

EMBARAZO, LACTANCIA NATURAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA REGULACIÓN NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA Y ESPAÑOLA EN COMPARACIÓN CON EL DERECHO ECUATORIANO*

PREGNANCY, BREASTFEEDING AND PREVENTION OF OCCUPATIONAL HAZARDS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE NORMS OF THE EUROPEAN COMMUNITY AND SPAIN, AND THOSE EXISTING IN ECUADOR

GRAVIDEZ, AMAMENTAÇÃO NATURAL E PREVENÇÃO DE RISCOS DO TRABALHO: A REGULAÇÃO NORMATIVA COMUNITÁRIA EUROPEIA E ESPANHOLA EM COMPARAÇÃO COM O DIREITO EQUATORIANO

Elisa Sierra Hernáiz**
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 22/08/2015
Aceptado: 10/10/2015

Resumen:

Las obligaciones específicas de adaptación del puesto de trabajo y reubicación de las mujeres en estado de embarazo o situación de lactancia debe ser una prioridad de la normativa de prevención de riesgos laborales, tanto por su carácter *sui generis* como por su relación con las políticas de igualdad. En el presente artículo se analiza su regulación en el Derecho Comunitario europeo y su materialización en la normativa española, contrastándose con el estado del reconocimiento en el Derecho laboral ecuatoriano.

Palabras clave: Seguridad en el trabajo; Protección de trabajadores sensibles; Embarazo; Lactancia; Riesgo laboral.

Summary:

The need for specific measures for the pregnant or breastfeeding worker situation is one of the most important issues of the occupational risk prevention laws both for its *sui generis* nature and its relation to gender equality policies. The article addresses certain aspects of occupational hazards and maternity issues in European Communitarian Law, as adopted by the Spanish

legislation. It then aims to compare those norms with the ones existing in Ecuador regarding labor law.

Key words: Occupational hazards; Work safety; Protection of vulnerable workers; Pregnancy; Breastfeeding.

Resumo:

As obrigações específicas de adaptação do cargo laboral e readequação das mulheres grávidas ou em período de amamentação deve ser uma prioridade da normativa de prevenção de riscos do trabalho, tanto pela sua característica *sui generis* quanto pela sua relação com as políticas de igualdade. No presente artigo se analisa sua regulação no Direito Comunitário europeu e sua materialização na normativa espanhola, em contraste com o estado de reconhecimento no direito do trabalho equatoriano.

Palavras chave: Segurança no trabalho; Proteção de trabalhadoras vulneráveis; Gravidez; Amamentação; Risco laboral.

* Este artículo ha sido realizado como parte de la investigación del Proyecto "La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación laboral de trabajadores especialmente sensibles", del Ministerio de Educación y Ciencia Español DER2012-37872/JURI.

** Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Pública de Navarra. Sus principales líneas de investigación se han centrado en la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras; la protección de la seguridad y salud en el trabajo; la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales; los códigos de buenas conductas; el Derecho del Trabajo y la crisis económica, y la adaptación del puesto de trabajo a trabajadores especialmente sensibles. Investigadora asociada de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, durante los meses de julio y agosto de 2015.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que tradicionalmente ha sido objeto de regulación legal dentro del ámbito jurídico de la prevención de riesgos laborales es la protección de las trabajadoras embarazadas y en situación de lactancia natural. Las razones de ello son varias y podrían resumirse en las siguientes.

En primer lugar, este tipo de normativa es una manifestación más de la tutela antidiscriminatoria respecto de la mujer trabajadora y de las medidas de igualdad de oportunidades y de trato que pretenden acabar con la discriminación de la mujer en el mercado de laboral, y cuya causa última tiene su origen en su rol respecto de la maternidad y del cuidado de los hijos, y de la familia en general. Por ello, además de la finalidad preventiva, también se busca que la trabajadora no sea expulsada del mercado laboral en el caso de concurrencia de un riesgo específico que le impida seguir trabajando en las mismas condiciones, más allá de la prohibición de despido para la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural (Fernández López 2005, 67 y ss)¹. En segundo lugar, se debe a la existencia de riesgos que pueden incidir de manera específica en la salud de las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural, lo

que hace necesario articular medidas particulares para garantizar su integridad física, la del feto o la del lactante.

