

## **Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención**

**Ana Isabel PÉREZ CAMPOS**  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid

**Resumen:** La prevención de riesgos laborales es una materia de actualidad, sobre todo cuando se relaciona con el trabajo desarrollado por una mujer. A la mujer trabajadora se le debe garantizar especialmente su seguridad y salud por razón de la maternidad.

**Abstract:** The prevention of work accidents is a current issue, especially when it is done by women. In that case, it should be guaranteed, safe and healthy, especially when maternity comes together.

**Palabras clave:** Mujer trabajadora, Seguridad y salud laboral, Prevención, Maternidad.

**Keywords:** Worker, Safe and healthy, Prevention, Maternity.

### **Sumario:**

#### **I. Introducción.**

#### **II. Situaciones protegidas: embarazo, maternidad y lactancia.**

#### **III. Medidas preventivas.**

- 3.1. *Evaluación de los riesgos.*
- 3.2. *Adaptación del trabajo.*
- 3.3. *Movilidad funcional.*
- 3.4. *Movilidad geográfica.*

**IV. Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.**

- 4.1. *La situación de embarazo: Información al empresario.*
- 4.2. *Requisitos.*
- 4.3. *Titularidad.*
  - 4.3.1. *Carácter potestativo u obligatorio de la suspensión.*
  - 4.3.2. *La eventual oposición de la trabajadora.*
- 4.4. *Duración.*

**V. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad.**

- 5.1. *Duración.*
- 5.2. *Distribución.*

**VI. Protección durante la lactancia.**

## I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de las mujeres al mercado laboral ha supuesto, en buena medida, la transformación de las relaciones familiares, que se han visto impregnadas por serios obstáculos, cuyo origen se encuentra en el papel que tradicionalmente ha asumido la mujer de forma natural, siempre o casi siempre, vinculada con responsabilidades familiares.

Las condiciones de trabajo en las que se desarrolla la prestación laboral de la mujer trabajadora siempre han merecido una especial atención para el Derecho del Trabajo, no sólo en las legislaciones internas de los Estados, sino también a nivel internacional y comunitario. La razón de esta protección reside en que se entiende que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico dada la exposición de las trabajadoras en su estado biológico a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos y que, por tanto, deben recibir una protección reforzada. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no protege genéricamente a la mujer trabajadora, sino sólo a aquella que se encuentra en las situaciones de embarazo, parto o lactancia <sup>1</sup>.

La constatación de los riesgos que de forma diferenciada afectan a la salud de la mujer respecto de los trabajadores ordinarios conlleva la protección específica que se brinda a aquélla por medio del tratamiento normativo aplicable ante las situaciones de riesgo ya mencionadas, contenido básicamente en los arts 25 y 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Se trata de una norma que ha venido a remediar las notables deficiencias que se habían puesto de manifiesto hasta esa fecha en la regulación de los aspectos jurídico-preventivos de la maternidad de la mujer trabajadora. Ahora bien,

---

1. MONTAYA MELGAR, A., «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», en *Aranzadi Social*, 13 (2000) 68.

ante la defectuosa e incompleta transposición efectuada de la Directiva 92/85/CEE llevada a cabo por la LPRL resultó necesaria su modificación. Dicha modificación se produjo en virtud de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras <sup>2</sup>.

## II. SITUACIONES PROTEGIDAS: EMBARAZO, MATERNIDAD Y LACTANCIA

Cuando se alude a la seguridad y salud de la mujer trabajadora, ésta se centra y limita la protección específica frente a los riesgos laborales capaces de afectar negativamente a la maternidad. Como señala la doctrina científica, «la legislación española no protege genéricamente a la mujer trabajadora, sino sólo a aquella que se encuentra en la situación de embarazo, parto o lactancia» <sup>3</sup>.

Ahora bien, del contenido del artículo 26 LPRL se infiere que el ámbito de aplicación o los estados biológicos objeto de protección no se circunscriben meramente a la maternidad en sentido estricto, sino que, por el contrario, se extienden más allá, entendiendo la maternidad como un proceso que se inicia con la gestación, parto y puerperio de la mujer trabajadora, de manera análoga a la norma comunitaria <sup>4</sup>.

No cabe desconocer que durante el embarazo se producen una serie de cambios en la mujer tanto anatómicos como fisiológicos y psicológicos muy importantes. Dichos cambios pueden agravar los efectos que en la salud de la trabajadora logra ocasionar su exposición a los riesgos presentes en el trabajo, haciéndola más sensible a la enfermedad o al accidente relacionados con el mismo. Por su parte, la exposición de la mujer gestante a ciertas condiciones de trabajo también puede influir en el feto de forma que quede comprome-

---

2. MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», en *Aranzadi Social* 21 (2000) 52-53; ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, 107 (2001) 59.

3. MONTOYA MELGAR, A., *Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales...*, o.c., p. 68.

4. El artículo 26 LPRL se refiere a «las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente». El mismo precepto en sus párrafos 1 y 2 aluden también al «feto», y, por último, el párrafo cuarto, en el período de lactancia, alude «a la salud de la mujer y del hijo».

tida bien la viabilidad del embarazo o la salud o la integridad física o psíquica del futuro hijo.

Situación parecida es la que se ocasiona con el parto, donde a pesar de que, por regla general, éste discurre sin incidencias para la salud de la madre, en ocasiones pueden producirse la aparición de hemorragias e infecciones, lo cual puede dejar a la mujer puérpera en un estado físico y fisiológico e inusual agotamiento y, por ende, de especial vulnerabilidad frente a cualquier factor potencialmente lesivo para su salud, dentro de los que cabe incluir los riesgos inherentes a la actividad laboral.

Por último, la lactancia es un período de duración variable que puede durar, según los casos, entre varios meses a varios años. A ello debe añadirse que la lactancia puede ser natural o artificial o, incluso, mixta. La lactancia en tanto actividad de alimentación del recién nacido se realizará bien sólo por la madre en el caso de lactancia natural o bien podrá realizarse también por el padre u otras personas cuando se haga de manera artificial. En cualquier caso implica un estrecho y repetido contacto con el niño, conexión que si la madre está expuesta en su trabajo a agentes físicos o químicos pueden secretarse en la leche materna y así transmitirse al recién nacido; o incluso transmitirse también por otras vías –cutánea, respiratoria, por la ropa, etc.<sup>5</sup>

De lo anteriormente reseñado cabe concluir que la política preventiva en relación con la mujer trabajadora que protege nuestro ordenamiento jurídico, no siempre de forma completa, es la relativa a la salud reproductiva femenina<sup>6</sup>. En efecto, la maternidad de la mujer trabajadora como estado biológico sitúa a la mujer en una posición de especial vulnerabilidad o sensibilidad en relación a determinados riesgos laborales. En consecuencia, el embarazo, la

---

5. Véanse las Directrices específicas para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en período de lactancia.

6. Un estudio exhaustivo, véanse, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», en AA. VV., *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador* (coord., J. López López), Marcial Pons, Madrid 2001, pp. 179-192; LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección por maternidad», en AA.VV., *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador* (coord., J. López López), Marcial Pons, Madrid 200, pp.69-91.

maternidad (parto y puerperio) y la lactancia delimitan el ámbito objetivo de referencia sobre el que debe operar la especial protección empresarial frente a los riesgos laborales.

### III. MEDIDAS PREVENTIVAS

El artículo 26 LPRL rubricado «protección de la maternidad» es el encargado de establecer el conjunto de medidas dirigidas a tutelar la situación fisiológica de la mujer embarazada o en período de lactancia. Se estructura en cinco apartados, que, básicamente, se corresponden con las obligaciones específicas a adoptar por el empresario en cuanto a la protección de la maternidad de sus trabajadores: la evaluación de los riesgos, la adopción de medidas preventivas, la movilidad funcional y la suspensión del contrato de trabajo.

La adopción de unas y otras medidas depende del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la capacidad organizativa de la empresa. Las características a destacar de esta posibilidad de suspensión del contrato de trabajo es la de obligatoriedad y temporalidad. Obligatoriedad para hacer referencia al hecho de que no son susceptibles de renuncia, habida cuenta de la propia finalidad de la norma, cuya aspiración no es sólo la protección de la trabajadora, sino también del feto o hijo de ésta. Temporalidad, toda vez que su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia.

