabajadora durante el periodo de lactancia y, en caso de ser éstos relevantes, adoptar las medidas necesarias para su protección. Habiéndose acreditado que el puesto de trabajo está afecto de riesgos para el embarazo hasta el extremo de que es incompatible con aquél, parece lógico que tales riesgos se mantengan durante el periodo de lactancia aun cuando eventualmente pudieran considerarse más atenuados, por lo que es crucial la evaluación de los mismos respecto de esta situación. Sin embargo, en dicha evaluación del puesto de trabajo no se ha determinado la repercusión que los riesgos de exposición a determinados agentes biológicos tiene para las trabajadoras lactantes, ni si es o no necesaria la adaptación en incumplimiento de las referidas previsiones de la Directiva y de nuestro Ordenamiento interno. Tampoco se indica cómo podría evitarse un contagio accidental de enfermedades que sólo se mencionan a título de ejemplo, ni si tales u otras posibles pueden afectar a la lactancia, sin que exista tampoco en los informes una evaluación médica y biológica sobre la referida transmisión de las enfermedades y sobre cuáles tienen trascendencia en dicho periodo. Y, finalmente, hay que tener presente que no se eliminan los riesgos para la lactante con las facilidades que puedan dársele para la extracción de la leche, porque esto no tiene nada que ver con aquéllos. Consiguientemente, y aun cuando no pueda afirmarse que la trabajadora ha estado realmente expuesta a riesgos en la lactancia, si puede estimarse la pretensión relativa a declarar tal incumplimiento empresarial y la vulneración por omisión del derecho fundamental a la integridad física protegida por el artículo 15 de la Constitución, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, Sala 1<sup>ª</sup>, sentencia de 27-3-2007, nº 62/2007, con una indemnización por daños morales de 600 euros.

#### 4.5.B. Incumplimiento de los deberes preventivos preferentes de adaptación y cambio de puesto de trabajo, o deficiente prueba de su imposibilidad

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, probada la concurrencia del riesgo, **las medidas preventivas preferentes de adaptación y movilidad funcional**, *«de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual **responsabilidad de la empresa** por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar –al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación– el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas»*<sup>210</sup>. Así, claramente ha afirmado el Tribunal Supremo en los casos abordados sobre tripulantes en cabina de pasajeros, que **la inactividad de la empresa** en la adaptación del puesto de trabajo o en el ofrecimiento de uno alternativo exento de riesgo **no puede sino conllevar la «conclusión que la de la inexistencia efectiva de ese puesto con condiciones alternativas y exentas de riesgo, constatándose una realidad, en tal caso, en que a la trabajadora no le quedaba otra posibilidad que la de seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia natural, situación que por inadmisibles, debe dar paso a la procedencia de la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud propia o del lactante»**. Por consiguiente, de la pasividad de la empresa no puede *«derivarse perjuicio para la trabajadora, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa»*, con lo que procede estimar la pretensión de la demandante (SSTS de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 24 de abril de 2012, rcud. 818/2011)<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> Por todas: SSTS. 22 de noviembre de 2011, rcud. 306/2011; de 21 junio 2012, rec. 2361/2011; 28 octubre 2014, rec 2542/2013.

<sup>211</sup> Siguen esta doctrina, por ejemplo: SSTSJ Madrid, num. 254/2013, de 7 mayo, rec 5149/2012; TSJ. Cataluña, num. 2342/2013, de 28 marzo, rec 195/2013 y y Cataluña, num. 1846/2013, de 12 marzo, rec 2280/2012. También reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia ante la existencia de riesgos y la no adaptación del puesto de trabajo: STSJ Galicia, num. 408/2015, de 27 enero, rec 930/2013.

La aplicación de esta doctrina supone que una vez certificado el riesgo, tras la solicitud de la prestación con las pertinentes declaraciones e informes de la empresa, procedería el pago automático de la misma sin posibilidad de denegación, con independencia de su eventual repercusión en la empresa.

Algunos pronunciamientos dejan claro que la concurrencia de riesgo para la lactancia y la insuficiente o meramente formal adaptación del puesto de trabajo por la empleadora justifica el reconocimiento del derecho a la prestación<sup>212</sup>. También son ejemplos en los que se aprecia el derecho a la prestación por lactancia natural ante la pasividad o, sencillamente, inadaptación de las condiciones de trabajo u ofrecimiento de puesto compatible, por ejemplo: STSJ País Vasco, num. 359/2013, de 19 febrero, 131/2013 –ATS en turno de noche, con largas jornadas, sin que consten frigoríficos donde conservar la leche y sometida a radiaciones ionizantes por uso de fluoroscopia–. También asume esta doctrina contundentemente la STSJ Madrid, num. 301/2014, de 28 marzo, rec 1775/2013, que reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una enfermera DUE de emergencias, que pasa a excedencia como único medio de mantener la lactancia sin riesgos, ante la pasividad de la empresa y pese a la insuficiencia de la documentación aportada por ésta respecto de la especificidad de los riesgos, imposibilidad de adaptación o de traslado de la trabajadora<sup>213</sup>.

Sin embargo, también hay sentencias que, en contravención de la doctrina expuesta, disponen que siendo apreciable el incumplimiento de la empresa, por ejemplo, de acreditación de inexistencia de otros puestos de trabajo que hayan sido objeto de evaluación y no presenten riesgos, no procederá el abono de la prestación, aunque la trabajadora podrá dejar de prestar servicios en el puesto de riesgo sin sufrir ni represalia ni

---

<sup>212</sup> Enfermera lactante que trabaja en la Unidad de Cuidados Intensivos de Coronarias con turnos rotatorios complejos de mañana, tarde y noche de 10 horas y en contacto con la técnica SPECT, sin que el hospital haya realizado una verdadera adaptación del puesto de trabajo (STSJ Galicia, num. 4132/2015, de 14 julio, rec. 3297/2014).

<sup>213</sup> *«no parece que existiese otra vía a tal fin, siendo la empresa, como se ha dicho, la obligada a demostrar que no es posible ofertar otro puesto o el cambio pertinente, de modo que si no han bastado sus manifestaciones o informes al respecto para que el juez de instancia así lo estime, no por ello la trabajadora ha de sufrir las consecuencias al respecto cuando sólo podía remitirse a los informes empresariales sobre el particular y cuando se considera acreditada la existencia del riesgo.»*

menoscabo alguno en sus retribuciones (STSJ Cataluña, num. 6971/2013, de 25 octubre, rec 4027/2013 y TSJ Castilla y León/Valladolid, núm. 1231/2013, de 24 de junio, rec. 789/2013 –ambas, *obiter dicta*–). También, el incumplimiento de estos deberes empresariales de adaptación, traslado o suspensión de la actividad justifican la extinción de la relación a instancias de la trabajadora, con fundamento en el art. 50.1.c) ET<sup>214</sup>.

Y aún más, **no faltan pronunciamientos judiciales que ante el deber incumplido de adaptación del puesto de trabajo o traslado posibles, sencillamente deniegan el derecho a la prestación a la trabajadora**<sup>215</sup>. Y que además, proponen la adaptación en unos términos que parecen excesivamente gravosos para la trabajadora y/o la empresa<sup>216</sup>.

**Alguno de ellos incluso**, tras reflejar la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, **vienen a exigir de la trabajadora una actuación especial** en relación a activar los deberes de adaptación o movilidad funcional de la empresa más allá de la certificación, compartiendo en definitiva responsabilidades por actos y deberes ajenos –como pueda ser

---

<sup>214</sup> Es el caso de la STSJ Madrid, núm. 51/2011, de 31 enero, que declara la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora embarazada por incumplimiento grave de los deberes empresariales en materia de salud laboral al estar el centro de trabajo muy sucio y frío.

<sup>215</sup> Por ejemplo: STSJ País Vasco, num. 1715/2014, de 30 septiembre, rec 1681/2014 –trabajadora embarazada conductora de autobús urbano, adaptación o traslado a puesto de trabajo por nocturnidad, ausencia de servicios, tiempo de trabajo, etc.–; STSJ C. Valenciana, num. 1977/2013, de 25 septiembre, rec 220/2013 –educadora a la que no se la traslada a otro puesto de trabajo compatible ni se hace intento alguno de adaptación–.

<sup>216</sup> STSJ Cataluña, num. 1263/2015, de 20 febrero, rec 5284/2014: trabajadora Jefe de Tráfico para empresa de ambulancias con funciones de planificación y supervisión de los movimientos de los vehículos de la empresa en turno de noche. Sus condiciones de trabajo suponen un horario continuado de 19:00 a 7:00 horas en turnos rotativos de lunes a domingo en semana corta (2 días) y semana larga (4 días). Presta sus servicios en solitario y debe realizar su actividad con atención continua durante toda la jornada de trabajo. Aun admitiendo que no sea exigible el cambio a un puesto de trabajo diurno ocupado por otro trabajador, el TSJ corrige a la instancia pues considera que el riesgo derivado de tales condiciones podría eliminarse a través de otras fórmulas, puesto que *«no se demuestra que no sea posible reorganizar el tiempo de trabajo de la actora, a fin de que los turnos de trabajo nocturno sean más cortos, como tampoco que no sea posible, manteniendo su duración, adaptar las condiciones de trabajo de la actora fijando pausas o períodos de descanso para posibilitar la extracción de la leche y su adecuación conservación, máxime cuando no se declara expresamente probado que el centro de trabajo carezca de áreas o lugares idóneos para la extracción y conservación de la leche materna»*.

una deficiente evaluación por genérica, o una insuficiente certificación— que son incomprensibles, tanto desde una perspectiva preventiva como prestacional de contingencias profesionales<sup>217</sup>.

<sup>217</sup> STSJ Asturias, num. 86/2013, de 18 enero, rec 2807/2012 –prestación por riesgo durante el embarazo de ingeniero técnico auxiliar (de minas interior) en la empresa HUNOSA–: Consta que a su solicitud acompañaba asimismo certificación empresarial sobre la situación de riesgo y acerca de la inexistencia de otro PT compatible con su estado de gestación, contemplando como riesgos específicos de su PT: carga física, agentes químicos y ambientes pulvígenos; e informe del Servicio de Prevención de RR.LL. de Hunosa en el mismo sentido: "analizadas las condiciones de su puesto de trabajo, consideramos que no existe la posibilidad de adaptación del puesto y/o del tiempo de exposición, en relación con su estado de gestación y evidenciamos la existencia de unas condiciones de trabajo susceptibles de producir daño a la trabajadora o al feto. Asimismo, teniendo presentes las posibilidades que la movilidad funcional de la trabajadora permite, en virtud de su cualificación, han sido valorados los puestos de trabajo en el interior de la mina (vigilancia, trasladarse al lugar de trabajo) e incluso en el exterior de la mina (actividades comunes de exterior) susceptibles de ser ocupados por ella. Las condiciones de estos puestos figuran en las Fichas de Análisis de Puestos de Trabajo que se adjuntan. Las condiciones de riesgo de estos puestos son inviables. Por lo tanto no existe ningún puesto de trabajo que permita garantizar la protección de la embarazada y el feto". Sin embargo, la sentencia afirma: *«Son por tanto insuficientes a los efectos analizados las fichas de evaluación de riesgos comunes a tales puestos de exterior facilitadas por la empresa, pues éstos afectan no solo a la mujer embarazada sino a cualquier operario que desempeñe los mismos, y si bien es cierto que un defectuoso cumplimiento de las obligaciones de su empleadora en este punto concreto no debería generar perjuicio para la trabajadora, no lo es menos que ésta tenía que haber desplegado algún tipo de actividad para que aquélla tuviera ocasión a expresar debida y motivadamente la imposibilidad de resituirla en un puesto compatible con su estado, ya que el artículo 39.4 b) del Real Decreto 295/2009 de 6 de Marzo, al regular el procedimiento para el reconocimiento del derecho objeto de controversia, exige que sea la trabajadora la que acompañe a su solicitud de prestación declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con su estado ó cuando éstos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, lo que aquí, como ya se ha razonado, no se ha hecho.»*

Por el contrario, también respecto de la minería subterránea de Hunosa, la STSJ Asturias, num. 2253/2014, de 31 octubre, rec 2005/2014, reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo de la embarcadora de interior, pues sí se considera probado que no es posible su ocupación en otro puesto de trabajo exento de riesgos y que los trabajos administrativos y de control ambiental requieren una especial cualificación y están ocupados por trabajadores que ostentan más de 20 y 4 años de antigüedad.

También, por ejemplo, la STSJ Galicia, num. 2085/2015, de 16 abril, rec 4439/2013 exige o recrimina a la técnico auxiliar de enfermería en la Unidad de Cuidados Continuos y Paliativos del CHUAC, que no haya instado medidas para adaptar las condiciones de trabajo y ni siquiera el traslado a otro puesto de trabajo, partiendo de que en el centro de trabajo necesariamente tiene que haber puestos compatibles o posibilidades de adaptación.

#### **4.6. EL CUESTIONAMIENTO DE OTROS DOS REQUISITOS DE ACCESO DE LA PRESTACIÓN: EL REQUISITO DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN Y EL ACCESO DESDE SITUACIONES DE INACTIVIDAD EN LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO TARDÍO DE LA PRESTACIÓN INDEBIDAMENTE DENEGADA**

El periplo procedimental previsto en el art. 26 LPRL y desarrollado en el RD. 295/2009 que hemos comentado, da lugar a un laborioso y lento proceso de reconocimiento de la prestación, cargado de incertidumbres y desprovisto de medida alguna de carácter cautelar para proteger a la trabajadora, al feto o al niño lactante de los riesgos en cuestión, discutidos o no<sup>218</sup>. Como hemos advertido, tan sólo cabe mantener que el empresario tiene la obligación de proceder entre tanto a la suspensión de la prestación con mantenimiento de salario. Pero a nadie se le oculta lo desafortunado de la medida, que a más señas no ha recibido un reconocimiento legal expreso, con lo que deja a la trabajadora en una situación de lamentable desprotección y de insana confrontación personal con la empresa.