Es importante resaltar que la finalidad de una normativa preventiva no discriminatoria, es evitar el riesgo específico, y no proteger al embarazo o a la lactancia como tal, por lo que si una trabajadora está embarazada o en situación de lactancia natural pero no concurre ningún riesgo específico, bastarán las medidas preventivas generales de la empresa. En este sentido, el mero hecho del embarazo o lactancia natural no justifican de por sí la protección automática en materia de prevención de riesgos laborales sino que habrá que comprobar en cada caso concreto la necesidad de aplicar la normativa en prevención de riesgos laborales (López Ahumada 2010, 63 y ss).

Y, en tercer lugar, las medidas preventivas constituyen un límite de obligado cumplimiento para el poder de organización y dirección del empresario por lo que su contenido es indisponible para la voluntad de las partes, tanto para el empresario como para la trabajadora, lo que resalta la importancia de las mismas y la necesidad de una regulación específica.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La inclusión de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural entre los colectivos que demandan una especial tutela en materia de prevención de riesgos laborales, es objeto de regulación normativa específica en muchos ordenamientos jurídicos, al tratarse de un grupo que puede mostrar una especial vulnerabilidad en materia de prevención de riesgos laborales dada su realidad biológica específica, basada en una diferencia objetiva y razonable (Moreno Solana 2010, 176). La necesidad de protección viene marcada por los eventuales riesgos del trabajo que puedan afectar a ambas situaciones, siendo dos los bienes jurídicos protegidos: la salud de la trabajadora embarazada, por

un lado, y la salud del feto o lactante, por otro, toda vez que el desempeño de un puesto de trabajo puede ser que no conlleve peligro para la trabajadora, pero sí para el feto o el lactante, o viceversa (Fernández López 2005, 16).

A) El Derecho Comunitario europeo

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, del 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, es la norma de referencia en el Derecho Comunitario europeo a la

¹ La normativa preventiva juega un papel fundamental en la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora, ya que protege sus intereses y derechos laborales durante la maternidad y lactancia. A su vez, es una muestra de cómo los intereses de los trabajadores modulan los poderes empresariales, al prevalecer sobre criterios puramente económicos y organizativos.

hora de regular la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o lactante. Sus objetivos son proteger su salud y seguridad en el trabajo de este colectivo y garantizar su derecho a la igualdad de oportunidades y de trabajo, evitando que estas circunstancias se conviertan en un obstáculo para su acceso o permanencia en el mercado laboral.²

Las definiciones centrales, las encontramos en el artículo 2 de la Directiva, el cual señala:

- a) **trabajadora embarazada:** cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) **trabajadora que ha dado a luz:** cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;
- c) **trabajadora en período de lactancia:** cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales. (Artículo 2, Directiva 92/85/CEE)

A su vez, la Directiva 92/85 fija una serie de etapas para la aplicación de la norma, todas ellas de obligado cumplimiento. En primer lugar, hay que identificar los factores de riesgo y peligros existentes. Así, en su artículo 3, establece la obligación de evaluar los agentes químicos, físicos o biológicos, los procedimientos industriales y, en general, las cargas físicas y mentales que puedan suponer un riesgo para el embarazo o la lactancia; y, en el artículo 4, fija las obligaciones de evaluación e información para los riesgos específicos y también la obligación empresarial de informar de estas situaciones a las trabajadoras.

En segundo lugar, respecto de las medidas a adoptar para evitar la exposición al riesgo, en el artículo 5 de dicha norma se señala la adaptación provisional del puesto de trabajo y, si ésta no resultase posible, el cambio del mismo. En el caso de que no se puedan aplicar las medidas anteriores, se establece una dispensa de trabajo durante el tiempo que dure el riesgo. A su vez, en el artículo 6 se establece que la trabajadora embarazada o lactante no podrá ser obligada a desempeñar las actividades enumeradas en el Anexo II, sección A y B de la Directiva y que pongan en peligro su seguridad o su salud.

En lo que se refiere al trabajo nocturno, el artículo 7 también indica que las trabajadoras embarazadas o durante el posparto, no se verán obligadas a realizarlo, debiendo presentar un certificado médico que dé fe de ello. Si esto fuera así, se deberá facilitar a la trabajadora el traslado a un puesto diurno, o una dispensa de trabajo o prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible.

En cuanto a las garantías para el ejercicio de estos derechos, el artículo 10 de la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para evitar el despido de la trabajadora embarazada o lactante. Por lo que se refiere a los derechos laborales, en el artículo 11 se garantiza el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluidas las remuneraciones y, en su caso, las prestaciones de la seguridad social que garanticen unos ingresos mínimos durante la dispensa de trabajar.

Respecto a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia preventiva, son dos las sentencias que merece la pena resaltar.

