

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldín (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo García Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*

José Luis RUIZ SANTAMARÍA**

RESUMEN: En la actualidad, la protección de la seguridad y salud en el trabajo en relación a la mujer ha adquirido la categoría de derecho fundamental. Sin embargo, una revisión profunda del marco normativo vigente nos muestra la inexistencia de una estrategia en materia de prevención de riesgos laborales asociada a la desigualdad de género. Por ende, el examen de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales desvela el establecimiento de medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural. Desde estos planteamientos iniciales, el presente artículo se plantea la necesidad de indagar sobre las nuevas orientaciones en esta materia que, mediante la utilización del enfoque metodológico que combina el estudio dogmático conceptual con el análisis doctrinal y jurisprudencial, se puedan adoptar en el futuro, incorporándose a tal efecto una nueva cultura preventiva en el trabajo sustentada en la perspectiva de género.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, mujer trabajadora, embarazo, puerperio, lactancia natural, perspectiva de género.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección dispensada en el marco normativo actual de PRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico. 2.1. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica. 2.2. Determinación del alcance de la acción protectora. 2.3. Singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de

* Este trabajo se enmarca en el Grupo PAIDI SEJ347 sobre Políticas de empleo, igualdad e inclusión social, Universidad de Málaga (España), y el Proyecto de I+D+i, UMA18-FEDERJA-028, *Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital*, cofinanciado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea (Feder).

** Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

embarazo, puerperio o lactancia natural. 2.4. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural. 2.4.1. Adaptación de las condiciones de trabajo. 2.4.2. Cambio temporal del puesto de trabajo. 2.4.3. Suspensión del contrato de trabajo. 3. El cambio de paradigma: la perspectiva de género como nueva orientación en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral. 3.1. Los riesgos laborales asociados a las desigualdades de género y al impacto de las nuevas tecnologías. 3.2. La novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL que se introduce por la jurisprudencia laboral española. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Key Legal Aspects in the Field of Prevention of Occupational Hazards on the Protection of Health and Safety of Women Workers

ABSTRACT: Today, occupational safety and health protection for women has acquired the status of a fundamental right. However, an in-depth review of the current regulatory framework shows that there is no strategy for the prevention of occupational hazards associated with gender inequality. Therefore, the examination of Act No. 31/1995, of 8th November, on the Prevention of Occupational Hazards reveals the establishment of specific preventive measures aimed at protecting the biological state of pregnancy and the temporary and transitory state of the puerperium and natural lactation. From these initial approaches, this paper considers the need to investigate the new orientations in this matter that, by means of the use of the methodological approach that combines the conceptual dogmatic study with the doctrinal and jurisprudential analysis, can be adopted in the future, incorporating to this effect a new preventive culture in the work based on the gender perspective.

Key Words: Prevention of occupational hazards, women workers, pregnancy, puerperium, natural lactation, gender perspective.

1. Introducción

Uno de los principios fundamentales que recoge el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»¹. Sin duda, el concepto de salud obedece a múltiples tratamientos y enfoques diversos. De todos ellos, ha sido la perspectiva médica la que ha tenido una aceptación más generalizada, distinguiéndose en dicha concepción tres elementos esenciales: psíquico, sanitario y fisiológico o somático; incorporándose la dimensión social en un momento histórico posterior. No obstante, de la vasta multiplicidad terminológica, y a colación del ámbito concreto del mundo laboral – sobre el que se proyecta el presente estudio – pensamos que, en base a la visión integradora de la OMS, la *salud laboral* haría referencia al completo bienestar físico, mental y social de la persona trabajadora que podría ser afectado por los diferentes factores de riesgo que están presentes en el lugar de trabajo. Dicha aseveración conecta de inmediato con el objetivo social de alcanzar el más alto y completo grado de salud para la población, pues el *derecho a la salud* se concibe en la actualidad como un *derecho fundamental de la persona*, requiriéndose para su efectividad la implicación de otros sectores como son los sociales, políticos, económicos, etc.

Ahora bien, tradicionalmente la normativa sobre la protección de la salud laboral de la mujer – nacional e internacional –, se ha centrado en aspectos exclusivamente biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, apreciándose un vacío en el abordaje de otros factores de las condiciones laborales que también podrían incidir de forma significativa en la salud de la mujer trabajadora. Muestra de ello, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) desvela el establecimiento de medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural, por lo que se infiere que para el legislador nacional dichas medidas han sido suficientes.

Sin embargo, dicho tratamiento reduccionista se ha ido ampliando de manera progresiva más allá de los aspectos puramente reproductivos integrándose, aunque de manera paulatina e incipiente, la perspectiva de género como estrategia transversal que permite avanzar hacia unas medidas

¹ Véase la Constitución de la OMS que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados y entrando en vigor el 7 de abril de 1948, incorporándose en el texto original posteriores modificaciones.

de Prevención de Riesgos Laborales (PRL), mejorando las condiciones de trabajo y, de esta forma, contribuyendo a la igualdad de oportunidades de todas las personas trabajadoras.

2. La protección dispensada en el marco normativo actual de PRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico

Tradicionalmente en España², las políticas, gestión y proceso legislativo de PRL, se han caracterizado por estar desarrolladas sobre un modelo neutro de trabajador³, cuyo referente ha sido el trabajador masculino. Las normas reguladoras de PRL contemplan la relevancia del sexo del trabajador en el contexto de la maternidad de la mujer trabajadora; concretamente, su regulación se contextualiza dentro del grupo de los trabajadores sensibles a determinados riesgos laborales⁴. Dicha regulación, que es fruto del principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador – recogido en el ámbito internacional, tanto en la legislación comunitaria como por la OIT, según se muestra en la Tabla 1 –, se analizará en los siguientes apartados.

² A diferencia de nuestro marco constitucional, en el derecho comparado podemos encontrar referencias de protección específica de la mujer trabajadora. Concretamente en la Constitución de la República Italiana de 21 de diciembre de 1947, en su art. 37 se establece que «La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma rétribución que el trabajador [...]. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada».

³ Vid. M.I. BENAVENTE TORRES, *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum, 2016, p. 11.

⁴ Destacándose como pilares legislativos más significativos en esta materia los siguientes: en el plano internacional, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; mientras que en el ámbito nacional hacemos mención de los arts. 25.2 y 26 LPRL. Concretamente, dicha protección se incorpora en el Capítulo III LPRL, dedicado a los *Trabajadores especialmente sensibles* que, a su vez, recoge lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco). En este sentido el art. 15 – rubricado *Grupos expuestos a riesgos* – dispone que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica». Vid. J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019, pp. 91-92.

Tabla 1 – Relación de instrumentos jurídicos internacionales más significativos sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer en el ámbito laboral

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	
Instrumento jurídico	Observaciones
Convenio C103 de 1952 sobre la protección de la maternidad, que se orienta a garantizar el derecho a interrumpir el trabajo de la mujer en situación de maternidad o de lactancia de hijos	Se aprecia un cambio en los fundamentos y principios jurídicos informadores de la normativa, pasando de unas normas prohibitivas de la actividad laboral en determinadas actividades (normativa paternalista) a unas normas orientadas a la protección de los riesgos de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia (normativa preventiva)
Recomendación R095 de 1952 sobre la protección de la maternidad	Se incluye un capítulo dedicado a la protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad y se orienta en concreto a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes, mediante medidas de carácter preventivo
Convenio C183 de 2000 relativo a la revisión del convenio sobre la protección de la maternidad	En su art. 3 se establecen las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad nacional como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo
UNIÓN EUROPEA	
Instrumento jurídico	Observaciones
Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)	Se destacan dos principios básicos en materia de PRL: la necesidad de adaptación del trabajo a la persona ex art. 6.2 y la obligación del empresario de dispensar una protección específica a los/as trabajadores/as de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles ex art. 15
Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992 , de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia	Se parte de la base de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia, deben considerarse un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que

	se deben tomar medidas por parte del empresario relativas a su salud y seguridad. La tutela por tanto abarca la maternidad en sentido amplio de la mujer, y se extiende también a otros sujetos como el feto, en el periodo de embarazo, o el lactante, en el periodo posparto. Estamos ante una normativa de protección integral, que contempla la perspectiva preventiva de tutela contractual y social
Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002 , 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	Modifica la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976
Propuesta de Directiva de 3 de octubre de 2008 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	Se modifican determinados aspectos relacionados con la protección de la maternidad de la Directiva 92/85/CEE. Destacamos entre otros: <ul style="list-style-type: none"> • art. 2, definiciones; • art. 8, permiso de maternidad; • art.10, prohibición de despido; • art. 11, derechos inherentes al contrato de trabajo

Fuente: elaboración propia a partir de la consulta realizada en el Repositorio digital de la biblioteca OIT

2.1. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica

El primer problema jurídico que se plantea en relación a la trabajadora embarazada es determinar el momento a partir del cual se debe proteger, desde la perspectiva prevencionista, esta situación especial en la que se encuentra la trabajadora. Un análisis comparativo del Ordenamiento comunitario y el Derecho interno nos desvela una regulación desigual. Por una parte, la Directiva 92/85/CEE establece que se considerará “trabajadora embarazada”, aquella que informe⁵ a la empresa de su estado

⁵ Adviértase que el TJCE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la comunicación del embarazo. Así por ejemplo, en la STJCE de 4 de octubre de 2001, la trabajadora no tendrá que comunicar su embarazo, a pesar de que tenga ya conocimiento del mismo; incluso en el momento de la firma del contrato de trabajo. También, la STJCE de 27 de

de gestación de conformidad con la legislación y/o práctica nacional. Sin embargo, en nuestro Ordenamiento interno (art. 26 LPRL), la trabajadora no está obligada a comunicar al empresario su estado de embarazo, ya que este aspecto pertenece al ámbito de la intimidad de la trabajadora⁶ (art. 18.1 CE). Por lo tanto, la obligación para el empresario nacerá cuando éste tenga constancia efectiva del embarazo de la trabajadora, con independencia del medio de información⁷ que se haya utilizado. Es decir, aunque la trabajadora no haya comunicado formalmente su estado de embarazo a la empresa, el conocimiento de su estado por parte de ésta obligará a la misma a que adopte las medidas preventivas oportunas para proteger la maternidad. Ahora bien, en algunos casos, en los que la empresa alegue su falta de conocimiento, no le será exigible la adopción de medidas preventivas y de protección del embarazo⁸.