Ante tales situaciones y entre tanto se resuelve el asunto, la trabajadora: o continúa prestando servicios expuesta al riesgo –o, en su caso, abandona la lactancia–, o bien busca formas alternativas de tutela:

---

<sup>218</sup> Por poner tan sólo un ejemplo elegido al azar, pueden valorarse las fechas del caso resuelto por la STSJ de Galicia, num. 2031/2015, de 13 abril, rec 4370/2013. Se trata de una higienista dental embarazada siendo la fecha probable del parto el 18-7-13. El 23-1-13 solicita al Sergas la adaptación del puesto y protección de la maternidad y el 13-2-13 la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales declara que no es posible adaptar el puesto de trabajo y el 8-3-13 el SERGAS emitió declaración empresarial de no existencia de otro puesto compatible a su embarazo. El 5-3-13 la médica evaluadora del INSS emite informe que consta en autos y que se da por reproducido. El 11-03-13 la demandante solicita la prestación por riesgo para el embarazo con fecha de suspensión del contrato desde esa fecha al no existir puesto compatible con su estado. El 20-3-13 el INSS solicita informe a la Inspección de Trabajo que lo emite el 30-4-13 dando por reproducido su contenido. El 16-5-13 se deniega a la demandante la prestación por no acreditar el SERGAS la imposibilidad de cambio de puesto. Interpuesta reclamación previa fue desestimada el 5-7-13. Es obvio que cuando en la instancia se le reconoce el derecho, ¡ya se encontraba en período de lactancia! A más señas para demostración de que lo observado es una situación común, la sentencia niega la responsabilidad del SERGAS en el abono de la prestación, pues había cumplido con el procedimiento, ciertamente complejo, pero que no queda en manos ni de la embarazada ni del empresario, como tampoco sus efectos económicos.

la IT por contingencias comunes, la acumulación de los descansos, y la excedencia para el cuidado de hijos.

#### 4.6.A. Supuestos de reconocimiento tardío de la prestación indebidamente denegada y prestación efectiva de servicios

De conformidad con los arts. 187.2 y 189 TRLGSS y arts. 35.1, 43.1 y 50 RD 295/2009, las prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural nacen el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo o el cese efectivo en la prestación profesional correspondiente de la trabajadora por cuenta propia. **Pero, ¿qué sucede si la trabajadora ha continuado trabajando expuesta al riesgo y posteriormente se ha apreciado la denegación indebida de la prestación?**

Tampoco respecto de esta cuestión nuestros Tribunales ofrecen una solución pacífica. Así, alguna sentencia sostiene que a tenor del art. artículo 188 de la TRLGSS, y artículo 50 Real Decreto 295/2009, el subsidio por riesgo se extingue por la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior, no existiendo duda interpretativa alguna al respecto, siendo el artículo claro y diáfano al establecer la incompatibilidad entre subsidio y trabajo. Por consiguiente, aquél se extinguirá con la reincorporación al trabajo de la trabajadora aun cuando hubiese sido indebidamente denegado, si bien **podrá compensarse a ésta por tales deducciones con una indemnización adicional por los daños y perjuicios causados** (STSJ Islas Canarias, Las Palmas, num. 993/2013, de 20 junio, rec 990/2011)<sup>219</sup>. Aún más claramente, alguna sentencia sostiene que si la trabajadora continúa trabajando tras ser la prestación inicialmente denegada, el pronunciamiento condenatorio tiene que limitarse al aspecto declarativo por concurrir trabajo y salario, incompatible con la prestación

<sup>219</sup> «...tiene razón la impugnante únicamente en que el infractor se vería beneficiado en cierta medida al dejar de pagar una prestación por una negativa injustificada. Pero siendo cierto, tal situación tenía fácil remedio, como hubiera sido solicitar una indemnización adicional por daños y perjuicios que impidiera tal situación, algo que no se hace en momento alguno, más bien lo contrario, ya que en la propia demanda hecho séptimo se anuncia la reserva de acciones por lo daños sufridos. En definitiva, la incompatibilidad entre trabajo y subsidio es evidente y no habiéndose solicitado indemnización adicional no queda sino estimar el motivo interpuesto y con ello el recurso de suplicación».

reclamada, con objeto de posibles acciones ejercitables contra la empresa o mutua (STSJ Cantabria, num. 11/2016, de 12 enero, rec 717/2015).

Sin embargo, como se insistirá más adelante<sup>220</sup>, otra línea de doctrina judicial más acorde a la tutela judicial efectiva, sostiene que en los casos de denegación indebida y consiguiente reconocimiento tardío de la prestación, en los supuestos en que la trabajadora haya permanecido prestando sus servicios en su puesto de trabajo y, consiguientemente, soportando los riesgos, **procede como único recurso** –obviamente no cabe echar marcha atrás en el tiempo y reparar la situación de facto– **su sustitución por la prestación prevista en el artículo 188 y 189 TRLGSS (con el límite temporal de que el menor cumpla los nueve meses de edad)**, claro está, salvo que la reincorporación se produzca por la efectividad de las otras medidas preventivas preferentes, de adaptación o modificación funcional (STSJ Galicia, num. 967/2016, de 22 febrero, rec 4271/2015)<sup>221</sup>.

En otras ocasiones, como respuesta a la denegación indebida de la prestación o a la tardanza en su respuesta, la trabajadora opta por **acumular los descansos** que le corresponden, como puedan ser la lactancia acumulada, las vacaciones, etc. Ante la oposición de las gestoras a considerar tales períodos cubiertos, en tanto al no existir prestación ni deberla consideran que no puede concurrir riesgo alguno, la doctrina judicial más sólida atiende a la **fecha de la solicitud de la prestación o del inicio del proceso con la solicitud del certificado médico de riesgo**. El TSJ del País Vasco lo expone con sencillez, de

---

<sup>220</sup> Véanse, más adelante, el tratamiento de estos aspectos en los casos de sustitución provisional de la prestación por IT y, con mayor amplitud, en los supuestos de excedencia precedida por descansos acumulados.

<sup>221</sup> En esta línea, por ejemplo: STSJ País Vasco 25 de septiembre de 2012, núm 2250/2012, rec 2041/2012 *«consta que en esos días la demandante prestó servicios con jornada reducida, pero lo sustancial es que no debió haberlos prestado, dado que concurría ya, sin duda alguna, causa para ello, al existir riesgo para la lactancia natural, tal como la empresa y la MUTUA demandadas reconocieron, .... No se ha argumentado nada por las demandadas en torno a una posible variación de circunstancias laborales que expliquen que con anterioridad al 15 de febrero no concurría el riesgo que da lugar a la prestación litigiosa, por lo que entendemos que tal derecho concurría ya desde el 6 de febrero. Repárese que la demandante no tenía otra opción que prestar los servicios, dada la negativa de la MUTUA a reconocerle la prestación luego estimada, lo que supone que, a pesar de haberlos prestado, la demandante tiene derecho al percibo de la prestación correspondiente»*. Incluye también el período de vacaciones por razones vinculadas a la doctrina sobre ejecución de sentencia: STSJ País Vasco 30 de abril de 2013, núm 742/2013, rec 618/2013.



manera que *«lo real es preguntarse si cuando se pide la prestación existía derecho a ella»* de manera que si a tal data el puesto de trabajo está afecto de riesgos específicos, corresponde la prestación. Por consiguiente, si aquella se solicitó durante el disfrute del descanso por maternidad seguido, sin solución de continuidad ante la indebida denegación, por el descanso vacacional de la trabajadora, la prestación debe reconocerse desde la finalización del descanso por maternidad (STSJ País Vasco, num. 1496/2013, de 10 septiembre, rec 1323/2013)<sup>222</sup>.

#### 4.6.B. El acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural desde situaciones de inactividad

Los arts. 32, 41.1 y 50.1 RD 295/2009, en correspondencia con el art. 165.1 LGSS y con los art. 187.1 y 189 TRLGSS por su remisión a los términos y condiciones previstas para la IT por contingencias profesionales, exigen que la trabajadora se encuentre en alta en el momento en que se inicie la suspensión. Es de destacar respecto de ambas prestaciones que no hay reconocida ninguna situación asimilada al alta. Es más, dicha asimilación ni tan siquiera puede predicarse respecto de los períodos de excedencia por cuidado de hijo, menor acogido o familiar (arts. 237.1 y 2, 166 LGSS y 36.1.3º RD 84/1996, 26-1, Disp. Adic. 4ª RD 295/2009 y RD 1335/2005, 11-11) con lo que la trabajadora debe estar en situación de alta en el momento del inicio de la suspensión del contrato.

Sin embargo, desde una perspectiva preventiva no tendría sentido la exigencia de reincorporación al puesto de trabajo desde una situación de inactividad (STC 62/2007, vid. nota 194), como tampoco la desprotección de las situaciones fácticas de autotutela que normalmente se alcanzan a través de la IT, la acumulación de descansos y la excedencia. Por otra parte, desde la perspectiva antidiscriminatoria, según hemos visto, no podría impedirse el alta y consiguiente acceso desde situaciones como la de excedencia. También desde este prisma de igualdad y no discriminación, en mi opinión, tampoco podría justificarse una traslación de los riesgos y un trato peyorativo de la mujer, fundada en la incompatibilidad formal de una prestación vinculada a unos riesgos

<sup>222</sup> Sobre este tema volveremos más ampliamente en el epígrafe 4.6.B, en particular en el subepígrafe b.

profesionales que objetivamente existen, si materialmente aquélla puede llegar a absorber a la incapacidad temporal.

Pero la cuestión no es ni mucho menos nueva ni pacífica y **tiene como trasfondo la conceptualización misma de la prestación...** ¿exige que el riesgo, entendido como potencialidad, esté actualizado y que, consiguientemente, la trabajadora esté efectivamente expuesta? O, por el contrario, ¿basta con que el riesgo concorra? Como veremos, la tendencia, aún más clara en los últimos años, parece saldarse a favor de la objetivización de la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. No en vano nos movemos en el nivel prestacional, marcado por la seguridad jurídica y unos concretos requisitos jurídicos puntualmente independientes de la dimensión materialmente preventiva.

Son tres las situaciones de inactividad desde las que se ha planteado judicialmente el acceso a las prestaciones por riesgo o su mantenimiento: la incapacidad temporal o IT, que sobre todo se observa en su relación con la prestación por **riesgo durante el embarazo**; la excedencia y otros descansos disfrutados de manera conexas al descanso de maternidad, que normalmente se cuestionan en relación a la prestación por **lactancia natural**; y, finalmente, el **cese de la actividad de la empresa** sin regularización de la situación de la trabajadora a través del despido colectivo.

#### 4.6.B.a. La conflictiva relación entre incapacidad temporal y el riesgo durante el embarazo y la lactancia

**Con anterioridad al RD 295/2009** puede decirse que la nueva prestación pugna aún por distinguirse de la IT, siendo ejemplos extremos de ello la doctrina judicial en torno a la delimitación del embarazo de riesgo frente al riesgo durante el embarazo. Pero sobre todo, ya desde los albores de esta prestación se observa el uso de la IT como medio para solventar las situaciones por riesgo durante el embarazo denegadas –o, incluso, para resolver los vacíos legales de desprotección por riesgo durante la lactancia antes de la LOI<sup>223</sup>, así como para dar transitoriamente

---

<sup>223</sup> Por ejemplo: STSJ Madrid num. 458/2001, de 19 abril, rec 3889/2000, en que se desestima el recurso frente a la denegación de prestación por IT por riesgo durante la lactancia: *«no se deriva la consecuencia jurídica que se interesa en la demanda, esto es, el derecho a la prestación por incapacidad temporal, sino el derecho a la suspensión del contrato laboral (...)*

una respuesta rápida y con un mínimo de seguridad jurídica frente al procedimiento cargado de trabas burocráticas de la nueva prestación. En relación a esta problemática, comienzan a apreciarse dos grandes líneas de doctrina judicial discrepantes respecto del **acceso a la prestación por riesgo durante el embarazo desde la situación de incapacidad temporal y en la propia delimitación de ambas prestaciones.**

Una línea judicial, que podríamos denominar **preventivista de la actualización del riesgo**, parte de una clara delimitación entre IT y la prestación por riesgo durante el embarazo, consistente en la **incompatibilidad de situaciones**. Considera constituyente o *sine qua non* el requisito de concurrencia de la actividad pues sólo puede existir riesgo si se está trabajando. En consecuencia, si la trabajadora está en IT no cabe reconocer riesgo durante el embarazo, siendo necesaria el alta médica de aquélla y, seguidamente, pasar a riesgo por embarazo, mediando igualmente alta en Seguridad Social, si bien algunas sentencias admiten el pase sin solución de continuidad<sup>224</sup>.

La línea judicial opuesta, que podríamos denominar **preventivista objetivadora de la prestación**, asume que procede la prestación si existe un riesgo, con independencia de la situación de incapacidad de la mujer para el trabajo. Es la postura asumida por ejemplo, por diversas sentencias del 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en las que las trabajadoras embarazadas –que son cuidadoras del mismo centro asistencial de disminuidos psíquicos– solicitan la prestación desde una

---

*conforme al art. 45 del ET en relación al art. 26 de la Ley 31/1995 de 8-11 precisamente por riesgo en el período de lactancia, sin que concurran los requisitos previstos en el art. 128 LGSS para la incapacidad temporal: imposibilidad temporal para el desempeño del trabajador por alteración de la salud del trabajador y por la que se recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social».*

<sup>224</sup> STSJ País Vasco 11 septiembre 2001, rec 1351/2001 –solicitud de prestación por riesgo durante el embarazo denegada, anterior a la IT de cuidadora de personas con retraso mental grave, si bien es cierto que previamente la sentencia rechaza también la procedencia de la prestación por falta de acreditación de la imposibilidad de ocupación en un puesto de administrativo–; STSJ Aragón num. 583/2008, 10 julio, rec 559/2008 –aun cuando se solicitase antes la de riesgo durante el embarazo, pues se avino a su denegación, y sólo cuando la IT se extingue se puede acceder previa alta, sin solución de continuidad–. También encajan sus argumentos en esta línea: STSJ Principado de Asturias núm. 2311/2007, de 25 mayo, rec 2563/2006 –vigilante de seguridad en centro comercial que pretende pasar de IT a prestación por riesgo durante el embarazo solicitada con posterioridad al inicio de aquélla; es necesario alta previa puesto que la imposibilidad de trabajar no procede de la existencia de riesgo sino de enfermedad común–.

situación de IT por enfermedad común, estando su puesto de trabajo afecto de riesgos específicos<sup>225</sup>.