La primera hace referencia al caso *Susanne Gassmayr contra Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, de 1º de julio de 2010, donde el Tribunal sostiene que negar el complemento de disponibilidad a una trabajadora embarazada que esté dispendiada

² En lo que se refiere al Derecho Internacional, el Convenio No. 183 de la OIT y la Recomendación No. 191, ambos del 2000, regulan la protección de la maternidad. Véase al respecto *Safety Maternity and the World of Work* (ILO 2007). En dicho documento se resalta la necesidad de seguir mejorando la protección de la trabajadora embarazada o lactante para evitar que el trabajo sea una amenaza para su salud, sin que ello tenga repercusiones en su estatus económico. También recuerda que esta protección no puede depender de las situaciones económicas o financieras de los Estados. Sobre la evaluación de esta normativa y su importancia puede consultarse *La protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada* (Fernández López 2005, 12-15).

para el trabajo ante la existencia de un riesgo laboral, no es contrario al artículo 11, párrafos 1, 2 y 3, de la Directiva 92/85, siempre que se le garantice una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de su embarazo.

La segunda es la sentencia Sanna Maria Parviainen contra Finnair Oyj, también de 1 de julio de 2010. En este caso, el Tribunal entiende que el apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 92/85 garantiza a la trabajadora el derecho a mantener su salario base y los complementos salariales inherentes a su condición profesional, como pueden ser el de superioridad jerárquica, antigüedad y cualificaciones profesionales, aunque no le reconoce el derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado; esto es, a devengar los complementos que retribuyen funciones específicas que sólo se realizan en ocasiones especiales y que, por lo tanto, al no ser ejecutadas, no se puede solicitar su abono.

B) El Derecho español. El artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La adaptación de la Directiva 92/85 al ordenamiento jurídico español, fue realizada por la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, en concreto, en su artículo 26. A su vez, el Real Decreto 298/2009 de 6 de marzo, modificó al Real Decreto 39/1997 de 17 de enero, con el fin de trasponer los Anexos I y II de la Directiva 92/85.

1. El artículo 26.1: La evaluación de los riesgos laborales en función del embarazo o la lactancia natural y la adaptación del tiempo y de las condiciones de trabajo

Como ya es conocido, el artículo 26.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) especifica la evaluación de riesgos laborales del artículo 16 de la propia norma. En este sentido, establece que:

“La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes,

procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. 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, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

De esta regulación es importante señalar que se trata, por un lado, de una evaluación de riesgos de carácter transversal, puesto que no queda excluido ningún sector productivo, con independencia de la regulación de los Anexos I y II, ya que cualquier trabajo puede ocasionar un riesgo para la trabajadora embarazada o en período de lactancia. Y, por otro, que la lista de agentes y condiciones de trabajo que se pueda elaborar es abierta, ya que en cualquier momento puede aparecer un elemento que suponga un riesgo que habrá que ser evaluado (Fernández López 2005, 42 y ss).

En cuanto a la delimitación de su contenido pueden señalarse los siguientes aspectos: en primer lugar, la evaluación general y sucesiva de los riesgos laborales deberá ser realizada conforme al artículo 16 de la LPRL y el Real Decreto 298/2009, y acarrea una serie de fases para la empresa: por un lado, identificar los factores de riesgo que puedan afectar a la situación de embarazo debido a la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran repercutirle negativamente. Por otro, determinar la naturaleza de dichos riesgos, así como la intensidad y duración de la exposición de la trabajadora a los mismos. Y, por último, deberá proceder a establecer aquellas medidas preventivas procedentes que permitan eliminar o reducir al máximo el riesgo (López Ahumada 2010, 70 y ss).

Por lo tanto, el artículo 26 más bien completa la redacción del artículo 16 de la LPRL, al obligarle a incluir en la misma una evaluación de los riesgos y las medidas a adoptar si el trabajo es desempeñado por una trabajadora embarazada o en período de lactancia natural, siendo una situación cambiante y diferente en cada caso debido a circunstancias personales de carácter biológico que deberán ser tenidas en consideración como parte de la evaluación de los riesgos. En relación con este aspecto, los Anexos I y II del RD 298/2009 son fundamentales para guiar esta evaluación.

En segundo lugar, sólo si se detecta un riesgo que no puede ser eliminado, se pasará a la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo, lo cual incluirá, cuando sea necesario, la no realización del trabajo nocturno, constituyendo una imposición específica al poder de organización y dirección del empresario.

