



PROTECCIÓ DE LA MATERNITAT ENFRONT DELS RISCOS LABORALS

Anàlisi de l'article 26 de la Llei de Prevenió de Riscos Laborals

Treball Final de Grau

Facultat de Dret

Grau en Dret

Curs: 2021-2022

Convocatòria: Maig 2022

Alumne: Mireia Crespo Agustí

Tutor: Dr. Fernando Camas Roda

ÍNDEX

ABREVIATURES	4
INTRODUCCIÓ	6
1. MARC NORMATIU BÀSIC	10
2. OBLIGACIONS DE L'EMPRESARI PER A LA PROTECCIÓ DE LA MATERNITAT	15
2.1 Avaluació de riscos	15
2.1.1 Avaluació de riscos laborals dels treballadors	15
2.1.2 Avaluació específica dels riscos laborals de les treballadores embarassades o en període de lactància natural	18
2.2 Mesures preventives	28
2.2.1 Adaptació de les condicions o del temps de treball	29
2.2.2 Canvi de lloc o de funció compatible	40
2.2.3 Suspensió del contracte per risc	47
3. DRETS I OBLIGACIONS DE LES TREBALLADORES DURANT LA MATERNITAT	53
3.1 Problemàtica de l'obligatorietat de comunicar l'embaràs	54
3.2 Dret a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part	66
3.2.1 Titularitat del dret	68
3.2.2 Requisits	69
3.2.3 Contingut del dret	71
3.3 Dret a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs i la lactància natural ..	73
CONCLUSIONS	80
BIBLIOGRAFIA UTILITZADA	83

ABREVIATURES

Art.	Article
Arts.	Articles
CE	Constitució Espanyola
ET	Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors
FD	Fonament de dret
FJ	Fonament jurídic
INSS	Institut Nacional de la Seguretat Social
LCVFL	Llei 39/1999, de 5 de novembre, per a promoure la Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores
LISOS	Reial Decret Legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei sobre Infraccions i Sancions en l'Ordre Social
LOIEMH	Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la Igualtat Efectiva de Dones i Homes
LPRL	Llei 31/1995, de 8 de novembre, de Prevenció de Riscos Laborals
Núm.	Número
OIT	Organització Internacional del Treball
RD	Reial Decret
RSP	Reial Decret 39/1997, de 17 de gener, pel qual s'aprova el Reglament dels Serveis de Prevenció
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TS	Tribunal Suprem
TSJCV	Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana
TSJE	Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura

TSJG

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

UE

Unión Europea

INTRODUCCIÓ

La clara tendència democràtica europea va comportar que la promulgació de la Constitució Espanyola de 1978 (en endavant, CE) reflectís el desig que havia perseguit fins a aquell moment molts moviments europeus d'arribar a la igualtat entre homes i dones en l'àmbit laboral. En efecte, l'article 35.1 de la CE reconeix el dret al treball i els altres drets vinculats a aquest, sense que en cap cas pugui fer-se discriminació per raó de sexe.

En un món on històricament la dona ha estat discriminada en molts àmbits de la vida social, ha estat necessari adoptar mesures legislatives amb l'objectiu d'erradicar la desigualtat i la discriminació de la dona en l'àmbit laboral.

La maternitat és una de les causes de discriminació que només pateixen les dones treballadores al llarg de la seva vida tractant-se de situacions biològiques exclusives de la condició femenina. Avui dia la maternitat encara constitueix un obstacle per a la dona per al seu desenvolupament professional en relació amb les possibles conseqüències que es poden derivar respecte al seu lloc de treball, com és el cas de l'acomiadament o una reducció en la remuneració a causa de l'embaràs o de la lactància natural.

De fet, actualment la legislació espanyola no imposa a la treballadora l'obligació de comunicar al seu empresari sobre el seu estat d'embaràs, ja que aquesta informació forma part de la seva intimitat personal i familiar recollit a l'article 18.1 de la CE. En conseqüència, resulta difícil per l'empresari procedir al desplegament de l'acció protectora si no té coneixement d'aquest estat. En contraposició, la normativa comunitària sí que preveu l'obligació de la treballadora de comunicar a l'empresari el seu embaràs.

Per altra banda, el principi d'igualtat per raó de sexe consagrat a l'article 14 de la CE també es veu lesionat quan es restringeixen drets laborals de les dones quan es troben en situacions de maternitat, atès que qualsevol tracte pejoratiu que estigui basat en el sexe de la persona perjudicada així com la concurrència de circumstàncies lligades a aquest sexe, com són en aquest darrer cas, l'embaràs o la lactància, constitueixen un supòsit de discriminació directa per raó de sexe.

Així doncs, el legislador s'ha centrat a buscar mesures per abordar aquest problema per tal que l'embaràs o la lactància no suposin un perjudici per a la dona en relació amb la seva vida laboral.

En matèria de riscos laborals, s'ha volgut donar una protecció especial per a aquelles persones que per les seves circumstàncies personals o estat biològic conegut, incloent-hi a aquelles que tinguin reconeguda la situació de discapacitat física, psíquica o sensorial, siguin especialment sensibles als riscos derivats del treball. És el cas de les dones treballadores embarassades o en

període de lactància respecte a l'exposició d'aquestes a agents, procediments o condicions de treball que poden influir negativament en la seva salut o la del fetus o la del seu fill, en qualsevol activitat susceptible de presentar un risc específic. Per tant, aquest col·lectiu requereix una protecció específica respecte a la protecció dels treballadors en general.

L'empresari té el deure general de vetllar la seguretat i la salut dels seus treballadors, tant si es tracta d'un empresari públic com un de privat. Aquesta obligació l'haurà de portar a terme a través de la implantació i l'aplicació d'un pla de prevenció de riscos laborals integrat en el sistema general de gestió de l'empresa el qual haurà de preveure la realització d'avaluacions de riscos i totes aquelles activitats preventives necessàries per eliminar o reduir i controlar els riscos que s'identifiquin.

Per tant, quan es tracta d'identificar riscos que puguin ser susceptibles d'influir negativament en la salut o la seguretat de les treballadores embarassades, del fetus o la del fill, l'empresari en compliment amb el seu deure correlatiu de protecció dels seus treballadors, haurà de realitzar una avaluació dels riscos específica que necessàriament haurà de comprendre la determinació de la naturalesa, el grau i la duració de l'exposició d'aquestes treballadores a agents, procediments o condicions de treball que puguin afectar a la seguretat i salut d'aquestes treballadores o puguin comportar una repercussió negativa sobre l'embaràs o la lactància.

La Llei 31/1995, de 8 de novembre, de Prevenció de Riscos Laborals (en endavant, LPRL) va ser la que va transposar a l'ordenament jurídic espanyol en el seu article 26 les disposicions de la Directiva 92/85/CEE del Consell, de 19 d'octubre, relativa a l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància. Ara bé, però, va ser una transposició parcial, ja que amb posterioritat es va acabar de transposar la norma comunitària amb la Llei 39/1999, de 5 de novembre, per a promoure la Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores i amb la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la Igualtat Efectiva de Dones i Homes.

Així doncs, l'article 26 de la LPRL relatiu a la protecció específica de la maternitat en matèria de riscos laborals preveu tres mesures que ha d'adoptar necessàriament l'empresari de forma escalonada i successiva quan es revelen riscos per a la salut i la seguretat de la treballadora embarassada o en període de lactància a càrrec seu.

La primera mesura a prendre és l'adaptació de les condicions o del temps de treball de la treballadora afectada que, inclourà quan resulti necessari, la no realització de treballs nocturns o de treballs a torns. Si aquesta adaptació no resulta possible o, encara que es procedeixi a aquesta, les condicions d'aquell lloc de treball poden influir negativament a la salut de la treballadora o del fetus o la del fill, la treballadora en concret haurà d'exercir un lloc de treball o de funció

diferent i compatible amb el seu estat i, si no fos possible aquest darrer cas, podrà ser destinada a un lloc no corresponent al seu grup o categoria equivalent.

I, per últim, si el canvi de lloc no resulta tècnica o objectivament possible, o no es pugui raonablement exigir-se per motius justificats, es podrà declarar la suspensió del contracte per risc durant l'embaràs o la lactància natural obtenint la corresponent prestació econòmica de la Seguretat Social.

Ara bé, pel que fa a la primera mesura la norma no estableix expressament el dret de la treballadora a obtenir al conjunt de retribucions del seu lloc d'origen com és el cas de la segona i tercer mesura. Per tant, es planteja si és possible percebre la totalitat de les retribucions del lloc habitual de treball de la treballadora quan li han adaptat les condicions o el temps de treball.

Per altra banda, les treballadores embarassades tenen dret a absentar-se del treball per a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part amb dret a remuneració sempre que justifiquin la necessitat de la seva realització dins de la jornada laboral i ho comuniquin prèviament a l'empresari. Es discuteix si la norma permet estendre aquest dret a l'home treballador per acompanyar a la seva cònjuge embarassada a la realització d'aquests exàmens o tècniques durant la seva jornada laboral.

L'objectiu d'aquest treball és realitzar principalment un estudi de l'article 26 de la LPRL relatiu a la protecció de la maternitat enfront dels riscos laborals. Així doncs, per aconseguir aquest objectiu, he portat a terme una anàlisi de diferents sentències judicials més rellevants de diferents tribunals amb la finalitat de determinar l'argument i la resolució adoptada en cada cas respecte a aspectes relacionats amb l'article 26 de la LPRL.

El contingut del treball s'estructura en tres capítols. El primer capítol es farà referència a l'evolució de la regulació normativa nacional, comunitària i internacional bàsica de la protecció de la maternitat en matèria de riscos laborals.

El segon capítol s'estudiarà les obligacions de l'empresari per a la protecció de la maternitat. L'empresari té el deure de vetllar per a la seguretat i la salut dels seus treballadors a través de la realització de diferents avaluacions de riscos amb la finalitat de reduir o eliminar i controlar els riscos que s'hagin revelat. Ara bé, quan el lloc de treball l'ocupa una treballadora embarassada o en període de lactància, l'empresari haurà d'adoptar totes aquelles mesures necessàries per evitar l'exposició als riscos identificats, a través de tres mesures preventives les quals s'aplicaran de forma escalonada: 1) l'adaptació de les condicions o del temps de treball; 2) el canvi de lloc o de funció compatible; i 3) la suspensió del contracte per risc.

Per acabar, el tercer capítol relatiu als drets i les obligacions de les treballadores durant la maternitat es tractarà d'investigar, en primer lloc, si les treballadores tenen l'obligació de

comunicar el seu estat d'embaràs a l'empresari o no i quines són les possibles conseqüències que es poden derivar per no efectuar aquesta comunicació; en segon lloc, si el dret a la realització d'exàmens prenatal i tècniques de preparació al part és de titularitat exclusiva de la treballadora embarassada així com d'estudiar el contingut d'aquest dret i els seus requisits; i en tercer lloc, si el dret a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs i la lactància natural té conseqüències jurídiques a més de veure la gestió i el procediment per obtenir aquesta prestació.

Per a la realització d'aquest treball he consultat diversos materials: manuals, articles doctrinals de revistes jurídiques, legislació vigent, jurisprudència i blogs de professors universitaris especialitzats en el Dret del Treball i de la Seguretat Social.

1. MARC NORMATIU BÀSIC

Amb la incorporació de la dona al món laboral, ha estat necessari l'adopció de normes internacionals, comunitàries i nacionals amb l'objectiu de protegir la maternitat, en totes les seves formes i situacions, i la de promoure la igualtat d'oportunitats i de tracte entre homes i dones¹.

La protecció de la maternitat ha estat una de les principals preocupacions de l'Organització Internacional del Treball (en endavant, OIT) des de la seva creació a l'any 1919. El primer conveni que va adoptar l'OIT en la matèria va ser el Conveni sobre la protecció de la maternitat núm. 3 de 1919, relatiu a l'ocupació de les dones abans i després del part el qual va marcar l'inici de la promulgació de futurs convenis per a la protecció de les dones treballadores. Aquest conveni va representar el primer intent internacional per establir normes mínimes de protecció a favor de la mare treballadora que presta els seus serveis en empreses industrials o comercials².

Anys més tard es va adoptar el Conveni núm. 103, relatiu a la protecció de la maternitat de 1952 el qual va garantir el dret a les dones treballadores a interrompre el seu treball en situació de lactància dels seus fills. També va ser de gran importància la Recomanació núm. 95 de 1952, de protecció de la salut de les dones durant el període de la maternitat, la qual va complementar aquest conveni donant algunes orientacions als membres de l'OIT com la prohibició del treball nocturn i les hores extraordinàries a dones embarassades o lactants (art. 5.1), la prohibició de treballs perillosos per a la salut de la dona o la del seu fill (art. 5.2) i el dret de canvi de lloc de treball quan el lloc ocupat habitualment resulta perillós per a la seva salut (art. 5.4).

El Conveni núm. 183 relatiu a la protecció de la maternitat de l'any 2000 és el més recent. El seu article tercer recomana als seus membres adoptar mesures necessàries per garantir que no obliguin a les dones embarassades o lactants a exercir un treball que sigui perjudicial per a la seva salut o la del seu fill. Convé mencionar la Recomanació núm. 191 que, en el seu article sisè, recomana l'avaluació de riscos per a la seguretat i la salut de la dona embarassada o lactant i del seu fill en el lloc de treball amb l'adopció de mesures com ara l'eliminació del risc, l'adaptació de les condicions de treball o el canvi de lloc quan no sigui possible aquesta adaptació.

En el marc del sistema de les Nacions Unides, la Declaració Universal de Drets Humans de 1948 també reconeix el dret a una protecció especial de la maternitat en el seu article vint-i-cinc apartat segon. Per altra banda, també trobem l'article 10.2 del Pacte Internacional de Drets Econòmics,

¹ Addati, L. (2015). Extending maternity protection to all women: Trends, challenges and opportunities. *International Social Security Review (English edition)*, 68 (1). p. 69.

² Heras García, A. (2019). Convenio sobre la protección de la maternidad 2000 (núm. 183). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7 (Extra 0). p. 1429.

Socials i Culturals de 1966 que coincideix amb la Declaració en concedir una especial protecció a les mares abans i després del part. La Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona de 1979 va establir l'obligació dels Estats parts d'adoptar totes les mesures necessàries per eliminar la discriminació contra la dona en l'àmbit laboral amb la finalitat d'aconseguir la igualtat de condicions entre homes i dones i, en concret, la de prestar protecció especial a la dona durant l'embaràs (art. 11.2.d).

La normativa respecte a la protecció de la maternitat en el marc del Consell d'Europa trobem l'article 8 de la Carta Social Europea de 1961 que garanteix l'exercici efectiu del dret de protecció de les treballadores. Cal destacar el Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i Llibertats Fonamentals que estableix la prohibició de qualsevol mena de discriminació en el seu article 14.

Pel que fa a l'àmbit comunitari, la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea del 2000 també protegeix la igualtat davant la llei entre homes i dones i, en concret, al seu article vint-i-tres estableix que aquesta igualtat ha d'estar garantida en tots els àmbits, incloent en el laboral, amb l'adopció de mesures addicionals a favor del sexe menys representat.

L'objectiu de les institucions europees per a la millora de les condicions de treball i la salut dels treballadors en tots els Estats membres es va posar en pràctica progressivament. En efecte, la consecució d'aquest fi es va portar a terme a través de l'adopció de directives de disposicions mínimes que s'aplicarien progressivament per a aconseguir l'harmonització de les condicions de seguretat i salut dels treballadors en els diferents països europeus.

En conseqüència, la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de juliol, relativa a l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la salut dels treballadors en el treball va ser adoptada amb base a l'article 118 A del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea (article 153 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, en endavant, TFUE). Aquesta directiva va permetre³ l'adopció de la desena directiva específica⁴, la Directiva 92/85/CEE del Consell, de 19 d'octubre de 1992, relativa a l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància⁵. Aquesta directiva

³ Cairós Barreto, D. M. (2010). Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales* (23). p. 90.

⁴ Conformement amb l'apartat 1 de l'article 16.1 de la Directiva 89/391/CEE: "A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo".

⁵ Ha estat modificada per la Directiva 2014/27/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, per la qual es modifiquen les Directives 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consell i la Directiva 2004/37/CE del Parlament Europeu i del Consell, amb la finalitat d'adaptar-les al Reglament

no és només una directiva sobre la prevenció de riscos laborals, és en puritat una directiva antidiscriminatòria en tant que persegueix donar una resposta preventiva adaptada a aquells estats biològics femenins i respondre des d'aquesta perspectiva, simultàniament, al risc de discriminació directa o indirecta fundada en aquells⁶.

La necessitat d'harmonitzar la legislació nacional de prevenció de riscos laborals amb la legislació europea, la Directiva 89/391/CEE va ser transposada al nostre ordenament jurídic intern principalment per la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de Riscos Laborals (en endavant, LPRL). En la seva Exposició de Motius estableix que, en al mateix temps, també va incorporar les Directives 92/85/CEE, 94/33/CEE i 91/383/CEE, relatives a la protecció de la maternitat i dels joves i al tractament de les relacions de treball temporals, de duració determinada i en empreses de treball temporal.

Pel que fa a la protecció de la maternitat, l'harmonització de la Directiva 92/85/CEE es troba pràcticament a l'article 26 de la LPRL (que, més endavant, analitzarem amb més detall) i el seu reglament de desenvolupament modificat pel RD 298/2009, de 8 de març, pel qual es modifica el RD 39/1997, de 17 de gener, pel qual s'aprova el Reglament dels Serveis de Prevenció, en relació amb l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància (en endavant, RSP). Aquest reglament va incorporar la transposició dels Annexos I i II de la Directiva 92/85/CEE en els seus Annexes VII i VIII⁷.

Cal mencionar que la Directiva 92/85/CEE té una relació molt estreta amb la Directiva 2006/54/CE la qual té per objecte garantir l'aplicació d'igualtat d'oportunitats i d'igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes d'ocupació amb base a l'article 119 del Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (actual article 157 del TFUE). Inclou en el concepte de

(CE) n° 1272/2008 sobre classificació, etiquetat i envasat de substàncies i mesclures. El seu article segon es troben les modificacions de la Directiva 92/85/CE. Vegeu: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/27/oj>.

⁶ Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia.

Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales (53), 67-74.

⁷ El Reial Decret 298/2009, de 6 de març, pel qual es modifica el Reial decret 39/1997, de 17 de gener, pel qual s'aprova el Reglament dels serveis de prevenció, en relació amb l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància, va incorporar un nou annex, l'Annex VII relatiu a la Llista no exhaustiva d'agents, procediments i condicions de treball que poden influir negativament en la salut de les treballadores embarassades o en període de lactància natural, del fetus o del nen durant el període de lactància natural i, per altra banda, va incorporar l'Annex VIII, relatiu a la Llista no exhaustiva d'agents i condicions de treball en els quals no hi pot haver risc d'exposició per part de treballadores embarassades o en període de lactància natural. Vegeu: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/298>

discriminació directa i indirecta el tracte menys favorable a una dona amb relació a l'embaràs o el permís per maternitat en el sentit de la Directiva 92/85/CEE (art. 2.2). En especial, aquestes dues directives no són només intenses, sinó consubstancials, en tant que formen part de la mateixa xarxa protectora, gaudint unes i altres d'una mútua influència recíproca en la seva aplicació i evolució⁸. Encara que es tracta de dues directives diferents, responen, però, a les mateixes regles i principis d'acord amb el *Considerando* novè de la Directiva 92/85/CEE⁹.

El pilar fonamental de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals es troba a l'article 40.2 de la CE. Estableix el mandat als poders públics de vetllar per la seguretat i higiene en el treball com a un dels principis rectors de la política social i econòmica. Aquest article està íntimament vinculat amb l'article 43.1 de la CE el qual reconeix el dret a la protecció de la salut en general i així com amb l'article 15 de la CE el qual reconeix el dret a la vida i a la integritat física i moral de les persones. La finalitat d'aquests preceptes respon a garantir el respecte del principi d'igualtat davant la llei i el de la dignitat de la persona recollits als articles 14 i 10 de la CE, respectivament.

El RD Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (en endavant, ET), garanteix als treballadors una protecció eficaç en matèria de seguretat i salut en el treball (art. 19 de l'ET) i la suspensió del contracte per risc durant l'embaràs i durant la lactància natural d'un menor de nou mesos (art. 45.1.e) de l'ET).

Cal mencionar la Llei 39/1999, de 5 de novembre, per a promoure la Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores (en endavant, LCVFL) la qual va introduir novetats respecte a la prestació/suspensió per maternitat, la incapacitat temporal per risc durant l'embaràs, les proteccions enfront de l'acomiadament, les excedències per la cura dels fills i familiars i els permisos parentals¹⁰.

Per altra banda, la Llei Orgànica 3/2007 de 22 de març, per a la Igualtat Efectiva de Dones i Homes (en endavant, LOIEMH) va comportar la modificació, en concret, del paràgraf primer de

⁸ Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia... op. cit. p. 67-74.

⁹ El *Considerando* novè de la Directiva 92/85/CEE estableix: "*Considerando que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres*".

¹⁰ Guirao Mirón, C., & Martín Llaguno, M. (2012). El marco jurídico, mediático y político de la conciliación en España. Desde 1999 hasta 2009. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 18. p. 478.

l'apartat 2 i de l'apartat 4 de l'article 26 de la LPRL¹¹, introduint una nova prestació econòmica per risc durant la lactància natural.

Pel que fa a les prestacions econòmiques per maternitat, l'article 31 del RD 295/2009, de 6 de març, pel qual es regulen les prestacions econòmiques del sistema de la Seguretat Social per maternitat, paternitat, risc durant l'embaràs i risc durant la lactància natural, estableix el dret de rebre una prestació econòmica de la treballadora embarassada quan es troba durant el període de suspensió del contracte de treball sempre que no s'hagi pogut canviar el lloc de treball per no resultar tècnica o objectivament possible o per motius justificats d'acord amb l'article 26 de la LPRL.

Per últim, les infraccions i sancions en matèria de prevenció de riscos laborals respecte a la treballadora embarassada o en període de lactància natural, es troben a l'article 13.1 del RD Legislatiu 5/2000 de 4 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'Infraccions i Sancions en l'Ordre Social (en endavant, LISOS) el qual estableix com a infracció molt greu: “*No observar*

¹¹ La Disposició adicional dotzena relativa a les Modificacions de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals introdueix la modificació de l'article 26 LPRL redactat en els següents termes:

«2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.»

«4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.»

las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia”¹².

2. OBLIGACIONES DE L'EMPRESARI PER A LA PROTECCIÓ DE LA MATERNITAT

L'empresari té l'obligació de protegir a les treballadores embarassades o en període de lactància natural amb relació als riscos laborals que es puguin derivar en el lloc de treball. Aquesta obligació té un abast molt ampli per garantir la salut i la seguretat d'aquestes treballadores i, per tant, l'empresari ha d'adoptar totes les mesures preventives necessàries per eliminar o reduir qualsevol risc o una possible repercussió sobre l'embaràs o la lactància.

En aquest capítol s'estudiarà les obligacions de l'empresari per a la protecció de la maternitat, en concret, l'obligació d'avaluar els riscos laborals i, en funció dels resultats d'aquesta avaluació, haurà de decidir quines mesures adoptarà per evitar la seva exposició a les dones treballadores embarassades o en període de lactància d'acord amb el que preveu l'article 26 de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals.

2.1 Avaluació de riscos

En aquest apartat es farà referència a l'obligació de l'empresari de realitzar avaluacions de riscos laborals dels treballadors en general i com ha de portar a terme aquestes avaluacions quan es troba davant de treballadores embarassades o en període de lactància natural.

2.1.1 Avaluació de riscos laborals dels treballadors

Els treballadors en general tenen dret a una protecció eficaç en matèria de seguretat i salut en el treball en la prestació dels seus serveis. Per aconseguir l'exercici i l'eficàcia d'aquest dret, el legislador imposa a l'empresari el deure de protecció dels treballadors davant als riscos laborals que poden produir-se (art. 14 de la LPRL).