En esta línea de objetivación también cabría enmarcar las decisiones judiciales en torno a la delimitación del riesgo durante el embarazo en los casos de embarazo de riesgo saldadas a favor del primero si el trabajo está afecto de riesgos para la gestante; éstas sentencias optan por considerar que la concurrencia de riesgos específicos es lo trascendente en la delimitación de prestaciones<sup>226</sup>. Como también se podrían citar otras en las que lo que se discute es la naturaleza de la prestación en los supuestos en que, habiéndose solicitado la prestación por riesgo, al ser denegada se pasa a IT sin que esta segunda situación resulte un impedimento para su posterior reconocimiento retroactivo por el Tribunal<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> SSTSJ Navarra num. 94/2002, de 27 marzo, rec 36/2002 –en este caso parece que la solicitud por riesgo es anterior a la baja por IT–; Navarra num. 141/2002, de 30 abril, rec 122/2002; y num. 205/2002, de 13 junio, rec. 210/2002. También en esta línea, la STSJ Cataluña num. 8210/2004, de 18 noviembre, rec 8329/2003, se reconoce la prestación solicitada con posterioridad desde el inicio de la IT –baja médica–.

<sup>226</sup> Es el caso, por ejemplo, de la S. TSJ. Aragón num. 1207/2002, de 18 noviembre, rec 370/2002, que descarta la calificación como IT de un embarazo de alto riesgo de una operaria acolchadora para traducirla en prestación por riesgo durante el embarazo dado que el trabajo está afecto igualmente de riesgos para la gestante, siendo esto lo trascendente. No procede IT, por tanto, sino la prestación que se solicitó en su momento, que fué la de riesgo: «*Y ante esta situación, suspendido el contrato por la empresa ante la situación de riesgo de aborto por la exigente actividad física del puesto de trabajo, y la imposibilidad de destinarla a otro acorde con su categoría profesional, concurren los requisitos establecidos en el actual art. 134 de la LGSS para declarar la existencia de situación protegida de riesgo durante el embarazo, con derecho a la prestación definida en el siguiente art. 135 de la LGSS, cuya gestión corresponde directamente al INSS demandado*». También la STSJ Cataluña num. 4260/2004, de 1 junio, rec 2219/2003: Oficial 3º metalúrgica embarazada de gemelos en baja por gestación múltiple de riesgo. El puesto de trabajo está afectado de riesgos para el embarazo y se acredita imposibilidad de adaptación y de traslado. La discusión se centra en si la imposibilidad de trabajar deriva del propio embarazo o del puesto de trabajo. La circunstancia de que los embarazos de gemelos presenten más riesgo del habitual no imposibilita apreciar que impida el desarrollo del trabajo. Y en general el embarazo, se podría considerar como una situación de riesgo para la salud. Pero «*lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios*», en cuyo caso se pondrá en marcha, como así decide la sentencia, esta protección específica por riesgo durante el embarazo.

<sup>227</sup> Véanse notas anteriores. También en este sentido: STSJ Andalucía/Sevilla, num. 301/2004 de 29 enero, rec 2596/2003 –en el caso la empresa acuerda la suspensión, con posterioridad se solicita prestación por riesgo durante el embarazo y, posteriormente se pasa a IT por “embarazo con riesgo laboral”–.

Como puede observarse, realmente con esta línea judicial lo que se produce es una absorción de la IT por la prestación por riesgo durante el embarazo cuando concurren las condiciones antes descritas respecto del hecho causante; el carácter preventivo de la contingencia no obsta a que la trabajadora se encuentre imposibilitada para el trabajo. De hecho, podríamos pensar que no es descartable que aquéllos ya la hayan afectado. No hay, por consiguiente, **incompatibilidad** de situaciones sino **de prestaciones**. Por otra parte, lo definitorio de la prestación es la existencia de un riesgo específico ineludible a través de las vías preferentes preventivas, sin exigencia –que no imposibilidad– de manifestación de una patología diagnosticada.

Con posterioridad al RD 295/2009, las relaciones entre IT y riesgo durante el embarazo se regulan expresamente en sus arts. 37 y 45. De conformidad con dichos preceptos: «1. Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas». «2. Cuando la trabajadora se encuentre en situación de riesgo durante el embarazo y durante la misma solicite la prestación por incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de ésta hasta la finalización de la situación de riesgo durante el embarazo, si reúne en ese momento los requisitos necesarios para acceder a la incapacidad temporal». **Con ello, ¿está siguiendo el legislador una postura objetivadora de la prestación, o está partiendo de la exigencia de la actualización del riesgo?**

En la aplicación de tales preceptos las decisiones de nuestros Tribunales parecen más uniformes, al menos en algunos puntos. Concretamente y a tenor de su literalidad, al exigirse que las prestaciones se sucedan en el tiempo, tan sólo prevé la incompatibilidad de ambas claramente para el supuesto de que la situación pretendida “se solicite” durante la pervivencia de la primera, que goza de preferencia indistintamente si se trata de una o de otra. Por tanto, **si se solicita la prestación preventiva y, entre tanto se resuelve, se incurre posteriormente en IT, la IT quedaría absorbida por su posterior**

**reconocimiento** y, según las sentencias consultadas, con efectos desde su solicitud, se haya o no trabajado<sup>228</sup>.

<sup>228</sup> La STSJ Madrid 28-6-2013 (sent. núm. 658/2013) reconoce a una fisioterapeuta que trabaja en una asociación de minusválidos el derecho a prestación por riesgo durante el embarazo. En este caso, tras una solicitud inicial desestimada, y entre tanto de baja por IT, se solicita nuevamente tras alta de escasos días. La sentencia reconoce el derecho a la prestación con efectos que fija desde el comienzo de la gestación, es decir, antes del inicio de la referida IT, pues el riesgo afectaba al puesto de trabajo desde el comienzo de aquélla. La STSJ Cantabria 18-12-2014, rec 781/2014, reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo de la fisioterapeuta que enlaza una IT por contingencias comunes con dicha prestación solicitada el último día de baja por enfermedad y que, tras ser aquélla denegada y, según parece, habiéndose reincorporado la trabajadora al trabajo, vuelve a los 10 días de su alta a la situación de IT por lumbalgia. Los razonamientos son similares, de manera que solicitada la prestación por riesgo durante el embarazo, apreciándose la existencia de dichos riesgos y expuesta a ellos la trabajadora desde la finalización de la IT precedente, y habiéndose indebidamente denegado la referida prestación, la IT posterior no es obstáculo para aquélla. Por otra parte, tampoco es obstáculo a su reconocimiento el hecho de que su solicitud sea coincidente con su alta de la baja inicial (se produce al día siguiente), pues también se acredita que en los posteriores estuvo en alta y expuesta a los riesgos que, precisamente la prestación pretende evitar –y, por cierto, los efectos se le reconocen desde la referida solicitud–.

También la STSJ Galicia, num. 1113/2013, de 22 febrero, rec 4083/2010, reconoce el derecho a la prestación por riesgo desde la fecha en que consta la existencia del riesgo hecha la referida solicitud, y aun cuando expresamente no se pronuncie, con independencia de que se haya trabajado en el periplo de las reclamaciones y el inicio de la IT, y con independencia de que, como se ve, la trabajadora finalmente pasase a IT por lumbalgia. También en esta línea sostiene por ejemplo la STSJ Asturias de 25-1-2013 (sent. núm. 153/2013, rec 2831/2012) que la baja médica por IT de la trabajadora autónoma causada con posterioridad al inicio de la situación de riesgo durante el embarazo no es causa de extinción del derecho al subsidio y hasta la finalización de dicha situación no procede el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal. Procede, por tanto, su reconocimiento con efectos desde la solicitud, habiéndose interrumpido la actividad laboral para no exponerse a los riesgos, y su compensación con el subsidio percibido posteriormente por IT. Y la STSJ Cataluña 8-3-2011, núm. 1717/2011, también en esta dirección reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo denegada habiendo incurrido posteriormente en baja por IT y sin que ésta pueda ser obstáculo para aquélla protección, a lo que añade que *«no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación aquí reclamada la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación»*.

También, en un caso de riesgo durante la lactancia, en que tras denegación de solicitud cursada durante el descanso por maternidad de expendedora de hidrocarburos, se pasa a IT dos semanas después de finalizado aquél. Se reconoce el derecho a la prestación por riesgo desde la finalización de la baja por maternidad, con compensación de lo percibido en IT: STSJ Galicia núm. 1348/2012, de 2 marzo.

Corresponde la prestación, en un caso de riesgo durante el embarazo, sin que sea impeditivo de ello el hecho de que se solicitase durante las vacaciones y se incurriese tras su denegación en IT: STSJ Navarra 17-1-2011, núm. 15/2011, con lo que se accede a la prestación tras finalizado el descanso vacacional.

**Pero, ¿y si la prestación por riesgo durante el embarazo se solicita o procede su reconocimiento con posterioridad al inicio de la IT? Este supuesto es el más conflictivo.**

Por ejemplo, **hay sentencias contradictorias cuando no se aprecia la existencia de riesgo específico hasta una determinada semana de gestación.** En tanto unas exigen la extinción de la IT, otras modifican la prestación de IT a riesgo durante el embarazo a partir del momento en que, conforme a la evaluación de riesgos, existen riesgos específicos<sup>229</sup>. Téngase presente que los arts. 39.5 y 47.5 RD 295/2009 prevén para tales casos que, una vez denegada, cuando se haya certificado el riesgo a partir de una determinada fecha –o semana de gestación–, no será necesaria una nueva solicitud, sino tan sólo la aportación de los documentos previstos en los apartados b) y c) de los referidos preceptos. Por consiguiente, más allá del dato formal de la fecha de la solicitud inicial, que dudosamente serviría para asegurar en su momento el pase a la prestación por riesgo (arts. 37 y 45), lo que asume en caso de precederse de IT, de aceptarse, es la conversión de esta prestación a partir de la fecha de la certificación del riesgo. Por otra parte, **nuestros Tribunales en sentencias recientes parecen reconocer con cierta facilidad la procedencia ad origen de la prestación por riesgo durante el embarazo con descuento de la IT cuando ésta se solicita pocos días después del inicio de la IT, estando ya presente la causa preventiva en tal momento**<sup>230</sup>. Son pronunciamientos

<sup>229</sup> La STSJ C Valenciana 6-5-2014, rec. 2546/2013, respecto de una profesora de baile en IT por embarazo de riesgo por añosidad que solicita posteriormente prestación por riesgo durante el embarazo, parte de la necesaria distinción entre los riesgos genéricos y los específicos derivados del trabajo, pues el genérico derivado de su gestación sería tributario de la prestación de IT, pero los específicos, es decir, los riesgos que están claramente enraizados en las concretas condiciones del trabajo habitual, son los que motivan que a partir del quinto mes de gestación (según la guía médica de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) proceda reconocer la prestación reclamada en la demanda, en cuanto protege un riesgo concreto, no una efectiva patología. Esta solución implica, por tanto, la posibilidad de compensar la prestación de IT ya abonada en cuanto ésta se hubiera prolongado más allá del quinto mes de embarazo. En contra, la STSJ País Vasco 8-4-2014, rec 520/2014, pese a ser la IT posterior a la solicitud inicial de prestación por riesgo durante el embarazo, la baja por IT hace inexigible prestación por riesgo para el embarazo, según el artículo 37 del Real Decreto 295/2009, con lo que entra en contradicción e incompatibilidad en tanto en cuanto permanezca la incapacidad temporal por las causas legales o reglamentarias establecidas, haciendo innecesario el pronunciamiento y reconocimiento del riesgo durante el embarazo.

<sup>230</sup> Por su parte, la STSJ Comunidad Valenciana 19-5-2015, num. 1088/2015, rec 2503/2014, en un caso de trabajadora que pasa de la baja por maternidad a una IT por ansiedad sin solución (...)

antiformalistas que siguen implícitamente la visión preventivista de la objetivación de la prestación. Aquí la IT se observa como una solución puente sin más. Pero esa postura objetivadora es aún más evidente en otras sentencias en las que abiertamente se prescinde de que al momento de la solicitud la trabajadora embarazada está de baja por IT, pues *«no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación aquí reclamada la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación»*<sup>231</sup>. En esta línea, la delimitación entre el riesgo durante el embarazo y los embarazos de riesgo estriba en que se aprecie o no la concurrencia de riesgos específicos en el puesto de trabajo y la imposibilidad de adopción de medidas preventivas preferentes, con independencia de que concurran también causas subjetivas<sup>232</sup>.

No obstante, también se encuentran sentencias que mantienen la postura contraria, en definitiva, que no cabe el acceso desde la situación

---

de continuidad, se le reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural desde el día siguiente a la finalización del descanso por maternidad con descuento de la IT, y con independencia de que el certificado se solicite a la Mutua tres días después de iniciada la baja por contingencia común. También la STSJ Madrid 16-12-2011, rec. 4733 /2011, asume que la baja médica de la trabajadora al diagnosticársele el embarazo como en una recaída posterior (tras dos días en alta) derivan de la existencia de riesgos en su puesto de trabajo y tienen una finalidad preventiva, por lo que tendrá efectos la prestación por riesgo desde aquél primer momento.