No se puede obviar que el artículo 26 de la LPRL regula una serie de fases dependiendo de las circunstancias de cada apartado, las cuales deben ser cumplidas obligatoriamente, ya que el empresario va a tener que justificar por qué no puede tomar una medida, en este caso, la adaptación, para poder aplicar la siguiente fase (Moreno Solana 2010, 219 y ss; López Ahumada 2010, 76 y ss). En este sentido, se ha señalado que el empresario tendrá que demostrar la imposibilidad de adaptación con criterios objetivos y técnicos, sin que pueda fundamentar su decisión en razones económicas, vinculadas al funcionamiento de la empresa, dada la relevancia de los bienes jurídicos en juego (Fernández López 2005, 42 y ss).

En tercer lugar, la importancia de una correcta evaluación de riesgos va más allá de su sola identificación, puesto que hay que determinar qué puestos de trabajo son peligrosos y, en consecuencia, no pueden ser desempeñados, y cuáles están exentos de riesgos. Ello va a permitir elaborar una lista de puestos de trabajo que pueden ser ocupados por trabajadoras cuando la adaptación no sea posible y haya que recurrir al cambio de puesto de trabajo contemplado en el párrafo segundo del artículo 26 de la LPRL (López Ahumada 2010, 70 y ss).

2. El artículo 26.2: el cambio de puesto de trabajo

En el caso de que no sea posible la adaptación de las condiciones de trabajo o, aun siendo posible, el riesgo no desaparezca, hay que proceder al cambio del puesto de trabajo o de las funciones de la trabajadora, una vez que conste el certificado por los servicios médicos correspondientes. En este sentido, el artículo 26.2 de la LPRL señala:

“Cuando la adaptación de las condiciones o el 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.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”.

De la lectura de este apartado se extraen las siguientes características. En primer lugar, el supuesto de hecho al que se refiere presenta varias posibilidades. Por un lado, puede aplicarse para casos en los que se ha identificado, tras la correspondiente evaluación de riesgos, un peligro para la trabajadora embarazada o en período de lactancia, que no puede ser evitado dado que es consustancial a la prestación del trabajo, lo que significa que el daño no debe ser probado, por lo que se aplicaría directamente esta segunda fase.

Por otro lado, puede que la adaptación de las condiciones de trabajo sea insuficiente para evitar la exposición a determinados agentes, procedimientos o condiciones de trabajo por lo que el riesgo persiste. En este punto, es fundamental demostrar la existencia del daño previo informe del médico de salud. Respecto a esta cuestión es importante señalar que la finalidad del certificado médico es únicamente probatoria, en el sentido de documentar la imposibilidad de la adaptación y justificar el cambio de puesto de trabajo vía movilidad funcional, pero no es un elemento constitutivo del nacimiento de la obligación empresarial y, por lo tanto, de aplicación del artículo 26.2 de la LPRL (Fernández López 2005, 42 y ss).

En segundo lugar, este precepto es un nuevo límite al poder de organización y dirección del empresario a la hora de determinar qué medidas tiene que adoptar: una menos flexible –la modificación de las condiciones de trabajo– y otra más flexible, que admite el cambio de puesto de trabajo, siempre y cuando el empresario justifique de una manera razonable la imposibilidad de adaptación basada en necesidades organizativas o de conveniencia; razonabilidad que a su vez deberá valorarse como una medida de tutela del embarazo de la mujer y no de intereses empresariales (Fernández López 2005, 42 y ss).

En tercer lugar, el concepto de condiciones de trabajo ha de ser interpretado en un entorno preventivo, en concreto del artículo 4.7 de la LPRL, que es distinto del laboral, cuya finalidad es llevar a cabo los ajustes necesarios para eliminar o reducir el riesgo (López Ahumada 2010, 76).

En cuarto lugar, el cambio de puesto de trabajo o de funciones habrá de realizarse conforme al procedimiento de la movilidad funcional, tanto ordinaria como extraordinaria. Con todo, en este caso no estamos antes una potestad empresarial, sino un deber empresarial de inexcusable cumplimiento, lo que va a modular la aplicación de las reglas de la movilidad funcional en relación con el artículo 26 de la LPRL.