¹² La sanció per infracció molt greu com aquesta comporta una multa, en el seu grau mínim, de 49.181 a 196.745 euros; en el seu grau mitjà, de 196.746 a 491.865 euros; i en el seu grau màxim, de 491.866 a 983.736 euros (art. 40.2.c LISOS).

Aquest dret suposa l'existència d'un deure correlatiu de l'empresari de protecció dels seus treballadors davant els riscos laborals¹³, incloent-hi a les administracions públiques¹⁴. Per tant, aquest deure de protecció correspon a tot tipus d'empresari, ja sigui aquest últim públic o privat. També es troba recollit a la Directiva 89/391/CEE la qual imposa l'obligació a l'empresari de garantir la seguretat i la salut dels treballadors en tots els aspectes relacionats amb el treball (art. 5).

El deure de protecció de l'empresari envers els seus treballadors obliga a integrar l'activitat preventiva a l'empresa i a adoptar totes aquelles mesures necessàries per a la protecció de la seguretat i salut dels treballadors. Cal diferenciar que la LPRL actual va imposar una visió prevencionista de la seguretat i salut laboral enfront a la visió reparadora de la legislació anterior¹⁵. D'aquesta manera, la seva estructura obligacional, per això, gravita sobre la perspectiva d'anticipar i d'evitar el risc, no sobre la seva reparació. Per tant, les mesures que hauran d'adoptar-se per l'empresari seran mesures d'acció positiva dirigides a aquest objectiu¹⁶.

L'article 16 de la LPRL recull les mesures essencials d'acció positiva per a la prevenció de riscos laborals que ha d'adoptar l'empresari d'acord amb el seu deure de protecció respecte als seus treballadors, tenint en compte els principis generals establerts a l'article 15 de la LPRL. Una de les mesures és la d'implantar i la d'aplicar un pla de prevenció de riscos laborals integrat dins del sistema general de gestió de l'empresa per a tots els nivells jeràrquics i per a totes les seves activitats d'aquesta. Com estableix el segon apartat de l'article, l'avaluació de riscos laborals i la

¹³ Camas Roda, F., Camós Victoria, I., García Ros, A., Martínez Aso, M., Servais, J. M., Solé Truyols, M., & Rojo Torrecilla, E. (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales / Ferran Camas Roda (director)* (Segunda ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi S.A.U. p. 144.

¹⁴ Les administracions públiques també es troben incloses dins de l'àmbit d'aplicació de la Llei 31/1995, de 8 de nombre, de Prevenció de Riscos Laborals. L'article 3.1 de la llei estableix que serà d'aplicació a les relacions de caràcter administratiu o estatutari del personal al servei de les administracions públiques, tenint en compte certes peculiaritats contemplades a la mateixa llei o a les normes de desenvolupament. S'ha de tenir en compte, però, que no serà d'aplicació en aquelles activitats que per les seves peculiaritats ho impedeixen en l'àmbit de les funcions públiques de policia, seguretat i resguard duaner, serveis operatius de protecció civil i peritatge forense en els casos de greu risc, catàstrofe i calamitat pública i Forces Armades i activitats militars de la Guàrdia Civil (art. 3.2 LPRL). Cal mencionar a més que la Llei 7/2007, de 12 d'abril, per la qual s'aprova l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), en el seu article 14.1), reconeix el dret de tots els empleats públics de rebre protecció eficaç en matèria de seguretat i salut en el treball.

¹⁵ Camas Roda, F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...* op. cit. p. 145.

¹⁶ Camas Roda, F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...*, op. cit. p. 145.

planificació de l'activitat preventiva són els instruments essencials per a la gestió i l'aplicació del pla de prevenció de riscos laborals que podran ser portats a terme per fases de forma programada.

L'article 3.1. del RSP dona una definició d'avaluació dels riscos laborals establint el següent:

“La evaluación de los riesgos laborales es 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.

Cuando de la evaluación realizada resulte necesaria la adopción de medidas preventivas, deberán ponerse claramente de manifiesto las situaciones en que sea necesario:

a) Eliminar o reducir el riesgo, mediante medidas de prevención en el origen, organizativas, de protección colectiva, de protección individual, o de formación e información a los trabajadores.

b) Controlar periódicamente las condiciones, la organización y los métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores.”.

D'aquesta manera, si els resultats de l'avaluació posen de manifest que efectivament existeixen riscos per a la seguretat i la salut dels treballadors, l'empresari té l'obligació d'eliminar o reduir el risc i controlar periòdicament les condicions, l'organització i els mètodes de treball i l'estat de salut dels treballadors amb l'adopció de mesures preventives previstes per tal efecte.

Ara bé, hem de tenir present que hi ha diferents nivells de protecció atenent a les característiques personals de cada treballador.

L'article 15 de la Directiva 89/39 CEE estableix que els grups exposats a riscos especialment sensibles hauran de ser protegits contra els perills que els afecti de manera específica. A diferència d'aquesta norma que no identifica els col·lectius de treballadors sinó que fa una definició genèrica dels mateixos des d'una perspectiva objectiva¹⁷, l'article 25 de la LPRL ha optat per regular des d'un punt de vista subjectiu del treballador i ha volgut anar més enllà oferint una major protecció a aquells treballadors que, per les seves pròpies característiques personals o estat biològic conegut, inclosos aquells que tinguin reconeguda la situació de discapacitat física, psíquica o sensorial, siguin especialment sensibles als riscos derivats del treball i no del contingut de la prestació laboral. Per tant, el què és important són les condicions personals del treballador per tal d'activar aquesta protecció especial. En aquests casos, l'article 25 de la LPRL estableix el deure de l'empresari de tenir en compte aquests aspectes quan realitzi les avaluacions dels riscos

¹⁷ Sierra Hernáiz, E. (2015). Prevención de riesgos laborales y trabajadores especialmente sensibles. *Foro Revista de Derecho*, 24, p. 75.

corresponents i, en funció d'aquestes, ha d'adoptar les mesures preventives i de protecció necessàries.

Dins del col·lectiu de treballadors especialment sensibles hi trobem els treballadors en situacions sociolaborals especials, els treballadors discapacitats físics, psíquics i sensorials, els treballadors menors d'edat i les treballadores embarassades, mares recents o en període de lactància natural¹⁸. A continuació s'estudiarà les especialitats de l'avaluació dels riscos laborals que ha de realitzar l'empresari quan es troba davant la situació del darrer col·lectiu.

2.1.2 Avaluació específica dels riscos laborals de les treballadores embarassades o en període de lactància natural

Com s'ha mencionat, les treballadores embarassades o en període de lactància són considerades treballadores especialment sensibles als riscos que poden originar-se en el lloc de treball d'acord amb l'article 25 de la LPRL.

El legislador ha imposat una protecció especial en matèria de prevenció de riscos laborals a la dona treballadora davant la situació d'embaràs o en període de lactància. Per tant, és obligatori efectuar una anàlisi del cas concret, sense oblidar el tipus de situació protegida que es projecta cap a un col·lectiu històricament discriminat (el de les dones) doncs biològicament, només elles poden veure's afectades per la impossibilitat de prestar serveis per raó de l'embaràs¹⁹.

Ara bé, el dret a aquesta protecció específica que gaudeix la dona treballadora en els supòsits de maternitat, vulnera el principi d'igualtat i de no discriminació per raó de sexe de l'article 14 de la CE?

En aquest sentit, la protecció específica de la maternitat en aquestes circumstàncies constitueix una diferència de tracte no discriminatori, perquè el concepte de discriminació implica connotacions pejoratives que no concorren en aquests supòsits²⁰. D'aquesta manera, l'objectiu no és beneficiar a la dona quant a tal, sinó evitar que la maternitat, com a situació intrínseca a la

¹⁸ Orpella, X., Ramírez, L., & Schlaghecke, J. (2009). Novedades legales para la protección del embarazo en trabajadoras. *FMC*, 16 (6). p. 335.

¹⁹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Les Palmes de Gran Canària núm. 352/2016 (Sala Social, Secció Primera), de 29 d'abril de 2016 (núm. recurs 121/2016) (F.J. 2º).

²⁰ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora / Rocío Molina González-Pumariega*. Madrid: Consejo Económico y Social. p. 16. Aquesta autora es remet les autores Pérez Del Río, T. i Ballester Pastor, A. (2000). *Mujer y salud laboral*, Madrid: La Ley. p. 8.

condició femenina, repercuteixi negativament en el seu treball, i viceversa²¹. A més, l'article 9.2 de la CE estableix el següent: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud [...]*”.

En la mateixa línia, respecte pel que fa al principi d'igualtat de tracte, el *Considerando* vint-i-quatrè de la Directiva 2006/54/CE reconeix la legitimitat de protegir la condició biològica d'una dona durant l'embaràs i la maternitat, així com de preveure mesures de protecció de la maternitat amb la finalitat d'aconseguir una vertadera igualtat. Aquesta directiva té per objecte garantir l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i la igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa a l'accés a l'ocupació, inclosa la promoció, i a la formació professional; les condicions de treball, inclosa la retribució; i, els règims professionals de seguretat social (art. 1). Qualsevol tracte menys favorable a una dona en relació amb l'embaràs o el permís per maternitat en el sentit de la Directiva 92/85/CEE constituirà una discriminació la qual podrà ser directa o indirecta²² (art. 2).

Per tant, com s'ha vist, aquesta protecció especial constitueix una excepció al principi d'igualtat i de no discriminació per raó de sexe establert a l'article 14 de la CE permetent un tracte diferent per a protegir la salut i la seguretat de les dones treballadores embarassades o en període de lactància. En la resta de supòsits, si no està degudament justificada la diferència de tracte, resultarà discriminatòria.

A continuació s'estudiarà, en concret, la paradigmàtica sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) (Sala Cinquena) de 19 d'octubre de 2017, en referència al Cas Otero Ramos (Assumpte C-531/15)²³ respecte l'aplicació de les directives 2006/54/CE i 92/85/CEE.

La STJUE Cas Otero Ramos ha suposat un canvi transcendent de la postura restrictiva que mantenia el Tribunal Suprem respecte al risc durant la lactància que, fins aleshores, s'allunyava

²¹ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 16.

²² D'acord amb l'article 2 de la Directiva 2006/54/CE, s'entén per “discriminació directa”: “*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*”. En canvi, a l'efecte de la directiva s'entendrà per “discriminació indirecta”: “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”.

²³ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Cinquena) de 19 d'octubre de 2017, assumpte C-531/15, Cas Otero Ramos.

dels paràmetres de la Directiva 92/85/CEE²⁴. El TJUE conclou en quines situacions pot haver una vulneració del principi d'igualtat de tracte respecte a l'avaluació de riscos d'un determinat lloc de treball quan aquest l'ocupa una dona treballadora en període de lactància i qui té la càrrega de provar aquesta vulneració en relació a l'article 19 de la Directiva 2006/54/CE i a l'article 5 de la Directiva 92/85/CEE.

En aquest cas, es va plantejar una petició de decisió prejudicial pel Tribunal Superior de Justícia de Galícia (en endavant, TSJG) al TJUE en el procediment entre Elda Otero Ramos contra el Servicio Galego de Saúde i l'Institut Nacional de la Seguretat Social (en endavant, INSS). L'objecte de la petició va ser la interpretació de l'article 19 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i d'igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes d'ocupació (refosa), i de l'article 5, apartat tercer, de la Directiva 92/85/CEE del Consell, de 19 d'octubre de 1992, relativa a l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància.

La Sra. Otero Ramos, infermera del servei d'urgències del Centre Hospitalari Universitari de La Corunya, dependent del Servicio Galego de Saúde, va donar llum a la seva filla, que posteriorment va rebre lactància materna en exclusiva. Així doncs, va comunicar la seva situació al seu empresari i li va informar que les funcions que requeria el seu lloc de treball podien tenir repercussions negatives sobre la lactància i, per tant, comportaria exposar-la a riscos per a la seva salut i seguretat, tenint en compte la complexitat que presentava el seu ritme de treball, les radiacions ionitzants, les infeccions nosocomials i l'estrès.

En conseqüència, va presentar una sol·licitud d'adaptació de les seves condicions de treball i d'aplicació de mesures preventives la qual va ser denegada per la direcció del centre hospitalari. Arran d'aquest fet, la Sra. Otero Ramos va sol·licitar a la Direcció Provincial de l'INSS de La Corunya la certificació mèdica de risc durant la lactància natural de la seva filla, a efectes de la concessió de la prestació econòmica per risc durant la lactància natural. Finalment, l'INSS va desestimar la seva sol·licitud considerant que no s'havia acreditat que el seu lloc de treball presentés un risc per a la lactància de la seva filla. Per a la seva resolució, l'INSS va tenir en compte una declaració de la cap de recursos humans del centre hospitalari que exposava que el lloc de treball figurava com a "exempt de risc" i un informe emès per un Doctor del Servei de Medicina Preventiva – Prevenció de Riscos Laborals que confirmava que la Sra. Otero Ramos era "apta" per prestar els seus serveis en el seu lloc de treball.

²⁴ Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia... op. cit. p. 67-74.

Consegüentment, la treballadora va interposar un recurs contra aquesta resolució davant el Jutjat de lo Social nº 2 de La Corunya acompanyat d'un escrit signat per la seva superior jeràrquica directa el qual indicava que el seu lloc de treball presentava riscos físics, químics, biològics i psicosocials per a la treballadora en període de lactància i per a la seva filla.

Finalment, el jutjat va resoldre mitjançant sentència desestimant el recurs, declarant que no s'havia demostrat que el seu lloc de treball presentés el risc al·legat i que el litigi era similar a d'altres en els quals el Tribunal Suprem (en endavant, TS) i el TSJG havien adoptat un criteri més rigorista pel que fa a l'existència de risc per a la concessió de la prestació. Contra aquesta sentència, la Sra. Otero Ramos va interposar recurs de suplicació davant el TSJG el qual va procedir a suspendre el procediment per plantejar una petició de decisió prejudicial al TJUE.

El que es planteja davant del TJUE són les següents qüestions prejudicials:

- 1) Resulten aplicables les regles sobre la càrrega de la prova establertes a l'article 19 de la Directiva 2006/54/CE, a la situació de risc durant la lactància natural contemplada en l'article 26, apartat quart, en relació amb el tercer, de la LPRL, dictada aquesta norma interna espanyola per a la transposició de l'article 5.3 de la Directiva 92/85/CEE?
- 2) En cas de resposta afirmativa a la primera pregunta, es poden considerar fets que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta en el sentit de l'article 19 de la Directiva 2006/54/CE l'existència de riscos per a la lactància natural en l'exercici de la professió d'infermera destinada en un servei d'urgències hospitalàries acreditats a través d'un informe fundat emès per un metge que és alhora el cap del servei d'urgències de l'hospital on la treballadora presta els seus serveis?
- 3) En cas de resposta afirmativa a la segona pregunta, es poden considerar demostratives, en qualsevol supòsit i sense possibilitat de qüestionar, que no hi ha hagut vulneració del principi d'igualtat en el sentit del citat article 19, les circumstàncies que el lloc de treball exercit per la treballadora és dels quals figuren com a exempts de risc en la relació de llocs de treball que ha confeccionat l'empresa, prèvia consulta amb els representants de treballadors, i que el servei de medicina preventiva/prevenió de riscos laborals de l'hospital de què es tracta ha emès una declaració d'aptitud, sense que es continguin més especificacions sobre com s'han aconseguit aquestes conclusions en aquests documents?
- 4) En cas de resposta afirmativa a la segona pregunta i negativa a la tercera pregunta, quina de les parts -treballadora demandant o ocupadora demandada- tenen, de conformitat amb l'article 19 de la Directiva 2006/54/CE, la càrrega d'acreditar, una vegada s'acredita l'existència de riscos per a la mare o el fill lactant derivats de la realització del treball, (1) que l'adaptació de les condicions o del temps de treball no resultés possible o, malgrat tal adaptació, les condicions d'un lloc de treball poguessin influir negativament en la salut

de la treballadora embarassada o del lactant -article 26, apartat 2 en relació amb el 4, de la LPRL, que transposa l'article 5, apartat 2, de la Directiva 92/85/CEE-, i (2) que el canvi de lloc no resultés tècnica o objectivament possible o no pugui raonablement exigir-se per motius justificats -article 26, apartat 3 en relació amb el 4, de la LPRL, que transposa l'article 5, apartat 3, de la Directiva 92/85/CEE-?

Respecte a la primera qüestió prejudicial, és important aturar-nos en aquest punt donada la rellevància que suposa a nivell intern²⁵. El Tribunal de Justícia recorda que per a l'avaluació dels riscos que presenta el lloc de treball d'una treballadora en període de lactància de conformitat amb l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, s'ha de tenir en compte les directrius de la Comissió²⁶ les quals serveixen de guia per a aquesta avaluació.

És necessari tenir present que l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE obliga a l'empresari a avaluar la naturalesa, el grau i la duració de l'exposició de les treballadores embarassades o en període de lactància a agents, procediments o condicions de treball, dels quals l'annex I de la directiva inclou una llista no exhaustiva, en qualsevol activitat que els hi pugui presentar un risc i, així, poder determinar les mesures que s'hauran d'adoptar per tal efecte.

És interessant comentar que el Tribunal de Justícia recorda la importància de les directrius de la Comissió. Destaca que d'elles es desprèn que l'avaluació dels riscos compren al menys tres fases: la identificació del perill, la identificació de les categories de treballadores exposades al risc i l'avaluació qualitativa i quantitativa dels riscos (apartat 48).

²⁵ Beltran de Heredia Ruiz, I. (02/05/2017). Inversión de la carga de la prueba del riesgo durante la lactancia: caso Otero Ramos (Conclusiones Abogado General TJUE). *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales*. És interessant el comentari que realitza el professor Ignasi Beltran de Heredia Ruiz en el seu blog de Dret del Treball i de la Seguretat Social respecte a les conclusions de l'Advocat General del TJUE en el Cas Otero Ramos: “*Se trata de un documento particularmente relevante, pues, si el TJUE acaba confirmando la propuesta interpretativa que sostiene el Abogado General, en los casos de riesgo durante el embarazo, el parto y la lactancia que se planteen ante los Tribunales debería producirse una inversión de la carga de la prueba (en aplicación del art. 19 de la Directiva 2006/54), porque «no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detallada de riesgos para refutar la evaluación de su empleador de un modo que no deje lugar a dudas»*”. Recuperat el 03/03/2022 de <https://ignasibeltran.com/>

²⁶ Comunicación COM/2000/0466 final de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo). [En línea] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0466> [Consulta: 03/03/2022.].

A més, recalca que s'ha d'afegir a l'avaluació dels riscos un examen específic que tingui en compte la situació individual de la treballadora. Molts perills de caràcter general es poden preveure perquè afecten la majoria de les treballadores embarassades o en període de lactància, però n'hi ha d'altres que depenen de les circumstàncies individuals i de l'historial mèdic personal de cada treballadora (apartat 50). En aquesta línia, estableix que els riscos poden variar en funció de la categoria de treballadora (si la treballadora està embarassada, ha donat llum recentment o està en període de lactància) i que en el cas d'una treballadora lactant, l'empresari ha de realitzar un examen periòdic dels riscos durant tot el període de lactància per evitar qualsevol risc o reduir la seva exposició, perquè l'exposició de determinades substàncies pot comportar que aquestes passin a la llet materna i posar, així, en perill la salut i seguretat del fill (apartat 49).

Amb relació a la inversió de la càrrega de la prova que preveu l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE s'aplica també a aquelles situacions les quals existeix discriminació per raó de sexe per la Directiva 92/85/CEE (apartat 53). L'article 2.2.c) de la Directiva 2006/54 inclou dins del concepte de discriminació el tracte menys favorable a una dona en relació amb l'embaràs o el permís de maternitat en el sentit de la Directiva 92/85/CEE. Ara bé, estableix que pel que fa a les treballadores en període de lactància, també es troben dins d'aquest concepte, ja que es troben estretament lligades a la maternitat i a l'embaràs o al permís per maternitat.

En conseqüència i, seguint les conclusions de l'Advocat General, el tribunal acaba considerant que l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE s'ha d'interpretar en el sentit que s'aplica a una treballadora en període de lactància la qual impugna l'avaluació dels riscos que presenta el seu lloc de treball per no haver-se portat a terme d'acord amb el que estableix l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE. Aquesta inexistència d'avaluació del risc constitueix un tracte menys favorable i, per tant, una discriminació directa per raó de sexe. Respecte a l'article 5.3 de la Directiva 92/85/CEE, transposat per l'article 26, apartat quart, en relació amb el tercer, de la LPRL, si l'avaluació de riscos prevista a l'article 4 d'aquesta directiva revela l'existència d'un risc per a la salut o seguretat d'aquesta treballadora o de repercussions sobre la lactància, l'empresari està obligat a adaptar les seves condicions de treball o del seu temps de treball, a un canvi de lloc de treball o una dispensa del treball durant tot el període necessari per a la protecció de la seva seguretat o de salut (apartat 64).

Pel que fa a la resta de qüestions prejudicials, el Tribunal de Justícia resol com s'ha d'aplicar l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE. Estableix que, per les regles relatives a la prova, s'apliquen quan la treballadora afectada impugna una decisió relativa a l'avaluació dels riscos i no, com en aquest cas, quan sol·licita la prestació econòmica per risc durant la lactància natural (apartat 67). Tal com afirma a l'apartat 69, correspon a la treballadora afectada presentar fets o elements de prova que demostrin que l'avaluació dels riscos del seu lloc de treball no es va portar

a terme de conformitat amb l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE i, per tant, ha estat discriminada. Només es produeix la inversió de la càrrega de la prova, és a dir, pertoca a la part demandada demostrar que no ha existit vulneració del principi de no discriminació, una vegada que la treballadora afectada hagi presentat tals fets o elements de prova (apartat 70).

En el mateix sentit, les regles de prova s'apliquen en el marc de l'article 5 de la Directiva 92/85/CEE. Tal com determina el Tribunal de Justícia "*en la medida en que una trabajadora en período de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.*" (apartat 75).

A més, assenyala que els documents els quals fonamenten la resolució de l'INSS, és a dir, tant la declaració de la cap de recursos humans del centre hospitalari que classifica "d'exempt de risc" el lloc de treball com l'informe emès pel Doctor del Servei de Medicina Preventiva – Prevenció de Riscos Laborals qualificant a la Sra. Otero Ramos com a "apta" pel treball, no poden constituir, *per se*, una presumpció *iuris et de iure* i, per tant, correspon a la demandada demostrar que ha complert amb les exigències de l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE (apartat 74).

Finalment, el Tribunal de Justícia declara que l'escrit presentat per la Sra. Otero Ramos constitueix, *a priori*, un element de prova que pot demostrar que l'avaluació dels riscos que presenta el seu lloc de treball no es va portar a terme d'acord amb les exigències de l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE i que pot presumir l'existència d'una discriminació directa per raó de sexe. En conseqüència, estableix a la part demandada l'obligació de demostrar que l'avaluació dels riscos es va realitzar en conformitat amb les exigències de l'article anterior i que, per tant, no es va vulnerar el principi de no discriminació.

En conseqüència, com s'ha comentat, l'empresari haurà de tenir present la situació d'embaràs o en període de lactància en la que es troba la dona treballadora en el moment de realitzar les avaluacions dels riscos laborals i adoptar les mesures de prevenció i de protecció que resultin necessàries. En cas contrari, podria vulnerar el principi de no discriminació per raó de sexe.

En el moment d'iniciar l'avaluació dels riscos laborals d'acord amb el que disposa l'article 16 LPRL i el que desenvolupa el Reglament dels Serveis de Prevenció (en endavant, RSP) en el seu Capítol II, l'empresari haurà de tenir en compte la naturalesa, el grau i la duració de l'exposició de les treballadores en situació d'embaràs o part recent a agents, procediments o condicions de

treball que puguin influir negativament a la salut de les treballadores o del fetus, en qualsevol activitat susceptible de presentar un risc específic (art. 26.1 de la LPRL)²⁷. El punt de partida clau radica en l'obligació de l'empresari de portar a terme una avaluació dels riscos (inicial i successiva) d'acord amb el que preveu l'art. 16 de la LPRL i l'art. 4 del RSP. Això és, ha de realitzar una anàlisi exhaustiva i rigorosa dels quals poden derivar-se d'un lloc de treball des de la perspectiva d'una dona durant el període de l'embaràs i la lactància natural (apartat 4 i 1 de l'article 26 de la LPRL); havent-se d'incloure en el pla de prevenció, així com les mesures per a prevenir-los²⁸.