<sup>231</sup> STSJ Asturias núm. 85/2010, de 8 enero –solicitud de oficial de peluquería precedida de IT por amenaza de aborto y posterior baja sin solución de continuidad por lumbalgia–; STSJ Galicia núm. 2750/2012, de 26 abril –trabajadora autónoma en teatro de guiñol para niños, con alto riesgo por añosidad y mala historia obstetricia, sometida, no obstante, al riesgo específico en su trabajo de levantar pesos, realizar esfuerzos físicos, y realizar grandes desplazamientos en coche; STSJ Galicia núm. 1208/2012, de 29 febrero –y sentencias que cita– respecto de dependienta de pescadería que inicia la suspensión como IT, por cuanto la valoración de los antecedentes personales de la trabajadora recomiendan la anticipación en el tiempo de las precauciones preventivas respecto de lo previsto con carácter general en la Guía, dado que *«no se puede pretender aplicar reglas de tipo matemático o automáticas a esta situación de tal forma que se considere IT por enfermedad común hasta las 18, la 20 o la 22 semanas según los casos y a partir de ahí como de riesgo durante el embarazo puesto que no concurren dos bajas laborales diferentes, sino que en estos casos al riesgo preexistente se suma el derivado de su actividad profesional que absorbe al primero»*.

<sup>232</sup> Véase una muestra en nota anterior.



de IT en rigurosa aplicación del art. 37.1 RD. 295/2009<sup>233</sup>. En alguna de ellas, más allá de la aplicación del criterio formal de la fecha de solicitud, se observa claramente como trasfondo la teoría de la actualización del riesgo. También se aprecian sentencias que asumen una posición más rígida en la valoración del riesgo específico, remitiéndola a un carácter pretendidamente objetivo, lo que a su vez repercute en la exclusión de la interacción subjetiva de los riesgos del puesto de trabajo<sup>234</sup>.

**En mi opinión la postura correcta es la que he denominado, por llamarla de alguna forma, “objetivadora de la prestación”.** Desde la literalidad de los preceptos definitorios de las prestaciones por riesgo y sus interrelaciones con la IT (art. 37 y 45), no puede sino deducirse que se trata de una incompatibilidad de prestaciones y no de situaciones. A más señas, los arts. 31.2, 40.2 y 49.2 RD. 295/2009, excluyen la protección de los «*riesgos o patologías*» sólo cuando no estén

<sup>233</sup> Deniega el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo solicitada durante la situación de IT: STSJ Castilla-La Mancha 30-9-2010, rec 929/10 –meses después de iniciarse aquella por amenaza de aborto–; STSJ Cataluña, num. 171/2013, de 10 enero, rec 6290/2011. Como también la deniegan otras sentencias en las que claramente se ve que el recurso a la IT ha sido una mera solución a transitoria para una situación de riesgo ad origen. En tales casos sencillamente se centran en que la solicitud se formuló estando de baja por IT, con lo que procede la aplicación del art. 37.1 RD 295/2009 (TSJ Extremadura 27-7-2010, rec. 260/2010 –baja por IT y solicitud de prestación por riesgo el mismo día, si bien en el caso tampoco se aprecia la concurrencia de los restantes requisitos de riesgo específico y última medida preventiva, sin que baste la decisión de la empresa de suspensión–). También la STSJ Comunidad Valenciana de 17-2-2011 (sent. núm. 510/2011) deniega el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo desde una situación de baja por incapacidad temporal: «*si cuando se solicita la prestación la trabajadora no se encuentra en la situación protegida de riesgo por embarazo, bien porque le ha sido asignado otro puesto de trabajo en la empresa, compatible con su estado de gravidez; o bien, como ocurre en el presente caso, porque concurre una causa de suspensión del contrato de trabajo como es la incapacidad temporal (artículo 45.1.c) del ET), durante la que no existe la obligación de trabajar (artículo 45.2 ET), la prestación no puede ser reconocida, sin perjuicio de que se pueda solicitar cuando el riesgo se actualice, en el caso de que la trabajadora tuviera que reincorporarse al puesto que genera el riesgo*». En esta línea de actualización del riesgo, también la STSJ Extremadura núm. 193/2012, de 10 abril, en tanto excluye sin más los supuestos de patologías diagnosticadas, si bien es cierto, que no se plantea la concurrencia de riesgo específico, con lo que se atiende sólo a la causa de la baja.

<sup>234</sup> También sobre riesgos durante el embarazo de peluquera, en que la denegación de la prestación se fundamenta en la falta de acreditación de riesgo específico, siendo la causa del impedimento para el trabajo profilaxis de parto prematuro, manteniéndose el margen de cualquier tipo de stress (STSJ Galicia núm. 5800/2012, de 30 noviembre). Y también, se deniega a la peluquera embarazada de gemelos por falta de acreditación del riesgo específico antes de una determinada semana de gestación (STSJ Murcia, sentencia núm. 451/2012, de 18 junio).

relacionados con «*agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado*». Y como señalan las sentencias alineadas en esta dirección, tampoco es descartable que la incapacidad que en su caso se pueda apreciar en la mujer derive, precisamente, de la actualización de aquéllos. Tanto más si se acepta, como se ha ido tratando de demostrar a lo largo del trabajo, que los riesgos tienen que ser apreciados desde una perspectiva subjetiva, y no artificialmente objetiva sobre el género femenino (en particular ep. 4.1), sin que se exija, por lo demás, una causalización exclusiva, sino meramente relacionada, con el puesto de trabajo (vid. 4.1.1). No en vano, como reiteraremos más adelante, desde la perspectiva de la Directiva 92/85, es indiferente la delimitación entre IT debida al embarazo o la lactancia y las suspensiones que pudiesen considerarse restrictivamente preventivas; ambas están amparadas por la misma norma (STJUE 1-7-2010, Gassmayr; vid 5.1). También, como se deduce de las sentencias favorables a la objetivización de la prestación, desde la perspectiva del hecho causante como determinante de la prestación, éste sería el criterio correcto, en tanto el riesgo siempre precedería a la enfermedad.

Si además recapitulamos sobre muchas otras afirmaciones que se han volcado en las páginas precedentes, se confirma esta posición. Por ejemplo, desde la perspectiva de la Directiva 92/85, se ha mantenido la inexistencia de exposición de la trabajadora a los riesgos para el disfrute del descanso por maternidad (Kiiski, vid. Epígrafe 3.1), en tanto que en el epígrafe 3.2.A esgrimíamos con apoyo en numerosas sentencias, el derecho a acceder a la prestación desde la excedencia.

También recuérdese –ep. 1–, que las SSTS 10-12 y 19-5, ambas de 2014, han afirmado que el carácter profesional de la prestación se introdujo por la LOI, motivado por el deseo de proteger más eficazmente a la trabajadora. Y es que no se puede perder de vista que, indudablemente, en estas prestaciones está en cuestión el principio de igualdad y no discriminación, lo que tiene que enderezarse a la conservación de los derechos contractuales de la trabajadora, incluido muy en especial el mantenimiento de su remuneración íntegra (véase epígrafe 5.2). Las prestaciones por riesgo suponen la superación de la incoherencia que, a modo de concesión, aún sostiene en este aspecto la Unión Europea y que no deja de ser una forma de discriminación retributiva (vid. 3.2.C.a y 5.1). Por consiguiente, debe dársele a éstas su máxima dimensión también desde esta perspectiva, sin admisión de

limitaciones de carácter formal por razón de fechas de solicitud o de aparición de las patologías, cuando materialmente, según hemos contrastado, pueden absorberse tales situaciones.

Más dudas puede suscitar el caso en que la IT precedente no tenga relación alguna con el embarazo ni, aun subjetivamente, con los riesgos específicos del puesto de trabajo. Porque en ese supuesto, la evaluación subjetiva vendría impedida en el caso de ser necesaria para determinar la procedencia de la suspensión y la imposibilidad de otras medidas preventivas. Por otra parte, aquí el factor discriminatorio tampoco sería apreciable ni siquiera cuando la medida suspensiva derivase directamente de la evaluación de los riesgos. Por tanto, parece que en este caso sí sería exigible la finalización de la IT con todo el rigor que parece requerir el citado precepto.

#### 4.6.B.b. El derecho a la prestación por riesgo durante la excedencia y los descansos acumulados

Hay que aclarar que ahora no nos referimos a los supuestos en que la trabajadora en excedencia pretende reincorporarse a su puesto de trabajo afecto de riesgos; ya vimos que no se le podía dificultar y, de proceder como última medida preventiva, tendría acceso a la prestación por riesgo (3.1 y 3.2.A). Por el contrario, nos referimos a los casos en que la excedencia es utilizada como un medio de autotutela de la trabajadora ante la inicial denegación de la prestación.

También el disfrute sin solución de continuidad tras el descanso por maternidad, de las horas de lactancia acumuladas, de los días de asuntos propios, vacaciones, y finalmente el pase a la excedencia por cuidado de hijos, está siendo utilizado como paliativo ante la negativa de la prestación por riesgo durante la lactancia y como único medio de elusión de la incorporación al trabajo afecto de riesgos específicos. Al igual que expusimos respecto de la IT, también **aquí podemos observar una línea objetivadora de la prestación frente a otra que exige una finalidad preventiva actualizada**, así como muestras de ambas posturas confirmadas por el Tribunal Supremo por falta de contradicción.

Para unas, no cabe el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia desde una situación de excedencia por cuidado de hijos ni aun en los casos en que la solicitud se haya cursado con anterioridad desde la

maternidad o desde los descansos referidos. Y ello por cuanto «*alejada de la empresa –la trabajadora–, no cabe invocar riesgo alguno durante el desempeño de su trabajo, precisamente porque no lo desempeñaba durante la lactancia*». <sup>235</sup>

Sin embargo, **parece mayoritaria la línea doctrinal objetivadora de la prestación**. De entre ellas, considero destacable la STSJ País Vasco 16-12-2014, rec. 2179/2014, que resuelve, como las demás de este sector judicial, atendiendo al hecho de la existencia de riesgo y al dato de que la solicitud fue anterior a la excedencia, con lo que en los supuestos de denegación indebida o, en general, reconocimiento tardío del derecho, es valorada y amparada como el único recurso de tutela dejado entre tanto en manos de la trabajadora <sup>236</sup>. Pero añade el argumento de la tutela judicial efectiva y la interpretación más favorable a la protección de la familia consagrada en el art. 39 CE <sup>237</sup>. Y

<sup>235</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 7-6-2011, sent. num. 1780/2011: en el caso tampoco se aprecia que concurre riesgo específico. También en este sentido: STSJ Murcia de 2-4-2012, sent. 224/2012, que abordaba un supuesto de solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia de una trabajadora que prestaba sus servicios como enfermera de cuidados intensivos en un Hospital. De conformidad con los hechos probados, la solicitud de inicio del expediente de adaptación y reubicación se cursó por aquélla en tanto estaba de baja por maternidad en octubre de 2009. El expediente concluye a comienzos de febrero coincidiendo con la finalización de su descanso por maternidad, dando lugar a reclamación previa de la trabajadora que se resuelve negativamente en marzo. Entre tanto, la trabajadora no se reincorpora al trabajo al enlazar aquélla baja con la acumulación del permiso de horas de lactancia, las vacaciones y la excedencia por cuidado de hijos. Pese a reconocer la concurrencia de riesgo en el puesto de trabajo así como la imposibilidad de adaptación o cambio del mismo, la sentencia denegó el derecho a la prestación por inexistencia efectiva de dicho riesgo, toda vez que en el período en cuestión se encontraba disfrutando del referido permiso y excedencia. Esta sentencia ha devenido firme por inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina por Auto de 9 de julio de 2013, por falta de contradicción.

<sup>236</sup> Por todas: STSJ del País Vasco 30-10-2012, num. 2590/2012, rec 2351/2012: «*ante esta denegación la trabajadora se ha visto obligada a solicitar a la empresa una excedencia laboral no retribuida*», confirmada por falta de contradicción por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 diciembre 2013, nº rec. 638/2013. En similar sentido, la STSJ Madrid 28-3-2014, rec. 1775/2013, reconoce el derecho de la trabajadora a la prestación por riesgo durante la lactancia tras su descanso acumulado por lactancia y sin descuento del tiempo en excedencia, en tanto no consta percibiese compensación económica alguna. Y la STSJ País Vasco, num. 359/2013, de 19 febrero, 131/2013, reconoce el derecho a la trabajadora a tiempo parcial que tras el descanso por maternidad pasa directamente a la situación de excedencia, una vez que solicitada durante aquél se le deniega, y ello aun cuando durante dicha excedencia comienza a trabajar para dos nuevas empresas. También en esta línea, por ejemplo: STSJ Galicia 13-2-2014, rec 4852/2011.

<sup>237</sup> La sentencia señala que la desestimación de la petición, fundada en el hecho de que durante el período que debía haber estado suspendido el contrato como consecuencia del riesgo, la  
(...)

es que, efectivamente, en este tipo de prestaciones el error en la denegación y el reconocimiento tardío de la prestación entraña la imposibilidad de su disfrute y, consiguientemente, daños de difícil reparación. Tan sólo a través de estas vías en las que la empresa –mediante la suspensión de la actividad– o la trabajadora –mediante la IT, acumulación de descansos o la excedencia– asumen los riesgos económicos, puede lograrse el cumplimiento de su finalidad, aun cuando ya la prestación no podrá cubrir la totalidad de los daños patrimoniales y/o morales causados.