Respecto a la protección de la trabajadora en *periodo de posparto*, se contempla en el art. 26.1 LPRL, en conexión con los arts. 48.4 ET y 133-*bis* LGSS. Dicha situación comprende desde el momento en que termina la suspensión obligatoria del contrato de trabajo por maternidad – desde las seis semanas de descanso obligatorio de la madre, que computa desde el parto – hasta el momento incierto de la incorporación de la mujer al trabajo – que puede durar hasta dieciséis⁹ o dieciocho¹⁰ semanas – al agotarse la prestación por maternidad.

En otros supuestos, la trabajadora se incorporará a su puesto de trabajo

febrero de 2003, la trabajadora no está obligada a comunicar su estado de embarazo al empresario y, en consecuencia, éste no puede tener en consideración el embarazo a fin de adoptar las medidas protectoras.

⁶ Para profundizar en este tema consúltese J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019, pp. 129-157.

⁷ La comunicación se podrá realizar de forma oral o por escrito, siendo esta última la recomendable en aras de la seguridad jurídica.

⁸ A pesar de no existir la obligación para la trabajadora embarazada de comunicar su estado, sería recomendable que, a efectos de evitar situaciones de inseguridad jurídica, la trabajadora comunicase su situación a la empresa, preferiblemente de forma escrita. Así se deduce de una nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales, citándose al respecto las siguientes: STS (Sala IV), de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1013); STSJ (Sala de los Social) de Andalucía, de 23 de junio de 2009 (AS 2009, 2287); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 30 de octubre de 2007 (AS 2008, 487); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1449); STSJ (Sala de los Social) de Cataluña, de 9 de marzo de 2006 (AS 2006, 2429); STSJ (Sala de los Social) del País Vasco, de 21 de junio de 2005 (AS 2005, 2421) y STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 29 de junio de 2004 (AS 2004, 2402).

⁹ En el caso que la trabajadora no reparta con el padre el período de suspensión.

¹⁰ Supuesto de parto múltiple.

después de las seis semanas de descanso obligatorio y antes de las dieciséis semanas de baja por maternidad¹¹. En estos casos, el empresario debería tener en cuenta, desde el punto de vista preventivo, el estado aún de recuperación de la mujer trabajadora¹².

En definitiva, en el caso de posparto, la finalidad de la protección es garantizar la recuperación de la trabajadora para el trabajo y adecuar el mismo si existen riesgos específicos durante los primeros momentos de la actividad laboral. Aunque en algunos supuestos, la interrupción de la prestación laboral de la trabajadora pueda dilatarse ya que, junto a la citada baja por maternidad, se podrá agregar la suspensión del contrato por IT derivada de contingencias comunes¹³.

En referencia al establecimiento de los límites del *periodo de lactancia natural*, el art. 2.c de la Directiva 92/85/CEE, establece que «cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales», lo que significa que serán las legislaciones de cada Estado miembro las encargadas de establecer los límites de dichos periodos¹⁴.

En nuestro Ordenamiento jurídico, desde la perspectiva preventiva, se protege la lactancia natural¹⁵. Es una protección especial, regulada en los arts. 4 y 26.1 LPRL y 37.4 ET, en los que se establece que la madre trabajadora podrá disfrutar de esta protección hasta que el hijo cumpla los nueve meses. Su justificación jurídica se encuentra en el amamantado natural del recién nacido por parte de la madre trabajadora, siendo la leche materna una fuente común de transmisión de enfermedades, lo que supone un riesgo derivado de la exposición de la mujer trabajadora a determinados

¹¹ Por ejemplo en aquellos supuestos que la trabajadora no reúne las condiciones de acceso a la prestación por maternidad regulado en el art. 133-ter LGSS.

¹² Estamos ante una situación de incertidumbre jurídica, ya que se carece de un concepto de *parto reciente*. Ni la norma comunitaria ni la nacional lo define. En definitiva, el empresario desconoce el momento a partir del cual debe prestar la protección preventiva a la trabajadora, aunque dicha circunstancia se conocerá por la solicitud de la correspondiente baja por maternidad.

¹³ Vid. J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, 2010, p. 68.

¹⁴ Para un tratamiento en profundidad sobre este tema véase M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 58-66.

¹⁵ Como se ha puesto de manifiesto, por un amplio sector doctrinal, se trata de una protección que cuenta con una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico; véase entre otros M.D. ALONSO LIGERO, *Lactancia y guarda legal*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1982, *passim*; M.J. DILLA CATALÁ, *El derecho a la licencia retribuida por lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1989, n. 17, p. 212; C. ORTIZ LALLANA, *Protección social comunitaria de la maternidad*, *ibidem*, 1991, n. 8, pp. 385-389.

agentes o sustancias presentes en el ambiente laboral¹⁶.

De igual modo que en los otros supuestos analizados, la trabajadora no está obligada a informar a la empresa de la lactancia natural – derecho fundamental a la intimidad –, lo que supone que el empresario podrá conocer esta situación y, por tanto adoptar las medidas protectoras y preventivas necesarias, en virtud de la solicitud por parte de la trabajadora del permiso por lactancia. Como es lógico, dicha protección por parte del empresario es obligatoria, independientemente de que la trabajadora haga uso o no de la licencia.

2.2. Determinación del alcance de la acción protectora

Como ya se ha anticipado, la tutela se extiende a la maternidad en sentido amplio, por tanto, existe una protección que abarca tanto a la trabajadora embarazada, como a aquella que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia natural¹⁷. Desde una perspectiva prevencionista, el análisis nos desvela una protección especial de la maternidad en la que se excluye al trabajador varón. Sin duda, los aspectos relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo se refieren exclusivamente a las situaciones conectadas directamente al sexo femenino¹⁸.

¹⁶ Desde la perspectiva de la protección dispensada *ex* art 26.3 LPRL, el bien jurídico protegido es la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, el sujeto protegido desde la proyección del art. 37.4 ET, es el recién nacido, al concederse a los padres un tiempo de ausencia del trabajo para atender al recién nacido. Adviértase que en el supuesto hipotético de poder proteger incluso la “lactancia artificial”, que no contempla la ley, también se protegería al padre trabajador, ya que el bien jurídico tutelado no sería la salud del lactante por medio de la madre. Para profundizar sobre este tema puede consultarse J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷ Coincidimos con la posición doctrinal que defiende una interpretación extensiva del art. 26 LPRL. Aunque, a priori, de la literalidad del precepto se desprende la protección de la “maternidad”; sin embargo, la protección jurídica contenida en el mismo supera la literalidad de la norma, extendiéndose también a la situación de parto reciente y lactancia natural. Por lo tanto, hay un deber de protección de la salud de la trabajadora, cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto y del recién nacido. Incluso este deber de protección se extiende a los riesgos laborales que puedan afectar a la función procreadora, como se desprende del art. 25.2 LPRL. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Desde nuestra posición, pensamos que se trata de una protección en razón al estado biológico, aunque se detecta un número muy significativo de autores que se han manifestado a favor de una protección en razón al género, de los que citamos a modo de ejemplo los siguientes: F. CAVAS MARTÍNEZ, *Maternidad y salud laboral*, en *Salud y Trabajo*, 1996, n. 113, pp. 5-13; F.J. CALVO GALLEGO, M. JUNCO CACHERO, *Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.),

Respecto a las ocupaciones o actividades que se protegen, hay que subrayar que la protección de la maternidad no se limita al trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino que también abarca la función pública. Su fundamentación jurídica en el plano internacional, se encuentra reflejado en los arts. 2, §§ 1 y 2, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y el art. 1, §§ 1 y 2, de 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. En ambos instrumentos jurídicos, se establece que la protección jurídica que se dispensa es aplicable a las trabajadoras de todos los ámbitos y ocupaciones, ya sean actividades públicas o privados, siendo contrarias a la misma la exclusión de determinadas categorías como pueden ser las trabajadoras del sector público¹⁹, las trabajadoras vinculadas por un contrato atípico o la exclusión de determinadas actividades aunque se realicen en circunstancias de excepcionalidad. En el plano nacional, el art 3.1 LPRL establece que las disposiciones contenidas en esta ley serán de aplicación también a la función pública²⁰. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público²¹, contiene también una remisión a la legislación laboral, concretamente en el art. 51 que dice que «Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente».

Conviene precisar que en España, la LPRL no será de aplicación en aquellas actividades²² cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que

La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral, Universidad de Granada, 1996, pp. 696-708; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997; J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.T. IGARTUA MIRÓ, *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002; J. MORENO GENÉ, A. ROMERO BURILLO, *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

¹⁹ Sobre la extensión de la Directiva 92/85/CEE a la función pública, véase la STJUE de 17 de julio de 2012, BG, asunto F-54/11.

²⁰ *Vid.* M. APILLUELO MARTÍN, *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 80.