#### 3.1. *La evaluación de los riesgos*

La aplicación de los específicos mecanismos de protección y prevención de la maternidad frente a los riesgos laborales se hace depender de los resultados de la evaluación de tales riesgos que, con carácter general, debe llevar a cabo el empresario –art. 16 LPRL– conforme al desarrollo reglamentario realizado en virtud de lo dispuesto en el RD 39/1997, de 17 enero sobre reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales (RSP).

De los niveles de protección reseñados, el primero de ellos, es decir, la evaluación de los riesgos, es el punto de partida, en la medida en que los resultados de dicha evaluación serán los que determinen la necesidad de adoptar medidas preventivas que van desde

meras adaptaciones de las condiciones de trabajo hasta la suspensión del contrato de trabajo.

La evaluación de riesgos se configura como una especificación de la obligación general de evaluación que tiene el empresario <sup>7</sup>, que deberá comprender acciones diversas, tales como «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 (definidos en el art. 4 LPRL) que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico» (art. 26.1 LPRL).

Este tipo de medida preventiva, en aras a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, debe tomar en consideración dos criterios: uno objetivo, la naturaleza de la actividad, otro subjetivo, la exposición de determinados trabajadores a riesgos especiales derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que, en ocasiones, se acumulan a los riesgos derivados de la propia prestación laboral, duplicando así la peligrosidad.

El artículo 26.1 LRRL establece que la evaluación general de los riesgos laborales deberá tener en cuenta expresamente aquellos que puedan afectar a las trabajadoras embarazadas o que hayan alumbrado recientemente. A este respecto conviene precisar que la ambigüedad normativa que tan sólo alude a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo no permite delimitar con exactitud cuáles sean los riesgos perjudiciales para la trabajadora, aunque basta la mera posibilidad de que los mimos puedan provocar un perjuicio para la salud <sup>8</sup>.

---

7. SEMEPRE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABORADA, M., y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo*, 3.ª ed., Civitas, Madrid 2001, p. 237.

8. Corresponde al empresario garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras, tanto en situaciones derivadas de un riesgo real y certero como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse (MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», en *Aranzadi Social*, 21 (2000) 49. En esta misma línea interpretativa, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 290; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social», en *Justicia laboral*, 9 (2002) 2.

La evaluación del riesgo se desarrolla en dos fases, una inicial, se supone que coincidente con el inicio de la actividad empresarial <sup>9</sup>, en la que se determinarán los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, tanto los que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puestos de trabajo o función específica, y otra continuada, si en esta evaluación primera el empresario considerara necesaria la realización de controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

No se delimitan cuáles deben ser los agentes o condiciones que han de evaluarse especialmente por el empresario. A pesar de ello y de forma esporádica, la negociación colectiva se ha ocupado del tema al disponer que la evaluación de los riesgos en el caso de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia tendrán especial consideración a los factores químicos, físicos o bioquímicos <sup>10</sup>. Dicha carencia podría haberse suplido, tal y como han hecho otras normativas europeas, con la incorporación de los anexos I y II previstos en la Directiva 92/85/CEE, en donde se realiza una enumeración no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo que se consideran pueden suponer un perjuicio para la salud de la trabajadora y/o feto. Por ello se hace necesario un desarrollo reglamentario en el que se establezca una relación de los potenciales agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la mujer trabajadora <sup>11</sup>.

Ciertamente, resulta criticable que la evaluación inicial de los riesgos laborales, de cuyos resultados depende el posterior establecimiento de las medidas de prevención, sea competencia exclusiva del empresario, sin que ésta exclusiva atribución quede justificada, pues también las medidas de prevención se configuran en la Ley como un derecho de los trabajadores (art. 14).

---

9. MOLINA GARCÍA, M., «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales», en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 1997, p. 291.

10. Como ejemplo, cabe destacar el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de las Universidades Públicas Canarias (BOCAN, 24 mayo 2000).

11. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad...*, o.c., p. 289.



### 3.2. *Adaptación del trabajo*

Una vez valorados los factores de riesgo, cuando repercutan negativamente en la mujer embarazada o lactante, el empresario adoptará las medidas necesarias destinadas a su minoración o evitación, a través de una «adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo». La LPRL (art.26.1) es clara al respecto, «el empresario adoptará las medidas necesarias a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo». Resulta cuando menos «curiosa» la referencia específica a la modificación del tiempo de trabajo, habida cuenta que no es sino una condición de trabajo más.

La norma preventiva también establece, dada la íntima conexión existente entre el trabajo nocturno y la prematuridad del parto, la posibilidad de que, cuando sea necesario, se prohíba la realización del trabajo nocturno <sup>12</sup> o del trabajo a turnos; ello porque la necesidad de variar las condiciones de trabajo de la mujer embarazada puede derivar de condiciones no materiales de trabajo, como son aquellas cuyo efecto negativo encuentra reflejo en estados de fatiga mental y física. La LPRL no impide que las embarazadas realicen su trabajo bajo alguna de las citadas modalidades, sino simplemente contempla la posibilidad de adoptar estas concretas medidas cuando resulte necesario <sup>13</sup>. Situación muy diferente a las prohibiciones absolutas de emplear a embarazadas en tareas en las cuales puedan quedar expuestas a determinados agentes, como el benceno o el plomo <sup>14</sup>.

Ahora bien, a pesar de que la posible prohibición del trabajo nocturno o a turnos venga referida en exclusiva a la situación de embarazo, ello no impide el desencadenamiento de abundantes problemas de difícil solución. En este sentido, cabe destacar las dificultades deriva-

---

12. Ante el silencio de la ley cabe entender con traslado a un trabajo diurno (RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>ª</sup> J., y PÉREZ BORREGO, G., «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Profesionales», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona 1997, p. 422; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, CEDECS, Barcelona 2002, p. 284.

13. En el mismo sentido, véase LÓPEZ RUBIA, E., «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *Tribuna Social*, 119 (2000) 31.

14. GARCÍA BLASCO, J., y GONZÁLEZ LABRADA, M., «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores», en AA.VV., *Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo...*, o.c., p. 238.

das de la falta de previsión legal respecto a los derechos retributivos de la trabajadora que venía realizando su labor bajo alguno de estos sistemas, habida cuenta de que sufrirá un perjuicio económico consistente en que dejará de percibir los complementos previstos para los mismos. Se trata de un resultado totalmente indeseado por el legislador tanto español como comunitario, en la medida en que ambas normas prevén que la situación de embarazo o lactancia no debe conllevar ni la pérdida del empleo ni pérdidas económicas. La doctrina judicial ha venido constando el derecho al mantenimiento de las retribuciones salariales en su totalidad <sup>15</sup>. En la medida en que las adaptaciones del puesto o del tiempo de trabajo puedan implicar gastos al empresario, hubiera resultado deseable el otorgamiento de subvenciones públicas que sirvieran para financiarlas. De este modo, se conseguiría el doble objetivo de minimizar los posibles perjuicios que la maternidad pueda ocasionar para la mujer trabajadora y traspasar al empresario o al Estado los costes derivados de ésta situación.

Por otra parte, el legislador no ha especificado las posibles razones que permiten justificar la imposibilidad de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, ya que la Ley únicamente establece que «no resultase posible». En consecuencia, sigue sin cubrirse la laguna legal existente al respecto, quedando como única solución la transposición de la Directiva, según la cual se recurrirá al segundo nivel de protección consistente en el cambio de puesto de trabajo <sup>16</sup>.

### 3.3. *Movilidad funcional*

De no ser posible la modificación de las condiciones de trabajo en garantía de la seguridad y la salud de la trabajadora, ésta deberá ser trasladada a un puesto de trabajo compatible con su estado. El tenor literal del párrafo segundo del artículo 26.2 LPRL señala que «el cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con

---

15. Como ejemplo destaca la STSJ Cataluña 2000 (AS 2000, 3700), donde reconoce a una médico embarazada el derecho al percibo de la retribución de las guardias reclamadas y no realizadas por imperativo legal, al entender que «de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido» (art. 26 LPRL).

16. Véase, al respecto, HERRAIZ MARTÍN, M.<sup>ª</sup> Sol., «La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada», en *Tribuna Social*, 118 (2000) 30.

las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional».