D'acord amb l'article 16 de la LPRL, l'avaluació es realitza en dues fases: l'avaluació inicial i l'avaluació continuada²⁹. L'empresari durant l'avaluació inicial dels riscos ha de tenir en compte, amb caràcter general, la naturalesa de l'activitat, les característiques dels llocs de treball existents i dels treballadors que hagin d'ocupar aquests llocs de treball en cada cas. A més, l'article 4.1.b) del RSP obliga a l'empresari a preveure la possibilitat que el treballador que ocupi o vagi a ocupar el lloc de treball sigui especialment sensible, per les seves característiques personals o estat biològic conegut. L'avaluació continuada és aquella avaluació que es realitza a partir de l'avaluació inicial quan es puguin veure afectats l'elecció d'equips de treball, substàncies o preparats químics, la introducció de noves tecnologies o la modificació en el condicionament dels llocs de treball, el canvi en les condicions de treball i la incorporació d'un treballador les característiques del qual o estat biològic conegut el facin especialment sensible a les condicions del lloc (art. 4.2.c) del RSP).

De l'anterior es dedueix que hauran de contenir-se a l'avaluació inicial aquells factors de risc que puguin, objectivament, causar perjudicis a determinats col·lectius que puguin ocupar aquells llocs de treball en el futur. La possibilitat que un determinat lloc sigui ocupat per una dona embarassada o lactant, han de tenir-se en compte tant en el moment de l'avaluació inicial pels factors de risc objectius com en avaluacions posteriors en atenció a les condicions particulars que es desenvolupa, de produir-se l'embaràs o la lactància³⁰. D'aquesta manera l'empresari ha de tenir

²⁷ Sempere Navarro, A., Cardenal Carro, M., Alzaga Ruiz, I., Carrero Domínguez, C., Cos Egea, M., Fernández Marcos, L., . . . Sánchez Trigueros, C. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales* / Antonio V. Sempere Navarro, director; Miguel Cardenal Carro, Iciar Alzaga Ruiz coordinadores. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, SA. p. 430.

²⁸ Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Primera ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, S.A.U. p. 220.

²⁹ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.137-138.

³⁰ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.138.

en compte tant els factors de risc objectius en el moment de realitzar l'avaluació inicial de riscos com durant les avaluacions posteriors o continuades els factors de risc subjectius que puguin derivar-se personalment cada treballadora embarassada o en període de lactància.

Per altra banda, es planteja una altra problemàtica respecte al primer apartat de l'article 26 de la LPRL. Tal com estableix una part d'aquest apartat, “*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 las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo [...]*”.

Arribat a aquest punt, la protecció que ha de garantir l'empresari respecte a la treballadora embarassada o en període de lactància s'exigeix per a qualsevol risc? O bé, només per aquells riscos que es considerin com a reals i precisos que resultin de l'avaluació?

D'acord amb el redactat de l'article, s'extreu que l'empresari ha d'adoptar les mesures necessàries per evitar l'exposició de qualsevol risc identificat per l'avaluació dels riscos i també pel que fa a aquells riscos que puguin probablement tenir una repercussió sobre l'embaràs o la lactància. En aquest sentit, la protecció ha de ser tant en aquelles situacions de les quals deriva un risc real i precís com en aquelles altres en què només existeix indicis que tal risc pugui produir-se, sense que en aquest cas pugui deixar-se al seu lliure albir l'adopció de les mesures protectores³¹.

D'aquesta manera l'empresari ha d'adoptar les mesures protectores necessàries tant per a riscos reals i precisos com als que siguin probables de repercutir sobre l'embaràs o la lactància. A més haurà de tenir en compte en el moment de l'avaluació dels riscos com a mínim els riscos que es troben en els annexos I i II de la Directiva 92/85/CEE³². Per tal efecte, la Comunicació de la Comissió de 5 d'octubre del 2000, mencionada anteriorment, va donar unes directrius per a l'avaluació dels agents químics, físics i biològics, així com els procediments industrials

³¹ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.135. L'autora es remet a l'autora Mella Méndez, L. (2000). Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social, *Aranzadi Social*, 21. p. 49.

³² L'Annex I de la Directiva 92/85/CEE conté una llista no exhaustiva d'agents, procediments i condicions de treball la qual l'empresari haurà d'apreciar si presenten un risc per a la seguretat i salut de la treballadora embarassada o en període de lactància natural d'acord amb el primer apartat del seu article quart. Per altra banda, l'Annex II de la Directiva 92/85/CEE conté una altra llista no exhaustiva d'agents i condicions de treball els quals estan prohibits la seva exposició a la treballadora embarassada o en període de lactància que posin en perill la seguretat o la seva salut d'acord amb el seu article sisè. Vegeu: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0085>

considerats com a perillosos per a la salut o per a la seguretat de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància respecte els annexos I i II de la directiva anterior.

Cal tenir present que per a una adequada actuació preventiva, el treballador té dret a ser informat directament dels riscos per a la seva salut i seguretat i de les mesures preventives adoptades³³. Així doncs, un cop realitzada l'avaluació de riscos laborals per l'empresari, qualsevol treballador pot informar-se dels riscos identificats, tant a aquells que afectin a l'empresa en el seu conjunt com a cada lloc de treball o funció (art. 18.1.a) de la LPRL).

En concret, pel que fa a la protecció de les treballadores embarassades o en període de lactància, l'article 4.2 de la Directiva 92/85/CEE estableix expressament l'obligació de l'empresari de comunicar-les els resultats de l'avaluació i totes les mesures relacionades amb la seguretat i la salut en el treball. No obstant això, la LPRL no imposa expressament aquesta obligació de comunicació en el seu article 26³⁴. Ara bé, com s'ha explicat, encara que l'article 26 no ho prevegi, els treballadors tenen dret a ser informats dels resultats de l'avaluació dels riscos d'acord amb l'article 18 de la LPRL i, per tant, també el tenen les treballadores embarassades o en període de lactància respecte als riscos per a la seva salut i seguretat i les mesures preventives adoptades.

A la pràctica, la realitat no sempre coincideix amb l'objectiu que busca la LPRL. Aquesta mostra un compliment formal de les obligacions assignades a l'empresari en matèria de prevenció de riscos laborals amb la finalitat de complir, però sovint no hi ha una vertadera voluntat o intenció de prevenir els riscos que es poden produir en el lloc de treball. No sempre tenen una visió rendible i productiva de les accions preventives excepte quan el dany ja ha esdevingut, quan es produeix l'accident de treball. La falta de conscienciació ha generat unes polítiques empresarials més dirigides a un compliment formal de les normes, que a una efectiva i real acció preventiva³⁵.

Una vegada s'obtenen els resultats de l'avaluació dels riscos i es revela un risc per a la seguretat i salut o una possible repercussió sobre l'embaràs o la lactància de les dones treballadores, l'empresari ha d'adoptar les mesures necessàries per evitar l'exposició a aquest risc, a través d'una sèrie de mesures preventives que preveu l'article 26 de la LPRL les quals es veuran a continuació.

³³ Camas Roda. F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...*, op. cit. p. 146.

³⁴ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 137.

³⁵ Camas Roda. F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...*, op. cit. p. 146.

2.2 Mesures preventives

L'article 26 de la LPRL preveu una sèrie de mesures preventives que haurà d'adoptar l'empresari quan es presenta un risc o un possible risc per a la seguretat o salut de les treballadores embarassades o en període de lactància d'acord amb el seu deure de protecció dels seus treballadors davant els riscos laborals establert a l'article 14 de la LPRL. La LPRL estableix una sèrie d'actuacions les quals s'aplicaran de forma seqüencial i subsidiària³⁶ encara que l'empresari ha d'adoptar "*las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo*"³⁷ (art. 26.1 de la LPRL).

En el cas que l'empresari no adoptés les mesures preventives necessàries aplicables a les condicions de treball quan es presenta un risc greu o imminent per a la seguretat i salut dels treballadors pot constituir una infracció molt greu (art. 13.10 de la LISOS). Aquesta disposició, però, conté conceptes jurídics indeterminats. Tal com s'observa, "gravetat" i "imminència" són conceptes que requereixen una certa dosi de subjectivitat en la valoració del que incideix en una discrecionalitat contradictòria amb el principi de seguretat jurídica que ha de regnar en el procediment sancionador³⁸.

Pel que fa específicament a la protecció de la seguretat i la salut de les treballadores durant els períodes d'embaràs i lactància també constitueix una infracció molt greu establerta a l'article 13.1 de la LISOS la qual pot comportar una sanció de fins a 983.736 euros (art. 40.2 c) de la LISOS). L'empresari és el titular i el responsable de la relació laboral, és el responsable característic d'aquest espai administratiu sancionador, entenent per tal les persones físiques o jurídiques i les comunitats de béns a què fa referència l'art. 1.2 de l'ET, i dins d'elles s'inclou a l'Administració pública com a ocupadora laboral, on la seva activitat s'insereix en l'esfera del Dret del Treball³⁹.

Per altra banda, cal tenir present que l'article 316 de la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, preveu penes de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos els qui amb infracció de les normes de prevenció de riscos laborals i estant legalment obligats, no facilitin els mitjans necessaris perquè els treballadors exerceixin la seva activitat amb les mesures

³⁶ Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad...* op. cit. p. 228.

³⁷ Així ho manifesta Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.138. L'autora observa que: "*Sin embargo, nada impide la puesta en prácticas de otras, pues a ello le obliga el propio artículo 26.1 de la LPRL: adoptar «las medidas necesarias para evitar la exposición» al riesgo que repercute sobre el embarazo, la lactancia o la salud de la trabajadora*".

³⁸ Camas Roda. F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...* op. cit. p.159-160.

³⁹ Camas Roda. F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...* op. cit. p. 159.

de seguretat i higiene adequades, de manera que posin així en greu perill la seva vida, salut o integritat física. Per tant, es deuen produir tres elements:

- 1) No facilitar els mitjans necessaris perquè els treballadors exerceixin la seva activitat amb les mesures de seguretat i higiene adequades.
- 2) La infracció de les normes de prevenció de riscos laborals.
- 3) La posada en greu perill per a la vida, salut o integritat física dels treballadors⁴⁰.

2.2.1 Adaptació de les condicions o del temps de treball

La primera mesura que preveu l'article 26 de la LPRL és l'adaptació de les condicions o del temps de treball quan l'avaluació dels riscos revela un risc per a la seguretat i salut o una possible repercussió sobre la treballadora embarassada o en període de lactància. L'empresari està obligat a prendre les mesures necessàries per evitar, a través de l'adaptació de les condicions o del temps de treball, que la treballadora en concret es vegi exposada al risc.

Es tracta d'una mesura preventiva provisional d'adaptació de les condicions de treball i/o del temps de treball de la treballadora afectada d'acord amb l'article 5.1 de la Directiva 92/85/CEE, ja que l'objectiu és protegir la situació temporal de maternitat que travessa la dona treballadora en concret. Aquesta adaptació de l'activitat productiva a la singular situació de la treballadora es porta a terme incidint sobre les condicions materials en què es treballa i, expressament, en la distribució del temps de treball i, en certa forma, es porta a terme, sense mobilitat funcional o geogràfica que innovi el contingut del contracte de treball (canvi d'horari, transformació de les característiques del lloc, alteració dels processos de treball, supressió d'hores nocturnes)⁴¹.

A continuació, s'analitzarà la sentència del Tribunal Suprem (Sala Social, Secció Primera) de 24 de gener de 2017⁴², la qual va declarar que la disminució retributiva d'una metgessa interna resident en un hospital a causa de la no realització de guàrdies mèdiques durant el període d'adaptació del lloc de treball, constitueix una lesió del dret a la igualtat i a la no discriminació per raó de sexe (art. 14 de la CE).

⁴⁰ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (144), p. 100.

⁴¹ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 433-434.

⁴² Sentència del Tribunal Suprem núm. 43/2017 (Sala Social, Secció Primera), de 24 de gener de 2017 (núm. recurs 1902/2015).

En aquest cas, el Tribunal Suprem (en endavant, TS) va estimar el recurs de cassació per a la unificació de la doctrina interposat per la Sra. Asunción contra la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 23 de febrer de 2015, en recurs de suplicació núm. 807/2014, interposat contra la sentència de 9 de juny de 2014, dictada pel Jutjat Social núm. 13 de Madrid, en interlocutòria núm. 47/2014, seguits a instància per la recurrent, contra l'Hospital Universitario Príncipe de Asturias.

La Sra. Asunción prestava els seus serveis com a metgessa resident de primer any a l'Hospital Universitario Príncipe de Asturias quan va sol·licitar l'adaptació del seu lloc de treball per trobar-se en el vuitè mes de gestació. En conseqüència, va deixar de realitzar guàrdies mèdiques des d'aquell moment fins que va iniciar la baixa per maternitat. En el moment d'incorporar-se al seu lloc de treball, va sol·licitar l'adaptació per risc durant la lactància.

Així doncs, la demandant al·legava que durant el període d'adaptació del lloc de treball, havia d'haver percebut la mitjana ponderada dels últims mesos en concepte de guàrdies i que, en conseqüència, la falta d'abonament d'aquest concepte suposa una discriminació indirecta per raó de la seva situació com a dona gestant. A més, a la treballadora li van prorrogar el seu contracte per un període idèntic a l'afectat per la situació de la no realització de guàrdies per tal que pogués portar-les a terme.

La sentència de contrast que va aportar la treballadora, la dictada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Castella - La Manxa, de 7 de novembre de 2012, va ser analitzada pel TS amb la finalitat de veure si realment en el present cas es donava la necessària contradicció entre les dues sentències. El TS aprecia que, encara que hi havia certes diferències entre els dos casos, no impedeix la contradicció, doncs, amb independència de les diferents respostes empresarials en situacions idèntiques com les que es donen entre les dues sentències, el que realment és important no és el fet que l'actora no pogués efectuar les pràctiques necessàries en el servei d'atenció continuada, sinó la seva falta retributiva derivada de la seva gestació i condició de mare d'un lactant. Per tant, remarca que el punt essencial del litigi és *“idéntico en ambas sentencias y, no obstante, las mismas llegan a soluciones contrarias, pues mientras que la de contraste entiende que esa disminución retributiva atenta contra el derecho a la no discriminación, la recurrida niega que tal derecho pueda estar en juego.”* (FD 2, apartat quart). Així doncs, acaba determinant que concorre la contradicció entre les dues sentències.

Per altra banda, el TS recorda la jurisprudència constitucional espanyola pel que fa a la qüestió relativa a la discriminació directa per raó de sexe de l'article 14 de la CE. Una situació contrària a la protecció de la igualtat de dones i homes constitueix una discriminació directa i, en aquest cas, la pràctica o norma que està en joc no és neutra, *“sino única y exclusiva de la condición femenina, pues solo respecto de las mujeres cabe exigir el cumplimiento de las obligaciones*

empresariales que a la postre, se derivan de las disposiciones en materia de prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia. Como dispone el art. 8 LOIMH señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».” (FD 4, apartat tercer).

Des d'un punt de vista normatiu intern espanyol, el TS assenyala que no existeix una norma legal o convencional que assegurí el manteniment de l'import de les guàrdies no realitzades durant el període afectat per la situació d'adaptació del lloc de treball. Així, reflexiona sobre els efectes que podria causar respecte a la remuneració de la treballadora en atenció al marc general de protecció que la llei espanyola dispensa a les situacions de risc durant l'embaràs i la lactància (FD 6, apartat tercer). En aquest sentit, recorda que l'article 11.1 de la Directiva 92/85 garanteix una protecció mínima i que possibilita als Estats membres millorar l'abast d'aquesta protecció remetent, per tant, a les legislacions i/o pràctiques nacionals quan es refereix a la remuneració i/o al benefici d'una prestació. D'aquesta manera, el TS analitza la normativa espanyola amb la finalitat de veure si l'ordenament jurídic espanyol ha ampliat el marc de mínims que, segons el TJUE, fixa la directiva (FD 6, apartat segon).

Així doncs, existeix diferència retributiva, o hi pot haver-la, segons quina sigui la situació laboral de la treballadora embarassada que es troba en situació de risc?⁴³ La resposta és afirmativa, atès que quan l'adaptació de les condicions o del temps de treball no fos possible, s'ha de procedir al canvi de lloc de treball d'acord amb l'article 26.2 de la LPRL. Si bé, en aquest darrer cas, s'imposa la conservació de les retribucions del lloc d'origen. Ara bé, el TS recorda que quan aquestes dues mesures no fossin possibles d'adoptar, s'haurà de suspendre el contracte amb la corresponent

⁴³ Rojo Torrecilla, E. (28/03/2017). A propósito de la sesión del aula iuslaboralista de la UAB dedicada a los diez años de la ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Notas a la sentencia del TS de 24 de enero, y mención a la del TSJ de Canarias de 7 de marzo de 2017. *Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.* El professor Eduardo Rojo Torrecilla es platenja aquesta qüestió i la respon afirmativament tenint en compte les diferents particularitats de les tres mesures preventives que preveu l'article 26 de la LPRL per a la protecció de la maternitat: “*La respuesta es afirmativa, siendo mantenidos sus derechos retributivos derivados del puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad al cambio en el segundo y tercer supuesto pero no en el primero, al menos con carácter obligatorio, por lo que Sala se interroga sobre el diferente grado de protección que se otorga al mismo supuesto y se cuestiona si ello puede implicar una diferencia de trato no justificada, es decir una vulneración del principio de no discriminación, por razón del estado biológico de la trabajadora, y por consiguiente una discriminación por razón de sexo, apuntando ya su respuesta en el apartado 6 del fundamento de derecho sexto, como paso previo para sostener que la jurisprudencia del TJUE en el caso Parviainen no sería de aplicación en este litigio*”. Consultat el 29/04/2022, a <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>

prestació de la Seguretat Social (art. 26.3 de la LPRL, 45.1 e) i 48.7 de l'ET i arts. 187 i 189 de la LGSS).

En conseqüència, resulta difícil d'entendre que l'adaptació de les condicions de treball pugui comportar una reducció salarial a la treballadora tenint en compte que si li haguessin suspès el contracte per risc durant l'embaràs, hauria tingut dret a percebre la prestació de la Seguretat Social consistent en el 100 per 100 de la base reguladora corresponent a la prestació per incapacitat temporal per contingències professionals. En conseqüència, implicaria prendre com a base reguladora la corresponent al mes anterior a la baixa i, conseqüentment, a incloure el salari percebut d'aquell mes, incloent-hi tots els complements salarials.

Per altra banda, el TS recorda la sentència del TJUE d'1 juliol 2010 (Assumpte Parviainen, C-471/08) la qual va interpretar l'article 11.1 de la Directiva 92/85 permetent la possibilitat d'excloure els complements específics percebuts abans del canvi de lloc afirmant que “«... una trabajadora embarazada como esta última, que está destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo, y cuya remuneración antes de ese nuevo destino comprende un salario base y diversos complementos, la concesión de algunos de los cuales depende del ejercicio de funciones específicas, no puede reclamar, con fundamento en dicha disposición, el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional.» (FD 5, apartat tercer).

Ara bé, en el present cas, el TS es desmarca d'aquesta doctrina del TJUE, atès que considera que es posa en risc l'objectiu de la protecció de la seguretat i la salut de les treballadores embarassades perseguit per la legislació nacional, afirmant que “*estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85.*” (FD 6, apartat sisè).

Finalment, el TS va declarar que la reducció de la remuneració durant el període d'adaptació del lloc de treball i la pròrroga del contracte per a la realització de les guàrdies que no va portar a terme la treballadora constitueixen una vulneració del dret fonamental a la igualtat i no discriminació per raó de sexe i, en conseqüència, va condemnar a l'empresa a l'abonament de la suma de 1.339,03 € mensuals per la minoració retributiva durant el període afectat per l'adaptació del lloc de treball, així com a la quantitat de 6.251 € en concepte total per danys morals sol·licitat per l'actora.

Per altra banda, l'apartat primer de l'article 26 de la LPRL també preveu que per a l'adaptació de les condicions o del temps de treball puguin incloure, quan sigui necessari, la no realització de treballs nocturns o de treballs a torns.

Per tant, *a priori*, no constitueix una obligació per a l'empresari adaptar les condicions de treball o el temps de treball quan la treballadora embarassada o en període de lactància realitza un treball nocturn o a torns. Només en el cas que sigui necessari, és a dir, que es presenti un risc per a la seguretat i salut d'aquestes treballadores o pel seu fill. La modificació d'horari i del règim de treballs a torns no ha d'implicar una reducció del temps de treball⁴⁴.

La regulació a nivell comunitari de la no realització de treballs nocturns resulta diferent en certs aspectes respecte a l'article 26.1 de la LPRL. D'acord amb el que estableix l'article 7 de la Directiva 92/85/CEE, *“los Estados miembros tomarán las medidas para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o la salud de la trabajadora afectada”*.

Així doncs, l'article 26.1 de la LPRL només es limita a prohibir la realització de treballs nocturns o a torns *“cuando resulte necesario”* mentre que la directiva recull expressament que, en cap cas, les treballadores es vegin obligades a realitzar un treball nocturn, a reserva de la presentació d'un certificat mèdic. És més, a diferència de la norma espanyola, la directiva ofereix dues alternatives a l'obligació de la no realització de treballs nocturns: 1) la possibilitat del trasllat a un treball diürn, o; 2) la possibilitat d'una dispensa de treball, o d'una prolongació del permís de maternitat quan el trasllat no sigui tècnicament i/o objectivament possible o no pugui raonablement exigir-se per motius degudament justificats.

L'article 36.4 de l'ET relatiu al treball nocturn, treball a torns i ritme de treball també recull el dret dels treballadors nocturns i dels que treballen a torns a obtenir un nivell de protecció en matèria de salut i seguretat adaptat a la naturalesa del seu treball. En concret, aquells treballadors els quals se'ls ha reconegut problemes de salut lligats al seu treball nocturn tenen el dret a ser destinats a un lloc de treball diürn existent a l'empresa i per al qual siguin professionalment aptes.

⁴⁴ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 140-141. L'autora es remet als autors González Ortega, S. & Aparicio Tovar, J. (1996). *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Trotta. p. 173.

En conseqüència, aquestes mesures previstes d'aquest article s'han vist ampliades per l'article 26 de la LPRL per al cas de les treballadores embarassades, de part recent i en període de lactància⁴⁵.

Per altra banda, cal mencionar l'article 12 de la Directiva 2003/88/CE el qual preveu que els treballadors nocturns i els treballadors per torns no poden tenir menys protecció en matèria de seguretat i salut que la resta dels altres treballadors i, per tant, s'ha d'adoptar totes aquelles mesures necessàries perquè gaudeixin una correcta protecció adaptada a la naturalesa del seu treball.

És interessant comentar la possibilitat de considerar com a modificació substancial de les condicions de treball de conformitat amb l'article 41 de l'ET l'adaptació de les condicions de treball de la treballadora que presta els seus serveis durant l'horari nocturn o per torns. Doncs bé, s'entén que aquesta possibilitat no queda inclosa dins les causes que motiven la modificació substancial de les condicions de treball, ja que aquesta adaptació és motivada per protegir la salut dels treballadors i, per tant, no respon a raons econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció com exigeix l'article 41.1 de l'ET⁴⁶.

Per tant, l'article 26.1 de la LPRL estableix l'obligació de l'empresari d'adaptar les condicions o el temps de treball de la treballadora embarassada o en període de lactància quan es presenta un risc per a la seva salut o la seva seguretat o la del fill o la del fetus. Aquesta obligació comporta, per altra banda, una altra obligació per part de la treballadora perjudicada d'acceptar les noves condicions de treball adoptades per l'empresari, ja que la prevenció davant els riscos laborals afecten tant a la dona com al fetus o al fill i, per tant, la treballadora no s'hi pot oposar a aquestes⁴⁷. A més, s'ha de tenir en compte l'existència d'una obligació laboral d'autoprotecció derivada de l'article 29 de la LPRL⁴⁸.