²¹ RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en *BOE*, 31 octubre 2015, n. 261).

²² Dichas actividades son: seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil y Cuerpos policiales.

prestan sus servicios en las indicadas actividades (art. 3.2 LPRL).

Otra figura que quedaría bajo el amparo de la protección de la LPRL, sería la correspondiente a las trabajadoras de las cooperativas integradas en las categorías de “socios trabajadores”²³. De conformidad con el art. 3.1 LPRL, pensamos que le sería de aplicación plena los contenidos del art. 26 LPRL. Sin embargo, desde el ámbito comunitario, conviene aclarar que la calificación del vínculo – concepto de trabajadora –, no correspondería a los ordenamientos internos, sino que es el Derecho comunitario quien lo establece conforme a criterios objetivos de forma que sea común para todos los Estados miembros.

Diferente trato es el que se dispensa a las trabajadoras autónomas que quedan excluidas de la protección que se dispensa a las trabajadoras por cuenta ajena desde la doble perspectiva del Ordenamiento interno y del comunitario. De esta forma, ni la LPRL²⁴ ni la Directiva 92/85/CEE²⁵ incluyen a las trabajadoras autónomas. Sin embargo, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo y la atención preventiva – aunque de forma parcial – de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. En este sentido, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo durante el embarazo en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras – DA 8ª, § 3, de la Ley General de Seguridad Social – y por riesgo durante la lactancia natural en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH)²⁶.

²³ Entiéndase también incluidos otros términos equivalentes como “socios de trabajo” y similares. Véase sobre este asunto A.I. GARCÍA SALAS, *Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: “operaciones de ajuste” en las figuras de empresario y trabajador*, en *Temas Laborales*, 2004, n. 74, pp. 77-108; A.I. PÉREZ CAMPOS, *Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, n. 53, pp. 57-84; M.B. CARDONA RUPERT, *Prevención de riesgos laborales en las cooperativas*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5, pp. 499-510. También véase M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 35.

²⁴ Adviértase que el art. 3.1 LPRL delimita el ámbito subjetivo de su regulación sobre el trabajador por cuenta ajena. No obstante, esta exclusión de los trabajadores autónomos de la LPRL, no se establece de forma total y plena, ya que el propio art. 3.1 LPRL, añade: «sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos». Ahora bien, ¿a qué se refiere, cuando habla de derechos y obligaciones de los autónomos? Pensamos que, en este caso, se refiere a la posibilidad del autoaseguramiento del art. 15.5 LPRL y las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales reguladas en el art. 24, apartados 1 y 2, LPRL.

²⁵ Su protección se encuentra regulada en art. 8 de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

²⁶ En *BOE*, 23 marzo 2007, n. 71.

Además de recibir una atención especial – aunque de tipo parcial – de diversos aspectos preventivos sobre los riesgos derivados durante el embarazo y la lactancia natural en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Modificaciones importantes sobre esta materia, están previstas en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE²⁷, en la que se incluyen en su ámbito de protección a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas.

La nueva redacción del art. 2 es la siguiente:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; a efectos de la presente Directiva, se entenderá igualmente cualquier trabajadora que haya adoptado un niño;
- c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

2.3. Singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural

Si la protección de la salud es un derecho social fundamental de carácter primario reconocido a nivel mundial²⁸, la evaluación de riesgos se erige

²⁷ Obsérvese que en la nueva redacción se incluyen a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas.

²⁸ El profesor J.L. MONEREO PÉREZ, *La salud como derecho humano fundamental*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 9, p. 54, sostiene que «Es innegable que la protección de la salud [...] constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona [...]. De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención».

como un instrumento indispensable para poder proteger de forma eficaz la salud de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo. En el art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), se define la evaluación de los riesgos laborales, como «el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse». Ahora bien, debemos distinguir²⁹ en este proceso de protección de la maternidad en el desarrollo de la actividad laboral, la evaluación general, o inicial, respecto de otras sucesivas, o singulares. El empresario, a la hora de realizar las diferentes evaluaciones de riesgos, deberá tener en cuenta en la valoración, aquellos riesgos inherentes al puesto de trabajo que pueda ser ocupado por una mujer y que implique desarrollar actividades susceptibles de generar riesgos laborales que pongan en peligro la seguridad y salud de la madre, el feto o su hijo lactante.

En la *evaluación general de los riesgos*, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 y 26 LPRL, 4.1.b, 7.c y 37.3.g RSP y 4 de la Directiva 92/85/CEE, el empresario deberá identificar los factores de riesgos que debido a la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, recién nacido o lactante. También se procederá a determinar la naturaleza de dichos riesgos, así como la intensidad y duración de la exposición de la trabajadora a los mismos. Finalizadas estas actuaciones, se deberá proceder a establecer aquellas medidas preventivas procedentes que permitan eliminar o reducir al máximo dichos riesgos.

Respecto a la *evaluación específica o singular de riesgos*³⁰, es preciso destacar que conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora – ver supra lo que se ha expuesto sobre la no obligatoriedad de la comunicación de estas situaciones por parte de la trabajadora al empresario –, éste deberá valorar los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual³¹, es decir que se deberá

²⁹ El fundamento jurídico de esta distinción y la necesidad de realizar una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo se encuentra en los arts. 16 LPRL y 4 RSP, en relación al art. 9.1 de la Directiva 89/391/CEE.

³⁰ En la STC 161/04, de 4 de octubre (RTC 2004, 161), se ha señalado el carácter obligatorio de la evaluación de riesgos singular y no es aceptable la adopción de cualquier tipo de medida por parte del empresario, sin contar con los resultados previos derivados de la evaluación de riesgos individual.

³¹ Es decir, se deberá tener en cuenta la situación concreta de la trabajadora y sus

tener en cuenta las circunstancias especiales que concurren en una trabajadora y que puedan incidir en los estados indicados. Finalmente, se deberán adoptar las medidas preventivas³² intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un riesgo para su salud o la del feto o lactante.

Especial atención merece el análisis de los instrumentos de evaluación. La Directiva 92/85/CEE, ha diseñado dos guías para la evaluación de riesgos específicos respecto de la mujer embarazada, posparto o lactancia. También, se han elaborado dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva³³.

En nuestro derecho interno se han llevado a cabo diversas actuaciones. Por una parte, se han introducido³⁴ en el RSP los Anexos VII y VIII, que contienen una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural. También, con el fin de aportar instrumentos de orientación y ayuda para llevar a cabo estas evaluaciones de riesgos, se han elaborado una serie de guías³⁵ y notas técnicas de prevención³⁶ por parte del Instituto Nacional de Seguridad e

antecedentes, como enfermedades o problemas surgidos en otros embarazos. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 71.

³² Sobre este asunto se ha pronunciado el TS, señalando la necesidad de realizar una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos como requisito previo e indispensable para adoptar las medidas preventivas, y así se recoge en las siguientes referencias jurisprudenciales: STS (Sala IV), de 1º de octubre de 2012 (Rec. 2373, 2011); STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013) y STS (Sala IV), de 7 de abril de 2014 (Rec. 1724, 2013). En la práctica, 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. Sobre este asunto, *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 70.

³³ Se detecta una mayor desprotección y falta de atención hacia la trabajadora en parto reciente.

³⁴ Dichas reformas se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Los títulos de los Anexos son *Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural* y *Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural*.

³⁵ Por ejemplo las *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo* y las *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la IT durante el embarazo*.

³⁶ Una relación no exhaustiva de buenas prácticas se incluyen en las siguientes NTP: 413; 414; 542; 664; 740; 785; 914; 915; 992; 993; etc.

Higiene en el Trabajo (INSHT), en la actualidad denominado Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

2.4. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada³⁷ *ex art.* 26.1 LPRL.

2.4.1. Adaptación de las condiciones de trabajo

Para aproximarnos al concepto de condiciones de trabajo³⁸ desde el punto de vista preventivo, deberemos acudir al apartado 7 del art. 4 LPRL. El citado precepto establece lo siguiente:

Se entenderá como “condición de trabajo” cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
- b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
- c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.
- d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos

³⁷ Para profundizar sobre el estudio de las medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural, puede consultarse J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I, pp. 339-355.

³⁸ Adviértase que el concepto de condiciones de trabajo en el ámbito de la PRL es distinta a la noción de condiciones laborales propia del Derecho del Trabajo que se refiere al salario, horario, clasificación profesional, organización, etc.

a que esté expuesto el trabajador.

La finalidad de la adaptación de las condiciones de trabajo es eliminar o reducir los riesgos laborales para la trabajadora cuando estas condiciones influyan negativamente en su estado de salud. Se trata de una medida necesaria que en muchos casos supone un cambio organizativo pero sin ocasionar en la mayoría de los supuestos un gran coste para la empresa³⁹.

Una primera aproximación a las condiciones de trabajo estaría centrada en la necesidad de tener adaptados los locales de trabajo a las situaciones relacionadas con la maternidad. Hay que tener presente que en determinadas ocasiones, las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia tienen la necesidad de realizar descansos tumbadas y en unas condiciones adecuadas especiales y diferentes al resto de trabajadores⁴⁰. En esta misma línea, también la trabajadora lactante debería 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 recipientes, sin olvidar el indispensable tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración⁴¹. Estas condiciones se recogen en la NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo.

En referencia a las medidas preventivas⁴² sobre la reordenación del tiempo de trabajo⁴³ y descanso, la protección consistiría en establecer un ritmo de

³⁹ *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰ Se trata de medidas de tipo ergonómico. Otras que podríamos añadir, dentro de la especialidad de seguridad y salud, sería la de proveer un fácil acceso a los sanitarios, que no siempre es posible en los lugares de trabajo. La regulación comunitaria sobre estos aspectos se encuentra en los arts. 12 y 17, Anexos I y II, de la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, que regula el lugar de trabajo y las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En la normativa española, en el apartado 3.4 del Anexo V, RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que establece que «las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas», recordad en este aspecto (nota 64) las reformas que se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹ Esta línea argumental es la que se recoge en la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 1775, 2014).