3. El artículo 26.3: la suspensión de la relación laboral

La última de las posibilidades reguladas en el artículo 26 es la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y mantenimiento de los derechos laborales, lo que genera el derecho a cobrar una prestación de la seguridad social. En concreto, se regula que:

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

Es importante recordar que estamos ante la última de las medidas que el empresario puede adoptar, un recurso de naturaleza subsidiaria, por lo que la empresa no podrá recurrir a la suspensión de forma directa sino que tiene que pasar por todos los pasos previos previstos en el artículo 26 de la LPRL. Su duración es incierta, ya que dependerá de que la causa de incompatibilidad desaparezca, o bien exista un puesto de trabajo compatible o sea posible el cambio de funciones. Ello significa que la trabajadora puede reincorporarse antes del parto o de la finalización de la lactancia natural (Moreno Solana 2010, 256 y ss).

4. El artículo 26.4: la protección de la lactancia natural

La lactancia natural está regulada en el artículo 26.4 que establece:

“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 duran-

te 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”.

Respecto de esta contingencia, su finalidad es proteger la salud del recién nacido evitando los riesgos derivados de las condiciones de trabajo de la madre que pueden ser transmitidas a través de la leche materna (Moreno Solana 2010, 277 y ss). Su regulación se equipara con la protección del embarazo, siendo la diferencia fundamental su duración, ya que se limita a los nueve meses que dura la reducción de jornada por lactancia. Respecto a los factores de riesgos, en la evaluación de riesgos que ha de realizar el empresario, habrá que distinguir si el factor de riesgo es el mismo que en el embarazo o no lo es, puesto que no tienen por qué coincidir. En cuanto al certificado médico, éste constituye un requisito formal, incluso antes de la adaptación (Moreno Solana 2010, 288 y ss).

LAS PRESTACIONES DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR RIESGO POR EMBARAZO Y POR LACTANCIA NATURAL

La finalidad de las prestaciones de la Seguridad Social a la hora de cubrir las contingencias de riesgo por embarazo y por lactancia natural, es doble:³ por un lado, hacer frente a la situación de necesidad de la trabajadora embarazada o lactante que ve como su contrato de trabajo tiene que ser suspendido como única vía de evitar el riesgo. Y, por otra, impedir que estas situaciones de suspensión de la relación supongan un coste económico para el empresario, pudiendo desincentivar la contratación de mano de obra femenina empresariales (Fernández López 2005, 58 y ss).

El artículo 135 de la Ley General de Seguridad Española (LGSSE) regula que:

1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal

derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.
3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.
4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Enti-

³ Sobre la regulación de las prestaciones de la seguridad social española véase: Navarro Nieto, Federico. 2012. La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 5: 41-71.

dad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Por lo tanto, estamos ante una prestación preventiva de la seguridad social que pretende proteger una situación de necesidad producida por la incompatibilidad entre el desempeño del trabajo y el embarazo de la trabajadora. En este sentido, la situación protegida es la duración del período de suspensión del contrato de trabajo por estas causas, siempre y cuando así lo certifique el servicio médico correspondiente. En segundo lugar, es una prestación de carácter profesional de ahí que no se exija período previo de cotización y que la cuantía alcance al cien por ciento de la base reguladora. Su duración es incierta en el tiempo ya que su nacimiento se produce el día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, finalizando el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

Respecto a la prestación de riesgo por lactancia el artículo 135 de la LGSSE señala que:

“A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”.

Si bien la regulación de ambas prestaciones es idéntica, es en esta última donde se están produciendo el mayor número de pronunciamientos jurisprudenciales ante la incorrecta o nula valoración del riesgo específico en el plan de evaluación de riesgos que tiene que elaborar el empresario, lo que está llevando a denegar un gran número de solicitudes de prestación por riesgo por lactancia natural. En este sentido, es de

destacar la sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de marzo de 2011, RJ 3553/2011, que, en el fundamento jurídico 2º, indica que:

“Además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, se ha de tratar, siguiendo el tenor literal del precepto, de un “riesgo específico”, esto es, de un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o del bebé), que a) se presenta sólo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve, y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural.

La caracterización del riesgo durante la lactancia como un riesgo específico en las dos dimensiones citadas permite acotar la contingencia protegida como aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana. La caracterización del riesgo durante la lactancia como un riesgo del puesto de trabajo concreto desempeñado por la trabajadora está implícita en la previsión legal de medidas de adaptación de dicho puesto o de traslado a otro distinto, de forma que desaparezcan los factores peligrosos específicos apreciados en su desempeño. El concepto legal de riesgo específico implica también que los peligros para la salud subsistentes en el medio de trabajo y en la actividad desarrollada tras las preceptivas medidas de adaptación o traslado tengan relevancia desde el punto de vista de la salud de la madre y/o del bebé, en cuanto que el precepto prevé de manera expresa ‘la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición’ a los factores de riesgo detectados, y en cuanto que la contingencia que es causa de la prestación tiene una incidencia notable en el contrato de trabajo, al que coloca en un estado de suspensión que exonera al empleador y al trabajador del cumplimiento de sus respectivas obligaciones principales”.