⁴⁵ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 142.

⁴⁶ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 142. L'autora recorda que no s'ha d'oblidar que la mesura adoptada és "*estrictamente temporal, o si se quiere provisional: sólo dura el periodo de embarazo y en su caso de lactancia*" (remetent-se a l'autor Gorelli Hernández, J. (1997). *La protección por maternidad*. Valencia: Tirant Monografías, 70. p. 293).

⁴⁷ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 142-143.

⁴⁸ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 143. L'article 29.1 de la LPRL obliga als treballadors en matèria de prevenció de riscos laborals el compliment de les mesures de prevenció adoptades per l'empresari, per la seva seguretat i salut en el treball i per la d'aquelles altres persones a les quals els pot afectar la seva activitat professional. És a dir, es desprèn d'aquest article l'obligació de la treballadora embarassada o en període de lactància a complir amb les

A continuació, s'analitzarà la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Cinquena) de 19 de setembre de 2018 respecte l'Assumpte C-41/17 del Cas González Castro⁴⁹, la qual ha suposat, juntament amb el Cas Otero Ramos, una evolució i rectificació de la doctrina del Tribunal Suprem fins el moment.

La doctrina del TS fins aleshores venia sostenint que el temps de treball podria constituir un risc específic per a la lactància natural en la mesura que afectés la conservació de la mateixa lactància. Fins i tot, aquells casos en els quals les jornades eren excessivament llargues -per exemple de 12 i de 24 hores- i nocturnes, no s'asseguraven les pauses auto selectives ni tampoc d'un local adequat per a l'extracció de la llet; sempre s'havia pensat, hipotèticament, la possibilitat de la seva extracció i conservació sense afecció de la lactància i corresponia a la treballadora provar el contrari⁵⁰.

Així mateix, el TS en diverses ocasions ha arribat a concloure que el treball per torns i el treball nocturn no són *per se* factors de risc específics per a la lactància, ni la referència al treball nocturn o a torns de l'article 26.4 LPRL i de l'article 7 de la Directiva 92/85/CEE suposen una presumpció legal d'existència de tal risc. Només en casos excepcionals com les sentències del TS de 24 d'abril, 21 de juny i 22 de novembre de 2012, admeten com a risc per a la lactància el lloc de treball de les tripulants en cabines de passatgers d'avió⁵¹.

En aquest cas es va plantejar una petició de decisió prejudicial pel Tribunal Superior de Justícia de Galícia (en endavant, TSJG) al Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en el procediment entre la Sra. Isabel González Castro, per una banda, i Mutua Umivale, el seu empresari Prosegur España, S.L. (en endavant, Prosegur) i l'Institut Nacional de la Seguretat Social, per altra, en relació amb la negativa d'aquests a suspendre el seu contracte de treball i concedir-li la corresponent prestació econòmica per risc durant la lactància natural. L'objecte de la petició va ser la interpretació de l'article 19, apartat primer, de la Directiva 2006/54/CE del Parlament

mesures de prevenció adoptades per l'empresari per protegir la seva seguretat i salut i la del fetus o la del seu fill.

⁴⁹ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Cinquena) de 19 de setembre de 2018, assumpte C-41/17, Cas González Castro.

⁵⁰ Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia... op. cit. p. 67-74.

⁵¹ Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia... op. cit. p. 67-74. Tal com observa Benavente, el TS va admetre el risc per a la lactància natural en tant que el particular sistema de torns i de distribució horària i el lloc de la prestació de serveis en el vol impedeixen la pauta de les preses pròpies de la lactància natural, així com l'extracció de la llet materna i la seva conservació, per la falta d'espai adequat de les aeronaus i la insuficiència de les instal·lacions frigorífiques.

Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i d'igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes d'ocupació (refosa), i dels articles 4, 5 i 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consell, de 19 d'octubre de 1992, relativa a l'aplicació de mesures per a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància.

La Sra. González Castro treballava com a vigilant de seguretat per a Prosegur quan va donar llum al seu fill el qual posteriorment va rebre lactància natural. Quatre mesos més tard, va prestar les seves funcions de vigilància generalment amb un altre guàrdia de seguretat en un centre comercial en torns rotatoris i variables, encara que hi havia trams horaris els quals les assumia en solitari i en horari nocturn.

Davant d'aquesta situació, va sol·licitar un certificat mèdic a la Mutua Umivale perquè acredités que el seu lloc de treball presentava un risc per a la lactància natural a efectes d'iniciar el procediment per a la obtenció de la prestació econòmica per risc durant la lactància natural la qual, finalment, va ser desestimada. A més, Prosegur va enviar una declaració a la Mutua Umivale confirmant que les funcions de treball de la treballadora no influïen a la lactància natural i, per tant, no es va procedir a l'adaptació de les condicions de treball ni el canvi de lloc d'aquesta. La Mutua Umivale per a la resolució de la sol·licitud, va indicar que no existia cap risc al lloc de treball que pogués ser perjudicial per a la treballadora i va fer referència a les «Orientacions per a la valoració del risc laboral durant la lactància natural», elaborades per l'Associació Espanyola de Pediatria i publicades pel INSS, per indicar que aquestes assenyalen que el treball per torns i el treball nocturn no presenten cap risc per a la lactància.

En conseqüència, va interposar una demanda al Jutjat Social nº 3 de Lugo la qual va ser desestimada per aquest jutjat. Així doncs, va interposar recurs de suplicació contra aquesta sentència davant el TSJG el qual va procedir a suspendre el procediment i plantejar al Tribunal de Justícia de la Unió Europea les qüestions prejudicials següents:

- 1) Ha d'interpretar-se l'art. 7 de la Directiva 92/85/CEE en el sentit que el treball nocturn no han de veure's obligades a realitzar les treballadores a les quals es refereix l'art. 2, incloses, per tant, les treballadores en període de lactància, inclou no solament el treball que es realitza enterament en horari nocturn, sinó també el treball a torns quan alguns de tals torns, com ocorre en el cas d'actuacions, es realitzen en horari nocturn?
- 2) En un litigi on es discuteix l'existència d'una situació de risc durant la lactància d'una treballadora, són aplicables les regles especials sobre la càrrega probatòria de l'art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE -transposat en l'ordenament espanyol, entre altres, a l'art. 96.1 Llei 36/2011 -en relació amb els requisits previstos a l'art. 5 de la Directiva 92/85/CEE- transposat a l'ordenament espanyol a l'art. 26 de la Llei 31/1995- per a la dispensa del

treball de la treballadora en període de lactància i, si s'escau, pel reconeixement de la prestació nuada a tal situació a l'ordenament intern d'acord amb l'art. 11.1) de la mateixa Directiva 92/85/CEE?

- 3) Pot interpretar-se l'art. 19.1 de la citada Directiva 2006/54/CE en el sentit que són "fets que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta" d'una treballadora en període de lactància -en un litigi on es discuteix l'existència de risc durant la lactància natural amb dispensa de l'obligació de treballar, prevista a l'art. 5 de la Directiva 92/85/CEE i transposada a l'ordenament espanyol a l'art. 26 de la Llei 31/1995- el que:
(1) la treballadora presti serveis en règim de treball a torns com a vigilant de seguretat, i amb horari nocturn en alguns dels torns de treball que a més realitza en solitari, i a més
(2) fent rondes i atenent, si s'escau, urgències (delictes, incendis o altres incidències); i tot això sense que a més (3) consti l'existència d'un lloc adequat per a donar la lactància natural en el centre de treball o bé, per a procedir a l'extracció mecànica de la llet materna?
- 4) Acreditats els "fets que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta" conformement a l'art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE en relació amb l'art. 5 de la Directiva 92/85/CEE -transposat a l'ordenament espanyol a l'art. 26 de la Llei 31/1995- en un litigi on es discuteix l'existència de risc durant la lactància natural amb dispensa de l'obligació de treballar: Seria exigible a la treballadora en període de lactància que acredités per a ser dispensada del treball conformement a la legislació interna -que transposa l'art. 5.2 i 3 de la Directiva 92/85/CEE- que l'adaptació de les condicions de treball i/o del temps de treball no resulta tècnicament i/o objectivament possible o no pot raonablement exigir-se i que no resulta tècnicament i/o objectivament possible o no pot raonablement exigir-se un canvi de lloc de treball? O bé, per contra, l'acreditació de tals extrems correspondria a les parts demandades (empresari i entitat que cobreix la prestació de Seguretat Social nuada a la suspensió del contracte de treball)?

Sobre la primera qüestió prejudicial, el TSJG es planteja si l'article 7 de la Directiva 92/85/CEE és d'aplicació en el cas de la Sra. González Castro. Hem de tenir present que aquest article només protegeix a les treballadores embarassades, que hagin donat a llum o en període de lactància a no ser obligades a realitzar un treball nocturn, però no fa referència en particular en els casos de treballs nocturns i per torns.

El Tribunal de Justícia recorda què s'ha d'entendre per "treballador nocturn". És l'article 2.4) de la Directiva 2003/88/CE que defineix el treballador nocturn com a "*todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente,*" i "*todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual*" (apartat 45).

El seu apartat tercer estableix que per període nocturn s'ha d'entendre *“todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas”*.

D'aquest article, tal com observa el tribunal, es desprèn que s'ha de considerar com a “treballador nocturn” la treballadora que realitza un treball per torns en horari nocturn, ja que duu a terme durant el període nocturn una determinada part del seu temps de treball. D'aquesta manera la treballadora està protegida en el sentit de l'article 7 de la Directiva 92/85/CEE (apartat 48).

Respecte a la resta de qüestions prejudicials, es qüestiona la interpretació i l'aplicació de l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE en el present cas.

L'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE inverteix la càrrega de la prova quan la treballadora ha presentat fets que permeten presumir l'existència de discriminació directa o indirecta, de manera que correspon a la part demandada demostrar que efectivament no s'ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte (apartat 60). També és d'aplicació pel que fa a les situacions que preveu la Directiva 92/85/CEE quan existeix discriminació per raó de sexe (apartat 61). Així ho recorda el Tribunal de Justícia en la sentència Otero Ramos, la qual s'ha comentat anteriorment, quan va aplicar aquest article invertint la càrrega de la prova en una situació en la qual una treballadora en període de lactància va impugnar l'avaluació de riscos del seu lloc de treball per no haver estat realitzada de conformitat amb l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, constituint, per tant, un tracte menys favorable vinculat a l'embaràs o al permís de maternitat, en el sentit d'aquesta Directiva i una discriminació directa per raó de sexe en el sentit de l'article 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE.

El Tribunal de Justícia té en compte el que va establir l'Advocat General en les seves conclusions assenyalant que l'article 4 de la Directiva 92/85/CEE és una definició general que defineix les mesures que s'han d'adoptar respecte a totes les activitats que poden comportar un risc específic per a la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància. En canvi, l'article 7 d'aquesta Directiva és una disposició específica aplicable al supòsit de treball nocturn que pot presentar un risc particular per a les treballadores embarassades, que hagin donat a llum o en període de lactància (apartat 66).

D'aquesta manera, ambdós preceptes tenen la mateixa finalitat: la de protegir a les treballadores previstes a l'article 2 contra els riscos que es poden presentar en el seu lloc de treball i, en particular, l'article 7 ofereix una protecció extra pel que fa al treball nocturn establint la no obligació a fer treballs nocturns quan aquestes treballadores presentin un certificat mèdic confirmant que requereixen aquesta protecció per a la seva seguretat o la seva salut.

També, el tribunal destaca la gran importància que tenen les directrius de la Comissió per a la realització de l'avaluació dels riscos laborals del lloc de treball les quals serveixen de guia per a l'avaluació d'acord amb l'article 4.1 de la Directiva 92/85/CEE pel que fa al treball nocturn⁵² (apartat 69).

El Tribunal de Justícia concorda amb les conclusions de l'Advocat General les quals aquestes consideren que l'avaluació dels riscos que presenta el lloc de treball de la treballadora afectada, realitzada en el marc de l'article 7 de la Directiva 92/85/CEE, ha d'incloure un examen específic que tingui en compte la situació individual d'aquesta treballadora per a determinar si la seva salut o la seva seguretat o les del seu fill estan exposades a un risc. En el cas que aquest examen no s'hagi dut a terme, constitueix un tracte menys favorable a una dona en relació amb l'embaràs o el permís de maternitat i, per tant, una discriminació directa per raó de sexe, en el sentit de l'article. 2.2. c) de la Directiva 2006/54/CE, que permet l'aplicació de l'article 19.1 d'aquesta directiva.

Respecte a les condicions d'aplicació de l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE, el tribunal recorda el que va establir a l'apartat 67 de la sentència Otero Ramos: *“es necesario precisar que las reglas relativas a la prueba previstas en esta disposición no se aplican en el momento en que la trabajadora de que se trata solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo, [...], exigiendo que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85. Estas reglas sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos [...]”*. En conseqüència, tal com disposa aquest article, correspon a la treballadora perjudicada presentar fets de prova que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta a causa de la no aplicació del principi d'igualtat de tracte.

Aleshores el Tribunal de Justícia assenyala que en el cas que no s'hagués inclòs l'examen específic que tingués en compte la situació individual de la Sra. González Castro, entenent com a

⁵² La pàgina 13 de la Comunicació de la Comissió Europea COM (2000) 466 final estan establertes les directrius respecte als riscos generals i situacions associades les quals poden enfrontar-se la majoria de les treballadores embarassades, que hagin donat a llum recentment o en període de lactància. Pel que fa al treball nocturn, estableix que *“pueden tener importantes consecuencias para la salud de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o estén en período de lactancia. No todas las mujeres se ven afectadas de la misma manera y los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión. Esto afecta especialmente al cuidado de la salud. No obstante, la fatiga tanto mental como física aumenta durante el embarazo y el período después del parto debido a las transformaciones fisiológicas y de otro tipo.”*. Pel que fa al treball nocturn, preveu la possibilitat d'oferir a l'embarassada ocupar un torn de dia. Vegeu: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0466>

documents una declaració de l'empresari segons la qual afirma que les funcions exercides per aquesta treballadora i les seves condicions de treball no afecten la lactància natural, sense donar explicacions que puguin recolzar aquesta afirmació, unida a la circumstància que el seu lloc de treball no figura a la relació de llocs de treball que presenten un risc per a la lactància natural establerta per l'organisme competent de l'Estat membre que es tracti, no poden, *per se*, constituir una presumpció *iuris et de iure*.

Finalment, el Tribunal de Justícia acaba declarant que l'article 19.1 de la Directiva 2006/54/CE s'ha d'interpretar en el sentit que s'aplica a una situació en la qual una treballadora se li ha denegat la concessió del certificat mèdic que acredités que el seu lloc de treball presenta un risc per a la lactància natural i, consegüentment, se li ha denegat la prestació econòmica per risc durant la lactància natural. De manera que la Sra. González Castro impugna l'avaluació dels riscos que va presentar el seu lloc de treball exposant fets que poden suggerir que aquesta avaluació no va incloure un examen específic que tingués en compte la seva situació individual i que permet presumir l'existència d'una discriminació directa per raó de sexe, en el sentit de la Directiva 2006/54/CE. En conseqüència, correspon a la part demandada provar que l'avaluació dels riscos efectivament contenia l'examen específic i que, per tant, no es va vulnerar el principi de no discriminació.

2.2.2 Canvi de lloc o de funció compatible

El segon nivell de protecció és el canvi provisional de lloc de treball o de funció de la treballadora afectada. L'article 26.2 de la LPRL preveu que en el cas que l'adaptació de les condicions del treball o el temps de treball no resulti possible o, malgrat d'aquesta adaptació, les condicions d'un lloc de treball puguin influir negativament en la salut de la treballadora embarassada o del fetus, la treballadora haurà d'exercir un lloc de treball o de funció diferent i compatible amb el seu estat. Ara bé, serà necessari que ho certifiqui els Serveis Mèdics de l'Institut Nacional de la Seguretat Social o de les Mútues, en funció de l'entitat amb la qual l'empresa tingui concertada la cobertura dels riscos professionals, amb l'informe del metge del Servei Nacional de Salut que assisteixi facultativament a la treballadora.

D'aquest precepte es desprèn que en aquest segon nivell de protecció procedeix quan no és possible l'adaptació de les condicions de treball, incloent la no realització de treballs nocturns o a torns, o bé, quan aquestes condicions poden influir negativament a la treballadora embarassada o al seu fill o fetus. És a dir, no s'exigeix que el risc sigui precís i real, no és exigible la certesa sinó només la raonable probabilitat que ocorri, havent-se de valorar a tal efecte les concretes

circumstàncies mediambientals, d'esforç físic, de fatiga o qualssevol altres concurrents⁵³. Per tant, el canvi de lloc del treball o de funció es portarà a terme si l'adaptació de les condicions laborals no és possible o, malgrat l'adaptació, aquestes condicions presenten una possible repercussió negativa per a la salut i seguretat de la treballadora embarassada o en període de lactància o pel seu fill o el seu fetus.

A més, s'entén que el canvi de lloc o de funció del treball de la treballadora embarassada o en període de lactància es realitzarà en funció de les característiques i necessitats que requereixi la treballadora en particular. Per tant, l'obligatorietat del canvi també pot existir per raó de particulars característiques de la treballadora embarassada, encara que ocupi un lloc que podria ser acceptable per una altra dona en la seva mateixa situació⁵⁴.

En conseqüència, l'empresari haurà de determinar pel canvi de lloc o de funció quins són els llocs de treball exempts de risc, prèvia consulta amb els representants dels treballadors. Aquesta consulta és obligatòria per l'empresari, però no és vinculant⁵⁵. D'aquesta manera, aquesta relació contribueix a la seguretat jurídica de les treballadores, que coneixen d'aquesta forma, i amb antelació, els llocs als quals poden ser desplaçades; igualment, l'objectivació d'aquests llocs permet als representants del personal l'eventual impugnació d'aquell o d'aquells que estimin indegudament inclosos en la relació⁵⁶.

Cal tenir present que l'empresari és el principal responsable pel que fa a la seguretat i salut dels seus treballadors en els seus llocs de treball. En concordança amb la idea, verdaderament central, que presideix tota la regulació de la salut dels treballadors, és l'empresa la que resulta obligada i assumeix la responsabilitat, sense que pugui escudar-se per incomplir les seves obligacions ni en l'eventual consentiment de la treballadora per prosseguir la seva activitat en els termes precedents, ni en la passivitat dels representants dels treballadors en ordre a emetre el seu informe, ni en qualssevol altres circumstàncies relatives al comportament de tercers⁵⁷.

⁵³ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 144.

⁵⁴ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 144-145. L'autora es remet a l'autor González Ortega, S. (2001). Seguridad Social y riesgo durante el embarazo en AA. VV (López López, J., Coord.). *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid, Marcial Pons. p. 110.

⁵⁵ Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad...* op. cit. p. 233.

⁵⁶ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.145. L'autora es remet a l'autor Montoya Melgar, A. (2000). Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales. *Aranzadi Social*, 13. p. 70.

⁵⁷ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 435.

En aquest sentit, l'article 14.4 de la LPRL recorda el deure de l'empresari de protegir als seus treballadors davant els riscos laborals encara que atribueixi algunes de les funcions en matèria de protecció i prevenció a terceres persones.

Respecte a la Directiva 92/85/CEE, és interessant comentar el seu article cinquè apartat segon el qual preveu el canvi de lloc del treball o de funció de la treballadora, a diferència del que estableix l'article 26.2 de la LPRL, quan no resulti "*técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados*"⁵⁸. A més, en referència a aquest article cinquè d'aquesta directiva, caldria argumentar que la legislació espanyola s'ha excedit en la seva transposició, doncs, segons la normativa comunitària el canvi de lloc de treball s'ha d'activar sense necessitat de que la treballadora aporti cap certificat mèdic⁵⁹.

Per tant, en aquest últim punt, la normativa espanyola exigeix més requisits per procedir el canvi de lloc o de funció del treball que la normativa comunitària en tant que exigeix un certificat mèdic i la normativa comunitària no. En aquest sentit, el requisit de la certificació no té caràcter general, sinó que es troba circumscrit a uns supòsits específics (en concret, en aquelles situacions en les quals, malgrat l'adaptació del lloc de treball, segueixen existint riscos en aquell lloc de treball)⁶⁰.

L'empresari es pot veure obligat a fer efectiu el canvi de lloc o de funció, en primer lloc, a conseqüència de l'avaluació del lloc de treball, pel qual no és necessària la presentació de cap acreditació mèdica, perquè els riscos ja han quedat acreditats per aquesta avaluació; i, en segon lloc, quan l'adaptació de les condicions de treball s'ha produït i, malgrat aquesta, les condicions del lloc de treball existeix una repercussió negativa en la treballadora embarassada o en el fetus,

⁵⁸ Així ho observa Molina González-Pumariega, R. (*La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 143) la qual entén que: "*Aunque nuestra Ley (referint-se a la LPRL), no utiliza los términos del artículo 5.2 de la Directiva 92/85 de «imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad», podemos entender que están implícitos*".

⁵⁹ Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad...* op. cit. p. 233. Les autores es remeten a l'autor Lousada Arochena, F. (1998). La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia. *Actualidad Laboral*, 38. p. 715. Al respecte, les autores qualifiquen aquest requisit com a «disfuncional» remetent-se a l'autor Fernández Orrico, F. J. (2016). La prevención de riesgos laborales en caso de maternidad. En Toscani Giménez y Alegre Nueno (Coord.), *Análisis práctico de la prevención de riesgos laborales*, Thomson Reuters, Cizur Menor. p. 437.

⁶⁰ Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad...* op. cit. p. 234. Les autores es remeten als autors Marín Alonso, I., & Gorelli Hernández, J. (2001). *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Murcia: Laborum. p. 136-140.

en aquest cas, sí que serà necessari un certificat mèdic per demostrar aquesta situació⁶¹. Així doncs, la certificació mèdica “*es necesaria cuando la adaptación del puesto de trabajo se ha producido y pese a ello existe una repercusión negativa sobre la trabajadora o el feto*”⁶².

Per altra banda, d'acord amb l'article 26.2 de la LPRL, el canvi de lloc o de funció s'haurà de portar a terme de conformitat amb les regles i els criteris que s'apliquen en els supòsits de mobilitat funcional i tindrà efectes fins al moment que l'estat de salut de la treballadora permeti la seva reincorporació al seu anterior lloc de treball. Se segueix el criteri per una modificació poc important i similar a l'acordada per l'empresa en virtut de l'*ius variandi* ordinari: dins del mateix grup o categoria equivalent, respectant les exigències de titulació acadèmica, i els límits generals a la mobilitat funcional de no menyscar la dignitat del treballador i sense perjudici de la formació i promoció professional⁶³.

Per tant, l'empresari haurà d'intentar ubicar la treballadora a un lloc de treball o funció diferent dins del mateix grup professional respectant les regles i els criteris anteriors.

Per altra banda, en el moment que l'empresari hagi de canviar a la treballadora a un lloc de treball o funció diferent s'ha d'entendre que no és possible la mobilitat geogràfica perquè ens trobaríem davant un desplaçament o trasllat seguint les regles de l'article 40 de l'ET. Encara que l'article 26 de la LPRL no estableix expressament la possibilitat d'una mobilitat geogràfica, la protecció davant al risc per a la salut constitueix un límit a la facultat empresarial d'exercir la mobilitat geogràfica: ni és possible posar-la en joc per a preservar la salut de la treballadora, ni el seu efectiu exercici pot comportar una situació de risc⁶⁴.

Ara bé, malgrat l'aplicació d'aquestes regles i criteris, si no existís un lloc de treball o funció compatible, la treballadora podrà ser destinada a un lloc no corresponent al seu grup o categoria equivalent, si bé conservarà el dret al conjunt de retribucions del seu lloc d'origen (art. 26.2 de la LPRL). Es tracta de la possibilitat de la mobilitat extraordinària prevista a l'article 39.2 de l'ET la qual exigeix que existeixin raons tècniques o organitzatives que la justifiquin i pel temps imprescindible per a la seva atenció. En aquest supòsit excepcional, però, sembla innecessari un

⁶¹ En aquests termes, ho defensa Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 146.