Más conflictiva que la cobertura del período en que la trabajadora estuvo en excedencia es, de nuevo, la **fijación de la fecha de inicio de los efectos de la prestación tardíamente reconocida cuando se ha llegado a prestar trabajo o se ha disfrutado de permisos retribuidos**. Algunas sentencias descuentan esos días que fueron retribuidos por haberse prestado servicios o haberse acumulado descansos retribuidos –aun después de la solicitud y su denegación–<sup>238</sup> y, se cobra, por

---

actora estuvo disfrutando de una situación de excedencia para el cuidado de su hija y que ésta, en la actualidad, tiene ya año y medio, resulta insatisfactoria por dos razones fundamentales. *«De un lado, priva de contenido y eficacia al pronunciamiento efectuado, y no salvaguarda el derecho de la demandante a la suspensión de la relación laboral y a percibir durante ese período un subsidio sustitutivo de las rentas salariales. Por otra parte, deja sin reproche la actuación antijurídica de la entidad colaboradora, al denegar injustificadamente el derecho reclamado oportunamente por la trabajadora, no obstante tener conocimiento de la doctrina mantenida por este Tribunal. Para superar esos inconvenientes la Sala se decanta no sólo por reconocer el derecho de la actora a la prestación solicitada, al acreditar los requisitos exigidos por el artículo 135 bis y ter de la Ley General de la Social, sino por condenar también a su abono a la entidad codemandada, como si la demandante la hubiese disfrutado. Dos son las razones que avalan esta solución. En primer lugar, es respetuosa con la finalidad perseguida con el establecimiento del subsidio, pues si la demandante solicitó la excedencia fue porque era la única medida que le permitía seguir amamantando a su hija ante la negativa injustificada de la entidad aseguradora de otorgarle la prestación oportunamente reclamada, sin que en ese lapso de tiempo percibiese retribución alguna, por lo que la condena de la Mutua le permite obtener la compensación a la que tenía derecho y que no percibió en su momento por causas ajenas a su voluntad. En segundo lugar, la solución alcanzada es la más favorable al ejercicio de un derecho conectado al artículo 39 de la Constitución, y la única que garantiza una tutela judicial efectiva, teniendo además en cuenta la actitud diligente de la trabajadora, que solicitó la prestación el 11 de julio de 2013, varias semanas antes de finalizar el descanso por maternidad, y que una vez agotada la vía previa presentó la demanda rectora de autos el 2 de octubre de 2012, no señalándose el juicio hasta el 13 de enero siguiente».*

<sup>238</sup> STSJ Madrid 25-9-2014, num. 845/2014, rec 68/2014: solicitada la prestación e indebidamente denegada, se posterga por aquélla sentencia la fecha de efectos de la prestación por riesgo durante la lactancia, precisamente, al inicio de la excedencia, dejando al margen los períodos en

(...)

supuesto, en los períodos de excedencia en tanto no hubo retribución<sup>239</sup>. En otras, si bien sin pretensión de la trabajadora de extenderlo más allá, se sitúa la fecha de efectos en la fijada para el inicio de la excedencia por el acuerdo de suspensión, tras solicitud cursada en alta durante los referidos descansos acumulados previos a aquélla<sup>240</sup>.

Por el contrario otras sentencias sitúan el inicio de la prestación a la finalización de la maternidad, sin descuento de los días de descanso acumulados por lactancia y vacaciones, o de los días trabajados<sup>241</sup>. Es el

---

que la trabajadora efectivamente trabajó y percibió sueldo. También la STSJ Murcia 23-12-2011, rec 467 /2011, excluye expresamente los períodos en que, a consecuencia de la negativa de la Mutua a reconocer la prestación por riesgo durante la lactancia, la trabajadora recibió compensación económica por los permisos que disfrutó por horas acumuladas de lactancia y, sin solución de continuidad, de vacaciones; *«estos periodos de tiempo no trabajados pero retribuidos deben de descontarse del periodo de tiempo durante el cual la demandante debe de disfrutar de la prestación por riesgo durante la lactancia; sin embargo, no procede el descuento del tiempo en el que la actora permaneció en excedencia, pues durante el mismo aquella no percibió compensación económica alguna y la actora se vio obligada a solicitar la excedencia ante la negativa de la Mutua a acceder a la suspensión del contrato»*. La STSJ Madrid, num. 254/2013, de 7 mayo, rec 5149/2012, también limita los efectos de la prestación por riesgo durante la lactancia natural al período de excedencia a que la trabajadora –tripulante en cabina de pasajeros– se ve obligada ante la denegación de la prestación, pero no a los períodos en que ya se había solicitado la prestación, de vacaciones con que enlaza el descanso por maternidad y el sucesivo permiso acumulado por lactancia, con motivo en que el contrato no estuvo suspendido y se produciría un enriquecimiento injusto.

<sup>239</sup> Si bien, no se plantea en el caso el percibo durante el período de lactancia acumulada, sino sólo tras su finalización –con unos días de alta– y durante el período de excedencia siguiente hasta la reincorporación de la excedencia, previa al cumplimiento de los 9 meses del menor: STSJ Madrid, num. 301/2014 de 28 marzo, rec. 1775/2013.

<sup>240</sup> En esta línea también cabe citar a la STSJ Galicia 13-2-2014, num. 985/2014, rec 4852/2011, respecto de enfermera que no había prestado servicios desde 2010 por haber permanecido sucesivamente en situación de riesgo durante el embarazo, maternidad, permiso de lactancia acumulado, vacaciones, y excedencia por cuidado de hijos; apreciándose riesgo que pueda influir en la lactancia y habiéndose propuesto la suspensión del contrato de la trabajadora demandante cuando la actora no estaba en situación de excedencia, procede desde aquel momento en que se inicia aquélla y con tal fecha de efectos el reconocimiento de la prestación solicitada.

<sup>241</sup> STSJ País Vasco num. 2476/2014, de 16 diciembre, rec 2179/2014. Tampoco es obstáculo al percibo tardío de la prestación el hecho de que *«durante la lactancia natural de su hijo haya comenzado a prestar servicios para otras dos empresas, a tiempo parcial en cada una de ellas, puesto que esa prestación es compatible con el trabajo que presta para la demandada y que no consta en modo alguno que las condiciones en que lo hace puedan tener afectación en su salud o en la de su hijo lactante»* [STSJ País Vasco, num. 359/2013, de 19 febrero, rec 131/2013]. Sobre la compatibilidad de la prestación y el trabajo, véase: ARENAS VIRUEZ, M, *Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo*, Mercabum, Sevilla, 2003, págs.132 y ss.

caso, por ejemplo, de la STSJ Castilla y León/Burgos 9-10-2015, rec 621/2015, que reconoce el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural de la trabajadora expendedor-vendedora en una estación de servicio, que tras el descanso por maternidad –y previa solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia que comienza a gestionar durante aquél–, disfruta de vacaciones, permiso acumulado de lactancia y, posteriormente, inicia una excedencia por cuidado del menor; la fecha de efectos es la del día siguiente a la finalización del descanso por maternidad.

Ésta última es, en mi opinión, la solución correcta, pues solicitada la prestación e indebidamente denegada o no contestada, ni la trabajadora ni la empresa –y la retribución de las vacaciones como de la lactancia acumulada corresponde a la empresa– tienen por qué asumir la carga de la Mutua, con lo que la fecha de efectos debe entenderse en tales casos determinada por la de la solicitud, esté o no la trabajadora formalmente en situación de suspensión, o de vacaciones<sup>242</sup>. Y, aún con más certeza si

---

<sup>242</sup> STSJ País Vasco, num. 1541/2013, de 17 septiembre, rec 1532/2013: «...*Empero, en casos en que ya se ha reclamado la prestación y ésta no se tramita o se deniega indebidamente, esta Sala ha considerado que en esos periodos no cabe exigir la concurrencia de tal requisito de suspensión del contrato de trabajo, como acontece en la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2012 (recurso 2041/2012), en el que la trabajadora volvió a trabajar en jornada reducida ante la negativa de la prestación, ...En estos casos, es posteriormente cuando se constata la existencia real del riesgo y la indebida denegación o tardanza en la resolución de la prestación de mérito y por ello, se considera que no tiene porqué sufrir ni el trabajador ni la empresa (las vacaciones son retribuidas por ella) la ulterior constatación del derecho a la prestación en su día indebidamente denegada o no contestada. Tal parece ser la idea que ronda en los últimos párrafos de los fundamentos de derecho de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 17 de enero de 2011 (recurso 354/2010) que cita expresamente la recurrente. En otro caso concreto se llegó a similar solución por esta Sala. Es el caso resuelto por su sentencia de fecha 30 de abril de 2013 (recurso 618/2013), bien que en aquel supuesto la razón fue que esos días de vacaciones ya estaban incluidos en el fallo a ejecutar como días que debieran ser abonados en concepto de prestación por riesgo de lactancia natural... Ahora bien, los hechos probados inatacados imponen que la estimación sea parcial, puesto que no consta pedida la prestación sino es hasta el 30 de septiembre de 2011, cuando lo cierto es que la demandante anteriormente ya había pasado a vacaciones, pues comenzó a disfrutarlas el 5 de septiembre de 2011. En esta tesitura, no es razonable que la mutua asuma la prestación con unos efectos previos a los de la solicitud de la trabajadora».*

Véanse las sentencias citadas por ésta última en epígrafe dedicado al estudio de los efectos de la prestación indebidamente denegada en los casos de prestación efectiva de servicios. En cuanto a la referida STSJ Navarra, num. 348/2013, de 19 diciembre, 306/2013, confirma sin discusión al respecto que los efectos de la prestación por riesgo durante la lactancia se devenguen desde la solicitud de certificado de concurrencia de riesgo, pasando la trabajadora ese mismo día a disfrutar de sus vacaciones para pasar, sin solución de continuidad, a situación de suspensión por causas productivas, sin que tampoco dicha suspensión de lugar a su extinción.

a ello añadimos que la reducción de jornada por lactancia, o su acumulación, es un instrumento de conciliación y no de prevención<sup>243</sup>, y que la trabajadora tampoco puede ver absorbido su derecho a las vacaciones [«*deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo*» (arts. 11.1 y 11. 2.a) Directiva 92/85, y Considerandos 24 y 25, arts. 2.2.c), 14.1.c) y 15 Directiva 2006/54)], pues aun cuando el art. 38.3 ET no se refiere a tales suspensiones, su absorción constituiría una discriminación por razón de sexo (el embarazo, parto y la lactancia natural son causas inexorablemente unidas al sexo)<sup>244</sup>, y aún más por cuanto, según hemos visto, las prestaciones por riesgo no son incompatibles con una situación de incapacidad para el trabajo<sup>245</sup>. Realmente, con el descuento de tales períodos como de los trabajados, el

---

<sup>243</sup> Véase epígrafe 4.2.C.

<sup>244</sup> STJUE 18-3-2004, Merino Gómez, asunto C-342/01; STC núm. 324/2006 de 20 noviembre; STS 10-11-2005, rec. 4291/2004. En este sentido: MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R, “El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.1/2005 parte Estudio, BIB 2005\802; NAVARRO NIETO, F, “La problemática jurídica...”, cit, págs. 62 y 63.

<sup>245</sup> Lo considera un supuesto específico de IT, en un contencioso sobre derecho a disfrutar las vacaciones y solapamiento con la situación de riesgo durante el embarazo: STSJ Cataluña 2-12-2010: «*sin necesidad de acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, que prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta que afecte a las mujeres, lo que se daría en el presente caso en que la mujer es la única persona que puede pasar a la situación de riesgo durante el embarazo, ni tampoco al contenido de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sala general) de 24 de junio de 2.009, cuya doctrina ha sido confirmada por otras sentencias posteriores, teniendo la naturaleza de jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico, en la que se reconoce el derecho a cambio de fecha en el disfrute de las vacaciones a los trabajadores que a su inicio se hallan en la situación de incapacidad temporal por causas comunes, entiende aplicando exclusivamente la legalidad ordinaria, el artículo 134 de la Ley General de la Seguridad Social y los artículos 38 y 48 del Estatuto de los Trabajadores, que la situación de suspensión del contrato de trabajo durante riesgo durante el embarazo, que tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, es un supuesto específico de incapacidad temporal, como también lo es la maternidad, al estar reguladas ambas en el Capítulo IV, del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, bajo el epígrafe de "Incapacidad temporal", siendo difícilmente controvertible que la interpretación correcta del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores en su último párrafo, redactado conforme a lo dispuesto en la Le Orgánica 3/2007, cuando establece el derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal y se refiere a una "incapacidad temporal derivada del embarazo", se está refiriendo de modo expreso a la prestación de "riesgo durante el embarazo"*».

Respecto del derecho a disfrutar las vacaciones en los supuestos de IT, véase: SSTJUE 10-9-2012, Caso Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad, S.A, asunto C-277/08 y 21-6-2012, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), asunto C-78/11; STS. 3-10-2012, rec. 249/2009.



enriquecimiento injusto sólo es el de la Gestora, que vería premiado su error o, incluso, su actuación obstructiva.

#### 4.6.B.c. El derecho a la prestación por riesgo y el cese de la actividad de la empresa: la unificada superación de la teoría de la actualización del riesgo

En una línea de doctrina judicial y jurisprudencial conexas a la problemática abordada en los subepígrafes precedentes, cabría citar la STS de 10-12-2014, rec 3152/2013<sup>246</sup>. Conforme a su doctrina, la revocación de la autorización de vuelo de la empresa no es causa justificativa de la extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo de la tripulante de cabina de pasajeros de línea aérea, en tanto el cese de la actividad de la

<sup>246</sup> Sentencia que confirma la STSJ Islas Canarias/Las Palmas de 31-7-2013 (sent. núm. 1286/2013, rec 1454/2011) frente a la sentencia de contraste del TSJ Cataluña de 22 de julio de 2013 (rec. 518/2013) y, cabría añadir por nosotros, también las del mismo Tribunal y similar asunto de 28-1-2014, num. 597/2014, rec 2358/2013 y 18-3-2014, rec. 5738/2013, y la STSJ Madrid 7-4-2014, rec 1767/2013.