BREVE REFERENCIA AL DERECHO ECUATORIANO

El ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de una Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que dificulta no sólo la protección de este colectivo de trabajadores sino la de los trabajadores en general. Con todo, es posible encontrar normas cuya aplicación se pueda solicitar a la hora de regular estas situaciones.

En primer lugar, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el trabajo, Decisión 584, establece, en el artículo 27, que:

“Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberán adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a tales riesgos. Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente.

En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros”.

En segundo lugar, la Constitución Ecuatoriana reconoce, en el artículo 332, que:

“El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivo”.

En tercer lugar, el Código de Trabajo, declara, en el artículo 195.1:

“Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara”.

En cuarto lugar, la Ley General de Seguridad Social ecuatoriana contempla entre los riesgos protegidos la maternidad (artículo 3) y la contingencia por maternidad, en el artículo 105, que incluye la asistencia médica y un subsidio monetario para el período de descanso por maternidad en el caso de la mujer trabajadora. En cuanto al Título VII, del seguro general de riesgos del trabajo, artículos 155 y siguientes, nada se dice al respecto.

CONCLUSIONES

La finalidad de una normativa protectora del embarazo y lactancia natural es asegurarse una correcta política preventiva, sin que ello tenga ningún perjuicio en los derechos laborales de la trabajadora. Para conseguirlo, el empresario deberá tener siempre en consideración dos cuestiones claves. En primer lugar, la importancia de determinar correctamente, dentro de la evaluación de riesgos que tiene que realizar, la naturaleza, grado y duración de la exposición de la trabajadora al riesgo específico; la extensión del mismo y sus características físicas, biológicas, químicas y tóxicas, así como los tiempos de exposición y seguimiento de la existencia del mismo

para garantizar la correcta y efectiva protección de la salud de las trabajadoras, del feto o del lactante. Y, en segundo lugar, para facilitar la aplicación de la normativa, es imprescindible que, una vez evaluado el riesgo específico, se identifiquen por parte del empresario los puestos de trabajo exentos de riesgo para que pueda adaptar el puesto de trabajo o cambiar el mismo a la trabajadora de una manera efectiva. Una forma de conseguirlo sería mediante la elaboración de protocolos de actuación para la protección efectiva en la empresa de la situación de maternidad y de la lactancia.

Respecto al Derecho ecuatoriano, dado que en la actualidad no existe ley alguna, lo deseable sería la aprobación de una normativa específica que regulase este tipo de situaciones dentro de la política preventiva general de la empresa. Con todo, el Instrumento Andino va en la línea del Derecho Comunitario euro-

peo y del Derecho español, lo que le convierte en un punto de referencia a la hora de afrontar este tipo de situaciones, teniendo además en cuenta que la propia Constitución ecuatoriana lo reconoce como un derecho de las personas trabajadoras.

BIBLIOGRAFÍA

- Comunidad Andina de Naciones. Instrumento Andino de Seguridad y salud en el trabajo, Decisión 584, 7 de mayo de 2004.
- Directiva 92/85/CEE, del Consejo. 19 de octubre de 1992. Boletín No. 348 de 28 de Noviembre de 1992.
- Reino de España. 1995. Ley 31/1995 de 8 de noviembre. BOE No. 269, de 10 de noviembre de 1995
- Reino de España. 2009. Real Decreto 298/2009 de 6 de marzo. BOE No. 57, de 7 de marzo de 2009
- Reino de España. 1997. Real Decreto 39/1997 de 17 de enero de 1997. BOE No. 27, de 31 de enero de 1997.
- Fernández López, María Fernanda. 2005. La protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada. En *Temas Laborales*, 79: 11-68.
- Ley General de Seguridad Social 1/1994. 20 de junio de 1994. No. 154, de 20 de junio de 1994
- López Ahumada, José Eduardo. 2010. *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro Nieto, Federico. 2012. La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 5: 41-71.
- Moreno Solana, Amanda. 2010. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- República del Ecuador. 2008. *Constitución de la República de Ecuador*. Registro Oficial No. 499, 20 de octubre de 2008.
- República del Ecuador. 2015. *Código de Trabajo*.