⁴² En estos casos, las medidas recomendables sería por ejemplo: evitar prolongaciones de la jornada ordinaria de trabajo, evitar también las horas extraordinarias, o la aplicación de bolsas de horas, o el régimen de puesta a disposición, así como otras medidas de flexibilización del tiempo de trabajo pactados en acuerdos individuales o colectivos. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, pp. 77 ss.

⁴³ Es conveniente destacar la interpretación que hace el Tribunal Supremo hace respecto al descanso para la extracción de leche materna en: STS (Sala IV), de 21 de junio de 2012

trabajo distinto al ordinario y habitual. Debido al nuevo estado de la trabajadora, asumir el régimen de la jornada habitual podría provocar un accidente de trabajo – por generar una fatiga adicional – o bien, contraer una enfermedad profesional debido a una exposición a determinados agentes.

Otra medida de adaptación sería la relativa a la posibilidad de realizar ajustes en el horario de trabajo limitando la franja de horario de trabajo en régimen de nocturnidad o ajustando el horario de los turnos de trabajo⁴⁴.

Una atención especial requiere el debate que se suscita en torno a la posible nocividad del trabajo nocturno. Es decir, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿la nocturnidad por sí sola supone un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia? Sin duda, la respuesta no es sencilla. Una mirada al Derecho Internacional y al de la Unión Europea, nos desvela que siempre ha existido por parte de estos Ordenamientos una inclinación clara hacia la consideración de nocividad que lleva aparejado el trabajo nocturno tanto para el embarazo como para la lactancia. Estas son las tesis que se reflejan en diversos instrumentos jurídicos emanados de la OIT⁴⁵ y de la UE⁴⁶, aunque las consecuencias que se desprenden de sus textos jurídicos – la prohibición o no de estos trabajos – son distintas en cada caso. Concretamente, la Directiva 92/85/CEE, a diferencia de las Recomendaciones OIT R095 y R191, no prohíbe el trabajo

(Rec. 2361, 2011) y STS (Sala IV), de 24 de abril de 2012 (Rec. 818, 2011). Sostiene que la reducción de jornada por lactancia que contiene el 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 con la salud – arts. 26 LPRL, 135-*bis* y 135-*ter* LGSS –, y las pausas o reducción para la lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar *ex* art. 37.4 ET.

⁴⁴ Nos referimos evidentemente a situaciones exclusivas de adaptación horaria. No entrarían dentro de estos supuestos aquellas situaciones en las que se produce un cambio que implica el traslado de la trabajadora a un puesto diurno, de un puesto de trabajo nocturno, o a otro de horario ordinario, de un puesto de trabajo a turnos; en estos casos, no se trataría de una adaptación, sino de un cambio temporal del puesto de trabajo que trataremos en otro epígrafe.

⁴⁵ Nos referimos a la Recomendación OIT R095, que en el § V.1 dice textualmente: «El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidas a las mujeres embarazadas y lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar prohibidas de suerte que puedan disfrutar de periodos adecuados de descanso». También la Recomendación OIT R191, en el § VI.5, establece que «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».

⁴⁶ *Vid.* 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 periodo de lactancia.

nocturno por la embarazada o en periodo consecutivo al parto, sino que la formula en términos de derecho de la mujer⁴⁷, pudiendo los Ordenamientos jurídicos internos exigir para ello un certificado médico que acredite la necesidad de que la trabajadora no deba realizar el trabajo nocturno. Nuestro art. 26.1 LPRL, no exige el certificado médico que hace referencia la Directiva 92/85/CEE, sin embargo parece remitirlo a la evaluación de riesgos⁴⁸.

Otro aspecto importante a analizar, estaría focalizado en los efectos que pudieran tener los cambios en las condiciones de trabajo respecto a la disminución de las retribuciones de la trabajadora⁴⁹. Es decir, la influencia de la medida preventiva en la disminución del salario o más concretamente en la pérdida de los complementos del mismo⁵⁰ (primas, complementos en función del volumen de trabajo, pluses en función del tiempo de trabajo, complementos de trabajar a turnos, por nocturnidad o disponibilidad horaria).

Respecto al límite jurídico que se establece sobre los ajustes en el trabajo ordinario de la trabajadora contenido en el art. 41 ET estaría situado en la imposibilidad de crear modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En cambio, el art. 26 LPRL despliega su protección sobre el mantenimiento del “status laboral” adquirido por la trabajadora. El empresario no puede aprovechar esta situación obtener ventajas económicas derivadas del cambio practicado en las condiciones de trabajo motivado por motivos de salud de la trabajadora. Es importante destacar en este sentido que el cambio practicado en las condiciones de trabajo debe respetar la dignidad de la trabajadora y habría que realizarlo solicitando

⁴⁷ Como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, el tratamiento que se hace del trabajo nocturno, pese a reconocer su carácter penoso – como se hace en las Recomendaciones OIT –, no se inclina definitivamente por la prohibición, ya que el TJCE en diferentes sentencias estableció como discriminatoria esta prohibición, contraria a la Directiva 76/207/CEE. STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C 345/89, *Stoekel*; STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C 158/91, *Ley*; STJCE de 3 de febrero de 1994, asunto C 13/93, *Minne*.

⁴⁸ Se aprecia una clara diferencia en el tratamiento que se hace en nuestra LPRL respecto a la Directiva 92/85/CEE. Por parte de nuestro Ordenamiento interno, las exigencias son más severas – es necesario que se desprenda de la evaluación de riesgos –, mientras que la Directiva requiere simplemente un certificado médico, es decir, se reconoce desde la propia norma el carácter penoso del trabajo nocturno.

⁴⁹ Podrían afectar a determinadas partidas o complementos salariales que están relacionados directamente con el resultado, el sistema de trabajo o el rendimiento.

⁵⁰ De la relación que se establece entre los contenidos del art. 26.2 LPRL y los del art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, se deduce la obligación de garantizar los derechos de los trabajadoras que se les ha realizado una adaptación en sus condiciones de trabajo por razones de maternidad y en especial el mantenimiento de sus retribuciones íntegras.

previamente su consentimiento. Lógicamente, estos cambios previstos legalmente están orientados a garantizar a la trabajadora una actividad laboral segura y saludable.

2.4.2. Cambio temporal del puesto de trabajo

Cuando no sea posible la adaptación del puesto, se procederá a la determinación de un puesto de trabajo compatible e idóneo⁵¹. Dicho proceso se realizará a la luz de la evaluación de riesgos que deberá analizar todos los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural⁵². De conformidad con lo estipulado en el art. 26.2 LPRL, se trata de una medida preventiva de carácter transitorio que se adopta en el caso de que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible; o bien, siendo estas medidas posibles, no aporten las suficientes garantías para evitar la repercusión negativa del trabajo en la salud de la trabajadora embarazada, el feto o lactante. Por su parte, el art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE, establece que, «Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada». Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de protección de la salud de la trabajadora, el feto o lactante, requiere – de conformidad con lo establecido en el art. 26.2 LPRL – del correspondiente certificado médico de 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. Sin duda, la LPRL establece que el correspondiente certificado médico es el presupuesto para el nacimiento de la obligación empresarial⁵³. Llegado a este punto, sería lógico preguntarse ¿cuáles son los

⁵¹ Ex art. 26.2, apartado 1, LPRL, el empresario elaborará una lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, previa consulta a los representantes de los trabajadores. Esta consulta no tiene carácter vinculante, es de colaboración e información sin estar vinculada a una posible corresponsabilidad o cogestión en la prevención de los riesgos laborales en la empresa.

⁵² Para profundizar sobre este tema *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 109.

⁵³ En definitiva, se trata de acreditar por el facultativo que, las condiciones de trabajo desde el punto de vista médico, pueden repercutir de forma negativa en la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y por este motivo es necesario realizar un traslado a un puesto compatible con su estado y en el que se garantice que la protección de la salud. En este aspecto y, en relación al procedimiento de reconocimiento de esta situación, es

límites de esta obligación empresarial? Responder a esta interrogante no es tarea fácil, ya que el simple examen de la legislación que regula esta materia no nos desvela una respuesta certera y precisa. Por este motivo, creemos que una revisión de la jurisprudencia nacional e internacional sobre este tema, nos podrá aproximar de forma más acertada a posibles soluciones que nos permitan resolver el problema planteado. Coincidimos con las tesis⁵⁴ que sostienen que hay 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», así se establece en nuestra jurisprudencia interna, concretamente en la STC (Sala I) n. 161/2004, de 4 de octubre, Rec. de amparo n. 4295/2001⁵⁵.

En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, *Gassmayr*, establece que «se procurará adoptar aquella medida, dentro de las posibles, que sea menos gravosa para la trabajadora». Además, como se ha señalado por otra parte en la interesante STC (Sala I) n. 161/2004, citada *supra*, «El deber de adopción de tales medidas y en general el deber de protección recae sobre el empresario, 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 aquella en el art. 39.1 ET; en definitiva, las

conveniente tener presente la vinculación del art. 26 LPRL con los arts. 14, 39 y 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regula las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁵⁴ Sobre este tema *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 110 ss.