Para facilitar la aplicación de esta figura de la movilidad funcional se le pide a la empresa que elabore una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. Se trata de una obligación empresarial, y constituye un derecho de la trabajadora. En este sentido, el empresario no podría excusarse para no cumplir con su deber de cambio de puesto de trabajo en el consentimiento de la trabajadora.

El empresario debe consultar a los representantes de los trabajadores<sup>17</sup> sobre los puestos de trabajo exentos de riesgo a efectos de determinar cuáles son, en la medida en que facilitaría todo el proceso de cambio. Se trata de una consulta preceptiva, aunque la respuesta dada por los representantes no vincula al empresario. Como indica la doctrina científica resulta sorprendente que se deje en manos del empresario la determinación de estos puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora. Lo más correcto hubiese sido regular la vinculación de la decisión empresarial a los resultados obtenidos de la evaluación de riesgos. La relación de puestos de trabajo exentos de riesgos, al igual que sucede con las condiciones de trabajo que deban adaptarse, debería estar recogida en el plan de seguridad que toda empresa elaborará una vez realizada la evaluación de riesgos<sup>18</sup>.

El procedimiento para el cambio será el de la movilidad funcional (art. 26.2 LPRL) poniendo énfasis en el carácter temporal del mismo, al establecer que «tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior», recurriendo, en primer lugar, a la movilidad funcional ordinaria –dentro del mismo grupo o categoría equivalente–, y si esta vía no es posible, a la movilidad extraordinaria –dentro de otro grupo o

---

17. La LPRL no especifica a qué tipo de representantes se refiere, a los unitarios en general o a los delegados de prevención en particular. Cierta sector doctrinal se muestra partidario que la notificación empresarial debe consultar con aquellos que ostenten mayor formación en la materia. Sólo en defecto de éstos la consulta la realizaría con la representación unitaria (LÓPEZ RUBIA, E., *Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo...*, o.c., p. 31).

18. SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, J., y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y salud...*, o.c., p. 230.

categoría-, en cuyo caso se conservará el derecho a la retribución del puesto de origen.

Lo más destacable del precepto que se comenta es su falta de concreción, como consecuencia de la misma, derivan varios aspectos problemáticos: remuneración a percibir por la mujer si de una movilidad ascendente se trata, esto es, a un puesto superior y mejor remunerado; la posibilidad o no de desplazamiento de la trabajadora o la necesidad de certificado médico no sólo para el traslado, sino también para el retorno.

Respecto de mantenimiento de las percepciones económicas disfrutadas, pese a la dicción literal del artículo 26 LPRL, que alude a que «la trabajadora conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen», parece adecuado pensar que el legislador refiere a que conservará su retribución cuando sea trasladada a un puesto con una retribución inferior. A su vez, en esta misma línea interpretativa es lógico pensar que si la trabajadora va a realizar funciones superiores procederá a percibir la retribución correspondientes a las mismas, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.3 ET., en solución adecuada para prevenir el enriquecimiento injusto por parte del empresario.

Respecto de si el cambio de puesto de la trabajadora podría acarrear simultáneamente un desplazamiento baste señalar que se trata de una cuestión no resuelta por la Ley, no obstante, se ha venido señalando que tal posibilidad «supondría una alteración de la finalidad protectora del precepto y podría tener efectos negativos sobre la trabajadora»<sup>19</sup>. A falta de previsión legal, cabría proceder al cambio de centro, salvo afirmación en contrario contenida en convenio colectivo.

Por último, cuestión todavía más delicada y que merece un estudio más exhaustivo es la relativa a la certificación médica que acredita la existencia de un perjuicio para la salud de la trabajadora o de su hijo. En efecto, del artículo 26.2 LPRL se deduce que el legislador interno introduce un elemento o requisito adicional para que se acti-

---

19. BURGOS GINER, M.<sup>ª</sup> A., «Protección especial de determinados colectivos en AA.VV. (coord. J. L. García Ninet y A. Garrigues Jiménez)», en *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Univesitat Jaime I, Castellón de la Plana 1997, p.134; RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>ª</sup> J., y PÉREZ BORREGO, G., *Grupos especiales de riesgos en la Ley de prevención de riesgos laborales...*, o.c., p. 425.

ve la movilidad funcional: *el certificado médico*. Debe tenerse en cuenta que dicha exigencia quizá constituya uno de los puntos más conflictivos de la regulación, sobre todo por su posible falta de adecuación con la normativa comunitaria de la que trae causa, donde se reconoce el derecho al cambio de puesto de manera incondicionada desde el momento en que se constate la existencia de un riesgo que no se puede evitar ni paliar.

La problemática que surge respecto de la necesaria certificación médica obliga a abordar una serie de cuestiones, entre las que destaca como más relevantes las siguientes:

- La primera, la naturaleza esencialmente pública de la intervención médica en relación con los riesgos derivados del embarazo, produciéndose así una huida de cualquier atribución competencial a médicos privados, basada seguramente más, en posibles desconfianzas en torno a su posible conveniencia con la trabajadora, que en el desconocimiento de la situación de riesgo profesional que afecta a aquélla, que igualmente concurre en el facultativo que la atiende en la Seguridad Social.
- La segunda, el desdoblamiento de la intervención médica en dos fases distintas, con intervención de dos sujetos también diferenciados: fase previa de informe, que queda reservada al facultativo que en el Servicio Público de Salud atiende a la trabajadora embarazada, y donde ha de expresarse la situación de embarazo de la misma, así como que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado pueden influir negativamente en su salud o en la del feto. Y fase de certificación que compete a los Servicios Médicos del INSS y de las Mutuas <sup>20</sup>, donde conste que, como consecuencia de lo anterior, la trabajadora debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado <sup>21</sup>.

---

20. La norma legal habla simplemente de «las Mutuas» para aludir a las «Mutuas de Accidentes, de Trabajo y de Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social» reguladas en los artículos. 68 y siguientes de la LGSS. La doctrina viene reclamando el cambio de denominación proponiendo que se hable de Mutuas o de Mutuas Patronales (SEMPERE NAVARRO, A.V., «La incesante metamorfosis de las Mutuas Patronales: ideas para el estudio», en *Tribunal Social*, 100 (1998) 57.

21. En este sentido, y como señala un importante sector doctrinal, se trata de medidas excesivas que los que producen es una mayor burocratización en el régimen de traslado de puestos (RIVAS VALLEJO, P., «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», en *Tribuna Social*, 108 (1999) 29-30.

Al margen de la polémica suscitada en relación con el alcance y titularidad de la certificación médica, conviene precisar que el juicio del cambio de puesto o función de una trabajadora concreta es un juicio mixto, a la vez técnico y médico, ya que los servicios de prevención empresariales, propios o ajenos, han de contar necesariamente con esa dimensión médica que integrará la decisión final de la propuesta de cambio hecha por esos mismos servicios.

En cualquier caso, en modo alguno la nueva redacción del precepto que diferencia entre un órgano informante y otro emisor del certificado solventa el problema preventivo que plantea la elaboración de dicho certificado. Y es que para su correcta emisión sería necesario el reconocimiento de dos factores indispensables para apreciar la situación de riesgo, como es su constatación en la empresa, así como la sensibilidad a dichos riesgos por parte de la trabajadora.

En lo que se refiere a si resulta necesaria o no la certificación médica en los supuestos de retorno al puesto de trabajo originario, ante el silencio del legislador cabe entender que parece lógico pensar que así como es necesario el certificado para acreditar el riesgo también debe de serlo para concluir en su desaparición <sup>22</sup>.

Por último, según el artículo 26.2 LPRL, «el cambio de puesto o función se llevará 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». Sobre la base de esta medida se sigue la preferencia por una modificación poco importante y similar a la acordada por la empresa en virtud del *ius variandi* ordinario: dentro del mismo grupo o categoría equivalente, respetando las exigencias de titulación académica, y los límites generales a la movilidad funcional de no menoscabar la dignidad del trabajador y sin perjuicio de la formación y promoción profesional <sup>23</sup>.

---

22. En este mismo sentido, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo*, REDT, 99 (2000) 35.

23. A este respecto, es importante señalar la opinión de PÉREZ DEL RÍO, T., y BALLESTER PASTOR, M. A., *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid 2000, p. 54, en relación a que pese a la amplitud con que queda redactado este precepto debe entenderse que las posibilidades de la movilidad no son absolutas, sino que se encuentran condicionadas por dos factores: la buena fe contractual y el derecho a la dignidad profesional del trabajador.

Pasado o eliminado el riesgo, la trabajadora volverá a su puesto original sin posibilidad de consolidar el nuevo, aun cuando lo desempeñe durante un lapso de tiempo considerable <sup>24</sup>. Ahora bien, situación distinta es la de si, por razones congénitas o secuelas derivadas del proceso de gestación o del parto, el estado biológico de la mujer perdiera de por vida su inmunidad frente a los riesgos del puesto de trabajo originariamente ocupado, en cuyo caso el principio de adaptación del trabajo a la persona generará el derecho de la trabajadora a ocupar definitivamente el puesto transitoriamente desempeñado u otro similar, protegida siempre del riesgo al que resulta sensible la trabajadora.

Respecto de las posibles previsiones de la negociación colectiva en la materia, cabe señalar, como regla general, que si bien es cierto que la mayoría de las cláusulas convencionales se limitan a reiterar lo ya previsto en el artículo 26 de la LPRL <sup>25</sup>, algunos identifican los riesgos que pueden afectar negativamente a la salud de la trabajadora embarazada <sup>26</sup>, e incluso otros reconocen el derecho de ésta al cambio funcional a partir de un determinado mes de embarazo y sin necesidad de certificación médica <sup>27</sup>.

---

24. Conviene precisar que en el caso de la movilidad funcional extraordinaria no van a jugar los plazos temporales del artículo 39.4 ET como criterios de medición del tiempo máximo en que pueden desempeñarse funciones superiores al margen del grupo o categoría profesional.

25. Con ánimo meramente ejemplificativo, cabe destacar: CC para residencia Privadas de la Tercera Edad de la Comunidad de Madrid (BOCM 16 noviembre 2000) establece que «cuando el desempeño del trabajo habitual resulte penoso para la mujer embarazada, la empresa facilitará el cambio a otro puesto de trabajo». CC Nacional del Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas (BOE 25 octubre 2000) establece que «la mujer embarazada, en caso de desarrollar trabajo previamente declarados, por el facultativo pertinente, como penosos o peligrosos para su embarazo, tendrá derecho a ocupar la primera vacante que se produzca».

26. Por ejemplo, el CC para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 16 de marzo de 1999) reconoce que «sin perjuicio de lo establecido al respecto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las trabajadoras en estado de gestación que desempeñen sus tareas utilizando continuamente pantallas de visualización o máquinas fotocopiadoras tendrán derecho al traslado del puesto de trabajo en el mismo centro donde desempeñen sus actividades laborales, siempre que la organización del trabajo lo permita».

27. Por ejemplo, el CC de distribuciones cinematográficas (BOE de 2 de diciembre de 1999) reconoce que a partir «del quinto mes de embarazo la empresa, dentro de las posibilidades existentes, facilitará un puesto de trabajo idóneo a su estado».

### 3.4. *Movilidad geográfica*

La LPRL omite cualquier referencia expresa a una posible movilidad geográfica de la trabajadora en situación de riesgo por embarazo, parto reciente o en período de lactancia. No obstante, sí puede ocurrir que la empresa carezca de puesto de trabajo exento de riesgo en el centro de trabajo concreto en que la trabajadora presta servicio, pero tal puesto inocuo sí exista en otro centro de trabajo.

Si bien es cierto que la cuestión es importante porque de admitirse como posible el cambio de residencia éste procedería con carácter preferente a la suspensión del contrato de trabajo, habrá que estar a futuros pronunciamientos jurisprudenciales. La doctrina científica coincide en afirmar que la hipótesis cae fuera de lo permitido por la Ley en la medida en que no es posible imponer un nuevo puesto o función a costa de forzar el cambio de residencia de la trabajadora<sup>28</sup>. La negociación colectiva, de forma aislada, recoge el derecho de la trabajadora a solicitar un cambio geográfico de destino, provisional para mejor compatibilizar embarazo y actividad laboral<sup>29</sup>.

Por tanto, parece que el silencio legal acerca de una posible movilidad geográfica cierra toda posibilidad a que la misma pudiera llevarse a cabo, en la medida en que podría implicar un riesgo más para la salud de la madre, del feto o del hijo<sup>30</sup>. En otras palabras, la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo constituye un límite a la facultad empresarial de cambio de lugar de trabajo.

## IV. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Nuestro ordenamiento laboral, como mecanismo principal de protección del embarazo y de la maternidad, regula la posibilidad de

---

28. PÉREZ DEL RÍO, T., y BALLESTER PASTOR, M. A., *Mujer y salud laboral...*, o.c., p. 58; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo...*, o.c., p. 48.

29. A título de ejemplo; destaca: el Convenio Colectivo de Contratas Ferroviarias (BOE de 3 de diciembre de 2002) y el Convenio Colectivo Nacional de Prensa no Diaria (BOE de 8 de junio de 2000).

30. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada 19988, p. 165; SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», en *Relaciones Laborales*, 12 (2003) 37.



que se suspenda el contrato de trabajo de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz.

La suspensión por estas causas tiene como finalidad principal, además de la de lograr la estabilidad en el empleo para la mujer, procurar que el trabajo no perjudique ni a la trabajadora embarazada o al feto en su gestación <sup>31</sup>.

En lo que refiere a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo <sup>32</sup>, si bien formalmente se presenta como institución de suspensión contractual, materialmente nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y del feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por aquélla, formando parte, por tanto, del complejo derecho de la trabajadora a su protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral (art. 14.1 LPRL).

La situación en que se encuentra la gestante, que no desarrolla actividad productiva por así aconsejarlo la defensa de la salud laboral, se configura en nuestro ordenamiento como una verdadera causa de suspensión contractual que «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo». En su redacción originaria el artículo 26 de la LPRL no resolvía de manera expresa la cuestión, pudiéndose hablar de una verdadera laguna <sup>33</sup>, que la Ley 39/1999 quiso solventar previendo que en los supuestos de maternidad en los que por motivos de salud de la madre o del feto se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social <sup>34</sup>.

---

31. Se ha venido señalando al respecto que la maternidad constituye un fenómeno que puede calificarse de «polihédrico» en tanto múltiples, aunque relacionados entre sí son los diversos bienes jurídicos y/o derechos con ella puestos en juego (GARRIGUES JIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid 2004, p. 79).

32. Conviene precisar que la LPRL, antes de la LEY 39/1999, no contemplaba solución jurídica alguna ante el hecho de que no fuera posible el cambio de la trabajadora embarazada a un puesto compatible con su estado.

33. LOUSADA AROCHENA, J. F., «El riesgo durante el embarazo», en *Actualidad Laboral*, 27 y 28 (2001) 347.

34. Esta causa de suspensión contractual no aparecía originariamente comprendida en el artículo 45 ET, sino que fue adicionada al mismo, *por mor* de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Incorporación que, como ya se ha señalado, resultaba necesaria

El riesgo durante el embarazo como causa de suspensión contractual se diseña legalmente como una medida subsidiaria, exigiéndose, además de tratarse de una actividad que conlleve riesgos para la trabajadora o el feto, que el cambio del puesto de trabajo no sea técnica u objetivamente posible o no pueda ser razonablemente exigido. De lo que se trata, por tanto, es de evitar la actualización de un posible daño o una alteración de la salud de la trabajadora o del feto <sup>35</sup>.

#### 4.1. *La situación de embarazo: información al empresario*

La normativa sobre prevención de riesgos establece cautelas abundantes (frecuentemente traducidas en obligaciones patronales) respecto del trabajo de las embarazadas, que difícilmente pueden entrar en juego si se ignora su condición. La mayoría de los Estados miembros exige que la trabajadora informe a la empresa acerca de su embarazo <sup>36</sup>. Ahora bien, de hacerse la comunicación, ante la falta de previsión legal expresa se admite la validez de cualquier medio de comunicación del estado de embarazo de la trabajadora <sup>37</sup>.

La norma española, a diferencia de la comunitaria <sup>38</sup>, no exige claramente a la trabajadora embarazada que comunique su estado a la empresa <sup>39</sup>, y sólo de forma esporádica la negociación colectiva clarifican la cuestión <sup>40</sup>. Lo cierto es que a pesar de que la puesta en conocimiento del empresario del estado de embarazo de la trabajadora no sea claramente exigible, la protección ha de dispensarse

---

de acuerdo con las exigencias transpositorias (no satisfechas por el artículo 26 LPRL) de la Directiva 92/85/CEE (art. 5.3).

35. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999*, *Aranzadi Social*, 20 (2000) 1181.

36. Documento COM (1999) 100, final de 15 de marzo de 1999.

37. MELLA MÉNDEZ, L., *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social...*, o.c., p. 48.

38. Cfr. artículo 2 Directiva 92/85/CEE.

39. El artículo 29.2.4.º LPRL establece como obligación del trabajador informar de inmediato «acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores».

40. Como ejemplo, el CC para la Limpieza de Edificios y Locales de Madrid (BOCM 28 septiembre 2000) establece que «a partir de la comunicación a la empresa por parte de la trabajadora de su situación de embarazo, ésta tendrá derecho a ocupar un puesto de menor esfuerzo físico o adaptar su puesto de trabajo habitual al menor esfuerzo que exige su situación, hasta la fecha que marque la Ley para su reincorporación a su puesto normal anterior a la suspensión del contrato de trabajo».

cuando éste sea notorio o conste fehacientemente a la empresa a través de otros cauces; es decir, con independencia del medio de conocimiento del estado de embarazo, el empresario habrá de tomar las decisiones preventivas necesarias, aun contra la voluntad de la trabajadora <sup>41</sup>.

En consecuencia, ante la indeterminación legal, los posicionamientos doctrinales sobre si existe o no la obligación de comunicación de la situación de embarazo de la trabajadora son divergentes. Parte de la doctrina se inclina más que a defender el derecho de la trabajadora, a silenciar su estado, por estar este dato muy vinculado al derecho a la intimidad (art. 18 CE) y por el hecho de que son mucho más numerosos los casos en los que el embarazo ha sido causa de discriminación en las empresas respecto a las trabajadoras <sup>42</sup>. Otra parte de la doctrina, sin embargo, considera que es un deber de la trabajadora comunicar tal situación a la empresa y que, incluso, el propio principio de buena fe lleva a exigir a la trabajadora dicha comunicación tan pronto como le sea constatado. Incluso hay quien considera que sería viable la posibilidad de apreciar un incumplimiento por parte de la trabajadora del artículo 29.2.4.º LPRL, que establece que ésta «ha de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores..., a cerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores» <sup>43</sup>.

---

41. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Seguridad Social y resigio durante el embarazo», en AA.VV., *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador* (coord. J. López López), Marcial Pons, Madrid 2001, p. 117.

42. Así lo establece la STSJ Madrid 18 mayo 2000 (AS 2000,26519) y también la STC 17/2003 de 30 enero: «no es exigible la comunicación del embarazo al empresario al pertenecer al ámbito de la in intimidad de la mujer trabajadora». El asunto *Tele Danmark* aborda esta misma cuestión al referirse a una trabajadora que es despedida, precisamente, por no haber indicado en la entrevista previa a la contratación que estaba embarazada. El TJCE considera que si bien es cierto que la Directiva 76/207/CEE no contiene disposición alguna a este respecto, sí debe entenderse, de acuerdo con la citada norma, que el embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y, es más, ni la trabajadora está obligada a comunicar su estado, ni el empleador está obligado para preguntar a la trabajadora si está encinta (STJCE 4 octubre 2001, *Tele Danmark*, Asunto 109/00).

43. Un análisis exhaustivo sobre el tema, así como de la interpretación de la doctrina científica, véase SANCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo*, Aranzadi, Pamplona 2002, pp.23-26.

Con independencia de las distintas posiciones doctrinales y legales, todas ellas coinciden en la obligación empresarial de activar los mecanismos protectores si se tuviera conocimiento, por cualquier medio, de la situación especial de riesgo en la que se encuentra la trabajadora; es decir, pese a que no sea clara la exigencia de esa puesta en conocimiento, la protección también ha de prestarse cuando el embarazo sea notorio o conste fehacientemente a la empresa por cualquier otra vía <sup>44</sup>.

#### 4.2. *Requisitos para que opere la suspensión contractual*

De conformidad con lo preceptuado en el apartado tercero del artículo 26 de la LPRL «cuando no resulta técnica y objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo». Conviene precisar que el hecho de que dicho cambio no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados introduce importantes dosis de subjetividad que pueden originar, en la práctica, una situación de fraude <sup>45</sup>.

Pero ¿qué sucede si, pese a todas estas posibilidades que ofrece el legislador, no resulta posible el cambio de puesto? La Ley no exige que la empresa tenga que crear un nuevo puesto apropiado para la embarazada, aunque algunos convenios colectivos sí optan por explicitar esta lógica consecuencia <sup>46</sup>.

Una segunda causa para que opere la suspensión contractual es que el cambio de destino «no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados...». La interpretación de este supuesto legal se torna ciertamente más complejo, pues la referencia a lo «razonable»,

---

44. En ambos casos, conocido el estado de embarazo, el empresario habrá de tomar las decisiones preventivas necesarias, aun contra la voluntad de la trabajadora (GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Seguridad y riesgos durante el embarazo», en *AA.VV. nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, o.c., p. 117.

45. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *Familia y trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral*, Comares, Granada 2002, p. 242.

46. Por ejemplo, el CC Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas (BOE 25 octubre 2000) se señala que «no es obligatorio el crear un puesto de trabajo nuevo»; el CC Nacional de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulado de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 21 marzo 2000) hace depender el cambio de puesto a que exista posibilidad en la empresa.

entendida en su sentido tradicional propio de ámbitos anglosajones da entrada, sin suda, al empleo de criterios de valoración de los costes y beneficios derivados del cumplimiento de estos deberes en materia de garantía de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada <sup>47</sup>.

El legislador abandona la exclusividad que el criterio de la «máxima seguridad tecnológicamente posible» <sup>48</sup> cobra en nuestro ordenamiento para valorar el alcance de la obligación empresarial de seguridad, y da paso al juego del criterio de la irracionalidad del coste económico derivado del cambio de la trabajadora a otro puesto de trabajo compatible con su estado. Con ello, se está dando preferencia a las necesidades organizativas de la empresa frente a la tutela de la seguridad o salud de la trabajadora embarazada. Tales valoraciones dan lugar a la entrada de otro sujeto, la Seguridad Social, para afrontar el coste de la protección de la trabajadora embarazada.

La genérica formulación legal que exige una interpretación restrictiva deja en manos del empresario la decisión sobre la imposibilidad o inexigibilidad del cambio de puesto, sin sujeción a control alguno, negativa que, no obstante, deberá ampararse en motivos empresariales que no lo hagan exigible, bien sean organizativos, técnicos o productivos <sup>49</sup>. Se trata de evitar que el empresario, sin motivo justificado, obligue a la trabajadora a separarse temporalmente de su actividad laboral. Ahora bien, qué duda cabe que se echan en falta mecanismos que permitan apreciar con un mínimo de imparcialidad la existencia o ausencia de esas circunstancias que justifican la transferencia de la responsabilidad económica a la Seguridad Social.

En resumen, el supuesto aquí analizado pone de manifiesto la indeterminación del precepto legal y que supone dejar en manos del empresario la posibilidad de trasladar directamente a la Seguridad Social sus obligaciones preventivas, en la medida en que ésta asumi-

---

47. Fórmula legal calificada por la doctrina de «enrevesada» (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *La situación de riesgos...* o.c., p. 58).

48. Sobre el mismo, IGARTUA MIRÓ, M. T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

49. En este sentido, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo*, Aranzadi, o.c., p. 43, establece que hay que considerar, no obstante, que los motivos justificados vienen referidos al empresario y no a la trabajadora, que no puede negarse al cambio que, pese a todo, tendrá que hacerse dentro de los límites del carácter general contenidos en el artículo 39 E. de respeto a la dignidad, a la formación y promoción profesional y a las titulaciones exigidas.

ría la correspondiente prestación económica durante la situación de suspensión. Quizá hubiera sido mucho más conveniente eliminar toda valoración subjetiva, dejando como única circunstancia justificativa del paso a la situación de suspensión contractual la de imposibilidad técnica y objetiva del cambio.

#### 4.3. *La titularidad en la declaración de la suspensión contractual*

La redacción literal del artículo 26 LPRL alude a un presunto acto de declaración del paso a la situación de suspensión, pero sin precisar a qué sujetos corresponde efectuar tal declaración. Teniendo en cuenta que la empresa es la que decide el inicio de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo por la imposibilidad o irrazonabilidad del cambio funcional, que han certificado como necesario los facultativos correspondientes, lo lógico será entender que sea ésta la que asuma la competencia en declarar la suspensión.

Junto a la indeterminación de quien tenga atribuida la titularidad en la declaración de la suspensión del contrato de trabajo, la locución legislativa de «*podrá declararse el paso a la situación suspensiva*» abre la puerta de, al menos, dos tipos de interrogantes, a saber: sobre el carácter potestativo u obligatorio de la declaración de suspensión por parte empresarial y, derivado del anterior, la posible oposición de la trabajadora.

##### 4.3.1. *Carácter potestativo u obligatorio de la suspensión*

Esta locución podría dar pie a entender que la empresa ha de resolver formalmente si se procede o no a la suspensión del contrato. Sin embargo, esto no es cierto del todo, pues en el caso de que concurren las circunstancias exigidas, la suspensión es inevitable y obligada.

Sin embargo, pese al tenor literal de la norma, que pudiera llevar a pensar que se trata de una mera facultad, resulta patente el deber empresarial de tutela de la salud de la trabajadora embarazada<sup>50</sup>. De

---

50. Lo cual nos demuestra la complejidad, variedad y amplitud de los deberes integrantes de la obligación general de la seguridad que la propia LPRL impone al empresario.

forma que el propio empresario, si concurren los requisitos legales, deberá declarar la suspensión del contrato, sin que a ello obste la negativa de la trabajadora, ya que el bien jurídico protegido no es sólo la salud o seguridad de la trabajadora, sino también la del hijo por nacer.

Este planteamiento es más diáfano en el RD 1251/2001 que parte de la «suspensión automática» del contrato por decisión empresarial, momento desde el que, en su caso, si se acreditan los requisitos exigidos, se reconoce el derecho al percibo de la correspondiente prestación de Seguridad Social. Aunque se va a exigir una declaración empresarial, con intervención de los servicios de prevención, sobre la imposibilidad o inexigibilidad del cambio de puesto.

Sin perjuicio de volver a reiterar que hubiera sido deseable una mayor precisión del legislador, debe destacarse que quizá lo cierto sea que «debido a que constituye obligación del empresario velar por la seguridad y salud de sus trabajadores» puede ocurrir que sea directamente éste quien «inste» el paso a la situación de suspensión, porque le resulta mucho más rentable que la inversión que pueda exigir la adaptación de las condiciones de trabajo o la movilidad funcional, máxime cuando la prestación que se deriva de la situación de riesgo durante el embarazo compete a la Seguridad Social.

#### 4.3.2. La eventual oposición de la trabajadora

Otro problema que subyace en relación con la titularidad en la declaración de la suspensión contractual es el relativo a la eventual oposición de la trabajadora a la activación de la suspensión contractual. Y es que la obligada suspensión contractual cuando concurren determinadas circunstancias, tanto para el empresario como para la trabajadora, no va a impedir la posible reclamación de ésta frente a la situación suspensiva del empresario.

La oposición de la trabajadora puede ser doble, según exista o no declaración de suspensión contractual.

Como regla general, la trabajadora no podrá negarse a la activación de la suspensión contractual, porque no debe olvidarse que junto a la salud de la mujer también se halla protegido otro bien jurídico, como es el de la viabilidad del embarazo y la salud del feto; y, además, porque la propia norma preventiva impone la obligación 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. Es decir, si la trabajadora estima que la imposibilidad de cambio de puesto es inexistente o los motivos alegados no justifican la inexigibilidad, podrá impugnar ante el juzgado de lo social la decisión empresarial, solicitando de este modo que se declare la reanudación de su trabajo, por ser compatible con su embarazo o, en su defecto, porque existen otros puestos compatibles <sup>51</sup>.

Ante la situación descrita, la trabajadora podrá actuar judicialmente, bien solicitando la inadecuación del puesto de trabajo ofrecido, o bien la declaración de la existencia del riesgo <sup>52</sup>, y, por tanto, la suspensión de la relación laboral.

Hasta la resolución de la cuestión la trabajadora puede permanecer en el puesto de trabajo, aunque sería una decisión que la perjudicaría ante la reclamación judicial. Si siguiera trabajando percibiría su salario, por lo que la posible prestación económica que pudiera recibir tras la resolución judicial se manifestaría incompatible y, en caso de obtenerla, habría que proceder a su devolución. Ante esto, la única posibilidad que le queda a la trabajadora será el *ius resistentiae*, es decir, negarse a prestar el trabajo en esas condiciones, reclamando judicialmente la declaración de la incompatibilidad del desarrollo de su actividad laboral con su salud o con la del feto.

#### 4.4. Duración

El artículo 26.3 LPRL, a la hora de fijar cuál haya de ser el alcance temporal de esta suspensión contractual, establece que se dará «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»; lo que no significa que la trabajadora debe estar en situación de suspensión contractual durante todo el período de gestación, sino que en cual-

---

51. En este caso se produciría el abono retroactivo de salarios y el reintegro del subsidio percibido.

52. Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de marzo de 2002 (AS 2002,1523), se reconoce el riesgo durante el embarazo a una mujer trabajadora en base a las circunstancias en la que se desempeña su puesto de trabajo.



quier momento anterior al parto puede reiniciar su prestación de servicios cuando se le ofrezca un puesto de trabajo adecuado <sup>53</sup>.

Por tanto, al igual que el resto de las medidas preventivas reguladas en el artículo 26 LPRL, la suspensión tiene carácter temporal, en concreto, se prolongará mientras sea necesario proteger la salud de la trabajadora o del feto, así como la propia viabilidad del embarazo y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. Puede así constatarse cómo la duración de la suspensión está abierta y condicionada a las causas que la motivan.

Salvo algunas previsiones convencionales que así lo establecen, ni la LPRL ni el ET exigen que haya transcurrido un determinado período de embarazo para poder gozar de esta suspensión contractual <sup>54</sup>.

## V. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD

El desencadenante de la acción (protectora) normativa en este punto no es otro que, en general, el hecho fisiológico del alumbramiento. En concreto, esta causa suspensiva encuentra su justificación en la protección de varios bienes jurídicos, a saber: de un lado, la delicada situación fisiológica en que, como consecuencia del previo embarazo y del parto, se sitúa la mujer trabajadora, con la necesidad de proceder a una cierta recuperación física y psicológica de la misma <sup>55</sup>; de otro, el bienestar del hijo, mediante la necesidad de facilitar su cuidado durante las primeras semanas de su vida; por

---

53. VALLE MUÑOZ, F. A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Colex, Madrid 1999, p. 137.

54. El CC de Empresas sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE 17 octubre 2000) establece que «la mujer embarazada, a partir del cuarto mes de gestación y caso de desarrollar un trabajo previamente declarado por el facultativo pertinente, como penoso o peligroso para su embarazo, tendrá derecho preferente a ocupar, sólo por el tiempo que dura dicho estado, la primera vacante que se produzca en un puesto sin dicho riesgo...».

55. El proceso biológico de la maternidad, durante todo el período de embarazo hasta el parto y las secuelas que de él se deriven, supone una agresión que sufre tanto el cuerpo como la psicología de la madre, lo cual ya de por sí merece la necesaria protección legal. Véase al respecto, las SSTSJ Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3653) y Madrid de 26 febrero 2003 (AS 2003, 3015).

último, la estabilidad en el empleo de la trabajadora, quien interrumpe temporalmente su actividad laboral por esta causa.

Dentro del mencionado derecho suspensivo nos vamos a detener en la regulación protectora, cuya única destinataria es la mujer trabajadora, es decir, en la normativa que protege la maternidad *srtictu sensu*, como titular del derecho a la protección de la salud y dejando al margen, por no ser el objeto de este estudio, la protección específica del padre <sup>56</sup>.

El artículo 45.1d) ET refiere a que el contrato de trabajo podrá suspenderse por «maternidad». El régimen jurídico de esta causa suspensiva se contempla en el artículo 48.4 ET redactado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y retocado de nuevo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

La suspensión por maternidad es un derecho reconocido a toda mujer por tener la condición de trabajadora y por el hecho de ir a dar a luz un hijo o haberlo hecho con abstracción de cualquier otra circunstancia.

### 5.1. Duración

Por lo que respecta a la duración de la situación suspensiva, establece el artículo 48.4 ET que tendrá una duración de dieciséis semanas, que se distribuirán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas por cada hijo a partir del segundo.

Esta regla admite dos excepciones, en las cuales la duración del período suspensivo sólo se extenderá a las seis semanas de descanso puerperal obligatorio por la necesidad de reestablecer la salud de la trabajadora <sup>57</sup>:

---

56. Como es sabido, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria una Ley sobre igualdad de género entre hombres y mujeres que reconoce un permiso de paternidad de 15 días, independiente del de la madre.

57. STSJ Castilla y León /Valladolid 15 mayo 2001 (AS 2001, 2569).

- El primer supuesto refiere al alumbramiento de un feto que no cumpla los requisitos del artículo 30 CC, pero que se haya gestado al menos durante 180 días. Este supuesto englobaría, a su vez, la muerte del feto, tanto a término como prematuro o intrauterino –tanto espontánea como provocada por un aborto terapéutico– o producida durante el parto o con posterioridad al mismo, pero antes de las 24 horas posteriores al nacimiento <sup>58</sup>.
- El segundo supuesto alude al fallecimiento del hijo nacido una vez transcurridas las primeras veinticuatro horas posteriores al nacimiento (art. 7.2, párrafo segundo del RD 1251/2001).

La disposición adicional octava de la Ley 12/2001, de 9 de julio, añadió un párrafo al artículo 48.4 que alude a los supuestos de hospitalización del neonato a continuación del parto. En este caso el período de suspensión podrá computarse a instancia de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria con exclusión de las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

Si bien es cierto que dicha interrupción se configura como una facultad y, por ende, carece de obligatoriedad <sup>59</sup>, se debería haber planteado una ampliación de la duración de la baja por maternidad en tantas semanas como estuviera el niño hospitalizado <sup>60</sup>.

Por otra parte, no parece posible que la trabajadora decida voluntariamente reanudar la suspensión ininterrumpida antes de que se produzca el alta hospitalaria. Es cierto que cuando el menor está ingresado en una unidad de cuidados intensivos no se permite la estancia continuada de los padres, pero tal permanencia sí es posible cuando pasan a una unidad de neonatos o a una planta. En estos casos, los padres podrían tener ciertas dificultades de no poder aco-

---

58. Véase el artículo 7.2, párrafo tercero del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

59. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral», en AA. VV., *Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de julio (La reforma laboral de 2001)* (coord. A.V. Sempere Navarro), Navarra, Aranzadi, Pamplona 2001, p. 258.

60. ALMENDROS GONZÁLEZ, A., *Familia y trabajo. Comentario práctico a la ley de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos laborales*, Comares, Granada 2002, p. 121; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora...*, o.c., p. 235.

gerse a la suspensión por maternidad por no haberse producido el alta hospitalaria. Para evitar estos problemas se debería haber establecido el alta hospitalaria como un plazo máximo de interrupción de la suspensión, pero no como un plazo de obligado cumplimiento<sup>61</sup>.

## 5.2. Distribución

Cuestión más compleja es la relativa a la distribución temporal del período suspensivo, ya que viene condicionada por las dificultades clásicas derivadas, de un lado, de la afectación de tres momentos bien diferenciados del proceso maternal, y, de otro, por su eventual disfrute por varios sujetos. A ello debe añadirse la posibilidad de disfrute de la suspensión a tiempo parcial.

En la estructura de este permiso puede distinguirse un período obligatorio y otro voluntario, siendo el primero de obligado cumplimiento para ambas partes del contrato, empresario y trabajadora que haya dado a luz, con el fin de evitar riesgos para su salud, y el segundo sólo para el empresario y de libre disposición para la madre trabajadora.

Nótese que es la madre, libre y discrecionalmente, quien decide acerca de este extremo; en caso de que, efectivamente, desee trasladar al padre una parte del período, en el momento en que decide activar la suspensión contractual habrá de reservar no sólo las seis semanas post-parto que necesariamente tiene que descansar ella, sino, además, las que desee transferir al varón, con el límite de las diez (o cifra superior en caso de parto múltiple) restantes. Actualmente este descanso paterno puede disfrutarse «*de forma simultánea o sucesiva con el de la madre*», lo que sin duda abre un cúmulo de posibilidades, tanto familiares cuanto jurídicas. No obstante, las previsiones hechas por la trabajadora quedarían sin eficacia caso de que la incorporación de la madre al trabajo comporte un riesgo para su salud, ya que entonces se le impone a ella el descanso.

La primera incógnita que hay que despejar, puesto que el artículo 48.4 ET no lo menciona, es la de si este derecho al permiso de pater-

---

61. En sentido similar, véase BALLESTER PASTOR, M. A., «Permisos y derechos relacionados con la hospitalización del hijo», en AA.VV., *La Ley 12/2001 y el acuerdo nacional de negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid 2002, p. 170.

nidad resulta aplicable a los casos en que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena.

Aunque no muy abundantes, son varios los casos analizados por el Tribunal Supremo a este respecto<sup>62</sup>. La jurisprudencia señala que sólo quien es una trabajadora por cuenta ajena incluida en el campo de aplicación del ET podrá realizar la cesión al padre del disfrute parcial de un derecho cuya titularidad tiene en exclusiva. Situación en la que no se encuentra el personal femenino al frente de los registros de la propiedad, pues en su condición de funcionarios públicos queda excluido del ámbito de aplicación del ET, y mucho menos la abogada profesional por cuenta propia integrada en la mutualidad correspondiente o una corredora de seguros incorporada al régimen especial de trabajadores autónomos.

Teniendo en cuenta que según interpretación literal dada por la jurisprudencia del precepto estatutario que establece la obligatoriedad de que la madre tenga un vínculo contractual de naturaleza laboral, la pregunta que puede surgir es la de ¿y si es el padre el que no mantiene una relación laboral? La respuesta seguiría siendo la misma, es decir, por una u otra vía, sea el padre funcionario o con relación laboral, llegamos a la conclusión de que podrá disfrutar del permiso de paternidad a condición de que la madre sea trabajadora con derecho al descanso por maternidad.

Reflexionando algo más sobre las claves e implicaciones de esta importante doctrina jurisprudencial en relación al permiso de paternidad, cabe aludir a la segunda cuestión que se planteaba al inicio y que es la relativa a si el padre puede disfrutar del permiso paternal por nacimiento de hijo cuando su cónyuge no sea una madre trabajadora.

En el caso de que la madre no trabaje es evidente que hoy por hoy ningún derecho puede transmitir al padre del recién nacido. No obstante, aunque no existe pronunciamiento de la sala de lo social sobre el particular, destaca una sentencia de la audiencia nacional de la sala de lo contencioso administrativo de 12 de julio de 2004 (la única

---

62. Los últimos pronunciamientos son las SSTS de 28 de diciembre de 2000 (RJ 123000, 1882), la de 20 noviembre de 2001 (RJ 2002, 360) y la de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6236). Como supuesto de hecho común a las tres sentencias, los maridos de una registradora, una abogada y una corredora de seguros reclaman el derecho y la prestación correspondiente en los casos de maternidad biológica. Además, se trata de trabajadores por cuenta ajena pertenecientes todos ellos al RGSS.

existente hasta el momento), donde se aborda de nuevo la cuestión de si la normativa española reconoce o no un permiso individual por nacimiento de un hijo. Se trata de un pronunciamiento judicial de relevancia, porque a pesar de aludir a un funcionario público se aborda la denegación de la baja por paternidad porque su mujer no es una madre trabajadora. La sala considera, a diferencia de los supuestos anteriores, que hay que acudir directamente a la Directiva 96/34/CEE del Consejo de 3 de junio sobre permiso parental, donde se establece en su cláusula 2.<sup>a</sup> un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento de hijo.