En contra, conculca la citada doctrina del Tribunal Supremo, la posterior STSJ Galicia 14-7-2015, num. 4126/2015, rec. 2501/2014, cuando en un supuesto similar, también de tripulante de cabina de pasajeros de Spanair, SA como en el caso de la sentencia de contraste citada del TSJ Cataluña, la empresa le comunica su pase a permiso retribuido en tanto está en suspensión por riesgo durante el embarazo desde el cese de la actividad de la empresa. Se funda para ello en el referido cese por grave crisis financiera, concurriendo además una posterior pérdida de autorización de vuelo, y con carácter también previo a la extinción de su contrato en incidente de despido colectivo en concurso de acreedores. La referida sentencia concluye, en lo que parece un patente desacuerdo con la doctrina referida y una imposible renuncia o disposición por terceros de los derechos de la Seguridad Social (arts. 3 y 24 LGSS) que *«Lo que genera el derecho a la prestación es el riesgo para la madre o el feto durante la situación de embarazo derivado de la prestación de servicios en un puesto de trabajo que genere aquel y que no pueda ser sustituido por otro. Es decir, relación embarazo riesgo, de forma que si desaparece uno de los elementos la prestación no tiene objeto. De ahí que el artículo 135 determine que la prestación finaliza con la suspensión por maternidad, reincorporación a su puesto de trabajo o a otro compatible, supuesto en los que aquel se entiende ha desaparecido, pero además el artículo 35 citado incluye como causas de la extinción la del contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, lo que no supone un exceso legislativo sobre lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social sino la mera constatación de otras causas en las que el riesgo desaparece, cual es la finalización del contrato de trabajo, finalización que puede derivar de cualquiera de las señaladas en el artículo 49 de ET, entre las que se incluye en el apartado i) el despido colectivo. Y lo mismo cabe decir de la situación de permiso retribuido concedido por la empresa, en tanto equivale a la ubicación de la trabajadora en una situación dentro del ámbito empresarial sin riesgo alguno. Ignorar esta posibilidad como pretende la recurrente llevaría al absurdo de que el cese voluntario de la trabajadora y nueva contratación en otra actividad sin riesgo, obligaría al pago de la prestación porque no está prevista esta causa en el precepto»*.

empresa no está prevista entre las situaciones de extinción de aquélla (arts. 25.3 LPRL, 135.2 LGSS y 35 RD. 295/2009, de 6 de marzo). Por consiguiente, y dado que su puesto sigue siendo el mismo, y adolece de los mismos riesgos, debe mantenerse dicha suspensión con independencia de su compensación con la IT percibida (inmediatamente iniciada tras la –posteriormente corregida– finalización de la suspensión por riesgo). Por consiguiente, *«la tardanza de la empresa en regularizar la situación de la trabajadora tras el cese de la actividad por revocación de la autorización de vuelo por la Administración competente con efectos de 23-11-2008, fecha en la que la actora continuaba en situación de suspensión contractual, no justifica ni modifica la situación respecto a la prestación a percibir por la actora, por lo que no ha lugar a la extinción de la prestación, ni a la exención de responsabilidad de la Mutua...»*. Y el incumplimiento de la empresa de los pasos necesarios para dar lugar a la correspondiente causa de extinción de la prestación no puede perjudicar a la trabajadora, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa.

Por su parte, la STSJ Aragón de 31-5-2013 (sent. núm. 267/2013, rec 248/2013) viene también a abordar desde otra perspectiva, la relación entre otras causas de suspensión y la prestación por riesgo durante el embarazo, para concluir que una vez suspendido el contrato de trabajo por concurrir dicho riesgo, no le es aplicable la medida de suspensión de contrato derivada de autorización administrativa otorgada en expediente de regulación de empleo. No en vano, la suspensión por riesgo supone la inexistencia de situación de desempleo pues ésta precisa la pérdida del empleo o la reducción de su jornada ordinaria de trabajo por aquellos trabajadores que puedan o quieran trabajar. Y en el caso de estas trabajadoras, por imperativo legal les es imposible trabajar. También la STSJ Navarra, num. 348/2013, de 19 diciembre, 306/2013, confirma sin discusión que los efectos de la prestación por riesgo durante la lactancia se devenguen desde la solicitud de certificado de concurrencia de riesgo, pasando la trabajadora ese mismo día a disfrutar de sus vacaciones para pasar sin solución de continuidad a situación de suspensión por causas productivas, sin que tampoco dicha suspensión de lugar a su extinción<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> No obstante, se pronuncia en contra el Voto Particular a la sentencia, por entender que no puede concurrir el riesgo durante las vacaciones o la suspensión.

Igualmente, en los casos de despido nulo o improcedente con readmisión persistirá la percepción del subsidio por riesgo y la cotización durante la misma (vid. STS. 3-6-2014, rec. 2259/2013, que confirma la STSJ Andalucía/sede Granada, 26-6-2013, frente a la sentencia de contraste del TSJ Asturias 13-3-2009). No en vano, y pese a que la extinción de la relación supone a su vez la de la prestación por riesgo durante el embarazo (arts. 35, 37 RD 295/2009 y 208.1 LGSS), «...lo cierto es que la readmisión acordada por la empresa tras la demanda de nulidad del despido supone, con carácter retroactivo, que ha seguido existiendo relación laboral y que por tanto durante la misma subsistía la situación de riesgo protegida, de manera que pese a haberse extinguido vuelve a renacer tras la readmisión. Y ello sin perjuicio de que la actora deba devolver las cantidades que en su caso haya percibido como salarios de tramitación o prestación por IT» (STSJ Canarias/Las Palmas, 30-1-2015, num. 124/2015, rec. 559/2014).

En cuanto a la extinción de la relación laboral, como pueda ser por la finalización del contrato temporal, da lugar igualmente a la extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, como se deduce de los arts. 186 a 189 LGSS que claramente configuran la situación protegida como el período de suspensión, y expresamente recoge el art. 35.c) RD 295/2009<sup>248</sup>.

<sup>248</sup> En este sentido, en un caso de finalización de contrato temporal y consiguiente extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo, se pronuncia la STSJ C. Valenciana, num. 1829/2014, de 10 julio, rec 477/2014: «Si bien es cierto, que el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores que recoge las modificaciones establecidas en el L.O. 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y el artículo 63 del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos de 28 de junio de 2011, que sigue el criterio del precepto del Estatuto de los Trabajadores citado, disponen dos causas para la finalización de la suspensión por riesgo durante el embarazo, que son el inicio de la suspensión del contrato por maternidad y la incorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo u otro adaptado, no es menos cierto que ello se refiere al modo de finalizar la "suspensión del contrato" en el supuesto de riesgo durante el embarazo, en el que se mantiene viva la relación laboral y el contrato de trabajo no ha finalizado, pero no comprende el supuesto de finalización del contrato de trabajo, ya que para este supuesto el Legislador ha establecido una regla concreta el apartado c) del artículo 35 del RD 295/2009, de 6 de marzo al señalar que el derecho al subsidio se extinguirá por: c) Extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas, y como consecuencia de tal extinción pasa la trabajadora a la situación legal de desempleo y a percibir si reúne los requisitos necesarios para la correspondiente prestación, no la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales a la que se equipara la prestación económica de riesgo durante el embarazo, y ello tiene su razón de ser en la medida en que el derecho al subsidio tiene su (...)

Finalmente, la suspensión por riesgo durante el embarazo, **constituye una situación de asimilación al alta** a efectos de la prestación por maternidad al igual que la IT (STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, num. 494/2015, de 15 junio, rec 882/2014). Además, repárese –como hemos expuesto en páginas anteriores– en que las situaciones de riesgo e incapacidad son compatibles, con lo que la prestación por riesgo en este contexto constituye una situación de asimilación al alta a efectos del acceso a la IT. Por consiguiente, en el caso en que la extinción del contrato provoque la de la prestación por riesgo, el eventual paso a la situación de incapacidad por la mujer dará acceso a la prestación por maternidad (véase, en este sentido: STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, num. 494/2015, de 15 junio, rec 882/2014). Si bien, en caso de poder trabajar lo que procederá será pasar a situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación (art. 37.3 RD. 295/2009, vid. STSJ Asturias núm. 2012/2010, de 1 julio)<sup>249</sup>, lo que significa que sólo accederá a la prestación por maternidad si tiene derecho a aquélla (art. 4.1 RD. 295/2009).

---

*fundamento o razón de ser en la concurrencia de riesgo durante el embarazo en función del trabajo que presta, pero si el trabajo finaliza por la conclusión del contrato ya no existe el riesgo derivado del trabajo y por lo tanto desaparece la razón de ser del pago de la prestación, que es el riesgo que derivaba para la embarazada por la actividad laboral que desempeña, ya que la prestación laboral ya no se da».*

<sup>249</sup> En un caso en que continúa percibiéndose por error la prestación por riesgo tras la extinción del contrato: «... ya sea porque está percibiendo el subsidio por riesgo durante el embarazo hasta el día antes de dar a luz a su hijo o porque desde la fecha en que legalmente debió extinguirse dicha prestación la actora se encontraba en situación legal de desempleo con derecho a percibir la prestación correspondiente –derecho este no cuestionado por las partes– y en plazo para solicitarla, la prestación reclamada ha de serle reconocida, ya que además, una trabajadora con el contrato de trabajo extinguido y que enlaza una prestación con otra no está obligada a inscribirse como demandante de empleo ni a solicitar la prestación de desempleo, pues la maternidad lleva consigo que la trabajadora no puede ejercer otro empleo si se encuentra en el periodo de descanso obligatorio, o está legitimada para no aceptar una oferta de trabajo adecuada si se trata del periodo de descanso voluntario (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1995)».

## **5. LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE LA TRABAJADORA EN LOS SUPUESTOS DE ADAPTACIÓN, CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO O SUSPENSIÓN. EN PARTICULAR, LA REMUNERACIÓN**

### **5.1. LA POSICIÓN DEL TJUE**

Como garantía del efecto útil de las medidas previstas en los arts. 5 a 7 de la Directiva 92/85 (Considerando 16), su art. 11.1 establece el deber de los Estados miembros de garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o se encuentren en período de lactancia, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales<sup>250</sup>. Por su parte,

---

<sup>250</sup> Ello significa que se podrá optar por los Estados miembros, por garantizar unos ingresos en forma de una remuneración, de una prestación adecuada o de una combinación de ambas. La diferencia entre unas y otras se remite a la tradicional delimitación del Derecho Comunitario entre remuneración y regímenes profesionales por un lado, y regímenes legales de seguridad social por otro [véase, por ejemplo: SSTJCE Mckenna, 8-9-2005, asunto C-191/03, ap. 29 y 30; 30-3-2004, asunto C-147/02, Alabaster, aps 42 a 44; 19-11-1998, asunto C-66/96, Pedersen y otros, apart. 32; 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, aps. 31 y 38. Véase más ampliamente en: BENAVENTE TORRES, M<sup>ª</sup>I, “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en AAVV, “Manual de Derecho Social de la Unión Europea”, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 243 y ss.]. Así, según la jurisprudencia del TJUE, el concepto de remuneración que figura en el artículo 11 de dicha Directiva, al igual que la definición de retribución enunciada en el artículo 141 TCE, apartado 2, párrafo primero (antiguo art. 119 TCEE, y 157.2 TFUE), engloba todas las gratificaciones satisfechas directa o indirectamente por el empresario a la trabajadora durante el permiso de maternidad o dispensa por riesgo en razón de la relación de trabajo. En cambio, el concepto de prestación a que igualmente se refiere dicha disposición comprende todo ingreso que perciba la trabajadora durante su permiso de maternidad o dispensa por riesgo y que no le sea abonado por el empresario en virtud de la relación de trabajo (STJUE 1-7-2010, Parviainen; apartado 35; véase la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, C-411/96, Rec. p. I-6401, apartado 31). Véase definición de retribución y de regímenes profesionales de seguridad social en art. 2.1.e) y f) Directiva 2006/54.

el art. 11.4 permite a los Estados someter el derecho a dicha remuneración o prestación a determinados requisitos de acceso, sin que puedan contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto. No obstante, el TJUE ha aclarado que **el carácter incondicionado y suficientemente preciso, en definitiva, el efecto directo del art. 11 en sus apartados 1, 2 y 3 de la Directiva supone que sus modalidades de aplicación, dependientes por remisión de la legislación y prácticas nacionales, no pueden incidir en el contenido mismo del derecho, condicionándolo o restringiéndolo** (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, ap. 48). Ni tan siquiera los requisitos que puedan exigirse para el acceso a tales derechos de remuneración o prestación garantizados tanto en la suspensión como en los casos de adaptación o cambio de puesto de trabajo, desvirtúan dicha protección mínima (Gassmayrs, ap. 51). Corresponde por tanto a los Estados miembros definir las modalidades de aplicación de ese derecho, **sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva y de la relación laboral entre la trabajadora embarazada y su empresario** (véase por analogía la sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 53, y también la sentencia Parviainen, antes citada, apartado 55; Gassmayrs, ap. 67).

También el Convenio 103 garantiza prestaciones suficientes por maternidad o enfermedad derivada del embarazo o parto, incluido el nivel asistencial (arts. 3 y 4), cifrándose en principio las prestaciones si calculadas sobre el montante de la remuneración de la trabajadora, en los 2/3 de ésta, recomendándose su elevación al 100% siempre que sea posible (Recomendación núm. 95 de la OIT, cláusula 2.1 y Recomendación 191, cláusula 2, también para las de riesgo de complicaciones del art. 5 Convenio núm. 183). El cambio de puesto de trabajo por motivos de salud debería hacerse, igualmente, sin reducción de salario (Recomendación núm 95 OIT, cláusula 5.4 y 5.5).

En la aplicación de la norma comunitaria, el TJUE ha sostenido que el mantenimiento de **«una» remuneración y/o de una prestación «adecuada», no implica sin embargo ni en uno ni en otro caso, el percibo de su íntegra remuneración anterior a la suspensión** (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, ap. 61 y ss.) **o al cambio de puesto de trabajo** (STJUE 1-7-2010, Parviainen, asunto C-471/08),

remitiéndose tanto el art. 11.1 como el 11.4 a las legislaciones y prácticas nacionales y a los requisitos con que puedan condicionar el acceso a tales ventajas **siempre y cuando no perjudiquen el efecto útil de la Directiva**. Dicho efecto útil y los objetivos de la Directiva **se verían comprometidos si los ingresos de la trabajadora se viesen excesivamente mermados durante la suspensión** y, añadidamente, supondrían un incentivo empresarial para la adopción de la medida suspensiva en detrimento de las otras preferentes (Gassmayr, ap. 71).

Ahora bien, **¿cuáles son los límites exactos o, al menos aproximados, de ese mínimo exigido por el “efecto útil” de la norma comunitaria?** ¿Sería el mismo que el establecido para el descanso por maternidad? Respecto de éste, el art. 11.3, considera adecuada la remuneración y/o prestación que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales<sup>251</sup>. Literalmente dicho precepto se remite al art. 11.2.b y consiguientemente al art. 8, con lo que aquél está exclusivamente vinculado al descanso por maternidad, y no a los restantes supuestos de adaptación, movilidad y suspensión por riesgo. La remuneración o prestación garantizada en los supuestos de riesgo se regula, por el contrario, en un **precepto diferente** (art. 11.1) de la exigida en descanso de maternidad (art. 11.2.b), por lo que tiene unos mínimos propios, diferentes.

---

<sup>251</sup> También respecto del descanso por maternidad, «*si bien el art. 11 se refiere únicamente al carácter adecuado de la prestación no es menos cierto que los ingresos garantizados a las trabajadoras durante su permiso de maternidad, cuando se pagan en concepto de remuneración, combinada en su caso con la prestación, deben también ser adecuados en el sentido del punto 3 del art. 11 de la Directiva 92/85*» (STJCE 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, ap. 34). Finalmente y en lo que respecta a ese parangón utilizado para el descanso por maternidad, «*una cláusula de un contrato de trabajo según la cual la trabajadora que no se reintegra a su trabajo después del parto está obligada a devolver la diferencia entre la retribución que se le haya pagado durante su permiso de maternidad y la prestación que le correspondía en virtud de la legislación nacional en materia de permiso de maternidad, es compatible con la letra b) del punto 2 y el punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85 siempre que el importe de dicha prestación no sea inferior a los ingresos que percibiría la trabajadora de que se trate, en virtud de la legislación nacional aplicable en materia de Seguridad Social, en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud*» (STJCE 27-10-1998, asunto C-411/96, Boyle y otros, ap 36 a 44).

Por otra parte, «*todas las medidas de protección previstas en el artículo 5 de la Directiva 92/85 se aplican a causa del embarazo de la trabajadora, y no a instancia de ésta. Esas medidas derivan de la evaluación de los riesgos y de la prohibición legal impuesta por ese artículo 5 así como por las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, y tratan de evitar todo riesgo para la seguridad o la salud de esa trabajadora o de su hijo. Por tanto, si bien el resultado de la evaluación de los riesgos que el empresario está obligado a realizar en virtud del artículo 4 de la misma Directiva difiere según el apartado del citado artículo 5 que sea de aplicación, el objetivo de protección perseguido por esa Directiva en interés de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el mismo artículo permanece inalterado. Además, como resulta de la redacción de éste, incumbe al empresario respetar el orden de aplicación, expresamente formulado, de las medidas de protección previstas por dicho artículo y los requisitos que determinan ese orden.*» (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, ap. 59).

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que **el concepto de prestación adecuada en este caso no se integra por el límite previsto en el art. 11.3** Directiva 92/85/CEE, pues sólo está referido al **descanso por maternidad**, que no es una situación equiparable a la de la trabajadora en las situaciones del art. 5 de la citada Directiva que pueden suponer trabajo efectivo o una dispensa que constituye una medida de último recurso, y en cualquier caso, no son situaciones provocadas a instancia de la trabajadora sino en aplicación del Ordenamiento jurídico con causa en la protección de la salud de la embarazada y/o de su hijo (SSTJUE 1-7-2010, Parviainen y Gassmayr; véase también: STJCE 19-11-1998, Pedersen, ap. 39). Por otra parte, todas las actuaciones integradas en el art. 5 a 7, ya sean **adaptación, cambio de puesto de trabajo, o suspensión**, merecen un **tratamiento prestacional o remuneratorio similar** entre ellas y distinto del descanso por maternidad, en tanto se imponen a la trabajadora en cumplimiento de una obligación empresarial y legal, haya o no actividad por parte de ésta.

Por consiguiente, en lo que atañe a las **trabajadoras embarazadas o lactantes** que en virtud del art. 5 trabajan en un destino provisional, como si se dispensa del trabajo por no ser posible dicho cambio, el efecto útil de la norma comunitaria y su



objetivo de protección de la salud de la embarazada y/o de su hijo, **exige que sus ingresos, en ambos supuestos, deban comprender, es decir, mantener en cualquier caso, el salario base mensual de esa trabajadora así como los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional** –condición a la que no afecta en absoluto esa dispensa– como son los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (SSTJUE 1-7-2010, Parviainen, ap. 60, asunto C-471/08 y Gassmayr, asunto C-194/08, aps. 72 y 73). En cambio, sí está admitido que para el cálculo de la remuneración correspondiente a la suspensión, realizada sobre el salario medio que haya percibido durante un determinado tiempo anterior al embarazo, **se excluyan los complementos de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias realizadas por encima de las normales previstas en su cuadro de servicio** (STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, aps. 54 a 75). Finalmente y por supuesto, la remuneración de una trabajadora embarazada que debe mantenerse, conforme al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/58, a raíz de **su traslado provisional** a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo **no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora** (Parviainen, ap. 58)<sup>252</sup>.

Por otra parte, y como venimos insistiendo, la sucesión de medidas tutelares es escalonada y **tiene por finalidad la tutela de la**

---

<sup>252</sup> Téngase presente que aun cuando las trabajadoras no pueden acogerse ni al art. 119 del Tratado ni a la Directiva 92/85 para pretender recibir el mismo salario que un/a trabajador/a en activo, nuevamente desde el concepto de retribución y la prohibición de discriminación por razón de sexo, no cabe que la trabajadora cuya retribución durante el permiso de maternidad se calcule en función de un salario medio anterior al comienzo del mismo, se vea excluida de la aplicación de un incremento salarial producido hasta el fin del permiso, sin necesidad de que el mismo tenga efecto retroactivo al período cubierto por el salario de referencia (STJCE 30-3-2004, C-147/02, Alabaster, aparts. 46 a 50): *«excluir a la trabajadora del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado»* (STJCE 30-3-2004, C-147/02, Alabaster rap. 47). Sí cabe, en cambio, excluir a la trabajadora del derecho al percibo de la gratificación de Navidad pues, aun siendo retribución desde la perspectiva del art. 119 TCEE, el art. 11.2.a) Directiva 92/85 no garantiza ese nivel de ingresos, siendo computable el descanso de maternidad a los efectos de su devengo como períodos trabajados [STJCE 21-10-1999, C-333/97, Lewen, aparts. 21 y 22, 41 y ss, y 48].

**salud de la mujer, feto o lactante y no los intereses del empresario.** Por consiguiente, **la suspensión contractual sin percepción de la integridad del salario** no es una medida que pueda ser utilizada en interés del empleador, sino que **es el último recurso tutelar** de la salud de la trabajadora encinta, en puerperio o lactancia natural<sup>253</sup>. Pues « *Sólo en caso de que dicho cambio de puesto resulte igualmente imposible, el artículo 5, apartado 3, de dicha Directiva establece que la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o a las prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su salud o de su seguridad (SSTJCE 19-11-1998, Høj Pedersen y otros, C-66/96, aparts. 51 y ss; y de esta fecha, Parviainen, C-471/08, Rec. p. I-6533, apartado 32; STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, aps. 36, 68).*»

Tiene que tenerse presente algo muy importante para la determinación del ámbito material de protección; la identificación de la causa respecto de la imposibilidad de trabajar y su origen profesional o derivado de una enfermedad o complicaciones relacionadas con su embarazo, en definitiva, **la delimitación entre IT y prestación por riesgo, corresponde al Tribunal nacional STJUE 1-7-2010, Gassmayr, asunto C-194/08, ap. 39].** Ahora bien, **desde la perspectiva de la Directiva 92/85/CE dicha delimitación resulta indiferente**, pues como ha declarado el TJUE en Gassmayrs (ap. 40), «*en cualquier caso, en ambos supuestos el motivo de una interrupción del trabajo durante el embarazo es idéntico, a saber, la protección de la seguridad o la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo. Además, el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 es la única disposición de ésta que regula los ingresos a los que tiene derecho una trabajadora durante el embarazo.*»

Finalmente, la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, asume la jurisprudencia del TJCE que considera que constituye una discriminación por sexo «*el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva*

---

<sup>253</sup> Precisamente por ello, tanto la propuesta de modificación de la Directiva de la Comisión como la del Parlamento asumían la posibilidad de exención de la trabajadora no incapacitada para el trabajo por decisión del empresario, pero con salario íntegro (arts. 11.1.bis y 11.2 de las respectivas propuestas).

92/85/CEE» (art. 2.2.c y considerando 23). En lo que ahora nos interesa, la Directiva atiende la necesidad de proteger expresamente la posición contractual de la trabajadora en el permiso por maternidad<sup>254</sup>. En particular su derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, a que sus condiciones laborales no se deterioren como resultado de dicho permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia (considerando 25 y art. 15).

Dado que la discriminación por embarazo, puerperio o lactancia natural constituye una discriminación directa por razón de sexo, cabe afirmar que su elusión impone la **inmunidad de la mujer** por causas que sólo a ella pueden afectar. El ejercicio de los derechos y, en su caso, disfrute de los respectivos permisos de maternidad y de suspensión por riesgo durante el embarazo no pueden perjudicar los derechos profesionales de estas trabajadoras ni suponer, en consecuencia, un trato desfavorable de éstas puesto que **constituirá una discriminación directa** (arts. 2.3 y 5.1 Directiva 76/207; STJCE 18-3-2004, asunto, C-342/01, Merino Gómez, apartado 37, y 30-4-1998, Thibault, C-136/95, aparts 26 y ss –promoción profesional–; STJCE 18-11-2004, C-284/02, Sass. Así lo reconoce expresamente el art. 15 Directiva 2006/54/CE, que tutela a la mujer en el reintegro tras el permiso de maternidad y el art. 11.1 y 2.a) de la Directiva 92/85/CE, de manera que en tanto durante el permiso de maternidad como **en los casos en que se tomen medidas de adaptación de las condiciones de trabajo, traslado provisional o suspensión contemplados en los artículos 5, 6 y 7 de dicha Directiva, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo**. Ello significa que tales períodos aun cuando sean suspensivos, tienen que tomarse en cuenta a efectos del cómputo del tiempo que en su caso se requiera para los ascensos<sup>255</sup> y no ser obstáculo para que la mujer sea

<sup>254</sup> También respecto de los regímenes profesionales de seguridad social (art. 6, 9.g). Por tanto, deben computarse los permisos de maternidad y demás licencias retribuidas previstas en la Directiva 92/85 (STJCE 13-1-2005, asunto C-356/03, Mayer).

<sup>255</sup> Y aun cuando se trate de un descanso por maternidad previsto por el Ordenamiento nacional por un período superior a las 14 semanas que con carácter de mínimos están previstas en la Directiva (art. 8), y ya sea aquél incrementado de disfrute obligatorio o voluntario, pues esa mejora hecha por el Ordenamiento nacional no le priva de su naturaleza de descanso por maternidad si tiene las mismas finalidades y, consiguientemente, su sometimiento a la Directiva 92/85 [STJCE 18-11-2004, C-284/02, Sass]. Sin embargo, los permisos adicionales del descanso de maternidad pueden excluirse respecto del devengo de vacaciones –Boyle–,  
(...)

calificada y, en consecuencia, poder beneficiarse de esa promoción profesional<sup>256</sup>. Igualmente, la prohibición de discriminación en la retribución supone la neutralización de los perjuicios que sobre la misma puedan provocar el disfrute de tales derechos o permisos, con lo que tendrá que actualizarse el salario durante los mismos y computar a efectos de las gratificaciones que remuneren retroactivamente el trabajo del año (ej. SSTJCE 30-3-2004, Alabaster, 13-2-1996, Gillespie y otros, y 21-10-1999, Lewen).

También, en aplicación de las citadas Directivas y preceptos, como del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE, debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad, aun cuando éste se solape con el período de vacaciones anuales de toda la plantilla y aun cuando éstas sean más amplias que las mínimas garantizadas por la referida Directiva (STJCE 18-3-2004, asunto, C-342/01, Merino Gómez, aparts. 32 y ss). Por último, esa suspensión derivada del descanso maternal o de la protección por riesgo durante el embarazo o la lactancia, o de la conciliación de la vida laboral y familiar, obedece a un objetivo legítimo de política social y responde a razones objetivas que justifica la contratación temporal sucesiva para la cobertura de dichos puestos<sup>257</sup>.

## 5.2. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Dado que la adaptación de las condiciones de trabajo puede conllevar la no realización de trabajo nocturno, a turnos, guardias presenciales o de localización, horas complementarias o extraordinarias, la no realización de determinadas tareas de índole peligrosa, etc..., se puede plantear la cuestión de la incidencia que pueda tener en el salario. La Directiva 92/85 garantiza en estos casos (se refiere a los arts. 5, 6 y 7) los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o prestación adecuada si bien, según hemos visto,

---

diferente doctrina que justifica posteriormente el TJCE porque éste era un permiso adicional concedido por el empresario y no un permiso legal (Sass, ap. 47) y no se consideró una desventaja ni, en consecuencia, una discriminación indirecta.

<sup>256</sup> STJCE 30-4-1998, Thibault, C-136/95, aparts. 24 y ss.

<sup>257</sup> STJUE 26-1-2012, C-586/10, asunto Küçük.

el TJUE ha sostenido en términos generales que el Estado miembro no está obligado a garantizar el percibo de tales complementos por ser dependientes de la efectiva realización del trabajo. Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento nacional la prohibición de discriminación por razón de sexo impediría, en mi opinión, la exclusión de tales complementos de peligrosidad o penosidad, nocturnidad, turnicidad o disponibilidad. Más dudas puede ofrecer el percibo de la compensación por horas extras no realizadas, en tanto no pueden considerarse en estricto propias del puesto de origen. No obstante, de tratarse de horas extras habituales o impuestas por acuerdo podrían entenderse integradas en el dicho concepto (como las complementarias realizadas que, como jornada pactada y en cualquier caso por exigencias del efecto útil, deberían ser promediadas).

Como vimos al abordar la protección de los derechos contractuales de la trabajadora durante las situaciones de riesgo durante el embarazo, lactancia o descanso por maternidad, **tales períodos tienen que resultar inocuos respecto de la posición contractual de la trabajadora, tanto durante aquéllos como en su proyección futura.** Es lo que se viene a designar comúnmente como “**garantía de indemnidad**”. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, *«la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»* (SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 92/2008, de 21 de julio, FJ 4).

Y ello por cuanto *«la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado»* [SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. 3), 161/2004, de 4 de octubre (FJ. 4) y 17/2007, de 12 de febrero (FJ. 3)].

Realmente esta visión desde el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el tratamiento de las condiciones contractuales y de la promoción profesional y económica de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no es sino expresión de una doctrina más general sobre prohibición de discriminación. De hecho y puesto que se predica igualmente la elusión del perjuicio en aplicación del art. 14 CE, 3 y 8 Ley Orgánica 3/2007, LOI y arts. 4.2.c), 17.1, y 28 ET, en mi opinión le es extensible con carácter general la doctrina y soluciones aportadas por la jurisprudencia sobre las garantías de no discriminación en la promoción económica o profesional del representante de los trabajadores, así como en del crédito horario (arts. 14 y 28.1 CE, 10.3 LOLS y 68.c. ET)<sup>258</sup>.

En aplicación del art. 26 LPRL y como garantía de la plena efectividad del derecho de la trabajadora, **nuestros Tribunales vienen**

<sup>258</sup> Así los representantes tienen derecho a los incrementos retributivos o nuevos complementos salariales que se les apliquen al resto de sus compañeros si de no haber ostentado el cargo lo hubiese cobrado o hubiese tenido oportunidad de merecerlo. Véase, por ejemplo, las SS. TC 95/1996, de 29 de mayo; 191/1998, de 29 de septiembre –penosidad, peligrosidad y toxicidad–; 30/2000, de 31 de enero –gratificación por turnos rotatorios–; 173/2001, de 26 de julio –plus compensatorio por jornada partida–; 92/2005, de 18 de abril –muy interesante y extensa, “indemnización” por residencia–; 326/2005, de 12 de diciembre –complemento de puesto de trabajo–; 151/2006, de 22 de mayo –complemento de productividad; 200/2007, de 24 de septiembre –plus de turnicidad–. También en este sentido: S. TS de 25 de febrero de 2008, RJ. 1636 –complemento de productividad de 1 céntimo por viajero–. Esta doctrina no es aplicable respecto de los conceptos extrasalariales [SS. TS de 20 de mayo de 1992, RJ. 3581; de 9 de mayo de 2001, RJ. 9594]; de 2 de octubre de 2007, RJ. 2008/605. Por la doctrina: NOGUEIRA GUSTAMINO, M, “La progresiva ampliación de la “garantía de indemnidad retributiva” de los representantes sindicales en la doctrina del Tribunal Constitucional y la STC 92/2005, de 18 de abril”, iustel.com. RGDTSS nº. 9, julio 2005]. En la promoción profesional tampoco no cabe discriminar ni directa ni indirectamente a los representantes de los trabajadores [S. TC 74/1998]. Así, la liberación del representante y, consiguientemente, la falta de prestación efectiva de servicios no pueden suponer un perjuicio a efectos, por ejemplo, de concursos de promoción interna [Por todas: SS. TC 90/2008, de 21 de julio; 137/2008, de 27 de octubre; 178 y 179/2008, de 22 de diciembre; 257/2007, de 17 de diciembre –jefe de Departamento en centro educativo, salvo que alcance a acreditarse que no era posible su sustitución–; 144/2006, de 8 de mayo –policía y paso a segunda actividad–; 241/2005, de 10 de octubre –pasar de pinche a situación especial en activo como celador en el SAS–.]. Tampoco la Administración, basándose en el principio de eficacia o en el cese de las condiciones urgentes e inaplazables que en su día motivaron, puede privar al liberado sindical de una comisión de servicios por haberle condicionado a que renuncie a dicha liberación [S. TC 336/2005, de 20 de diciembre]. O privar al representante de un puesto de libre designación como represalia por su designación como representante [S. TC 216/2005, de 12 de septiembre]. De la misma manera, es nulo el cese en puesto de libre designación tras comunicación del embarazo por parte de la trabajadora (STC 17/2003).

**sosteniendo el mantenimiento íntegro del salario tanto en los supuestos de adaptación como de cambio de puesto de trabajo.** En este sentido, se pronunció la sentencia del TSJ de Cataluña num. 6471/2000, 20-7, que declaró la obligación de la empresa de pagar las guardias programadas y no realizadas en un supuesto de **exención de guardias médicas obligatorias** por una especialista en radiodiagnóstico, con el fin de reducir el tiempo de exposición a los rayos ionizantes, sin cambiarla de puesto de trabajo ni modificarle sus funciones. Se basa dicha sentencia en que tal exención deriva imperativamente del art. 26 LPRL y consiguientes deberes de adaptación por parte de la empresa, siendo cierto que caso de no abonarse aquéllas no se haría plenamente efectivo el derecho de la trabajadora. Por su parte, la STSJ Extremadura num. 561/2001, 29-11, rec 532/2001, también en un supuesto de adaptación del puesto de trabajo de celadora del INSS, con adscripción de turno fijo, sostiene la obligación del complemento de atención continuada en sus modalidades de noches y festivos aun cuando no se realizan aquéllos. Como defiende la sentencia, difícilmente puede entenderse la protección de la mujer y su descendencia, que a más señas es una imposición legal para el empresario y subsiguientemente para ella, si ésta no alcanza a un salario que caso contrario se vería reducido, precisamente, por dicha protección vinculada directamente a su embarazo. Según se ve, en esta sentencia ya se apunta sin decirlo a que una interpretación contraria al sostenimiento íntegro del salario de la trabajadora constituiría una discriminación por razón de sexo. Más recientemente, la STSJ de Castilla-La Mancha num. 1220/2012, 7-11, 918/2012, en un caso de médico residente exenta de la realización de guardias médicas, con adaptación de jornada y horario por razones de embarazo, confirma una sentencia que, precisamente utiliza dicho argumento, calificando la detracción del complemento por realización de guardias –calculado en promedio de los seis meses anteriores– de “discriminación indirecta”.

También se han resuelto en este sentido los litigios sobre retribución en **caso de cambio de puesto de trabajo**. Así cabe citar la STSJ Madrid núm 444/1999, de 28 julio, rec. 2623/1999, que con exclusivo apoyo en el art. 26.2 LPRL declara el derecho de la enfermera embarazada trasladada por motivos de seguridad a otro puesto compatible (banco de sangre) a conservar el conjunto de las retribuciones de su puesto de origen. Concretamente, se le reconoce el derecho a seguir

percibiendo, aun sin hacerlas, las guardias de alerta que venía realizando en su puesto de origen en el servicio de radiodiagnóstico. También la STSJ de Cataluña num. 7909/2003, de 11-12, declara el mantenimiento del plus de turnicidad, nocturnidad y relevo de la trabajadora trasladada a otro puesto de trabajo para ser eximida, precisamente, de la realización del trabajo en semejantes condiciones objeto de compensación. Tal interpretación del art. 26.2 LPRL se basa en la finalidad social protectora de la norma y en la dicción literal del art. 26.2 LPRL que garantiza sin excepción *«el conjunto de retribuciones de su puesto de origen»*, que son aquéllas que se viniesen percibiendo. En caso contrario y como también apuntaba la sentencia extremeña, *«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 gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre»*. Por su parte, la STSJ Galicia num. 3320/2015, de 12 junio, rec 415/2014, se pronuncia también en este sentido respecto de un supuesto de cambio de puesto de trabajo dentro de su categoría profesional de ATS. La referida sentencia ordena el mantenimiento íntegro de las retribuciones de origen, con expresa aclaración de que tal previsión del art. 26.2 LPRL alcanza tanto al cambio de funciones externo como interno al grupo o categoría profesional equivalente, y mantiene, en consecuencia, los compensatorios por realización de guardias o trabajo a turnos que en el nuevo puesto no realiza. Descarta, por tanto, una interpretación literal de aquél que permitiría reservar dicha garantía para la movilidad funcional extraordinaria; *«el objetivo preventivo perseguido, en el caso de autos, está cualificado porque la situación de riesgo de que se trata sólo puede ser padecida por la mujer, de modo que en su corrección se ha de tener en cuenta que ello no suponga desventaja alguna respecto de lo que sucedería en el caso del hombre y en consecuencia, si el efecto interpretativo propuesto en primer lugar supone una rebaja salarial de la mujer trabajadora cuya causa es evidentemente su condición de madre fisiológica, el efecto resultaría ser un perjuicio laboral proveniente en exclusiva de dicha condición, perjuicio que en ningún caso podría sufrir un trabajador de sexo masculino, razón por la cual se impone la segunda de las interpretaciones propuestas»*.

Por otra parte, no tiene sentido hacer de mejor derecho a la trabajadora que se ve obligada a la suspensión de su relación laboral con



percepción de la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia, que a la trabajadora que por tales razones preventivas sigue prestando su trabajo gracias a la adaptación de sus condiciones y/o puesto de trabajo o mediando modificación del mismo. En la actualidad, los arts. 187.3 y 189 LGSS fijan la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia en el 100% de la base reguladora de la establecida para la prestación de IT por contingencias profesionales, lo que implica su cálculo sobre todos los conceptos salariales referidos. Por consiguiente, también desde ésta perspectiva debe garantizarse la integridad de la remuneración y, en su caso, su cálculo prorrateado en el término que corresponda en cada caso.

La garantía de indemnidad se extiende, por supuesto, a las implicaciones que puedan derivarse de tales períodos en la carrera profesional de la trabajadora. Así, el art. 48.9 ET dispone que *«los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refieren los apartados 4 a 8»*, incluidos, por consiguiente, los períodos objeto de nuestro estudio. Tampoco pueden computar a efectos del despido objetivo del art. 52.d) ET, entre otras, las ausencias debidas al descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones. Y, más ampliamente, los días que el contrato esté en suspenso por riesgo durante el embarazo o la lactancia computan a todos los efectos como días trabajados, como pueda ser a efectos de devengo de días de libranza, pues se trata de un imperativo derivado del derecho a la igualdad y no discriminación no disponible ni aun por pacto colectivo<sup>259</sup>. Por ello nuestros Tribunales han reconocido el derecho a percibir prorrateado el complemento de productividad por guardias médicas no realizadas, al haberse desnaturalizado y convertido en un complemento objetivo de puesto de trabajo y no subjetivo de rendimiento<sup>260</sup>. Como también se ha apreciado discriminación por razón de sexo la reducción de la retribución variable por objetivos y el descuento del tiempo de descanso por

<sup>259</sup> STSJ Asturias, num. 874/2016, de 26 abril, rec 654/2016, que reconoce dicho cómputo, con efectos retroactivos a marzo de 2007, en aplicación del art. 8 y Disp. Trans 7<sup>a</sup>, de la LO 3/2007.

<sup>260</sup> SSTSJ C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2<sup>a</sup>), sentencia núm. 1021/2012 de 19 noviembre, respecto de funcionaria del Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Instituciones Penitenciarias (actualización octubre 2013).

maternidad en el cómputo del tiempo de la antigüedad a efectos salariales o de otro tipo<sup>261</sup>.

Sin embargo, la STSJ Andalucía/Málaga, (Sala de lo Social, Sección 1ª), num. 961/2015 de 4 junio, rec 3/2015, incomprensiblemente a la vista de la doctrina judicial sobre discriminación y maternidad que venimos exponiendo, niega que sea discriminatorio que tras el descanso por maternidad o suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia, no se perciba un complemento salarial dependiente de la cantidad y calidad del trabajo de la trabajadora, puesto que no existe una obligación legal o convencional de abonar dichos incentivos –dice “*en ningún caso*”, lo que evidentemente es erróneo– sin previo devengo, y es un sistema que depende de los resultados individuales que se aplica al común de los trabajadores y causas de suspensión con independencia del sexo. Por el contrario, la solución correcta no puede ser otra que la defendida por el Voto Particular a la misma (Ilmo. D. Ramón Gómez Ruiz), pues efectivamente, dicha práctica *«es contraria al derecho de las trabajadoras que se debate pues la empresa debe tener en cuenta tal circunstancia, es decir que una vez que se incorporen las trabajadoras de la baja maternal deben percibir los correspondientes incentivos como si no hubiera existido la baja maternal o riesgo durante el embarazo, en la cuantía correspondiente, al menos teniendo en cuenta los parámetros correspondientes del período anterior a computar para determinar la cuantía de los incentivos, como si no hubieran estado ausentes del puesto de trabajo durante el descanso maternal o riesgo durante el embarazo, pues en caso contrario la trabajadora vuelve y se reincorpora tras la baja maternal o riesgo durante el embarazo con una situación negativa que repercute de forma desfavorable en el cálculo y en la percepción de los incentivos, pues no los percibe, y en cuantía que llega a ser importante y en momento de necesidad de la trabajadora, hasta que los devengue de nuevo, lo que es contrario a tales derechos fundamentales y supone un trato discriminatorio por razón de sexo de la mujer por ser madre.»*. Y es que, efectivamente, constituye una discriminación directa

---

<sup>261</sup> STSJ Madrid núm. 967/2012, de 18 octubre. En similar sentido, respecto del período de descanso obligatorio por maternidad y la retribución variable por objetivos: SAN núm. 172/2013, de 30 septiembre, en tanto es discriminatorio propinar peor derecho a la trabajadora por razón de su embarazo o parto (SAN 23-11-11), y tanto más cuando se trata de dicho período, que le viene impuesto.

la obstrucción a la promoción profesional y retributiva de la mujer por causa vinculada a su embarazo, como pueda ser, en lo que ahora nos concierne, la exclusión del período de suspensión por riesgo durante el embarazo a efectos del devengo o cálculo de un plus retributivo variable<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F, “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres”, págs. 20 a 22, con abundante cita de la doctrina judicial más reciente.