⁵⁵ En esta sentencia, se otorga el amparo constitucional por haberse vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CE, a una trabajadora embarazada que trabajaba como segundo piloto profesional para una empresa de Líneas aéreas y que causó baja durante el embarazo, debido a una amenaza de aborto, dándose de alta un mes después. Posteriormente a la incorporación de la trabajadora, la empresa le comunica la suspensión del contrato sin una contraprestación salarial al ser reconocida como “no apta circunstancial” por el Centro Médico de la empresa. La empresa manifiesta la imposibilidad de ofrecer un puesto de trabajo diferente debido a la inexistencia de vacante. La trabajadora consideró que la suspensión del contrato sin la contraprestación salarial correspondiente fue un acto discriminatorio debido a su estado de embarazo. El TC expresa que de los hechos probados se deduce la posibilidad de la existencia de un puesto de trabajo en tierra, adecuado al estado de gestación de la trabajadora, a pesar de que en la notificación por la que se le suspendió el contrato, la empresa manifestó lo contrario. El juzgador constitucional entiende que la suspensión del contrato por parte de la empresa carece de justificación razonable y por lo tanto es una decisión discriminatoria, vulnerando de esta forma lo establecido en la CE. Por lo tanto, el TC se pronuncia a favor de otorgar el amparo a la trabajadora por haberse vulnerado el principio de igualdad reflejado en el art. 14 CE, declarando nulo el despido declarado en la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2000.

titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación, y el respeto a la dignidad de la trabajadora».

Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible, o una vez que se han adaptado, estas condiciones no garantizan que el trabajo no genere riesgos para maternidad o la lactancia, la empresa tendrá necesariamente que adscribir a la trabajadora a otro puesto de trabajo o a otra actividad laboral compatible con su estado de salud. Observándose en este caso – de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2 LPRL –, que el puesto de trabajo debe corresponderse con otro de su mismo grupo profesional o, en ausencia de definición de sus categorías profesionales, a una categoría equivalente (movilidad interna)⁵⁶.

Cuando no haya posibilidad de ejercer la movilidad interna sobre la trabajadora, es decir, no existe un puesto de trabajo o función compatible dentro de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, el empresario de conformidad con la regulación del art. 26.2 LPRL podrá cambiar a la trabajadora embarazada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría profesional de referencia (movilidad externa). La utilización en el art. 26.2 LPRL de la expresión “podrá”, significa que el margen de acción del empresario en el cambio de puesto, lo tendría que realizar siguiendo lo estipulado en el art. 39 ET en referencia a las reglas de la movilidad funcional⁵⁷.

Hay que tener presente en los dos supuestos anteriores que, hacen referencia a la movilidad interna y externa, la modificación es de carácter temporal y tendrá eficacia hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora sea compatible⁵⁸ con su puesto de trabajo, momento en el que

⁵⁶ Conviene precisar que en este caso, como se ha planteado acertadamente por algunos autores, hay que recurrir a una institución puramente laboral que permite la modificación del contrato – o mejor dicho un grado – en virtud del *ius variandi* del empleador *ex* art. 39 ET que, aplicado en materia preventiva, requiere de los oportunos ajustes en clave de salud laboral. En este sentido es preciso destacar que la aplicación de la movilidad laboral no se desarrollará en sus términos ordinarios. En el ámbito laboral, las causas motivadoras del cambio del puesto de trabajo están relacionadas con “causas técnicas organizativas” establecidas en el art 39 ET, mientras que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales del art. 26 LPRL el recurso a la movilidad funcional se realiza por motivos de protección de la salud de la trabajadora embarazada, del feto o lactante. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁷ El efecto jurídico de esta remisión está orientado a limitar la adscripción temporal a puestos de trabajo que resulten compatibles con la formación académica, desarrollo de la carrera profesional y a la dignidad de la trabajadora embarazada enunciados en los arts. 26.2 LPRL, 39.1 y 3 ET. Los cambios del puesto o función que sobrepasen el ámbito de acción de la movilidad funcional tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulados en el art. 41 ET.

⁵⁸ Especial atención merece el análisis de la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 8 de

se producirá la reincorporación a su puesto originario⁵⁹.

Conviene aclarar que el cambio temporal a un puesto de trabajo compatible podrá instarse a petición de la trabajadora embarazada y siempre que su pretensión cuente con el correspondiente certificado del médico de la Seguridad Social. Sin embargo, en aquellos casos en los que no exista la petición mencionada por parte de la trabajadora, el empresario podrá adoptar la decisión de cambiarla de puesto de trabajo, como un supuesto de movilidad funcional forzosa pero siempre que se trate de situaciones en las que esté presente un riesgo grave e inminente⁶⁰. No obstante, debemos aclarar que la empresa no puede recurrir directamente a la movilidad funcional alegando que la adaptación de las condiciones de trabajo que están previstas en el art. 26.1 LPRL es objetivamente inviable, ya que dicha adaptación siempre es posible y al menos deberá producirse el intento. Únicamente cuando dicha adaptación de condiciones resulte insuficiente a efectos de garantizar su salud, se podrá utilizar de forma subsidiaria.

julio de 2002 (AS 2002, 3761). En dicha sentencia se reconoce el derecho de una trabajadora – técnico especialista en rama sanitaria con destino en el servicio de radiología en estado de gestación de siete semanas – al cambio de puesto aún cuando los niveles de radiación a los que está expuesta no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. El TSJ de Madrid, considera que con ello se trata de «evitar cualquier tipo de riesgo» que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto – de conformidad con el art. 26 LPRL –, por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en el que la trabajadora embarazada 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. Creemos muy acertada la tesis que apoyan esta interpretación de la resolución judicial referenciada supra, entendiendo que «la adaptación insuficiente del supuesto de hecho, en la que el riesgo muy grave se disminuye pero persiste como potencialidad de peligro. Pero en cualquier caso, esta posición también sugiere 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». *Vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁹ Esta situación tendrá que ser evaluada periódicamente y puede extenderse a un momento previo al parto o hasta el mismo instante del dar a luz. También se extenderá a la situación de lactancia natural.

⁶⁰ Así se contempla en el art. 21 LPRL.

2.4.3. Suspensión del contrato de trabajo

Cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo ni la movilidad funcional temporal, operaría la suspensión del contrato de trabajo⁶¹.

La *finalidad* de esta medida está orientada a garantizar la salud de la trabajadora, del feto o lactante en la lactancia natural, evitando que la trabajadora esté en contacto con agentes o sustancias que puedan provocar daños directamente a su salud, a la del feto o a la del lactante, o en su caso, indirectamente a través de la leche materna⁶².

El *efecto* de la suspensión supone la interrupción de las obligaciones principales del contrato de trabajo, es decir, el pago del salario por parte de la empresa y la prestación de servicios por parte de la trabajadora, mientras la incompatibilidad de salud y trabajo persista. Ahora bien, de la redacción del art. 26 LPRL en sus apartados 3 y 4, el legislador ha optado por introducir en su redacción la expresión “podrá”⁶³. No obstante, ello no debe interpretarse en el sentido que la suspensión del contrato de trabajo sea un recurso facultativo para el empresario, la empresa o incluso para la trabajadora que pudiera renunciar a la misma. Por lo tanto, a pesar de contener este precepto esta expresión que induce a entender una opción, según el sentido literal, una interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurren los presupuestos legales de referencia, es decir, que las medidas preventivas de adaptación y movilidad funcional sean imposibles de aplicar y exista a su vez, una situación objetiva de riesgo para la salud de la trabajadora, del feto

⁶¹ Regulada fundamentalmente en los arts. 26, apartados 3 y 4, LPRL, 45.1.d y 48.5 ET, 134 y 135-ter LGSS, además de tener en cuenta los efectos de la baja con maternidad.

⁶² De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo que se deriva de las siguientes sentencias, STS (Sala IV), de 18 de marzo de 2011 (Rec. 1863, 2010); STS (Sala IV), de 23 de enero de 2012 (Rec. 1706, 2011) y STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013), «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el art. 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales, 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».

⁶³ En el apartado 3 se expresa en la siguiente forma: «Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse»; y en el 4 *in fine* «Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural».

o del lactante.

La suspensión se prolongará hasta la reincorporación de la trabajadora sea posible porque su estado de salud le permite la compatibilidad con el puesto de trabajo desempeñado, o bien, cuando se produzca el alumbramiento, en cuyo caso, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por maternidad biológica⁶⁴.

Del mismo modo, remitirá la suspensión del riesgo en el caso de la *lactancia natural*, cuando el menor cumpla los nueve meses o en el momento mismo en el que la trabajadora finalice la lactancia natural a su hijo⁶⁵. También conviene matizar que la suspensión por maternidad durará hasta dieciséis semanas – dieciocho en caso de parto múltiple –, siendo las seis primeras de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, la suspensión se mantendrá durante el periodo necesario para proteger la seguridad y salud, y hasta que persista la imposibilidad de reincorporación por parte de la trabajadora⁶⁶; protegiéndose con el acceso a prestaciones económicas que suplen la carencia de renta durante estos periodos. La finalidad de esta protección consiste en mantener el mismo salario percibido durante la situación de trabajo activo, reconociéndose el derecho a percibir el cien por cien de la base reguladora, tanto en la protección de riesgo durante el embarazo⁶⁷, como en el riesgo durante la lactancia⁶⁸. A colación de este último riesgo, la reciente STS de 19 de octubre de 2020⁶⁹ reconoce el derecho de una trabajadora a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia. Dicha trabajadora que, prestaba sus servicios con la categoría profesional de ATS en un servicio de emergencias sanitarias SAMU, dio a luz en parto múltiple a dos menores, proporcionándoles lactancia natural y disfrutando de la prestación correspondiente por maternidad. Se constata que la actora presenta una «mayor susceptibilidad a contraer infecciones en la mama, de hecho en la fecha del juicio había sufrido tres procesos de mastitis»⁷⁰. Por este motivo, solicitó al SPRL que realizara una evaluación sobre adaptación del puesto de trabajo para la protección durante la lactancia, emitiéndose un informe y destacándose del mismo la siguiente recomendación relativa

⁶⁴ Cuya regulación se establece en los arts. 26.3 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

⁶⁵ Regulación contemplada en los arts. 26.1 y 4 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

⁶⁶ Esta imposibilidad de reincorporación se establece para el puesto de trabajo que ocupaba, pero también para cualquier otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

⁶⁷ *Vid.* arts. 134 y 135 LGSS.