Precisamente, en relación con esta cuestión, es decir, el reconocimiento del derecho a la protección de paternidad cuando la madre no es una trabajadora es digno de reseñas el hecho de que una jueza de lo Social de la provincia de Lleida considera que negar al padre la posibilidad del disfrute del permiso por paternidad en el supuesto de que la madre no trabaje puede vulnerar el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que ha pedido al Tribunal Constitucional que se pronuncie al respecto.

En cualquier caso, la cuestión queda abierta en espera de resolución, tanto por la vía de la iniciativa legislativa que abogan por la aprobación de un permiso de paternidad independiente del de la madre, como por la vía judicial en espera de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad y de ver si la sala de lo social siguiendo la línea interpretativa marcada por su vecina la contencioso administrativa considera que la aplicación del derecho comunitario requiere una modificación de la normativa española al respecto.

Por último, señalar que en el caso de fallecimiento de la madre, tras la Ley 39/1999, se posibilita el disfrute por el padre de todo el período suspensivo, salvo la parte que pudiera haberse consumido por la trabajadora. En este caso y teniendo en cuenta que la finalidad de la suspensión reside en el cuidado del hijo, sería deseable que el legislador contemplase el derecho al descanso por el padre trabajador con independencia de que la titular del derecho fuera o no una trabajadora<sup>63</sup>. Aquí se plantearía la duda, no resulta por la jurisprudencia, de si es necesario el fallecimiento de la madre con indepen-

---

63. VALLE MUÑOZ, F. A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Colex, Madrid 1999, p. 51.

dencia de que ésta fuera o no trabajadora. Teniendo en cuenta que, como se ha señalado, el derecho del padre está subordinado al de la madre, por lo que si la madre fallecida no tenía derecho a la prestación por maternidad tampoco lo tendrá el padre. Lo que resulta bastante criticable si se tiene en cuenta que el objetivo principal de dicha prestación es procurarle los cuidados necesarios al recién nacido. Debiera establecerse el citado derecho, toda vez que en este caso la finalidad de la suspensión reside en el cuidado del hijo.

## VI. PROTECCIÓN DURANTE LA LACTANCIA

Quizá sea este uno de los aspectos más criticables de la regulación, y por eso es conveniente ponerlo de manifiesto. La LPRL no extiende el derecho a la dispensa del trabajo a las situaciones de lactancia, por lo que en caso de que las condiciones de seguridad y salud de la trabajadora supongan un riesgo para la salud del hijo lactante, no cabrá el paso de la trabajadora a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Para tales supuestos la norma sólo prevé la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto, es decir, el período de lactancia no queda protegido por la suspensión del contrato de trabajo.

La mención a la mujer impide extender este derecho al padre, dado que la lactancia protegida es la natural y no la artificial <sup>64</sup>, a diferencia de lo que sucedía con los permisos retribuidos por razón de maternidad. Aun así, algún autor ha incluido también los supuestos de lactancia artificial en la medida en que existen otros medios de transmisión, tales como piel, vías respiratorias, etc. <sup>65</sup>

En cuanto a la duración de la protección por lactancia, la doctrina se encuentra dividida, mientras que para algunos autores es necesario aplicar el plazo de los nueve meses previsto en el artículo 37.4 ET <sup>66</sup>, otros autores entienden que no cabría establecer en este caso plazos máximos de duración de la finalidad protectora que la norma permite <sup>67</sup>. En cualquier caso, habrá que estar al criterio fijado por el facultativo de la Seguridad Social o el correspondiente de la Mutua.

64. RIVAS VALLEJO, P., *Los permisos retribuidos...*, o.c., p. 52.

65. RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., y PÉREZ BORREGO, G., *Grupos especiales de riesgos...*, o.c., p. 416.

66. GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Trotta, Madrid 1996, p. 175.

67. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad...*, o.c., p. 302.

Esta situación se produce, como ya se ha comentado anteriormente, por la defectuosa transposición de la Directiva 92/85/CEE, cuyo artículo 1.º deja bien claro el objeto de la misma: «Promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia.»

Es más, la no extensión de la dispensa del trabajo al período de lactancia cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud no sólo de la trabajadora, sino también del hijo, constituye no sólo un incumplimiento de la normativa comunitaria, sino, además, una contradicción con aquellas previsiones que obligan al empresario a adaptar las condiciones de trabajo o bien el cambio de puesto o función, ya que aunque la norma que se aplica recibe la denominación de «por riesgo durante el embarazo», su finalidad, a través de una interpretación amplia y a la vez lógica con el espíritu de la norma, sería también aplicarla a los períodos de lactancia <sup>68</sup>.

En consecuencia, ¿cómo podría aplicarse la protección a dicha situación al no ser posible la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo que se recoge en el artículo 45.1.d) ET? Pues bien, son varias las posibles soluciones:

1.º Aplicar directamente las previsiones de la Directiva 92/85/CEE.

Y así no debemos olvidar que en el ordenamiento comunitario se ofrece la posibilidad de aplicación directa de una Directiva cuando la

---

68. En este sentido, se manifestó el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999): «Si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la (citada) Directiva, debería haberse incluido la situación de riesgo para la trabajadora en situación de lactancia, que, junto al embarazo, es considerada también situación de riesgo con iguales efectos por la Directiva 92/85/CEE (...). Por otra parte, dado que el riesgo para la salud en determinados puestos de trabajo puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que haya dado a luz y a la lactancia, la protección debería ser la misma. Estas observaciones hace extensible a los demás preceptos del Anteproyecto, en los que se contempla la nueva situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, en consonancia con la finalidad protectora que se persigue y, para una mejor adaptación de la normativa comunitaria. En tal sentido, debería incorporarse igualmente (...) la extensión de la protección al feto y a la lactancia.»



misma posea un contenido preciso e incondicional <sup>69</sup>. De esta forma surgiría para la trabajadora en estado de lactancia el derecho a la prestación económica de la Seguridad Social y la posibilidad de suspender el contrato de trabajo.

## 2.º Solicitar la excedencia por el cuidado de hijos o figuras similares.

Si se siguiera esta solución, recogida en el artículo 46.3 ET, se obtendría, al igual que con la anterior, la suspensión del contrato, pero no el derecho a prestación a cargo de la Seguridad Social, esto supone que ha de ser la trabajadora afectada la que tiene que soportar los costes de tal situación. Algunos convenios, sin embargo, sí que recogen la posibilidad de solicitar un permiso especial no retribuido, de hasta dos meses, una vez finalizados los descansos por maternidad.

## 3.º Cesar unilateralmente en la prestación laboral.

Supone el abandono de la trabajadora de su puesto de trabajo, sin que ello pueda dar lugar a sancionarla con el despido. Así se recoge en los artículos 19.5 ET y 21 LPRL. Sin embargo, esta solución (interrupción de la actividad por riesgo grave e inminente) conlleva grandes dificultades prácticas y aplicativas y una inseguridad respecto a la respuesta que los tribunales vayan a dar en un futuro al recurso a esta vía; por ello es una solución que se presenta poco atractiva para la trabajadora.

Las posibles soluciones a esta falta de tutela se muestran del todo inadecuadas por la pérdida de derechos que representa para la trabajadora. De ahí que, en aras a evitar las consecuencias apuntadas, resulta necesario que el legislador dé una respuesta normativa <sup>70</sup>.

---

69. LÓPEZ LÓPEZ, J., *Salud laboral y protección por maternidad*, establece que numerosas sentencias comunitarias indican que las Directivas no transpuesta en plazo atribuyen a los sujetos individuales derechos subjetivos, pero a diferencia de los Reglamentos y del Tratado se trata de derechos accionables sólo en las controversias entre los particulares y el Estado que ha incumplido. Por el principio de eficacia vertical de las Directivas se mantiene que la eficacia de las Directivas no transpuestas juega, en las relaciones entre el individuo y el Estado, pero no en las relaciones horizontales, es decir, entre privados.

70. Cierta sector doctrinal apunta al respecto la posible delimitación de un período de lactancia natural protegido legalmente en el que fuera posible la suspensión del contrato de trabajo y la percepción de una prestación económica por parte de la trabajadora, con cargo al sistema de Seguridad Social (GARRIGUES, JIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social...*, o.c., p. 76).