⁶² Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 147. L'autora es remet a Gorelli Hernández, J. (1999). La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. *Relaciones Laborales*, 24. p. 51.

⁶³ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 443.

⁶⁴ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 444.

segon certificat mèdic perquè actuï l'empresari, sent suficient amb l'emès per instar-lo a realitzar la mobilitat funcional ordinària⁶⁵.

Aquest canvi de lloc o de funció del treball, però, està limitat temporalment d'acord amb el que disposa l'apartat segon de l'article 26 de la LPRL, "*hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto*". Per tant, el canvi de lloc o de funció durarà tant com exigeixi l'estat de salut de la treballadora i del fetus o fill nou-nat⁶⁶. Pel que fa a les treballadores en període de lactància, a més de tenir en compte la salut de la dona en concret, la seva reincorporació al seu lloc de treball dependrà si les condicions de treball poden influir negativament a la salut de la dona o del fill i així ho certifiqui els Serveis Mèdics de l'Institut Nacional de la Seguretat Social o de les Mútues i un informe mèdic del Servei Nacional de Salut que assisteixi facultativament a la treballadora (art. 26.4 de la LPRL).

En aquests casos, respecte al dret de la treballadora a conservar el conjunt de retribucions del seu lloc d'origen que preveu l'article 26.2 de la LPRL, però, suposa que el nou lloc de treball no correspon una retribució superior. No obstant això, si el canvi de lloc fos a un amb major retribució, la que li correspondria a la treballadora seria la corresponent a aquell lloc, malgrat el que disposa l'article 26 de la LPRL. En cas contrari es produiria un enriquiment injust per part de l'empresari⁶⁷.

En aquest sentit, pel que fa a la mobilitat funcional, l'article 39.3 de l'ET preveu que "*el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen*".

A continuació s'estudiarà la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Tercera) d'1 de juliol de 2010 en referència al Cas Parviainen (Assumpte C-471/08)⁶⁸ respecte a la interpretació de l'article 11.1 de la Directiva 92/85/CEE en el sentit que una treballadora embarassada que, en conformitat amb l'article 5.2 de la mateixa directiva, havia estat destinada

⁶⁵ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 158.

⁶⁶ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 164.

⁶⁷ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 161. L'autora es remet a l'autor Gorelli Hernández, J. (1997). *La protección por maternidad...* op. cit. p. 300-301.

⁶⁸ Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Tercera) d'1 de juliol de 2010, assumpte C-471/08, Cas Parviainen.

provisionalment a un lloc de treball diferent a causa del seu embaràs i, a conseqüència d'aquest canvi, havia deixat de percebre la seva remuneració íntegra del seu lloc habitual de treball.

Es va plantejar una petició de decisió prejudicial pel Tribunal de Primera Instància de Hèlsinki (Finlàndia) al Tribunal de Justícia de la Unió Europea en el procediment entre Sanna Maria Parviainen, treballadora en qualitat de cap de cabina, i Finnair Oyj, companyia de transport aeri.

La Sra. Parviainen, cap de cabina de Finnair, va ser destinada a un lloc de treball en terra en conseqüència del seu embaràs en conformitat amb l'article 5.1 i 2 de la Directiva 92/85 i amb la normativa finlandesa així com amb el conveni col·lectiu del personal de vol.

Segons la demandant, l'actuació de la companyia aèria de disminuir la seva remuneració a causa del trasllat provisional del lloc de treball constituïa un comportament discriminatori contrari a la Directiva 92/85/CEE així com de la Llei d'igualtat entre homes i dones [*naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annettu laki (609/1986)*]. La demandant va reclamar el pagament, pel període que es tracta, d'una remuneració com a mínim equivalent a la que percebia en qualitat de cap de cabina.

En contra, la companyia aèria defensava que la demandant va percebre durant el seu embaràs una remuneració superior a la que es paga a un treballador que realitza habitualment un treball en terra equivalent. A més, que els complements que percebia com a cap de cabina depenien de la quantitat i la classe de vols efectuats.

Així doncs, el Tribunal de Primera Instància de Hèlsinki va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE la següent qüestió prejudicial:

Ha d'interpretar-se l'article 11, apartat 1, de la Directiva 92/85 en el sentit que ha de pagar-se a una treballadora que, a causa del seu embaràs, hagi estat destinada a un lloc de treball en el qual fa tasques menys retribuïdes que les anteriors, una remuneració d'import equivalent a la que percebia com a mitjana abans del seu trasllat de lloc de treball? D'altra banda, són pertinents a aquest efecte la classe i les causes dels complements salarials que percebia la treballadora, a més del salari base mensual?

Partint de la base que la treballadora va ser destinada provisionalment a un altre lloc de treball per garantir la seva seguretat i salut o la del fetus sense interrompre, per tant, la seva prestació de serveis d'acord amb l'article 5.2 de la Directiva 92/85, el TJUE afirma que tal reducció "*no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras, en contra de lo previsto por el noveno considerando de dicha Directiva*" (apartat 44).

Ara bé, el TJUE recorda que l'article 11.1 de la directiva estableix, en els casos contemplats en els seus articles 5 a 7, que s'ha de garantir els drets inherents al contracte de treball, incloent-hi el manteniment d'una remuneració i/o el benefici d'una prestació adequada de les treballadores embarassades, que han donat a llum o en període de lactància, d'acord amb les legislacions i/o pràctiques nacionals.

Així doncs, Finnair i el Govern finlandès defensaven que, en virtut de l'article 11.1 de la directiva, la determinació de l'import dels ingressos que s'han de pagar a una treballadora destinada provisionalment a un altre lloc de treball diferent a causa del seu embaràs s'atribueix a la facultat d'apreciació dels Estats membres.

Respecte a aquesta qüestió, el TJUE entén que és el mateix article 11.1 de la directiva que remet expressament a les legislacions i/o pràctiques nacionals. D'aquesta manera, es permet un cert marge d'apreciació a l'hora de definir les condicions de l'exercici i d'aplicació del dret a una remuneració de les treballadores embarassades a les quals es refereix l'article 5.2 de la directiva. Per tant, acaba afirmant que correspon als Estats membres determinar la remuneració en aquests casos, però en cap moment poden *“perjudicar el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, por una parte, ni tampoco dejar de considerar el hecho de que esa trabajadora sigue trabajando efectivamente y realizando las prestaciones laborales que le encarga su empresario”* (apartat 56).

A més, recorda que l'article 11.1 de la directiva només preveu una protecció mínima en relació amb el dret a ingressos de les treballadores embarassades a les quals es refereix l'article 5 de la mateixa directiva i que no existeix cap disposició que impedeixi als Estats membres preveure el manteniment de tots els components de la remuneració i de tots els complements que rebia la treballadora embarassada abans del seu embaràs i del seu trasllat provisional a un altre lloc de treball (apartat 63).

En conseqüència, el TJUE acaba conclouent que els Estats membres no estan obligats, en virtut de l'article 11.1 de la Directiva 92/85, a mantenir durant el destí provisional els components de la remuneració o els complements que depenen de l'exercici per la treballadora interessada de funcions específiques en condicions singulars i que tendeixen a compensar els inconvenients a aquell exercici (apartat 61).

Per tant, el Tribunal de Justícia adverteix que, en virtut de l'article 11.1 de la directiva, efectivament la treballadora no pot reclamar el manteniment de la remuneració íntegra que percebia abans del destí provisional (apartat 62). A més, atenent a la literalitat de l'article 11.1 de la directiva, menciona *“el mantenimiento de «una» remuneración y no de «la» remuneración de la trabajadora interesada”* (apartat 50).

Ara bé, aquesta remuneració no pot ser inferior en cap cas a la que es paga als treballadors que ocupen un lloc de treball com el que provisionalment s'ha assignat a la treballadora i, a més, aquesta té dret a percebre els components de la remuneració i els complements inherents a aquest lloc de treball, sempre que reuneixi els requisits de l'article 11.4 de la directiva (apartat 58).

Tal com assenyala l'Advocat General en les seves conclusions, el TJUE recorda que els Estats membres *“están vinculados por la naturaleza de los diferentes complementos pagados por el empresario, y que pueden constituir en algunos casos, como en el litigio principal, una parte importante de la remuneración global de la trabajadora embarazada interesada”* (apartat 59). Per tant, acaba declarant que la treballadora ha de conservar durant aquest destí el dret als components de la remuneració o als complements inherents a la seva condició professional, com els relacionats amb la seva categoria de superiora jeràrquica, amb la seva antiguitat i amb les seves qualificacions professionals (apartat 60).

En definitiva, el TJUE conclou que és possible que una treballadora embarassada pugui percebre una remuneració inferior respecte a la remuneració íntegra del seu lloc de treball habitual.

Resulta interessant comparar aquesta sentència amb la interpretació que va fer el Tribunal Suprem en la STS 43/2017, de 24 de gener de 2017, anteriorment comentada, la qual, com s'ha vist, va declarar que la disminució de la remuneració durant el període d'adaptació del lloc de treball de la treballadora a causa de la no realització de les guàrdies constituïa una vulneració del dret fonamental a la igualtat i no discriminació per raó de sexe, ja que es posava en perill l'objectiu de protecció de la seguretat i la salut de les treballadores embarassades perseguit per la legislació nacional.

Cal recordar que pel que fa la normativa interna espanyola, l'article 26.2 de la LPRL preveu que pel canvi de lloc o de funció, la treballadora podrà ser destinada a un lloc no corresponent al seu grup o categoria equivalent tenint dret a conservar *“el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”*. Per tant, es podria entendre que la legislació espanyola resulta més beneficiosa per a les treballadores embarassades quan es troben en aquestes situacions, en el sentit de garantir l'objectiu de protecció de la seguretat i la salut de les treballadores embarassades perseguit per la legislació nacional, en consonància amb la Directiva 92/85.

2.2.3 Suspensió del contracte per risc

L'últim nivell de protecció de la maternitat que preveu l'article 26 de la LPRL és la suspensió del contracte per risc. Quan el canvi de lloc no resulti tècnica o objectivament possible, o no pugui raonablement exigir-se per motius justificats, es podrà suspendre el contracte per risc durant l'embaràs durant el període necessari per a la protecció de la seguretat i la salut de la treballadora

i mentre persisteixi l'impossibilitat de reincorporar-se al seu lloc anterior o a un d'altre compatible amb el seu estat. En el mateix sentit, l'apartat quart de l'article, estableix que pel que fa a les treballadores en període de lactància, es podrà suspendre el contracte per risc durant la lactància natural de fills menors de nou mesos si es donen les circumstàncies previstes en l'apartat tercer de l'article.

És a dir, la suspensió del contracte per risc esdevindrà per dues causes: quan el canvi de lloc no resulti tècnica o objectivament possible o bé, no es pugui raonablement exigir-se per motius justificats.

Ara bé, aquest article no obliga a l'empresari a crear un nou lloc de treball compatible amb l'embaràs de la treballadora o en període de lactància natural. Són segurament en aquests casos els que la norma al·ludeix en referir-se que no sigui "*objetivamente posible*", està menys clar el supòsit en què l'impossibilitat sigui deguda a una causa "*técnica*"⁶⁹. Per exemple, si es tracta d'una empresa que desenvolupa la seva activitat durant el període nocturn, i mèdicament es considera que el treball nocturn està contraindicat per a la treballadora afectada, li resultarà objectivament impossible canviar-la a un altre lloc compatible amb la seva situació. Malgrat que en aquests casos, s'ha de recordar que l'adaptació de les condicions o del temps de treball de la treballadora en situació d'embaràs o part recent inclou, "*cuando resulte necesario*", la no realització de treball nocturn⁷⁰.

En els casos que no es pugui raonablement exigir-se per motius justificats, sembla significar que l'empresari addueix a arguments seriosos que fonamenten la seva oposició a què l'embarassada canviï de lloc⁷¹. Aquests són els supòsits els quals és possible el canvi de lloc, però aquest resulta especialment oneros per l'empresari de forma que els seus interessos es veuen afectats de manera excepcional⁷².

Per altra banda, la suspensió del contracte per risc és obligatòria i automàtica. Encara que l'article 26.3 de la LPRL no estableix expressament aquesta obligació, aquest fa referència al fet que es

⁶⁹ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 451. Pel que fa a les causes "tècniques" els autors fan referència a la possible discordança entre les capacitats de la treballadora i els eventuais destins compatibles però, sobretot, "*no debiera admitirse que por esta vía entrarán en juego supuestos en que la imposibilidad derive de una mera apreciación subjetiva*".

⁷⁰ Sempere et al. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 451.

⁷¹ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p.175.

⁷² Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 175. L'autora es remet als autors Lousada Arochena, F. (1998). *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas ...* op. cit. p. 572; Marín Alonso, I., & Gorelli Hernández, J. (2001). *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización...* op. cit. p. 133.

pot declarar el pas de la treballadora afectada a la situació de suspensió del contracte per risc durant l'embaràs o la lactància natural dels fills menors de nou mesos es podria interpretar, doncs, que l'empresari té la facultat de procedir a la suspensió del contracte o no. Tanmateix, d'acord amb la resta de les mesures contingudes a l'article 26 de la LPRL, ens trobem davant de mesures que seran d'obligat compliment tant per part de l'empresari, en la seva adopció, com per les treballadores, en el seu compliment⁷³.

En canvi, l'article 5.3 de la Directiva 92/85/CEE no planteja cap dubte d'interpretació amb el redactat següent: "*Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud*".

Per tant, es tracta d'una obligació per part de l'empresari suspendre el contracte per risc tenint en compte que aquest té el deure de vetllar per la seguretat i salut dels seus treballadors (art. 14.2 de la LPRL). D'aquesta manera, aquesta suspensió és tant un dret com un deure per a la treballadora perquè la finalitat de la norma és la de protegir tant la salut i la seguretat d'ella mateixa com la del fetus o el seu fill⁷⁴.

Sorgeixen certs problemes quan es procedeix a la suspensió del contracte per risc d'acord amb l'article 45.1.e) de l'ET i la treballadora no està conforme amb aquesta decisió. En aquests casos, haurà de complir amb aquesta ordre empresarial perquè la relació laboral, en principi, es troba suspesa. Així doncs, podrà sol·licitar la prestació econòmica a causa d'aquesta suspensió. Ara bé, no impedeix a la treballadora en concret impugnar la decisió judicialment; bé, perquè aquesta considera que la represa de l'activitat laboral és compatible amb l'embaràs o amb la lactància natural o bé perquè existeixen llocs compatibles amb la seva situació⁷⁵.

En cas contrari, si l'empresari no pren la decisió de suspendre el contracte i la treballadora creu que es troba en una situació de risc o que el nou lloc de treball no és adequat o compatible amb la

⁷³ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 176-177. Segons aquesta autora, aquesta interpretació "*parece la más coherente con el espíritu de la norma*". En termes semblants ho defensen Sempere *et al.* (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 452.

⁷⁴ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 177. En aquest sentit, aquesta autora es remet a l'autor Gorelli Hernández, J. (1999). *La reciente Ley 39/1999...* op. cit. p. 30. Aquest autor defensa que: "*Hay, por tanto, un interés social que es más importante que el interés individual de la trabajadora, por lo que puede imponerse una suspensión forzosa a la trabajadora*".

⁷⁵ Així ho defensa Sempere *et al.* (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 453.

seva situació, pot exercir totes aquelles accions legals per tal que es declari l'existència del risc o de la inadequació del lloc de treball per aconseguir la suspensió de la relació laboral prevista a l'article 26.3 i 4 de la LPRL i 45.1.e) de l'ET. En aquest cas, però, com que la relació laboral no està suspesa, per tant, no pot sol·licitar la prestació que li correspondria.

En aquest últim cas, mentre es resolgui la seva situació judicialment, la treballadora té dues opcions: 1) romandre en el seu lloc de treball (per tant, percebent el seu salari) i alhora assumint el risc per a la seva salut que entén que existeix; 2) negar-se a prestar el treball en aquestes condicions (*ius resistentiae*) reclamant judicialment la declaració d'incompatibilitat i exigint a l'empresari l'abonament dels salaris no percebuts per una causa que li és imputable⁷⁶.

Des del meu punt de vista, no resultaria beneficiosa per la treballadora seguir la primera opció, ja que quan es resolgués judicialment el seu cas, ja hauria transcorregut tota o una part de l'embaràs o del període de lactància de nou mesos portant tot aquell període suportant un risc per a la seva salut o seguretat o la del fetus o la del fill i, l'acceptació de la seva tesi pel jutge no li portaria a gaudir de la prestació, ja que, en tot cas, ha vingut percebent el salari, atès que hauria continuat treballant⁷⁷.

A continuació, es farà un breu anàlisi de la Sentència del Tribunal Suprem núm. 923/2020, de 19 d'octubre de 2020⁷⁸, en relació amb el cas d'una treballadora que li van denegar la prestació per risc durant la lactància natural de l'article 188 de la LGSS, perquè no es van quedar acreditats riscos específics per a la lactància natural sinó merament genèrics i, per tant, no es va activar la tercera mesura que preveu l'article 26.3 i 4 de la LPRL relativa a la suspensió del contracte per risc durant la lactància natural en relació amb l'article 45.1. e) de l'ET.

En aquest supòsit, la sentència recorreguda va denegar a la recurrent el dret a la prestació de risc durant la lactància natural per considerar que no existien riscos específics per a la lactància natural, per ser aquests riscos merament genèrics. En conseqüència, es va interposar recurs de cassació per a la unificació de la doctrina per la Sra. Amparo contra la sentència dictada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana (en endavant, TSJCV) en el recurs de suplicació núm. 341/2017 de 6 de febrer de 2018, dictada en interlocutòria 893/2014 pel Jutjat del Social núm. 4 d'Alacant, seguits a instància per la recurrent, contra la Mutua Ibermutuamur, l'Institut Nacional de la Seguretat Social (en endavant, INSS) i la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, sobre prestació de risc durant la lactància.

⁷⁶ Sempere *et al.* (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 453-454.

⁷⁷ Sempere *et al.* (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales...* op. cit. p. 453-454.

⁷⁸ Sentència del Tribunal Suprem núm. 923/2020 (Sala Social, Secció Primera), de 19 d'octubre de 2020 (núm. recurs 1887/2018).

La Sra. Amparo va donar a llum a dos menors en part múltiple proporcionant-los lactància natural quan prestava els seus serveis com a ATS/SAMU del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante. El lloc habitual on es prestava els seus serveis es tractava d'una sala d'uns vint metres quadrats amb un bany compartit amb la resta del personal en el qual es netejaven les restes biològiques després de cada intervenció. També hi constava dues neveres: una per conservar medicines i l'altra per guardar aliments del personal sanitari.

Davant d'aquesta situació, l'actora va sol·licitar una avaluació sobre l'adaptació del lloc de treball per a la protecció durant la lactància al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales Unidad Periférica núm. 7 de Alicante el qual va emetre un informe que contenia algunes recomanacions en casos com el de la treballadora: *“se debe(n) proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de la trabajadora, presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, por lo que hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche”*.

Per altra banda, la Dirección de Emergencias Sanitarias va dictar una resolució declarant que no resultava tècnicament possible l'adaptació o el canvi de lloc de treball, a causa de les especials característiques del lloc ATS/SAMU i la no existència de cap altre lloc de treball diferent, d'acord amb la situació de risc de la treballadora. En conseqüència, la demandant va presentar una sol·licitud de certificació mèdica sobre el risc durant la lactància natural davant la Mútua Ibermutuamur la qual li va denegar la seva expedició. Així doncs, va interposar una reclamació prèvia que igualment va ser desestimada per la mútua.

En contra d'aquesta resolució, la treballadora va interposar demanda la qual va ser estimada per la sentència del Jutjat social núm. 4 d'Alacant. En primer lloc, el jutjat va considerar que el lloc de treball de la treballadora feia molt complicada l'organització del temps per a procedir a la lactància o l'extracció de la llet materna, atès que tampoc gaudia d'una sala on pogués alletar o extreure la llet en condicions d'intimitat. En segon lloc, va declarar que el bany que compartia amb la resta del personal sanitari no garantia unes condicions òptimes d'higiene per a la lactància. I, en tercer lloc, va tenir en compte que al tractar-se d'un part múltiple, la necessitat i el temps d'extracció de la llet és major i, en conseqüència, la treballadora podria desenvolupar una patologia inflamatòria en les mames, havent patit ja tres processos de mastitis. Per tant, va acabar declarant el dret de la treballadora a percebre la prestació.

Davant d'aquesta situació, la mútua va interposar recurs de suplicació contra l'anterior resolució al TSJCV el qual va dictar sentència revocant la sentència recorreguda, desestimant la demanda i absolutent a la demandada. Es va considerar que existia un risc genèric per a qualsevol treballador en el lloc de treball de la treballadora, però no un risc específic per a la lactància, ja que no va

quedar demostrat que s'utilitzés productes o agents nocius susceptibles de ser absorbits per l'organisme de la mare i ser transmesos al nen a través de la llet materna.

En conseqüència, la Sra. Amparo va interposar recurs de cassació per a la unificació de la doctrina contra aquesta sentència de suplicació, al·legant la contradicció existent entre la sentència recorreguda i la dictada pel TSJCV i la infracció dels articles 26 de la LPRL i 135 bis i ter de la LGSS de 1994 (actualment, arts. 188 i 189 de la LGSS de 2015) en relació amb l'article 45.1 e) de l'ET.

El Tribunal Suprem recorda la rectificació i l'evolució doctrinal de la Sala a conseqüència de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea respecte a la necessitat d'acreditar riscos específics per a la lactància i no merament genèrics i, si és el cas, sobre a qui recau aquesta càrrega probatòria.

En efecte, el TS assenyala la STS 828/2019, de 4 de desembre de 2019 (rec. 2346/2017), sobre la concurrència de riscos específics per a la lactància natural.

Destaca d'aquesta sentència el que va establir el TJUE en el Cas Otero Ramos (C-531/15) respecte a la necessitat de realitzar un examen específic que tingui en compte la situació individual de la treballadora amb l'objectiu de determinar si la seva salut o la del seu fill estan exposades a un risc i és *“por ello, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele”* (FD 4, apartat segon). A més, aquesta sentència del TJUE va determinar que no es pot tractar de la mateixa manera a una treballadora en període de lactància que a qualsevol altre treballador, ja que constitueix una discriminació directe per raó de sexe, en el sentit de l'article 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE.

Pel que fa als treballs a torns i/o nocturns, la sentència del TS va establir que en el cas de treballs a torns o amb horaris i jornades que impedeixen l'alimentació regular del menor, serà necessari *“tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna.”* (FD 4, apartat tercer).

Així doncs, en el present cas el TS acaba conclouent que la prestació no hauria d'haver estat denegada a la treballadora. Argumenta que la resolució de la Dirección de Emergencias Sanitarias tenia com a conseqüència l'activació de la tercera mesura que preveu l'article 26 de la LPRL, la suspensió del contracte de treball amb la corresponent prestació econòmica per risc durant la lactància natural, atès que aquesta resolució afirmava l'impossibilitat d'adaptar el lloc de treball de la treballadora (primera mesura) i que tampoc era possible d'assignar-li un altre lloc de treball diferent (segona mesura).

Per tant, en el cas que la treballadora hagués seguit prestant els seus serveis en el seu lloc de treball, la lactància no es realitzaria 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 Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. 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”* (FD 5, apartat tercer). Això és així, tenint en compte la situació individual de la treballadora: la susceptibilitat de desenvolupar patologies inflamatòries a les mames, la sala en la qual es troba habitualment, el bany i la nevera que disposava amb la resta del personal sanitari, a més de la roba que portava i les conseqüències que es deriven les d’atendre avisos en helicòpter medicalitzat.

En conseqüència, el TS acaba afirmant que no es tractava d’una avaluació genèrica, atès que “*describía “con suficiencia” aquellos que tenían “especial y directo impacto sobre la situación de lactancia natural.”*” (FD 5, apartat tercer).

Finalment, el TS estima el recurs de cassació per a la unificació de la doctrina, desestimant el recurs interposat per la Mútua i confirmant la sentència del Jutjat Social núm. 4 d’Alacant de 4 de setembre de 2015 estimatòria de la demanda enfront de l’INSS, la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana i la Mútua, sobre prestació de risc durant la lactància natural.

3. DRETS I OBLIGACIONS DE LES TREBALLADORES DURANT LA MATERNITAT

En aquest capítol, en primer lloc, s’abordarà la qüestió relacionada amb la problemàtica que existeix entre la normativa comunitària amb l’espanyola respecte a l’obligatorietat de la treballadora embarassada de comunicar el seu estat a l’empresa per tal que se li apliqui les normes sobre prevenció de riscos laborals.

En segon lloc, s’analitzarà la titularitat, els requisits i el contingut del dret de les treballadores embarassades a absentar-se del treball per a la realització d’exàmens prenats i tècniques de preparació al part, amb dret a remuneració, sempre i quan avisi prèviament a l’empresari i justifiqui la necessitat de la seva realització dins de la jornada de treball.

I, per últim, es farà una breu exposició del dret de les treballadores a obtenir una prestació econòmica per risc durant l’embaràs i la lactància natural.

3.1 Problemàtica de l'obligatorietat de comunicar l'embaràs

La legislació espanyola no exigeix a la treballadora embarassada l'obligació de comunicar l'embaràs a l'empresa. En aquest sentit, però, es planteja el dubte de com s'aplica les normes sobre prevenció de riscos laborals si la treballadora no té l'obligació legal de comunicar el seu estat? A continuació s'analitzarà detalladament aquesta qüestió.

Pel que fa a la normativa comunitària sí que s'exigeix la comunicació de l'embaràs a l'empresari. És més, per qualificar una treballadora d'embarassada serà necessari que aquesta treballadora comuniqui efectivament el seu estat a l'empresari (art. 2.a de la Directiva 92/85/CEE).

L'objectiu de l'obligació de comunicació no és només la protecció de la salut de la dona embarassada i la del seu fetus, sinó, també, la protecció del seu lloc de treball, atès que aquesta comunicació fa que *“se ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva”*⁷⁹.

L'Informe de la Comissió sobre l'aplicació de la Directiva 92/85/CEE afirma que la major part dels Estats membres requereixen que la treballadora informi l'empresa del seu embaràs, del fet que hagi donat recentment a llum o del fet que està alletant, i el termini de protecció no comença fins que s'hagi fet efectivament aquesta comunicació⁸⁰. És important el que estableix expressament l'informe respecte a Espanya determinant que *“la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad”*. En aquest sentit, ha de quedar clar que l'obligació de l'empresari d'adoptar mesures preventives, no sorgeix des del moment en què

⁷⁹ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 92. L'autor cita el que defensa l'autora Castellano Burguillo, E. (2008). Igualdad de trato entre hombres y mujeres: concepto de trabajadora embarazada, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 96. p. 261.

⁸⁰ Informe COM/99/0100 final de la Comisión Europea, de 15 de marzo de 1999, sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. [En línia] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51999DC0100> [Consulta: 20/04/2022.]. p. 7.

la treballadora comunica el seu estat biològic, com així han establert alguns Estats membres, en clara contravenció de la Directiva marco 89/391/CEE⁸¹.

D'aquesta manera, des del punt de vista del Dret Comparat, s'observa que hi ha diferències pel que fa a aquesta obligació de comunicació entre els Estats membres de la UE. Com s'ha comentat, pel que fa a Espanya, la treballadora que no ha comunicat a l'empresa del seu estat i malgrat això l'empresa en té constància d'aquest fet, la treballadora queda automàticament protegida, mentre que a països com Finlàndia, Bèlgica i França, l'informe estableix que en aquests casos serà necessària la comunicació per obtenir la deguda protecció afirmant que "*aun cuando tampoco existe ningún requisito legal de informar a la empresa, el goce de los derechos de protección y maternidad se supedita a que se informe a la empresa*".

La legislació espanyola, com que no exigeix aquesta comunicació, constitueix una millora respecte a la legislació comunitària. En conseqüència, es pot afirmar que la legislació espanyola és més beneficiosa perquè no fa dependre l'adopció de mesures de prevenció de riscos laborals d'un requisit formal com és la comunicació a l'empresari de la situació d'embaràs, part recent o lactància⁸². L'exposició de motius de la Llei 39/1999, de 5 de novembre, per a promoure la Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores (LCVFL) va completar la transposició a la legislació espanyola les directrius marcades per la normativa internacional i comunitària superant els nivells mínims de protecció previstos en aquestes. Ni la LCVFL ni la

⁸¹ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 92-93. L'autor fa referència a la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (COM (1999) 100 - C5-0158/1999 - 1999/2151(COS))*. En l'exposició de motius d'aquesta resolució, el Parlament Europeu realitza uns comentaris sobre la Directiva 92/85/CEE i, en concret, en el punt 2.3 relatiu a l'àmbit d'aplicació de la Directiva, estableix que aquesta no té expressament cap article que determini el seu àmbit d'aplicació i que, per tant, indirectament s'estableix el de la Directiva Marco 89/391/CEE. En aquest sentit, com que l'article 2 de la Directiva 92/85/CEE estableix definicions en relació amb les treballadores afectades, però la redacció és tal que la treballadora embarassada o en període de lactància només està protegida per la Directiva una vegada que "*comunique su estado al empresario*". Com bé observa el Parlament Europeu: "*Por tanto, aparece una clara contradicción entre la Directiva marco, que prevé medidas destinadas a la protección general de los trabajadores, y esta Directiva específica, en la que las medidas de protección sólo se aplican cuando se informa al empresario sobre el estado de la mujer*". p. 14. Vegeu: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2000-0155_ES.html

⁸² Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora*... op. cit. p. 201. L'autora es remet als autors Lousada Arochena, F. (1998). La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas ... op. cit. p. 709, 713.

Llei Orgànica 3/2007 de 22 de març, per a la Igualtat Efectiva de Dones i Homes (LOIEMH) van imposar l'obligació a les treballadores de comunicar a l'empresari sobre el seu estat quan aquestes dues lleis van modificar l'article 26 de la LPRL.

L'article 25 de la LPRL relatiu a la protecció de treballadors especialment sensibles a determinats riscos menciona l'estat biològic conegut obligant a l'empresari a garantir de manera específica la protecció dels treballadors que, per les seves característiques personals o el seu estat biològic conegut, siguin especialment sensibles als riscos derivats del treball. En concret, l'article 26 de la LPRL no exigeix aquesta obligació de comunicar l'estat de la treballadora a l'empresari, per tant, el legislador no ha volgut incloure el requisit de la comunicació com una condició *sine qua non* per al desplegament de tota l'acció preventiva de l'empresari⁸³. En aquest sentit, es podria pensar que la legislació espanyola està incomplint la Directiva 92/85/CEE la qual, com s'ha comentat, obliga a la treballadora comunicar el seu estat a l'empresari, però aquesta, en el seu article segon, es remet a les legislacions i/o pràctiques nacionals la configuració d'aquesta comunicació de manera que s'entén que no és necessària la comunicació formal de l'estat biològic, podent ser la mateixa sota diferents modalitats⁸⁴.

Amb caràcter general només l'article 29.2.4º de la LPRL recull l'obligació del treballador d'informar immediatament "*acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores*". I, per altra banda, trobem el principi de cooperació recollit a l'article 29.2.6º de la LPRL el qual estableix el deure dels treballadors de cooperar amb l'empresari "*para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores*". Com que no existeix aquesta obligació en el nostre ordenament jurídic, en conseqüència, no pot haver-hi cap incompliment per part de la treballadora perquè, en el cas contrari, es produiria una discriminació directa per raó de sexe⁸⁵.

D'aquesta manera, l'article 58.1 de l'ET permet a l'empresari imposar sancions als seus treballadors per incompliments laborals, però, ara bé, pel que fa específicament a la protecció de la maternitat, l'article 26 de la LPRL no es recullen aquests deures, no podent, per tant, interpretar-se que aquells deures genèrics incloguin l'exigència que la dona treballadora informi l'empresari

⁸³ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 93.

⁸⁴ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 93.

⁸⁵ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 96.

del seu estat de gestació⁸⁶. Per tant, no és sancionable la conducta de la treballadora que no comunica el seu estat d'embaràs⁸⁷.

No obstant això, hi ha diversos autors els quals determinen que sí que podria ser sancionable l'ocultació de l'embaràs considerant aquesta conducta d'incompliment laboral la qual podria arribar, fins i tot, a l'acomiadament de la treballadora pel trencament de la bona fe contractual i les ordres empresarials⁸⁸.

En conseqüència, si la treballadora embarassada no comunica a l'empresari sobre el seu estat d'embaràs, es podria pensar que es produiria un trencament del deure de la bona fe i, per tant, constituiria un incompliment contractual previst a l'article 54.2.d) de l'ET. D'acord amb l'article 5 de l'ET, els treballadors tenen el deure bàsic de complir amb les seves obligacions en relació amb el seu lloc de treball, de conformitat amb les regles de la bona fe i diligència. Tant el treballador com l'empresari se sotmetran en les seves prestacions recíproques a les exigències de la bona fe (art. 20.2 de l'ET). El Tribunal Suprem ha interpretat el concepte de "bona fe contractual" assenyalant que *"la buena fe, en su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento"*⁸⁹. En aquest supòsit, està clar que no existeix cap infracció de la bona fe contractual pel fet que s'ometi la comunicació de la situació d'embaràs, fet que deu ser indiferent per l'empresari⁹⁰.

Respecte a aquesta problemàtica de l'obligatorietat de comunicar l'estat de la dona treballadora a l'empresari, els tribunals afirmen que encara que la legislació espanyola ometi les definicions recollides de la Directiva 92/85/CEE, entenen que *"el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85 . El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido.*

⁸⁶ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 202.

⁸⁷ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 202.

⁸⁸ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 96.

⁸⁹ Sentència del Tribunal Suprem núm. 479/2009 (Sala Civil, Secció primera), de 15 de juny de 2009 (núm. recurs 2660/2004) (F.D. 1°).

⁹⁰ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 97. L'autor es remet a l'autora Fabregat Montfort, G. (2003). ¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH -Co. Betriebs- K). *Derecho Social*, 24, p. 105.

Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 de la ley 31 /95, no se active si la trabajadora no comunica su estado -pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso- y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. De lo anterior se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de "cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores", establecida en el art. 29.2 6º de la ley 31/95, no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 de la citada ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora”⁹¹.

Per tant, la comunicació de la treballadora del seu estat a l'empresari no és exigible, atès que pertany a l'àmbit del dret a la intimitat personal i familiar recollit a l'article 18.1 de la CE. Tanmateix, si la treballadora comunica el seu estat a l'empresari, l'article 22 de la LPRL articula una sèrie de mecanismes tendents a garantir la intimitat de la treballadora, l'embaràs de la qual és objecte d'examen i la confidencialitat de les informacions relatives a la seva situació⁹². Les dades relatives a la vigilància de la salut dels treballadors no podran ser utilitzades amb finalitats discriminatòries ni en perjudici de la treballadora (art. 22.4 de la LPRL).

Però ara bé, si la treballadora no comunica el seu estat a l'empresari, no es podrà activar la protecció que ofereix l'article 26 de la LPRL i, en conseqüència, la treballadora no podrà reclamar cap responsabilitat a l'empresari per l'omissió de les mesures preventives que hauria d'haver adoptat si hagués conegut el seu estat. En el cas que l'embaràs fos notori, l'empresari sí que ha de complir amb les seves obligacions en matèria preventiva d'acord amb l'article 26 de la LPRL.

Si l'empresari coneix l'estat de la treballadora té l'obligació legal de procedir a l'avaluació dels riscos en conformitat amb l'article 26 de la LPRL, adoptant en el seu cas, les mesures necessàries, incloent-hi l'adaptació de les condicions de treball⁹³. Ara bé, independentment del coneixement o no de la situació d'embaràs, el deure de protecció de l'empresari inclou la protecció dels especialment sensibles (art. 25 de la LPRL), les avaluacions de riscos pertinents que hauran de tenir en compte tots els riscos que puguin afectar a la dona embarassada i a la seva descendència,

⁹¹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid núm. 206/2000 (Sala Social, Secció sisena), de 18 de maig del 2000 (núm. recurs 1078/2000) (F.J. 6º).

⁹² Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 205.

⁹³ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid núm. 206/2000 (Sala Social, Secció sisena) de 18 de maig del 2000 (núm. recurs 1078/2000) (F.J. 5º).

la seva eliminació o minimització i la informació sobre els riscos i sobre les mesures de protecció o de prevenció aplicables⁹⁴.

En definitiva, l'empresari haurà de preveure a l'avaluació de riscos (inicial o periòdica) de qualsevol lloc de treball, el fet que pugui ser ocupat circumstancialment per una dona embarassada o en situació de lactància natural, suposant això una millora respecte a la Directiva 92/85/CEE que parteix del supòsit de fet d'embaràs, postpart o lactància ja existents⁹⁵. D'aquesta manera, a més d'aquesta avaluació de riscos, una vegada que l'empresari coneix la situació de la dona treballadora, ja sigui perquè aquesta li ha comunicat formalment o bé perquè l'empresari en té coneixement del seu estat biològic, aquest haurà de realitzar una avaluació de riscos addicional⁹⁶ d'acord amb les mesures preventives que preveu l'article 26 de la LPRL per a la protecció de la maternitat.

En conseqüència, la falta d'adopció de mesures preventives per part de l'empresari poden constituir una infracció molt greu a causa de la inobservança de les normes específiques en matèria de protecció de la seguretat i la salut de les treballadores durant els períodes d'embaràs i lactància (art. 13.1 de la LISOS). D'igual manera constitueix una infracció molt greu l'adscripció dels treballadors a llocs de treball les condicions dels quals siguin incompatibles amb les seves característiques personals conegudes o que estiguin manifestament en estats o situacions transitòries que no responguin a les exigències psicofísiques dels llocs de treball respectius, així com la dedicació d'aquests treballadors a la realització de tasques sense prendre en consideració les seves capacitats professionals en matèria de seguretat i salut en el treball, quan en derivi un risc greu i imminent per a la seguretat i salut dels treballadors (art. 13.4 de la LISOS).

Així doncs, en el cas que una treballadora embarassada sigui adscrita a un lloc de treball les condicions de la qual siguin incompatibles amb el seu estat biològic conegut per l'empresari podria constituir, per tant, una infracció molt greu d'acord amb l'article 13.1 de la LISOS. Així mateix, si l'empresari realitza aquesta adscripció (incompatible amb el seu estat biològic) sense tenir constància de l'embaràs de la treballadora, en principi, l'empresari mancarà de

⁹⁴ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2011). *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*. p. 11.

⁹⁵ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 99.

⁹⁶ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2011). *Directrices para la evaluación de riesgos...* op. cit. p. 16.

responsabilitat, excepte que s'evidenciï que podia haver conegut l'estat de la treballadora per resultar aquest com a públic i notori⁹⁷.

En el supòsit de treballadores exposades a radiacions ionitzants, es planteja com a una “necessitat” la comunicació de la treballadora del seu embaràs o de la situació de lactància natural perquè l'empresari pugui desplegar tota la seva acció protectora⁹⁸. L'article 21.1.c) del Reial decret 783/2001, de 6 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament sobre la protecció sanitària contra radiacions ionitzants, estableix l'obligació d'informar abans d'iniciar la seva activitat al titular de l'empresa o, si és el cas, a l'empresa externa, la necessitat d'efectuar ràpidament la declaració d'embaràs i la notificació de la lactància, tenint en compte els riscos d'exposició per al fetus, així com el risc de contaminació del lactant en cas de contaminació radioactiva corporal. Una vegada que la treballadora comunica el seu estat a l'empresari es desplega l'acció protectora especial durant l'embaràs i la lactància de l'article 10 de l'anterior reglament.

A continuació, s'estudiarà la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 92/2008 (Sala Primera), de 21 de juliol de 2008⁹⁹, la qual aporta novetats respecte al dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) en relació amb el dret a la no discriminació per raó de sexe (art. 14 de la CE) i respecte a la nul·litat objectiva de l'acomiadament de les treballadores embarassades de l'article 55.5 b) de l'ET diferent de la nul·litat de l'acomiadament per causa de discriminació contemplada en el paràgraf primer d'aquest article.

En aquest cas es va presentar un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional contra la Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de 29 de març de 2006, recaiguda en el recurs de cassació per a la unificació de doctrina núm. 954/2005, la Sentència de la Sala social del Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura (en endavant, TSJE) de 17 de gener de 2005, recaiguda en el recurs de suplicació núm. 713/2004, i la Sentència del Jutjat social núm. 1 de Badajoz de 24 de març de 2004, dictada en actuacions 220/2004, sobre acomiadament.

La demandant d'empara, prestava els seus serveis com a auxiliar administratiu per a l'Asociación Provincial del Metal (Apremetal) de Badajoz quan va ser acomiadada per mitjà de carta

⁹⁷ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 99. L'autor es remet a l'autor García Viña, J. (2008). La obligación del empresario de prevenir los riesgos físicos y psico-sociales en relación a la mujer embarazada ¿qué relación existe entre esta protección y el conocimiento del embarazo después de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio?, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1, (14), p. 63-77.

⁹⁸ López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural... op. cit. p. 100.

⁹⁹ Sentència del Tribunal Constitucional núm. 92/2008 (Sala Primera) de 21 de juliol del 2008 (núm. recurs 6595/2006).

d'acomiadament la qual constava l'impossibilitat de mantenir els seus serveis per l'encariment de la seva nòmina i per resultar el seu lloc de treball com a innecessari. Tanmateix, en el mateix acte d'acomiadament, l'empresa va reconèixer la seva improcedència oferint a la treballadora la indemnització legal corresponent. En el moment de l'acomiadament, la treballadora es trobava embarassada, si bé no resulta formalment provat que l'empresa conegués el seu estat.

En conseqüència, la demandant va formular una reclamació d'acomiadament nul per discriminatori, i subsidiàriament, per improcedent, davant el Jutjat social núm. 1 de Badajoz el qual va rebutjar la seva reclamació per considerar com a no provat el coneixement de l'estat d'embaràs de la treballadora per part de l'empresa i, en tot cas, no ser aquest, sinó raons organitzatives, el motiu de l'acomiadament.

D'aquesta manera, la demandant va interposar recurs de suplicació el qual va ser desestimat pel TSJE.

Finalment, davant la desestimació del recurs de suplicació, la demandant va interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina el qual, també, va ser desestimat pel TS per falta de contradicció entre la sentència recorreguda i la proposada de contrast.

Així doncs, la demandant va interposar demanda d'empara davant el TC al·legant la vulneració per les resolucions judicials d'instància i suplicació dels drets a la igualtat i no discriminació (art. 14 de la CE) i a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), per haver-se declarat improcedent i no nul l'acomiadament del qual va ser objecte quan es trobava embarassada. D'aquesta forma, la demandant considerava que el seu acomiadament va ser motivat pel seu embaràs i que les resolucions judicials van rebutjar la declaració de la seva nul·litat perquè no es va acreditar el coneixement per l'empresa del seu estat d'embaràs requisit el qual no figura a l'article 55.5 b) de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (en endavant, ET).

Pel que fa concretament a la qüestió relativa a la vulneració del dret a la no discriminació per raó de sexe (art. 14 de la CE), el TC en diverses ocasions ha determinat que aquest tipus de discriminació *“no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6)”* (FJ 3). En conseqüència, l'Alt Tribunal especifica que aquest tipus de discriminació també succeeix amb l'embaràs, ja que resulta ser un element diferencial que només incideix exclusivament sobre les dones. D'aquesta manera, la protecció de la condició biològica i de la salut de la dona treballadora ha de ser compatible amb la conservació dels seus drets professionals,

de tal forma que la menysvaloració o el perjudici causat per l'embaràs o la successiva maternitat constitueixen un supòsit de discriminació directa per raó de sexe (FJ 3).

Respecte a la càrrega de la prova, cal que el treballador porti un índex raonable que l'acte empresarial lesiona el seu dret fonamental, principi de prova o prova versemblant dirigit a posar de manifest el motiu ocult que es denuncia i que deu permetre deduir la possibilitat de la seva concurrència (FJ 3). Una vegada que la treballadora aporta proves que demostrin que la decisió empresarial ha vulnerat el seu dret fonamental, la càrrega de la prova de demostrar que aquesta decisió obeeix a motius raonables i aliens a aquesta vulneració recau exclusivament sobre l'empresari.

Ara bé, el TC matisa que per entendre vulnerat per l'empresa el dret de la treballadora a la no discriminació per raó de sexe, no és suficient que la treballadora hagi estat acomiadada trobant-se embarassada sinó que serà necessari afegir altres elements que posin indiciàriament en connexió el factor protegit, que és l'embaràs, amb l'extinció contractual. Així doncs, les sentències del Tribunal Constitucional 41/2002, de 25 de febrer, FJ 4, i 17/2003, de 30 de gener, FJ 4, recorden respecte a aquesta qüestió que *“para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio”* (FJ 4).

El TC ha considerat en diverses ocasions que el coneixement per part de l'empresa de l'estat d'embaràs de la treballadora constitueix un requisit necessari per fonamentar l'existència de tracte discriminatori en relació amb l'acomiadament. Recorda que resulta difícil d'apreciar l'existència d'un tractament peyoratiu basat en l'embaràs quan no s'ha acreditat el coneixement per l'empresa d'aquest embaràs o de qualsevol altra situació pugui deduir-se la probabilitat de la lesió del dret de la treballadora.

D'aquesta manera, en el present cas, no es va acreditar el coneixement ni altres dades que poguessin permetre deduir la probabilitat de la lesió del seu dret. Així doncs, l'Alt Tribunal acaba determinant que efectivament no existia causa legal d'acomiadament de la treballadora i que, encara que aquesta es trobés embarassada en el moment de l'acomiadament, no era suficient per operar la inversió de la càrrega de la prova. En conseqüència, conclou que la treballadora no va aportar indicis de vulneració del seu dret fonamental i, per aquest motiu, les resolucions judicials recorregudes són conformes a la seva doctrina (FJ 4).

A més, la demandant va plantejar una segona queixa relativa a la vulneració a la tutela judicial efectiva de l'article 24.1 de la CE en relació amb l'article 14 de la CE per part de les resolucions judicials recorregudes per l'errònia interpretació d'aquestes de l'article 55.5 de l'ET per exigir el coneixement de l'empresari de la situació d'embaràs, requisit que no figura en aquest precepte legal. En aquest cas, el TC recorda que l'article 24.1 de la CE comporta el dret a obtenir una resolució fundada en Dret. Per tant, en primer lloc, la resolució ha d'estar motivada, és a dir, ha de contenir criteris jurídics que fonamentin la decisió i; en segon lloc, que la motivació ha d'estar fonamentada en Dret, per tant, no sigui conseqüència d'una aplicació arbitrària per part dels òrgans judicials (FJ 6).

Respecte a la correcta tutela judicial de l'article 24.1 de la CE quan està en joc un dret fonamental, com és el cas de l'article 14 de la CE relatiu a la no discriminació per raó de sexe, el TC determina: *“En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3)”* (FJ 6).

D'aquesta manera, el TC observa la falta de raonament i de motivació de les sentències recorregudes les quals van desestimar la pretensió de nul·litat de la demandant tenint en compte que estava en joc la tutela d'un dret fonamental.

Per una banda, la sentència de suplicació va determinar, a efectes de la Directiva 92/85/CEE, que la demandant no se li podia considerar com a dona embarassada per no haver comunicat a l'empresari el seu estat i que resultava difícil, per tant, de provar que l'acomiadament hagués estat motivat per l'embaràs, atès que l'empresari no en tenia coneixement de la seva situació (FJ 7). Davant d'aquesta argumentació, el TC recorda que la Directiva 92/85/CEE té per objecte l'establiment de “disposicions mínimes” per protegir la seguretat i salut de les treballadores embarassades (art. 118 A del Tractat de la Comunitat Econòmica Europea) i que les Directives de la UE obliguen als Estats membres destinataris *“en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios”* (art. 249 del Tractat de la Unió Europea). A més, afegeix que l'exposició de motius de la Llei 39/1999, que va modificar l'article 55.5 de l'ET¹⁰⁰, afirma expressament que amb ella es

¹⁰⁰ L'article 7.3 de la Llei 39/1999, de 5 de novembre, de Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores va modificar l'article 55.5 de l'ET redactant-lo en els següents termes:

“«5. Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.»

procedeix a la transposició de la directiva “superant els nivells mínims de protecció previstos” en aquesta (FJ 7). Per tant, encara que la Directiva exigeixi a la treballadora la comunicació a l’empresari del seu embaràs per desplegar tota la seva acció protectora no implica que s’hagi d’exigir de la mateixa manera per l’aplicació de l’article 55.5 b) de l’ET.

Un cop arribats a aquest punt, respecte a la interpretació de l’article 55.5 b) de l’ET, el TC defensa que no es pot apreciar en el precepte legal l’exigència d’acreditar el coneixement de l’embaràs per l’empresari ni tampoc el requisit d’una prèvia notificació per la treballadora a l’empresari d’aquest estat i declara que la nul·litat de l’acomiadament té caràcter automàtic (FJ 8).

És més, afirma que l’article 55.5 b) s’ha d’interpretar com a una nul·litat objectiva, diferent de la nul·litat per causa de discriminació contemplada en el paràgraf primer i “*que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación*” (FJ 8). Així doncs, aquesta nul·litat objectiva és diferent de la nul·litat per causa de discriminació del primer paràgraf de l’article 55.5 de l’ET, ja que el seu caràcter és automàtic vinculat exclusivament a l’acreditació de l’embaràs de la treballadora i, per tant, eximeix a la treballadora de presentar proves indiciàries de vulneració del seu dret, com és la del coneixement per l’empresari del seu estat d’embaràs.

En canvi, la nul·litat per causa de discriminació regeix la denominada doctrina de la prova indiciària en virtut de la qual s’ha de declarar nul tot acomiadament del qual, una vegada aportat per la treballadora un indici raonable de vulneració del seu dret fonamental, no s’hagués acreditat per l’empresari l’existència d’una causa real suficient i seriosa d’extinció que acredités que l’acomiadament era aliè a un motiu de discriminació (FJ 8).

El TC estableix que l’article 55.5 b) es configura com un mecanisme de “garantia reforçada” en la tutela de les treballadores embarassades, reforçament que posseeix una clara rellevància constitucional, des de la perspectiva del dret a la no discriminació per raó de sexe i que, al mateix

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.»

temps, resulta plenament coherent amb el reconeixement del seu dret a la intimitat personal i familiar (art. 18.1 de la CE). A més, afegeix que també constitueix un reforçament de les restants finalitats constitucionals, com la protecció de la salut i la seguretat a la qual al·ludeix la Directiva, ja siguin les referides a la protecció de la família i dels fills, emparant la lliure determinació de la treballadora a favor de la seva maternitat amb una “garantia d’indemnitat” reforçada (FJ 8).

Finalment, el TC decideix atorgar l’empara sol·licitada per la demandant i reconeix el seu dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) en relació amb el seu dret a la no discriminació per raó de sexe (art. 14 de la CE). En conseqüència, anul·la tant la sentència d’instància com la de suplicació sense estendre aquesta anul·lació a la sentència del TS que es veurà indirectament afectada per aquesta decisió i declara la nul·litat de l’acomiadament de la demandant.

La present sentència ha de considerar-se sens dubte important dins del que és la construcció doctrinal que al nostre país els tribunals han anat elaborant en els últims anys en relació amb la protecció de la posició jurídica de la dona treballadora enfront de les realitats que dificulten el seu ple desenvolupament en el mercat laboral¹⁰¹.

El TC ha determinat, com s’ha vist, que la doctrina de la nul·litat objectiva opera en tota situació d’embaràs “*al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación*”. En aquest sentit, es podria considerar a l’article 55.5 b) de l’ET com a una garantia legal reforçada a situar en el context del contingut addicional del dret a la no discriminació (art. 14 de la CE)¹⁰².

Aquesta garantia reforçada que ofereix aquest article, a més, es troba especialment vinculat amb l’article 18 de la CE a l’exonerar a la treballadora de l’obligació de presentar una prova de coneixement de l’embaràs i de tota obligació de declaració prèvia, “*sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí*”. Així, com bé defensa el TC, es garanteix l’esfera més íntima de la treballadora de mantenir legítimament fora del

¹⁰¹ Elorza Guerrero, F. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (98), p. 244.

¹⁰² Elorza Guerrero, F. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas... op. cit. p. 247. És interessant el que planteja aquest autor respecte la doctrina de la nul·litat objectiva: “*La cuestión es si la garantía reforzada que supone la nulidad objetiva no incidirá, desgraciadamente, de una forma negativa sobre las expectativas de colocación de las mujeres trabajadoras ante las reticencias empresariales, como hemos señalado anteriormente*”. Afegeix que la doctrina “*supone un paso cualitativo importante en la protección antidiscriminatoria de la mujer trabajadora*”, ja que permet complir amb altres finalitats constitucionals com ara la protecció de la família i dels fills “*al proteger en mayor medida la decisión de la trabajadoras de ser madres y traer hijos al mundo*”. p. 248.

coneixement de tercers del seu estat i, en concret, de l'empresari, per múltiples raons, com la por de perdre el seu lloc de treball a conseqüència del seu embaràs.

3.2 Dret a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part

Fins fa relativament poc temps, l'ordenament jurídic espanyol no contemplava la possibilitat de permetre a la treballadora embarassada gaudir del dret a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part.

L'article 9 de la Directiva 92/85/CEE obliga als Estats membres prendre les mesures necessàries perquè les treballadores embarassades puguin obtenir un permís sense pèrdua de remuneració per a la realització d'exàmens prenatals durant l'horari de treball. Cal tenir present, com s'ha vist, les treballadores embarassades que es refereix aquest precepte són aquelles que han comunicat el seu estat a l'empresari (art. 2. a) de la directiva).

Aquest article va ser transposat originàriament per l'article 26.4 el qual va ser modificat amb posterioritat per la Llei 39/1999 a l'article 26.5 de la LPRL. Aquest article estableix expressament el dret de les treballadores embarassades a absentar-se del treball, "*con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo*".

La Disposició Addicional 11^a de la LPRL va afegir la lletra f) a l'article 37.3 de l'ET en matèria de permisos retribuïts establint que "*por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo*". Aquest precepte pràcticament es limita a reiterar el que disposa l'article 26.5 de la LPRL, afegint que el dret es concedirà pel temps indispensable de manera que pot ser hagués estat suficient amb un sol precepte, amb l'article 37.3 f), encara que entre ells hi ha diferències subtils "*que coadyuvan recíprocamente a interpretarlos*"¹⁰³.

Tant la normativa comunitària com la norma espanyola es troben dins de la normativa sobre salut laboral¹⁰⁴, però no són pròpiament una norma de seguretat i salut laboral, sinó una més genèrica, de protecció de la maternitat i de la dona embarassada, ja que els exàmens mèdics de seguiment i

¹⁰³ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 206. L'autora es remet a l'autor Cabeza Pereiro, J. (2000). Descanso semanal, fiestas, permisos, y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (art. 37). *Civitas. Revista española de derecho del trabajo* (100), p. 803.

¹⁰⁴ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* (19), p. 28.

control de l'embaràs tenen un sentit més protector de la salut, que el permís per participar en cursos, pràctiques o ensenyaments sobre preparació al part¹⁰⁵.

Des de la perspectiva de la norma espanyola, la transposició de l'article 9 de la directiva ha estat “generosa, quizás excesiva”¹⁰⁶, atès que s’ha ampliat el dret de les treballadores embarassades de gaudir un permís sense pèrdua de remuneració tant per a la realització d’exàmens prenatals com per a la realització de tècniques de preparació al part. Es tracta d’una ampliació encomiable des del punt de vista de la treballadora, però discutible quan altera l’equivalència contractual, sent susceptible de produir l’efecte “boomerang”, retraient als empresaris i a les empresàries en la contractació de dones¹⁰⁷.

En conseqüència, ni la LPRL ni l’ET proporcionen cap solució o mesura al respecte demostrant el poc interès del legislador perquè sigui l’Estat el que, en gran mesura, assumeixi el fenomen de la maternitat, el qual, al final, recau o sobre la treballadora o sobre l’empresari¹⁰⁸. En aquest sentit, la Llei 39/1999, de 5 de novembre, de Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores, va mantenir sense canvis el permís per exàmens prenatals i tècniques de preparació al part suposant “en este aspecto una decepción considerable al desperdiciar una buena ocasión para armonizar efectivamente la vida laboral y familiar”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Molina González-Pumariiega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 206.

¹⁰⁶ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 29.

¹⁰⁷ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 29. Per recuperar l’equivalència contractual i per evitar l’efecte “boomerang”, l’autor planteja la possibilitat d’aplicar “beneficios adicionales a las empresas, como reintegrarles total o parcialmente las remuneraciones abonadas a las trabajadoras, o permitirles reducir el tiempo de permiso en las cotizaciones a la seguridad social”. O bé, també una altra solució que ofereix serien els concerts entre les empreses amb elevada contractació femenina i l’administració sanitària, per facilitar la realització d’exàmens prenatals o tècniques de preparació al part, de manera gratuïta, fora de la jornada laboral.

¹⁰⁸ Molina González-Pumariiega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 207.

¹⁰⁹ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 29. L’autor es remet el que defensen els autors Marín Alonso, I. & Gorelli Hernández, J. (2001). *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización...* op. cit. p. 52.

3.2.1 Titularitat del dret

Existeix una veritable problemàtica relativa en la titularitat d'aquest dret, atès que no hi ha unanimitat sobre aquesta qüestió ni en la llei ni en la doctrina. Per una banda, l'article 26.5 de la LPRL fa referència a "*las trabajadoras embarazadas*", mentre que per altra banda, l'article 37.3.f) de l'ET sense distingir el sexe, parla en general de qualsevol "*trabajador*". En conseqüència, podria presumir-se la possibilitat que l'home treballador pogués gaudir també d'aquest permís.

En efecte, existeix una part de la doctrina que defensa l'extensió del dret a l'home treballador, ja que entenen que és recomanable la seva presència en les tècniques de preparació al part¹¹⁰ i la possibilitat que acompanyi a l'embarassada als seus reconeixements mèdics¹¹¹.

Així, si s'estengués aquest dret als homes treballadors, es contribuiria a crear una major consciència social sobre la responsabilitat dels pares amb la família i la necessitat de compartirla amb les dones, evitant l'efecte "*boomerang*" anteriorment mencionat que pot produir-se cap a les dones treballadores¹¹². Ara bé, resulta difícil d'arribar a aquesta conclusió, atès que l'article 37.3. f) no estableix res al respecte i quan el que es diu expressament en l'article 26.5 de la LPRL ens porta a una altra solució, sense perjudici, de la millora a través de la negociació col·lectiva¹¹³.

En canvi, els pronunciaments judicials respecte a aquesta qüestió han determinat que la titularitat del permís per a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part recau exclusivament sobre la condició femenina. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 17 de gener de 2005 va establir que "*la realización de técnicas de preparación al parto implica una actividad reservada a la mujer, puesto que sólo ella puede culminar mediante el alumbramiento el período de gestación y, desde esta perspectiva, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal (...)*"¹¹⁴.

¹¹⁰ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 208. L'autora es remet el que defensa l'autora Argüelles Blanco, A. R. (1998). *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. p. 78.

¹¹¹ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30. L'autor es remet el que manifesta l'autor Valle Muñoz, F. A. (1999). *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Madrid: Editorial Colex. p. 21-22.

¹¹² Així ho defensa l'autora Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 208.

¹¹³ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30.

¹¹⁴ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid núm. 2/2005 (Sala Social, Secció primera), de 17 de gener del 2005 (núm. recurs 6305/2004) (F.J. 5º).

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia de 23 d'abril de 2007 va considerar que *“no resulta presumible en modo alguno que la introducción de ese apartado en el artículo 37.3 ET se hiciese en términos distintos y con mucha mayor extensión que la regulada en la propia Ley que acordaba esa introducción, sino que por el contrario la interpretación sistemática de los preceptos citados y de las Directivas a que se ha hecho referencia anteriormente, 89/391/CEE y 92/85/CEE, (...), conducen a la conclusión contraria de que el derecho o licencia solicitada corresponde únicamente a la mujer embarazada, dado que (...) para el caso de exámenes prenatales y de realización de técnicas de preparación al parto de su cónyuge durante la jornada laboral, debería haberse indicado expresamente (...)*”¹¹⁵.

D'aquesta manera, es conclou que denegar aquest dret al pare no suposa l'existència de discriminació o tracte desigual de l'article 14 de la CE, atès que en absolut resulten equiparables la situació del treballador cònjuge d'una dona embarassada i la d'una treballadora embarassada: *“dado que los exámenes prenatales y la realización de técnicas de preparación al parto implican una actividad reservada a la mujer, y, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal, sin que quepa apreciar en la respuesta denegatoria de la Administración demandada la existencia de discriminación o trato desigual vulnerador del artículo 14 CE, dado que en absoluto resultan equiparables la situación del trabajador cónyuge de una mujer embarazada y la de una trabajadora embarazada.”*.

3.2.2 Requisites

Els requisits que s'exigeixen per a l'obtenció del permís d'acord amb l'article 26.5 de la LPRL són, en primer lloc, el previ avís a l'empresari i, en segon lloc, la justificació de la necessitat de la seva realització dins de la jornada de treball. Per altra banda, l'article 37.3. f) de l'ET també exigeix aquests requisits.

Pel que fa al previ avís, és necessari que la treballadora embarassada comuniqui amb antelació a l'empresari per obtenir aquest permís. Tal condició d'exercici per al gaudi del permís és qualificable d'una manifestació del deure genuí de la bona fe¹¹⁶. Ara bé, no s'especifica expressament quant de temps ha de ser aquesta antelació mínima per a poder obtenir-lo. Caldria vincular el temps de preavís a la posició que ocupi la treballadora (i fins i tot, el treballador, ja

¹¹⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia núm. 1431/2007 (Sala Social, Secció primera), de 23 d'abril del 2007 (núm. recurs 599/2006) (F.J. Únic).

¹¹⁶ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30.

que hem defensat que pot fer ús d'aquest en el cas concret) en el procés productiu de l'empresa, així com a la complexitat o a les dificultats que significa per aquest procés productiu l'absència de la treballadora, sent en qualsevol cas un temps indispensable que permeti a l'empresari adoptar les mesures de reorganització necessàries¹¹⁷.

El contingut de la comunicació prèvia a l'empresari, que pot fer-se tant de forma oral com escrita¹¹⁸, haurà de contenir la previsió del temps necessari per a la realització dels exàmens prenatals o les tècniques de preparació al part i la justificació de la necessitat d'obtenir el permís dins de la jornada de treball. Resulta més difícil determinar la previsió del temps quan es tracta d'exàmens prenatals, ja que dependrà del temps que requereixi el facultatiu per tal efecte. En canvi, quan es tracti de tècniques de preparació al part, atès que es programen, seria factible, si es conegués des d'un inici l'horari de la totalitat de les sessions, un previ avís general, evitant "*la petición individualizada para cada ocasión*", sense perjudici, naturalment, de comunicacions puntuals si es produïssin canvis en aquesta programació¹¹⁹.

Per altra banda, l'exigència de justificar la necessitat de la realització dels exàmens prenatals o de les tècniques de preparació al part dins de la jornada de treball, s'haurà d'acreditar a través d'algun mitjà que resulti suficient per comprovar la veracitat d'aquest¹²⁰, com per exemple una certificació de la persona o del centre que realitzi l'examen prenatal o la tècnica de preparació al part, una certificació que podrà ser anterior o posterior a aquesta realització¹²¹.

¹¹⁷ Molina González-Pumariiega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 210.

¹¹⁸ Tanmateix, segons F. Lousada Arochena (El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30) aconsella que la comunicació sigui per escrit per raons de seguretat jurídica: "*Aunque la forma escrita es aconsejable tanto en atención a la buena fe contractual como a la seguridad jurídica, sobre todo si consideramos el contenido a veces complejo del previo aviso –el tiempo previsible de duración del permiso, o un previo aviso general–*".

¹¹⁹ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30. L'autor es remet a l'autora Sánchez Trigueros, C. (1999). *Los permisos retribuidos del trabajador*. Pamplona: Editorial Aranzadi. p. 180.

¹²⁰ Molina González-Pumariiega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 211. L'autora es remet a l'autora Rivas Vallejo, M.P. (1997). Los permisos retribuidos por causa de maternidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (173-174). p. 65.

¹²¹ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30. Respecte l'emissió d'una justificació anterior, l'autor recorda que "*las especialidades del derecho, cuya duración se limita al tiempo imprescindible, obligarán, además, a que, sin perjuicio de haberse emitido una justificación anterior, se emita otra posterior para especificar el tiempo real empleado en el examen prenatal o en la técnica de preparación al parto*".

Ara bé, la necessitat de justificar la realització dels exàmens prenatals o les tècniques de preparació al part dins de la jornada de treball d'acord amb l'article 37.3 f) de l'ET i amb l'article 26.5 de la LPRL, es planteja la possibilitat que l'empresari pugui negar-se a emetre el permís per l'existència d'altres centres assistencials els horaris dels quals no coincideixin amb la seva jornada de treball. La resposta és negativa, atès que implicaria coartar la lliure opció de la treballadora, però sí que podria denegar el dret si la persona encarregada del centre assistencial pogués atendre a la treballadora en un horari que no coincidís amb la jornada laboral¹²².

La falta d'informació a l'empresari, es podria considerar un incompliment laboral encara que es pot justificar amb posterioritat (com ocorre amb els permisos de l'article 37.3 de l'ET) a causa de la forma imprevisible que a vegades es produeix aquesta situació¹²³.

3.2.3 Contingut del dret

Cap dels dos preceptes (26.5 de la LPRL i 37.3 f) de l'ET) fan referència expressament en què consisteixen els exàmens prenatals i les tècniques de preparació al part.

Per exàmens prenatals s'entenen els exàmens tendents a comprovar l'estat de salut de la treballadora i/o del fetus, mentre que per tècniques de preparació al part s'entenen les tècniques tendents a facilitar l'adequat desenvolupament de l'infantament (com ocorre amb la gimnàstica)¹²⁴, tant aquelles tècniques destinades a millorar físicament com psicològicament a l'embarassada¹²⁵.

Tractant-se de dos conceptes no jurídics, hem d'acudir a la Medicina per tal de delimitar el seu contingut tenint en compte que d'aquest dret neix d'una norma de salut laboral i, per tant, sembla

¹²² Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30.

¹²³ Així ho defensa l'autora Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 212.

A efectes de l'article 58.1 de l'ET, es podria considerar com un incompliment laboral: "*Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable*".

¹²⁴ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 30.

¹²⁵ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 212. L'autora es remet a l'autor Valle Muñoz, F. A. (1999). *La protección laboral de la maternidad...* op. cit. p. 23.

raonable “*que la etiología de esta disposición actúe como criterio indicativo: se trata de los exámenes y técnicas ligadas a las comprobaciones necesarias acerca de la salud durante el embarazo*”¹²⁶.

Una de les conseqüències jurídiques que implica gaudir d'aquest dret és el dret a obtenir una remuneració. Tractant-se d'un autèntic dret subjectiu, atès que no estem davant d'una facultat discrecional de l'empresari¹²⁷, l'empresari l'haurà d'entregar necessàriament quan existeixi causa legal per a la interrupció, en el cas que tractem, l'examen prenatal o el curs de preparació al part, sempre que s'acrediti la seva necessitat de realitzar-los en horari de treball¹²⁸.

La duració d'aquesta absència dependrà del temps de superposició dels exàmens prenatals o les tècniques de preparació al part amb la jornada de treball¹²⁹, tenint en compte, però, que la duració del dret a absentar-se serà el “*tiempo indispensable*” d'acord amb l'article 37.3. f) de l'ET. En aquest sentit, es podria computar com a temps indispensable el derivat dels desplaçaments al centre assistencial i, si és el cas, les esperes en el centre assistencial? En aquests casos, sí que es podria computar com a temps indispensable amb la corresponent retribució del temps d'aquest desplaçament i, si s'escau, d'aquestes esperes¹³⁰.

En qualsevol cas, es podrà fer ús del permís tant immediatament abans de l'inici de la jornada de treball, incorporant-se després, com després d'iniciada aquella, ja que el moment previst per a la realització dels exàmens i/o tècniques de preparació al part, en principi depèn de la institució que els realitza¹³¹.

A més, es tracta de dos permisos amb diferents finalitats, són susceptibles de ser gaudits “*en días diferentes, y teniendo en cuenta, además, que no se limita el número de estos permisos, siendo*

¹²⁶ Molina González-Pumariéga, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 212. L'autora es remet a l'autora Sánchez Trigueros, C. (1999). *Los permisos retribuidos...* op. cit. p. 177 i a l'autor Valle Muñoz, F. A. (1999). *La protección laboral de la maternidad...* op. cit. p. 24.

¹²⁷ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 31.

¹²⁸ Molina González-Pumariéga, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 213.

¹²⁹ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 31.

¹³⁰ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 31.

¹³¹ Molina González-Pumariéga, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 213. L'autora es remet a les autors Rivas Vallejo, M.P. (1997). *Los permisos retribuidos por causa de maternidad...* op. cit. 61 i Sánchez Trigueros, C. (1999). *Los permisos retribuidos...* op. cit. p. 179.

*indiferente que, por ejemplo, la trabajadora se ausente por dos días consecutivos, (o) ambos en la misma jornada de trabajo, de forma continua o discontinua, según los casos*¹³².

Es tracta d'un dret irrenunciable de conformitat amb el que disposa l'article 3.5 de l'ET. Resulta evident que la treballadora pot exercir o no el seu dret i, en el cas que no l'exerceixi, suposaria deixar de realitzar els exàmens prenatals o les tècniques de preparació al part, la qual cosa, per als exàmens prenatals, és improbable, però no per a alguna sessió de tècniques de preparació al part¹³³.

3.3 Dret a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs i la lactància natural

Com s'ha explicat, la tercera mesura preventiva que preveu l'article 26 de la LPRL és la suspensió del contracte per risc durant l'embaràs i la lactància natural, contemplada a l'article 45.1. e) de l'ET. La prestació econòmica de risc durant l'embaràs tracta de cobrir la pèrdua d'ingressos que es produeix, quan la treballadora és declarada en situació de suspensió del contracte de treball per risc durant l'embaràs, en els supòsits en que, havent de canviar de lloc de treball o d'activitat per un altre compatible amb el seu estat, aquest canvi no resulti tècnica o objectivament possible o no pugui raonablement exigir-se per motius justificats segons l'article 26.3 de la LPRL¹³⁴.

La incorporació de la prestació econòmica per risc durant l'embaràs per la Llei 39/1999, de 5 de novembre, per a promoure la Conciliació de la Vida laboral i Familiar de les persones treballadores (LCVFL), recollida als articles 186 i 187 del Capítol VIII, Títol II, de la Llei General de la Seguretat Social (LGSS), ha suposat que la prestació econòmica s'inclogui en el sistema de la Seguretat Social, situació que afavoreix la contractació de dones i la seva permanència en el mercat de treball, atès que no implica un cost afegit per a l'empresari¹³⁵.

Així, també pel que fa a la situació de lactància, es va introduir una nova prestació econòmica per risc durant la lactància natural per la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la Igualtat

¹³² Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 31.

¹³³ Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto... op. cit. p. 32.

¹³⁴ Camas Roda, F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...*, op. cit. p. 220-221.

¹³⁵ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p. 186.

Efectiva de Dones i Homes (LOIEMH) incorporada també en el sistema de la Seguretat Social regulada en el Capítol IX del Títol II de la LGSS (arts. 188 i 189 de la LGSS).