⁶⁸ *Vid.* arts. 135-*bis* y 135-*ter* LGSS.

⁶⁹ STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

⁷⁰ *Vid.* AH 1^a de la STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

a los turnos y organización del trabajo: «se debe proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo, para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de esta trabajadora que presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, habrá que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche». Respecto al riesgo químico, señala que «se debe evitar la exposición durante la lactancia a agentes citostáticos»⁷¹. En relación a dicho informe, la dirección del SAMU dictó resolución en la que concluía que «no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora». Ante esta situación, la trabajadora presentó solicitud de certificación médica sobre riesgo durante la lactancia natural frente a la Mutua, resolviendo dicha entidad en el sentido de denegar la expedición de certificación médica de riesgo, por lo que no cabía iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación. Desestimada por la Mutua la reclamación previa presentada por la trabajadora y recurrida por dicha entidad la sentencia del Juzgado de lo Social estimatoria de las pretensiones de la actora, acudiría la Mutua en suplicación al TSJ que falló a su favor argumentando que lo único que se podría deducir de los hechos es que en el puesto de trabajo de la trabajadora existe un riesgo “genérico” para cualquier trabajador, pero no un riesgo “específico” para la lactancia, que es la cuestión a dilucidar a los efectos de la prestación solicitada, y que «no ha sido demostrado»⁷². Presentado por la trabajadora el recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS resuelve el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda frente al INSS, la Consejería de Sanidad de la CCAA y la Mutua, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural. De la síntesis expuesta y pese a la inexistencia de cambios sustanciales en la materia, de la que pueda derivarse una doctrina jurisprudencial novedosa (a diferencia de lo que aconteció a raíz de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017), señalaremos aquellos aspectos que, según las argumentaciones jurídicas esgrimidas en los distintos pronunciamientos judiciales producidos durante el 2020, merezcan ser destacados a modo de reflexiones conclusivas. Primero, se consolida el criterio que establece que cuando el empleador no pueda adoptar las medidas primera y segunda previstas en los apartados 1 y

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Vid.* FD 2º, 4, de la STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

2 del art. 26 LPRL, se aplicará la tercera medida prevista en el art. 26.3 LPRL; es decir, la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora *ex* art. 45.1.e ET que se vincula con la *prestación económica de seguridad social de riesgo* durante la lactancia natural *ex* art. 188 LGSS de 2015 (art. 135-bis LGSS de 1994), siendo aquel «periodo de suspensión del contrato de trabajo» precisamente la “situación protegida” por esta prestación.

Segundo, se reafirma en la STS de 19 de octubre de 2020 el criterio de que *esta prestación no debería habérsele denegado a la trabajadora*. Y ello porque el propio empleador declara la imposibilidad de adaptar/cambiar el puesto de la trabajadora o destinarla a otro puesto, pues de ello se derivaría como consecuencia que, si la trabajadora se mantenía en su puesto y no se suspendía su contrato de trabajo pasando a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural, la lactancia no se realizaría en «las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo» ni extremando «las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche» que requería el informe del SPRL. La imposibilidad de realizar la «extracción adecuada de la leche» en las «condiciones adecuadas» significa que, no suspenderse el contrato de trabajo de la trabajadora, *no se eliminan los riesgos para la lactancia natural*.

Tercero, en relación a la *necesaria evaluación de riesgos específica*, se asevera lo anticipado en la STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (Rcud. 2343/2017, FD 2º, 4), «no cabe siquiera afirmar que la evaluación de riesgos era genérica», pues describía «con suficiencia» aquellos que tenían especial y directo impacto sobre la situación de lactancia natural.

Cuarto, respecto a las exigencias probatorias no se plantean en la STS de 19 de octubre de 2020⁷³, toda vez que el empleador había declarado que no pueden realizarse las adaptaciones o cambios propuestos por el informe del SPRL.

Quinto, tanto en relación con la exigencia de *riesgos específicos para la lactancia natural*, como en la *carga probatoria*, se aplicará la nueva doctrina jurisprudencial asentada en el FD 4º, 2, de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017).

Sexto, finalmente debe advertirse que como se indicaba en el FD 3º, 2 de la STS (Pleno) 667/2018, 29 de junio de 2016 (Rcud. 1398/2016), el riesgo para la lactancia natural no solo se produce por la exposición a contaminantes transmisibles por la vía de la leche materna, sino que también debe garantizarse que se den las debidas condiciones que permitan la adecuada extracción y conservación de la leche materna.

⁷³ Sobre el problema probatorio en la adaptación del puesto de trabajo en los supuestos de lactancia natural véase el FD 4º de la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (Recud. 762/2017).

3. El cambio de paradigma: la perspectiva de género como nueva orientación en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral

Estudios recientes llevados a cabo por la OIT⁷⁴ nos muestran que la brecha de género en el ámbito laboral es un fenómeno a nivel mundial que está presente tanto en los países desarrollados como en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo. Esta desigual distribución, junto a la concentración de las mujeres en ocupaciones determinadas, ha generado un patrón de lesiones y enfermedades específicas en relación al trabajo desarrollado por las mujeres. Desde esta nueva perspectiva de género habrá que afrontar en el futuro las políticas de salud y seguridad en el trabajo, adoptando estrategias a nivel nacional que controlen la exposición a riesgos emergentes – tanto físicos como psicosociales – con objeto de elaborar nuevos marcos normativos de PRL eficaces⁷⁵.

3.1. Los riesgos laborales asociados a las desigualdades de género y al impacto de las nuevas tecnologías

Actualmente en España no existe una política preventiva que incorpore una estrategia en materia de seguridad y salud laboral desagregada por sexos. Como ya se ha puesto de manifiesto, las únicas medidas existentes son aquellas orientadas a proteger el estado biológico de embarazo, puerperio y lactancia natural. No obstante, aunque de forma incipiente, comienza a percibirse un nuevo tratamiento en esta materia que pretende contemplar otros aspectos, además de los estrictamente relacionados con la salud reproductiva. Iniciativas en el marco de la Unión Europea, como la *Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2007-2012)*, se articula sobre la idea de que las desigualdades de género pueden afectar en la

⁷⁴ Vid. ILO, *A Quantum Leap For Gender Equality. For a Better Future of Work For All*, 2019, *passim*.

⁷⁵ Sobre la eficacia de las normas y su relación con la valoración que el jurista debe hacer de las mismas, compartimos la tesis del jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio que sostiene que «al jurista le corresponde hacer una valoración de la norma jurídica desde una triple perspectiva: si es justa o injusta, si es válida o inválida, así como si es eficaz o ineficaz, sin olvidar que en ocasiones estas tres valoraciones son interdependientes entre sí». Esta triple perspectiva, que debe observarse en la valoración de la norma jurídica, se deduce de la idea de que el jurista no puede quedarse en el plano de lo que el legislador dice y pretende a través de la norma – laboral –, sino lo que resulta de su aplicación práctica. Vid. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, pp. 55-72.

seguridad y salud en el trabajo y, por ende, influir en el rendimiento y la productividad⁷⁶. Lo que nos lleva de inmediato a reflexionar sobre la idoneidad de incorporar la perspectiva de género a la hora de adoptar las medidas de PRL; de esta forma, se podrá mejorar las condiciones de trabajo, desde un plano laboral más justo y equitativo, garantizando la igualdad de oportunidades de todas las personas trabajadoras⁷⁷.

Desde el plano interno de nuestro país, merece una atención especial las aportaciones generadas a través de la LOIEMH. En dicha norma se articulan medidas específicas para la protección de la salud de las mujeres, junto a otras relativas a la prevención de riesgos de tipo psicosocial, como son el acoso sexual y acoso por razón de género. Con todo, y desde una perspectiva general, se vislumbra la introducción de un novedoso principio de transversalidad de género en el ámbito de la salud laboral.

En este sentido, se puede catalogar a priori – tal como se muestra en la Tabla 2 – un elenco de actividades y *riesgos asociados a las desigualdades de género*.

Tabla 2 – Características de la exposición a los riesgos laborales por razón de género

	Mujeres	Hombres
Actividad	SERVICIOS	CONSTRUCCIÓN E INDUSTRIA
Riesgos	Ergonómicos, psicosociales, higiénicos: <ul style="list-style-type: none"> • posturas inadecuadas • largas jornadas • trabajos repetitivos • exposición a agentes químicos y biológicos 	Seguridad: <ul style="list-style-type: none"> • manipulación de objetos pesados • caídas al mismo y distinto nivel • golpes con objetos

Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

⁷⁶ Concretamente se establece que, «si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres [...]. Además, la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*, COM(2007)62 final, 21 febrero 2007, pp. 3-4).

⁷⁷ La EU-OSHA en el trabajo ya advertía – en el año 2003 – que «las desigualdades, tanto dentro como fuera del mundo laboral, pueden afectar a la salud y seguridad de las mujeres en el trabajo» (EU-OSHA, *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003).

Se ha puesto de manifiesto a través de la European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA) que las mujeres trabajadoras tienen un alto grado de probabilidad de sufrir lesiones y enfermedades concretas por su concentración en ocupaciones específicas. De la amplia casuística, podemos señalar que las interrupciones – que son más frecuentes en los puestos ocupados por mujeres –, o la menor autonomía y el menor acceso a la formación, son algunos ejemplos que muestran los riesgos específicos de contraer trastornos de salud agudos y crónicos relacionados con el trabajo. También, el desarrollo de tareas repetitivas – derivadas de cuestiones organizativas – son las principales causantes de las tensiones musculares y fatiga. Se constata por la EU-OSHA que las mujeres sufren, cada vez más, trastornos musculoesqueléticos y están expuestas a un mayor riesgo de sufrírselos en comparación con los hombres que desempeñan las mismas tareas⁷⁸.

De otra parte, se incorpora como novedad – a través de los primeros estudios llevados a cabo en salud laboral y género⁷⁹ – la denominada “doble presencia” o “doble jornada”, generada por el trabajo interno – el llevado a cabo por la realización de las tareas del hogar – y el externo – fuera del domicilio – generando dicha duplicidad un incremento del riesgo laboral.

Otros riesgos son aquellos derivados de otros factores de discriminación. Dichos riesgos, menos estudiados y que suelen pasar desapercibidos, son aquellos relacionados con las retribuciones más bajas, precariedad laboral, temor a la pérdida del empleo con ocasión del embarazo o maternidad, menor participación y/o consideración en la toma de decisiones – en aquellos supuestos que ocupen puestos de relevancia –, ocupación en trabajos a tiempo parcial y de duración temporal, etc.

Otros factores de riesgo son aquellos que afectan a la salud mental, denominados *riesgos psicosociales*. En general, aquellos derivados de la propia organización del trabajo y que provocan cuadros de estrés, depresión, ansiedad, etc. Se localizan en sectores “altamente feminizados” como son sanidad, educación, asistencia social, etc. Otros efectos asociados a estos riesgos son – por citar los más característicos – los trastornos cardiovasculares, respiratorios, gastrointestinales, dermatológicos, inmunitarios o endocrinos, que al no estar reconocidos como enfermedad profesional, tampoco han sido registrados a efectos estadísticos.

En relación a los puestos de trabajo de ejecución ocupados por mujeres, debido a las altas exigencias y reducidas compensaciones, se han detectado,

⁷⁸ Vid. EU-OSHA, *op. cit.*

⁷⁹ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2009, n. 74 extra, pp. 227-286.

entre los trastornos más frecuentes en mujeres que en hombres que ocupan estos puestos, depresiones y otro tipo de alteraciones nerviosas. Se ha estimado que entre el 25% y el 40% de los casos de enfermedades cardiovasculares podrían haberse evitado eliminando la exposición a estos riesgos psicosociales. Además, la simple exposición a estos riesgos – más elevados para las mujeres trabajadoras –, aumenta el riesgo de sufrir una enfermedad de tipo cardiovascular en un 140%. Por este motivo, la adopción de una *estrategia preventiva* adecuada es esencial para evitar los efectos perniciosos de estos riesgos.

También, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 LPRL – principios de la acción preventiva – y, en relación al derecho de la persona trabajadora a una protección eficaz en materia de seguridad y salud *ex* art. 14 LPRL, exige al empresario que evite los riesgos combatiéndolos en el origen, y en aquellos supuestos que no se puedan evitar, deberá realizar la evaluación técnica correspondiente de dichos riesgos. Merece una especial atención, en concordancia a la protección de la mujer trabajadora, la preceptiva «adaptación del trabajo a la persona» y, concretamente, en lo que respecta a los puestos de trabajo, elección de los equipos, métodos de trabajo y de producción, «con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud»⁸⁰.

Respecto a los *riesgos derivados por la incorporación en el trabajo de las nuevas tecnologías*, o mujeres que desarrollan su trabajo en “plataformas de trabajo en línea”, se detectan principalmente aquellos propios de las insuficiencias o vacíos de derechos laborales básicos, sin olvidar los relativos a la violencia doméstica, lo que implica una doble consideración a la hora de evaluar dichos riesgos. Junto a éstos, el aumento de la participación de la mujer en el trabajo digitalizado y el uso de las tecnologías de la información (TI) está provocando un incremento del acoso en línea o ciberacoso, derivándose del mismo el estrés laboral de las trabajadoras y otros riesgos de tipo psicosocial. Desde la perspectiva de la OIT, y ante este novedoso e incierto panorama, se aboga por la adopción de políticas nacionales de PRL dirigidas a la mejora de la salud y seguridad de las trabajadoras⁸¹. Con dicho fin, estas

⁸⁰ Concretamente, y en referencia a los daños derivados de la organización en el trabajo, se infiere de la hermenéutica relacional que, por una parte, se atiende a lo establecido en el art. 4.7.d LPRL reconociendo expresamente que en relación a las “condiciones de trabajo” se tomará en consideración «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador», y, de otra, se planificará la PRL, «buscando un conjunto coherente que integre la técnica, la organización del trabajo, las condiciones del trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales del trabajo», según lo dispuesto en el art. 15.1.g LPRL.

⁸¹ *Vid.* COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más*

estrategias deberán abordarse particularmente en aquellos sectores – como los de la TI y otros similares relacionados con las nuevas tecnologías – donde existe una alta participación de las mujeres. También, y en la medida que las mujeres se están incorporando de forma ascendente al mundo laboral en general, deberán reforzarse los mecanismos de control sobre las tendencias específicas de empleo y la exposición a riesgos emergentes – tanto físicos como psicosociales – con el objeto de elaborar marcos de PRL que, mediante la integración de la perspectiva de género, sean realmente eficaces.

De otra parte, como la implementación del trabajo en las plataformas digitales ha provocado una precarización “enmascarada” de los derechos laborales, al desarrollarse en escenarios difusos entre lo formal e informal, apoyamos las tesis que abogan por la inclusión de la igualdad de género a la hora de asumir la protección de la seguridad y salud, sobre todo porque se inicia su desarrollo en el propio domicilio de estas personas trabajadoras. A este respecto, la OIT se ha pronunciado indicando que «los gobiernos y los interlocutores sociales deberían trabajar juntos para elaborar políticas que promuevan el reparto de los cuidados y responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, así como el desarrollo y la ampliación de las prestaciones que alienten a ambos progenitores a compartir las responsabilidades de los cuidados en igualdad de condiciones»⁸².

3.2. La novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL que se introduce por la jurisprudencia laboral española

Como ya se ha anticipado, en los últimos tiempos el derecho a la seguridad y salud en el trabajo ha adquirido un grado máximo de protección; sin embargo, un examen del marco normativo vigente nos muestra la inexistencia de una estrategia en materia de PRL asociada a la desigualdad de género. No obstante, a través de la jurisprudencia de nuestros tribunales se empiezan a vislumbrar una incipiente integración de la perspectiva de género en diferentes parcelas jurídicas⁸³, aunque nuestro interés se centrará

prometedor, OIT, 2019, pp. 31-39.

⁸² *Vid.* OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019, *passim*.

⁸³ A modo de ejemplo, y a propósito de la STS 416/2020, de 29 de enero de 2020, puede consultarse J. BAQUERO AGUILAR, *De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del Tribunal Supremo*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, pp. 245-262.

en las estrategias propias de la PRL.

Precisamente, en esta materia de seguridad y salud en el trabajo, y por medio de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019, será cuando se aplique por primera vez la perspectiva de género en este ámbito. En dicha resolución, se abordan cuestiones relativas a la salud y seguridad de las trabajadoras del servicio de limpieza de habitaciones de un hotel de Lanzarote (Canarias). Concretamente se hace referencia a los riesgos de tipo ergonómico que derivan del trabajo realizado por las “camareras de pisos”, colectivo y sector profesional altamente feminizado. Se trata de un trabajo que exige para su desarrollo la realización de grandes esfuerzos repetitivos que, a su vez, dan origen – a corto o medio plazo – a diversas dolencias de carácter musculoeslético, de tipo crónico e incurable.

Según se deduce del relato de los hechos en la referida sentencia, la ITSS tramitó expediente sancionador contra la empresa – Hotel de Lanzarote – por la comisión de una infracción grave «por no haber llevado a cabo una *evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo específicas de las trabajadoras del Departamento de Pisos*, por lo que se proponía se impusiera a la indicada entidad mercantil una sanción por importe total de 20.491 euros»⁸⁴.

Tras presentar la empresa escrito de alegaciones y, ante su denegación, se recurre en alzada que también se deniega. Ya en vía judicial, la mercantil interpone demanda frente a la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno Canario. Estimada parcialmente la demanda por el Juzgado de lo Social, rebajándose la sanción a su grado mínimo y disminuyéndose su cuantía a 2.046 euros. Esta sentencia fue recurrida en suplicación por parte de la citada Consejería. La Sala de lo Social del TSJ de Canarias falló estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia recurrida.

Junto al fallo, creemos que es importante insistir y subrayar que se trata de una resolución judicial en la que se aplica por primera vez la perspectiva de género al ámbito de salud y seguridad en el trabajo. Por ello, destacaremos aquellos aspectos más singulares que el TSJ esgrime en su argumentación jurídica.