El RD 295/2009, de 6 de març, desenvolupa reglamentàriament la normativa legal aplicable als subsidis per maternitat i per risc durant l'embaràs i de les normes reguladores dels subsidis per paternitat i per risc durant la lactància natural.

D'aquesta manera, amb aquestes incorporacions s'ha satisfet l'exigència de la Directiva 92/85/CEE la qual preveu la dispensa de la prestació econòmica de la treballadora per risc durant l'embaràs i la lactància. Segons l'article 11 d'aquesta directiva, la treballadora amb el seu contracte suspès per risc durant l'embaràs se li haurà de garantir "*el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada*"¹³⁶. Aquesta prestació serà adequada quan es garanteixi "*unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibía la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales*".

La novetat que ha introduït LOIEMH respecte a la prestació corresponent a la situació de risc durant l'embaràs fa referència a que aquesta tindrà la naturalesa de prestació derivada de contingències professionals, per la qual cosa es calcularà com la incapacitat temporal derivada de riscos professionals, si bé el subsidi serà l'equivalent al 100% de la base reguladora corresponent i es gestionarà per l'entitat gestora o la Mútua en funció de l'entitat amb la qual l'empresa tingui concertada la cobertura dels riscos professionals. Per tant, s'equipara a la del risc durant l'embaràs (art. 26.4 de la LPRL)¹³⁷.

1) Situació protegida

De conformitat amb el que disposa l'article 186 de la LGSS i l'article 31 del RD 295/2009 es considera situació protegida aquella en què es troba la treballadora embarassada durant el període de suspensió del contracte de treball en els supòsits en què, havent la treballadora de canviar de lloc de treball per un altre compatible amb el seu estat, en els termes previstos en l'article 26.3 de la LPRL, aquest canvi de lloc no resulti tècnica o objectivament possible, o no pugui raonablement exigir-se per motius justificats. Els articles 188 de la LGSS i 49 del RD 295/2009 estableixen en

¹³⁶ Molina González-Pumariega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora...* op. cit. p 187.

¹³⁷ Blasco Lahoz, J. F., & López Gandía, J. (2012). *Curso de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 421.

termes semblants respecte la situació protegida a efectes de la prestació econòmica per risc durant la lactància natural.

No es considerarà situació protegida la derivada de riscos o patologies que puguin influir negativament a la salut de la treballadora o del fetus, quan no estigui relacionada amb agents, procediments, o condicions de treball del lloc exercit¹³⁸.

Així doncs, per a accedir a la prestació de risc durant l'embaràs s'ha d'acreditar l'existència dels riscos en el lloc de treball per a la salut de la mare o del fetus en el moment de la sol·licitud mitjançant un certificat i, a més, s'ha de complir tots els requisits previstos de manera successiva, això és, la identificació de riscos específics, l'impossibilitat d'adaptació de les condicions del lloc específic i per últim l'impossibilitat de canvi de la treballadora a un altre lloc que no tingui aquests riscos¹³⁹.

2) *Beneficiàries*

Seràn beneficiàries del subsidi les treballadores per compte d'altri, en situació de suspensió del contracte de treball per risc durant l'embaràs, sempre que estiguin afiliades i en alta en algun dels règims del sistema de la Seguretat Social en la data en què s'iniciï aquesta suspensió (art. 32.1 del RD 295/2009).

En els mateixos termes, també s'inclouen a les treballadores integrades en el Règim Especial de la Seguretat Social dels Empleats de la Llar, que prestin els seus serveis per a una llar amb caràcter exclusiu.

Amb certes particularitats establertes a l'article 34 del RD 295/2009, les treballadores contractades a temps parcial també tindran dret a aquesta prestació.

Fins i tot, aquestes treballadores (en situació d'alta) tindran dret a obtenir aquest subsidi quan la seva empresa hagi incomplert amb les seves obligacions.

No serà necessari que acreditin un període mínim de cotització¹⁴⁰.

¹³⁸ Blasco Lahoz, J. F., & López Gandía, J. (2012). *Curso de Seguridad Social...* op. cit. p. 417.

¹³⁹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Santa Cruz de Tenerife núm. 460/ 2021 (Sala Social, Secció Primera), de 21 de juny de 2021 (núm. recurs 33/2021) (FD 2).

¹⁴⁰ Blasco Lahoz, J. F., & López Gandía, J. (2012). *Curso de Seguridad Social...* op. cit. p. 418.

3) La prestació

La prestació econòmica que preveuen els articles 187 de la LGSS i 33 del RD 295/2009 consistirà en un subsidi equivalent al 100 per 100 de la base reguladora corresponent. A tals efectes, la base reguladora serà equivalent a la que estigui establerta per a la prestació d'incapacitat temporal, derivada de contingències professionals¹⁴¹. En el seu cas, la base reguladora serà l'equivalent a l'establerta per a la prestació per incapacitat temporal derivada de contingències comunes, quan el règim que es tracti no contempli la cobertura de les contingències professionals, prenent com a referència la data la qual s'inicia la suspensió del contracte de treball (art. 34 del RD 295/2009¹⁴²).

a) Naixement, duració i extinció de la prestació

El dret al subsidi neix el dia que s'inicia la suspensió del contracte de treball o el permís per risc durant l'embaràs. Aquest subsidi s'abonarà durant tot el període de suspensió o permís necessari per a la protecció de la seguretat o de la salut de la treballadora o del fetus, i finalitzarà el dia anterior a aquell en què s'iniciï la suspensió del contracte de treball per maternitat o el de reincorporació de la treballadora al seu lloc de treball o a un altre compatible amb el seu estat (art. 187 de la LGSS i art. 35 del RD 295/2009).

Pel que fa a la prestació econòmica per risc durant la lactància natural, se li reconeixerà a la treballadora en els termes i condicions previstos per a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs, i s'extingirà en el moment que el fill compleixi nou mesos, tret que la beneficiària s'hagi reincorporat amb anterioritat al seu lloc de treball o a un altre compatible amb la seva situació, i en aquest cas s'extingirà el dia anterior al d'aquesta reincorporació tal com preveu l'article 189 de la LGSS.

A més, l'extinció de la prestació també s'efectuarà quan s'extingeixi el contracte de treball en virtut d'alguna de les causes legalment establertes, per interrupció de l'embaràs o de la lactància natural i per defunció de la treballadora o beneficiària o del fill lactant (art. 35.4 i 50.3 del RD 295/2009).

¹⁴¹ Camas Roda. F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales...*, op. cit. p. 221.

¹⁴² L'article 34 del RD 295/2009 preveu diverses situacions cada una amb les seves particularitats per al càlcul del subsidi per risc durant l'embaràs: les situacions de pluriocupació, pluriactivitat, treballadores contractades a temps parcial, treballadores contractades per a la formació i de col·lectius d'artistes i de professionals taurins.

b) Gestió de la prestació

Al considerar-se com un risc professional serà gestionada directament per l'Entitat Gestora o Mútua per la qual hagi optat l'empresa per a la cobertura dels riscos professionals¹⁴³.

L'article 38 del RD 295/2009 estableix que el pagament del subsidi es realitzarà també per l'entitat gestora o la mútua col·laboradora, pels períodes mensuals vençuts.

c) Conseqüències jurídiques

Segons l'article 37.1 del RD 295/2009 relatiu a l'incapacitat temporal i el risc durant l'embaràs, no procedeix el reconeixement de la prestació de risc durant l'embaràs si la treballadora es troba en situació d'incapacitat temporal, fins que s'extingeixi la situació d'incapacitat temporal per qualsevol de les causes legals o reglamentàriament establertes. En conseqüència, tampoc podrà sol·licitar la prestació per incapacitat temporal si es troba en situació de risc durant l'embaràs (art. 37.2 del RD).

Durant la prestació per risc durant l'embaràs i durant la lactància natural es manté l'obligació de cotitzar encara que suposin una causa de suspensió de la relació laboral d'acord amb l'article 144.4 de la LGSS. Així també ho preveu la recent *Orden PCM/244/2022*, de 30 de març¹⁴⁴, en el seu article sisè.

Respecte a la incompatibilitat entre les prestacions econòmiques d'incapacitat temporal i per risc durant l'embaràs durant el mateix període de temps, resulta interessant la conclusió que va arribar el Tribunal Superior de Justícia de Canàries en la seva sentència núm. 460/2021, de 21 de juny de 2021¹⁴⁵, en el cas d'una treballadora que, abans del reconeixement del dret a la prestació de risc durant l'embaràs que havia sol·licitat, havia entrat en la situació d'incapacitat temporal derivada de malaltia comuna a causa de les dificultats i problemàtiques derivades de la incompatibilitat manifesta entre el seu estat de gestació i l'exercici ordinari de les seves funcions com infermera (ATS-DUE) en un hospital. Així doncs, el sistema d'incompatibilitats entre les

¹⁴³ Blasco Lahoz, J. F., & López Gandía, J. (2012). *Curso de Seguridad Social...* op. cit. p. 418.

¹⁴⁴ Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022. (*Boletín Oficial del Estado*, [en línia], de 31 de marzo de 2022, 77, pp. 42671-42706). <https://www.boe.es/eli/es/o/2022/03/30/pcm244> [Consulta: 26/04/2022.].

¹⁴⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Santa Cruz de Tenerife núm. 460/ 2021 (Sala Social, Secció Primera), de 21 de juny de 2021 (núm. recurs 33/2021).

prestacions econòmiques d'incapacitat temporal i risc durant l'embaràs de l'article 37 del RD 295/2009 no es donava en aquest supòsit, atès que *“pues no es que la actora se encontrara en situación de incapacidad temporal (por tanto no trabajando) y solicite las prestaciones de riesgo durante el embarazo (riesgo que no puede existir si no se trabaja), ni que se encontrara con su contrato ya suspendido por riesgo durante el embarazo y pretenda además pasar a situación de incapacidad temporal, sino que, ya solicitada la prestación de riesgo durante el embarazo y antes de su reconocimiento entra en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, expidiendo el médico de atención primaria los partes de baja para proteger a la misma ante la situación de riesgo evidente en la que se encontraba”* (FD 2, apartat tercer).

En conseqüència, arriba a la conclusió que la incompatibilitat entre les prestacions econòmiques d'incapacitat temporal efectivament percebudes per la treballadora i les que havia d'haver percebut per risc durant l'embaràs durant els mateixos períodes *“no ha de ser resuelta privando a la trabajadora de la cobertura por maternidad, como hace la Magistrada de instancia, sino mediante las compensaciones y reintegros a que hubiere lugar en derecho entre la beneficiaria y las entidades responsables del pago de las mismas.”* (FD 2, apartat tercer).

d) Procediment per al reconeixement del dret

L'article 39 del RD 295/2009 regula el procediment per al reconeixement del dret al subsidi el qual s'analitzarà a continuació. Segons aquest article, s'inicia a instància de la interessada, mitjançant un informe que haurà de sol·licitar al facultatiu del Servei Públic de Salut el qual haurà d'acreditar la situació d'embaràs i la data probable del part.

Una vegada que la treballadora compti amb aquest informe, necessitarà un certificat de l'empresa sobre l'activitat desenvolupada i les condicions del lloc de treball per tal d'obtenir l'emissió de la certificació mèdica sobre l'existència de risc durant l'embaràs davant l'entitat gestora o col·laboradora que correspongui, d'acord amb l'article 26 de la LPRL. L'entitat gestora o col·laboradora, però, poden considerar que no es produeix la situació de risc durant l'embaràs i, conseqüentment, denegaran l'expedició de la certificació mèdica comunicant a la treballadora que no es pot iniciar el procediment que persegüia per l'obtenció de la prestació.

En el cas que se certifiqui el risc, si no ha estat possible el canvi de lloc de treball, l'empresa tindrà l'obligació de declarar a la treballadora en situació de suspensió del contracte per risc durant l'embaràs.

El següent pas serà sol·licitar a la direcció provincial competent de la corresponent entitat gestora de la província del domicili de la treballadora, o davant la mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social que li correspongui.

Les sol·licituds es formularan en els models establerts a aquest efecte i hauran d'estar acompanyades preceptivament pels documents següents:

- a) Certificació mèdica sobre l'existència de risc durant l'embaràs, en aquells supòsits en els quals no obri en poder de l'entitat gestora o col·laboradora.
- b) Declaració de l'empresa sobre la inexistència de llocs de treball compatibles amb l'estat de la treballadora o, quan aquests existeixin, sobre l'impossibilitat, tècnica o objectiva, de realitzar el trasllat corresponent, o que no pugui raonablement exigir-se per motius justificats. A més, haurà de contenir la data en la qual la treballadora ha suspès la relació laboral.

Aquesta declaració haurà d'anar acompanyada d'un informe sobre aquests particulars emès pel servei de prevenció propi de l'empresa, sempre que compti amb l'especialitat preventiva de vigilància de la salut, o per l'entitat especialitzada que desenvolupi per a l'empresa, basant-se en el corresponent concert, les funcions de servei de prevenció d'altri.

- c) Certificat d'empresa en el qual consti la quantia de la base de cotització de la treballadora per contingències professionals, corresponent al mes anterior al de l'inici de la suspensió del contracte de treball i, si és el cas, les quantitats de percepció no periòdicament abonades a la treballadora durant l'any anterior a la data de la suspensió del contracte. D'igual manera, s'haurà de constar la cotització per realització d'hores extraordinàries l'any anterior a l'inici de la suspensió laboral.

Així doncs, un cop que es presenti tota la documentació i es comprovi tots els requisits pel reconeixement del dret a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs, l'entitat gestora dictarà una resolució expressa la qual haurà de ser notificada en el termini de trenta dies comptats des de la recepció de la sol·licitud de la interessada.

CONCLUSIONS

PRIMERA:

La protecció de la maternitat ha estat una de les preocupacions més importants en els darrers anys pel dret laboral. En efecte, s'ha vist una clara evolució normativa en la matèria des de la incorporació de les dones en el món laboral. Així, la legislació actual ofereix un gran ventall de protecció amb l'objectiu de millorar la seguretat i la salut de les treballadores embarassades o en període de lactància per tal que no es vegin perjudicades en relació amb el seu desenvolupament professional. D'aquesta manera, l'adopció de mesures legislatives que garanteixen els drets laborals i la igualtat de condicions entre homes i dones en assumptes laborals tenen la seva raó de ser en la voluntat d'eliminar qualsevol tracte discriminatori per raó de sexe i, per tant, constitueix una discriminació directa o indirecta el tracte menys favorable a una dona amb relació a l'embaràs o la lactància natural en el treball.

SEGONA:

En virtut del deure correlatiu de protecció dels treballadors, l'empresari té l'obligació de protegir la salut i la seguretat de les treballadores embarassades o en període de lactància enfront dels riscos laborals tenint en compte que aquestes treballadores són considerades d'especialment sensibles als riscos que poden originar-se en el lloc de treball. Per tant, requereixen una especial protecció que, en cap cas, constitueix una vulneració al principi d'igualtat i de no discriminació per raó de sexe de l'article 14 de la CE, atès que l'objectiu no és beneficiar la situació de la dona sinó evitar que la situació de la maternitat provoqui conseqüències negatives en el treball i així aconseguir una vertadera igualtat d'oportunitats entre homes i dones.

TERCERA:

Durant l'avaluació inicial, l'empresari ha d'observar els factors de risc objectius que es puguin produir a raó del lloc de treball i, durant l'avaluació continuada, els factors de risc subjectius que puguin derivar-se en atenció a les condicions particulars de cada treballadora, ja que la situació d'embaràs o de lactància pot comportar diferents riscos depenen de cada cas concret. En conseqüència, la no realització d'una avaluació específica que tingui en compte la situació individual de la treballadora pot constituir una discriminació directa per raó de sexe. No només s'hauran d'adoptar mesures quan es presenta un risc real i precís, sinó que també, respecte a tots aquells riscos que siguin potencialment probables de repercutir sobre l'embaràs o la lactància.

QUARTA:

Una vegada l'empresari realitza l'avaluació de riscos i efectivament es revela un risc per a la seguretat i la salut o una possible repercussió sobre l'embaràs o la lactància, l'empresari haurà d'adoptar totes aquelles mesures necessàries per evitar l'exposició de la treballadora a aquest risc en qüestió. Així doncs, haurà d'adaptar les condicions o del temps de treball d'aquestes treballadores, incloent-hi la no realització de treballs nocturns o a torns. Ara bé, la norma no estableix expressament que la treballadora continuï rebent la retribució corresponent al seu lloc habitual. Ha estat el TS qui s'ha pronunciat al respecte declarant que la reducció salarial durant aquest període d'adaptació constitueix una vulneració del dret a la igualtat i no discriminació per raó de sexe, ja que es posa en risc l'objectiu de protecció de la seguretat i de la salut d'aquestes treballadores. En contraposició, la jurisprudència del TJUE sí que defensa la possibilitat de no mantenir la remuneració íntegrament, atès que la norma comunitària permet als Estats membres determinar la remuneració en aquests casos, però sense oblidar l'objectiu de protecció anterior i la conservació dels complements inherents de la condició professional de les treballadores.

CINQUENA:

En el cas que l'adaptació de les condicions o del temps de treball no resulti possible o, malgrat l'adaptació, les condicions de treball puguin influir negativament en la salut de la treballadora embarassada o en període de lactància o pel seu fill o pel seu fetus, l'empresari haurà de canviar-la a un altre lloc de treball o funció diferent compatible amb el seu estat. En aquests casos, s'haurà d'acreditar a través d'una certificació mèdica per demostrar la necessitat d'aquest canvi. Per tant, només serà necessari la presentació de la certificació mèdica en aquests casos, però si de l'avaluació de riscos del lloc de treball l'empresari es veu obligat a efectuar aquest canvi, no haurà de presentar cap certificat. Ara bé, es tracta d'una mesura provisional i limitada temporalment en el temps, ja que la seva duració dependrà de l'estat de salut de la treballadora, si aquest permet o no la seva incorporació al seu lloc anterior, si bé conservarà el dret al conjunt de retribucions corresponents a les funcions que efectivament realitzi en el nou lloc de treball, excepte en els casos que li encomanin funcions inferiors, en els quals mantindrà la retribució d'origen.

SISENA:

Si el canvi de lloc no resulta tècnica o objectivament possible, o no pugui raonablement exigir-se per motius justificats, es procedirà a la suspensió del contracte per risc durant l'embaràs o durant la lactància natural de fills menors de nou mesos mentre persisteixi l'impossibilitat de reincorporar-se al seu lloc habitual o a un d'altre compatible amb el seu estat. Ni l'empresari ni

la treballadora podran negar-se a aquesta mesura, ja que es tracta d'una mesura obligatòria i automàtica, sempre que es compleixin les circumstàncies anteriors, atès que la finalitat de la norma és la de protegir tant la salut i la seguretat de la treballadora com la del fetus o la del fill. Aquesta suspensió dona dret a la treballadora a la prestació econòmica per risc durant l'embaràs o durant la lactància natural la qual resulta incompatible amb la prestació econòmica d'incapacitat temporal derivada de contingències professionals si la treballadora l'està efectivament percebent en aquell moment.

SETENA:

Partint de la base que la legislació espanyola no obliga la treballadora a comunicar l'estat d'embaràs al seu empresari, resulta difícil d'aplicar la protecció per maternitat en el cas d'embaràs si l'empresari no en té coneixement d'aquest, ja sigui perquè la treballadora no li ha comunicat expressament o perquè no ha pogut esbrinar-lo per cap via. En conseqüència, l'acció protectora no es podrà desplegar i, per tant, la treballadora no podrà reclamar responsabilitats a l'empresari. Ara bé, l'empresari ha de preveure durant l'avaluació de riscos inicial la possibilitat que el lloc de treball pugui ser ocupat per una dona embarassada o en període de lactància i, un cop que l'empresari té coneixement de la situació de la treballadora, haurà de realitzar una avaluació específica dels riscos. Per tant, resulta recomanable que la treballadora d'acord amb el principi de cooperació comuniqui el seu estat per tal que se li apliqui tota la normativa relacionada en prevenció de riscos laborals, encara que no estigui obligada a fer-ho, atès que aquesta informació pertany a l'esfera del dret a la intimitat personal i familiar de l'article 18.1 de la CE.

VUITENA:

La titularitat del dret a absentar-se del treball per a la realització d'exàmens prenals i tècniques de preparació recau exclusivament a les treballadores embarassades. Ara bé, la norma no impedeix que en el cas concret pugui ser extensible a l'home treballador que vulgui acompanyar a la seva cònjuge embarassada. Aquest dret implica comunicar prèviament a l'empresari i justificar la necessitat de la seva realització dins de la jornada laboral i la seva duració dependrà del temps indispensable per portar a terme aquests exàmens o tècniques, amb dret a remuneració, incloent en aquesta el temps de desplaçament i el de les esperes en el centre assistencial. En cas contrari, si no es justifica ni s'avisava amb antelació, l'empresari pot denegar l'expedició dels permisos basant-se en aquests requisits.

BIBLIOGRAFIA UTILITZADA

- Addati, L. (2015). Extending maternity protection to all women: Trends, challenges and opportunities. *International Social Security Review (English edition)*, 68 (1), 69-93. doi:10.1111/issr.12060
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (02/05/2017). Inversión de la carga de la prueba del riesgo durante la lactancia: caso Otero Ramos (Conclusiones Abogado General TJUE). *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Consultat el 03/03/2022, a <https://ignasibeltran.com/>
- Benavente Torres, M. I. (2019). Riesgo durante la lactancia natural. Un cambio de jurisprudencia. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* (53), 67-74.
- Blasco Lahoz, J. F., & López Gandía, J. (2012). *Curso de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cairós Barreto, D. M. (2010). Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales* (23), 83-119. doi:10.1387/lan-harremanak.4657
- Camas Roda, F., Camós Victoria, I., García Ros, A., Martínez Aso, M., Servais, J. M., Solé Truyols, M., & Rojo Torrecilla, E. (2019). *Manual de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Migraciones Laborales / Ferran Camas Roda (director)* (Segunda ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi S.A.U.
- Elorza Guerrero, F. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (98), 239-248.
- Guirao Mirón, C., & Martín Llaguno, M. (2012). El marco jurídico, mediático y político de la conciliación en España. Desde 1999 hasta 2009. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 18, 475-485. doi:10.5209/rev_ESMP.2012.V18.41002
- Heras García, A. (2019). Convenio sobre la protección de la maternidad 2000 (núm. 183). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7 (Extra 0), 1424-1439. Recollit de http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/801
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. (2011). Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo. Recollit de <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/directrices-para-la-evaluacion-de-riesgos-y-proteccion-de-la-maternidad-en-el-trabajo>. NIPO 792-11-112-4

- López Roldán, P. (2018). La necesaria comunicación de la situación de embarazo y lactancia natural al empresario: un análisis laboral y preventivo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* (144), 89-114.
- Lousada Arochena, F. (2006). El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* (19), 28-33.
- Molina González-Pumariiega, R. (2004). *La Protección jurídica de la mujer trabajadora / Rocío Molina González-Pumariiega*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Orpella, X., Ramírez, L., & Schlaghecke, J. (2009). Novedades legales para la protección del embarazo en trabajadoras. *FMC*, 16 (6), 334-339. doi:10.1016/S1134-2072(09)71417-3
- Rojo Torrecilla, E. (28/03/2017). A propósito de la sesión del aula iuslaboralista de la UAB dedicada a los diez años de la ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Notas a la sentencia del TS de 24 de enero, y mención a la del TSJ de Canarias de 7 de marzo de 2017. *Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Consultat el 29/04/2022, a <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>
- Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C. (2018). *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Primera ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, S.A.U.
- Sempere Navarro, A., Cardenal Carro, M., Alzaga Ruiz, I., Carrero Domínguez, C., Cos Egea, M., Fernández Marcos, L., . . . Sánchez Trigueros, C. (2010). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales / Antonio V. Sempere Navarro, director; Miguel Cardenal Carro, Iciar Alzaga Ruiz coordinadores*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, SA.
- Sierra Hernáiz, E. (2015). Prevención de riesgos laborales y trabajadores especialmente sensibles. *Foro Revista de Derecho*, 24, 73-87. Recollit de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/454>