En este supuesto, se introduce un elemento que debe aumentar las cautelas del juzgador, pues se trata de una sanción administrativa que se impone por un incumplimiento del empresario que afecta únicamente al sector profesional del servicio de limpieza de habitaciones, por lo que se proyecta exclusivamente sobre el colectivo de trabajadoras, y sin afectar al resto de sectores profesionales. Se añade también, que exclusivamente este sector

⁸⁴ *Vid.* AH 2º, 1, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

fue externalizado por un periodo de tiempo – sin haberse externalizado otros sectores por parte de la empresa –, siendo internalizado este servicio de limpieza con posterioridad⁸⁵. Por este motivo, se establece expresamente que «una vez detectado el impacto de género que tiene la infracción cometida por la empresa, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género»⁸⁶. En este punto del FJ 2º, se hace referencia a dos aportes jurisprudenciales de gran relevancia: de una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo de 2011, en ella se insta a realizar la interpretación de la norma de la manera más favorable para la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial; de otra, se apunta desde la jurisprudencia del ámbito de la Unión Europea la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 – caso *Otero Ramos*, C-531/15 – en la que se relaciona la carencia de la evaluación de riesgos específica con la discriminación por razón de sexo. También, y como aspectos esenciales nucleares de esta resolución, destacamos la argumentación aportada por el TSJ para rebatir los cuatro criterios esgrimidos por el juzgador de instancia en el FJ 4º. El Juzgado de lo Social establecía la reducción en base a lo siguiente:

1. no hubo un incumplimiento total;
2. escasa peligrosidad de los puestos de trabajo;
3. bajo nivel de siniestralidad tras la internalización del servicio;
4. en el cómputo de los 61 trabajadores se incluyó a todas las personas trabajadoras del sector (indefinidos y temporales).

Siguiendo este mismo orden, y en síntesis el TSJ argumenta que:

⁸⁵ *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

⁸⁶ Adjuntándose concretamente las siguientes referencias legales: arts. 1, 10.2, 9.2, 14 y 96 CE, en relación con los arts. 4 y 15 LOIEMH; los arts. 2.c, 2.d, 2.e y 11.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); en relación con el apartado II.A, punto 15.g, de la Recomendación General n. 33 sobre el acceso de las mujeres a la Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW de 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la *debida diligencia* en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género, tal y como se contiene en la Recomendación general n. 16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación n. 16 sobre igualdad. *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), pp. 6-7.

1. si *hubo un incumplimiento legal* por parte de la empresa, y así lo recoge en el FJ 3º incumpliendo lo establecido en el art. 16 LPRL «realizar estudios específicos en materias propias de ergonometría de la prestación de servicios del Departamento de pisos»; igualmente, se añade que en la Exposición de Motivos LPRL se recoge expresamente que «la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación de la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado [...] de deberes y obligaciones»;
2. respecto a la “escasa peligrosidad” de los puestos de trabajo, se aduce que «el concepto *peligrosidad* contenido en el art. 39. 3º LISOS debe interpretarse conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento, tal y como ordena el art. 4 LOIEMH. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas»⁸⁷; por este motivo, se evidencia que la peligrosidad existente para la salud física y psicológica – por sobrecarga – en estos puestos de trabajo no puede ser calificada como “escasa peligrosidad”;
3. se califica de banalidad entender tolerable un número de accidentes determinado, pues choca frontalmente con la importancia que adquiere la protección de la salud de las personas trabajadoras en las normas internacionales, nacionales y, en general, con el sentido actual de la cultura preventiva;
4. en referencia al elevado número de trabajadores afectados – que fue graduado por la ITSS en su grado máximo por las 61 trabajadoras afectadas – no se tuvo en cuenta en la sentencia de instancia porque «en la contabilización total se incluyó también al personal temporal». Sin

⁸⁷ Concretamente se especifica detalladamente que «se trata de lesiones de los músculos, huesos, tendones, y nervios que suelen afectar a las manos, muñecas, codos y espalda. También pueden afectar a las rodillas y los pies si el trabajo conlleva determinadas posturas forzadas, como estar mucho tiempo de rodillas o agachadas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas, como la tendinitis, síndrome del túnel carpiano, lumbalgias, ciática, hernia discal, contractura de Dupuytren y otras muchas. Además, en muchas ocasiones este tipo de lesiones somáticas se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral), todo lo cual puede precipitar en situaciones de estrés. La incapacidad que conllevan estas alteraciones supone situaciones de verdadera angustia que agravan el dolor físico y ocasionan daños o alteraciones psíquicas». *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), pp. 9-10.

embargo, el TSJ aduce que ni en el art. 39.3.*d* LISOS, ni en la LPRL, así como en la LISOS se excluyen a las personas trabajadoras temporales; al contrario, el art. 28 LPRL es muy claro al exigir el mismo nivel de protección a los temporales como a los indefinidos. Por tanto, efectuar una diferencia de trato por razón de la temporalidad contraviene lo dispuesto en los arts. 15.6 y 17 ET en relación con el 14 CE. Además, el art. 3 LPRL no excluye a los trabajadores temporales, proyecta su aplicación a todas las relaciones laborales del ET, por tanto deberán en el computo.

4. Conclusiones

1. Una revisión histórica del marco normativo regulador sobre la salud y seguridad de la mujer trabajadora, tanto a nivel nacional como internacional, nos muestra que, tradicionalmente, ha existido una protección contextualizada exclusivamente en aspectos biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, apreciándose importantes carencias a la hora de afrontar otros factores de las condiciones laborales que también podrían incidir de forma significativa en la salud de la mujer trabajadora. Muestra de ello es que la vigente LPRL contempla – concretamente en su art. 26 – medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural, por lo que se infiere que para el legislador nacional dichas medidas han sido suficientes.
2. En relación al estudio de la problemática jurídica sobre determinados aspectos conceptuales, así como determinación del alcance de la acción protectora de las trabajadoras en estado de embarazo puerperio o lactancia natural, hemos podido apreciar – en rasgos generales – una falta de armonización de nuestra legislación interna con la normativa internacional, lo que sugiere la necesaria reflexión sobre la idoneidad de afrontar una revisión de nuestro marco normativo con el fin de poder colmar aquellas insuficiencias existentes en esta materia.
3. Respecto a la evaluación específica o singular de riesgos, se destaca que una vez conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora, se valorarán los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurran en dicha trabajadora y que puedan incidir en los estados de embarazo, puerperio o lactancia. Además, se deberán adoptar las medidas preventivas intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un

riesgo para su salud o la del feto o lactante.

4. De especial consideración merece el tratamiento de las medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural. Dependiendo de los resultados de la evaluación, y siempre que se desprenda un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. En aquellos supuestos que no sean posibles ni la adaptación del puesto de trabajo, ni el cambio temporal, operará la suspensión del contrato de trabajo. Una importante precisión hermenéutica sobre la suspensión del contrato de trabajo *ex art. 26 LPRL* sugiere que la misma deberá interpretarse como un recurso facultativo para el empresario, pues a pesar de contener este precepto la expresión “podrá”, que induce a entender una opción, su interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurran los presupuestos legales de referencia.

5. En los últimos tiempos la perspectiva de género se ha implementado como un nuevo paradigma en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral. Por ende, a partir de esta nueva perspectiva habrá que afrontar en el futuro las políticas de salud y seguridad en el trabajo, adoptando estrategias a nivel nacional que controlen la exposición a riesgos emergentes, tanto físicos como psicosociales, pues como se ha constatado por la EU-OSHA las mujeres trabajadoras tienen un alto grado de probabilidad de sufrir lesiones y enfermedades concretas por su concentración en ocupaciones específicas. Respecto a los riesgos derivados por la incorporación en el trabajo de las nuevas tecnologías, o mujeres que desarrollan su trabajo en “plataformas de trabajo en línea”, se detectan principalmente aquellos propios de las carencias de los derechos laborales básicos, sin olvidar los relativos a la violencia doméstica. Junto a éstos, el aumento de la participación de la mujer en el trabajo digitalizado y el uso de las TI están provocando un incremento del acoso en línea o ciberacoso, derivándose del mismo el estrés laboral de las trabajadoras y otros riesgos de tipo psicosocial.

6. Una novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL se ha introducido por la jurisprudencia laboral española. Concretamente la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019, interpreta el concepto “peligrosidad” contenido en el art. 39.3 LISOS conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de

carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas.

5. Bibliografía

ALONSO LIGERO M.D., *Lactancia y guarda legal*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1982

APILLUELO MARTÍN M., *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Tirant lo Blanch, 2017

BAQUERO AGUILAR J., *De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del Tribunal Supremo*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153

BENAVENTE TORRES M.I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum, 2016

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993

CALVO GALLEGU F.J., JUNCO CACHERO M., *Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996

CARDONA RUPERT M.B., *Prevención de riesgos laborales en las cooperativas*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5

CAVAS MARTÍNEZ F., *Maternidad y salud laboral*, en *Salud y Trabajo*, 1996, n. 113

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019

DILLA CATALÁ M.J., *El derecho a la licencia retribuida por lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1989, n. 17

EU-OSHA, *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003

GARCÍA SALAS A.I., *Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: “operaciones de ajuste” en las figuras de empresario y trabajador*, en *Temas Laborales*, 2004, n. 74

GORELLI HERNÁNDEZ J., IGARTUA MIRÓ M.T., *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002

GORELLI HERNÁNDEZ J., *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997

ILO, *A Quantum Leap For Gender Equality. For a Better Future of Work For All*, 2019

- LÓPEZ AHUMADA J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, 2010
- MONEREO PÉREZ J.L., *La salud como derecho humano fundamental*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 9
- MORENO GENÉ J., ROMERO BURILLO A., *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2000
- OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019
- ORTIZ LALLANA C., *Protección social comunitaria de la maternidad*, en *Actualidad Laboral*, 1991, n. 8
- PÉREZ CAMPOS A.I., *Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, n. 53
- RIVAS VALLEJO P., *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2009, n. 74 extra
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo