



**La situación
de riesgo
por embarazo
y su adecuación
al derecho comunitario**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA
Juez del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra



La Ley 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha introducido, para subsanar el más ostensible defecto de trasposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre –en adelante, la Directiva–, cometido en el artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo denominada, de acuerdo con el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, «riesgo durante el embarazo», y que, en su caso, genera una prestación de seguridad social, regulada en los artículos 134 y 135, hasta ahora vacíos de contenido, de la Ley General de la Seguridad Social. Finalidad subsanatoria del defecto traspositivo que, como ha manifestado nuestra doctrina más autorizada, resulta incumplida en varios aspectos, y que, a efectos de su estudio, reconduciremos a los tres siguientes:

I LA COMPLEJA ACUMULACIÓN DE REQUISITOS PARA ALCANZAR LA DISPENSA DE TRABAJO

Reconoce el artículo 5 de la Directiva la dispensa de trabajo como última solución para evitar riesgos durante el embarazo o la lactancia de una trabajadora, después de resultar imposibles o inexigibles otras medidas menos drásticas: «si los resultados de la evaluación –regulada en el artículo 4– ... revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora», primero «la empresa tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo», segundo, «si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la empresa tomará las medidas nece-

sarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada», y, tercero, «si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud».

Pues bien, el artículo 26 LPRL, en su redacción originaria, exigía, para el cambio de puesto de trabajo, que «la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, y así lo certifique la o el médico que en régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora». Su comparación con la norma comunitaria reflejaba dos disparidades. De un lado, la imposibilidad o inexigibilidad que, en el artículo 5 de la Directiva, aparecen vinculadas a las necesidades organizativas de la empresa, en la norma española se vinculan a la salud de la trabajadora o del feto, lo que es redundante, dado que, en la previa evaluación de riesgos específicos, el factor salud debió haberse contemplado. Y de otro lado, se introduce, en la norma española, un certificado médico que, en el artículo 5 de la Directiva, no aparece en ningún sitio, ya que, no lo olvidemos, la trabajadora no está enferma, sino en situación de riesgo durante su embarazo, parto reciente o lactancia. En su nueva redacción, el artículo 26 LPRL introduce otra exigencia más para el cambio de puesto de trabajo, añadiendo más complejidad, y que, por la redacción en cascada, supone una dificultad adicional para acceder a la dispensa de trabajo. Se exige, ahora, que el certificado médico se haya emitido por «los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe

LA LEY 39/99, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HA INTRODUCIDO, UNA NUEVA CAUSA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DENOMINADA, «RIESGO DURANTE EL EMBARAZO».

médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora». Dicho más llanamente, donde antes se exigía un certificado médico, ahora se exigen dos, eso sí se clarifica quienes deben emitirlos. Aquí surge, además, otro aspecto crítico, al no ser claro si la Mutua actúa como aseguradora de riesgos profesionales o como servicio de prevención ajeno a la empresa. Quizás esto último.

Haciendo comparación con la norma comunitaria, parece huir la española, cada vez más, de su espíritu, mediante una compleja acumulación de requisitos para alcanzar la dispensa de trabajo, que, en el desarrollo reglamentario, se pueden ver incrementados con nuevas exigencias: un informe médico del facultativo/a del Servicio Nacional de la Salud, un certificado de la entidad aseguradora de la prestación de incapacidad temporal, la declaración de la empresa de ausencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, un informe al respecto de la Inspección de Trabajo y otro informe del servicio de prevención o de la Mutua.

Más conforme con la norma comunitaria sería, a nuestro juicio, conceder la prestación con la sola declaración de la empresa, sin perjuicio, naturalmente, de que, si su decisión



no fuese procedente, la entidad gestora le repercutiera la prestación y la trabajadora las eventuales diferencias con el salario dejado de percibir. La decisión de la empresa, como todas las referidas a salud laboral, contará con el asesoramiento de los servicios de prevención, cuyo personal sanitario, entre otras funciones, «estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (¿y la situación de lactancia?)... y propondrá las medidas preventivas adecuadas», de acuerdo con el artículo 37.3.g) del Real Decreto 39/97, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención.

No se trata solamente, y conviene precisarlo, de la asunción por la trabajadora de más o menos cargas burocráticas, sino de algo mucho más

trascendente, ya que, aún estando conforme con la dispensa de trabajo, no es previsible que, al no liberarse de la retribución mientras no se reúnan todas las exigencias legales y reglamentarias, la empresa dispense entre tanto a la trabajadora de prestar servicios con riesgo laboral. A ésta le cabe, de todos modos, la posibilidad de acudir a lo dispuesto para el riesgo grave e inminente –art. 21 LPRL–. Igualmente, le cabe la posibilidad de acudir, en una actuación situada al límite de la legalidad, a viejas técnicas menos conflictivas: las bajas de complacencia o con dolencias de cobertura. Quizás el estar a cargo de la empresa los quince primeros días de incapacidad temporal por contingencias comunes, determine a ésta a facilitar los trámites para acceder a las prestaciones de riesgo durante el embarazo, y evitar esas bajas.

II LA AUSENCIA DE REFERENCIAS AL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Hemos visto como, de modo expreso, en el artículo 5 de la Directiva se contempla, a los efectos de la dispensa de trabajo, no sólo el embarazo, sino también la lactancia de la trabajadora. Pues bien, regulada la dispensa de trabajo en el número 3 del artículo 26 LPRL, su número 4, donde se alude a la situación de lactancia, aplica a ésta «lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo». No, en consecuencia, la regulación de la dispensa de trabajo. Dicho sea de paso, la lactancia parece ser la eterna olvidada –véase su preterición en el artículo 37.3.g) del Reglamento de los Servicios de Prevención–.

III LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y SU CUANTÍA

De acuerdo con el número 1 del artículo 135 LGSS, dicha prestación «se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común». Llama la atención, en una contingencia cuyo hecho causante no se comprende si no es con referencia a un trabajo determinado, su calificación de común. Sin resultar un incumplimiento frontal de la Directiva, se cohonestará mal con su finalidad, que es, justamente, la prevención de riesgos de naturaleza laboral –sustráese laboral–.

Algunas dudas surgen, asimismo, en cuanto a la cuantía que, según el número 3 del artículo 135 LGSS, «consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente» que será «(la) establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes». Tales dudas se fundamentan en las siguientes argumentaciones:



**a**

Las diferencias de redacción que, en el artículo 11 de la Directiva, se aprecian entre su punto 1, aplicable a los supuestos de dispensa de trabajo, y su punto 2, aplicable al supuesto de permiso de maternidad. Dígase de entrada que no son decisivas, debido a la coetilla «con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales» –inciso final del punto 1–.

■ En los supuestos de dispensa de trabajo «deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo», esto es, los mismos que si se trabajara, «incluido», y esta palabra es un dato esencial, «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» –punto 1–, sin habilitar expresamente, y este silencio es otro dato esencial, a las legislaciones nacionales para establecer un posible límite máximo –el punto 3, donde se establece dicha habilitación, se remite exclusivamente a la letra b) del punto 2, pero no al punto 1–.

■ En el supuesto de permiso de maternidad, aunque también se garantizan «los derechos inherentes al contrato de trabajo» –letra a) del apartado 2–, se matiza que sólo los «distintos» a «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» –letra b) del punto 2–, derechos estos últimos que se pueden reconocer «dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales», si bien «equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud» –punto 3–.

b

La normativa antidiscriminatoria, aplicada al embarazo, lleva a considerar ilícitas aquellas consecuencias jurídicas que no se producirían si, en una situación dada, se cambia el sexo del sujeto –es el test, conocido como «but for», utilizado en la Sen-

tencia de 8.11.1990, Caso Dekker, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en sus secuelas posteriores, la de 5.5.1994, Caso Habermann-Beltermann, la de 14.7.1994, Caso Webb, la de 13.2.1996, Caso Gillespie, o la de 30.4.1998, Caso Thibault–. Aplicado el test a los supuestos de dispensa de trabajo de la Directiva, la solución aparenta ser evidente: si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario íntegro. De donde, la interpretación ofrecida del artículo 11, punto 1, de la Directiva, se compadece con la normativa antidiscriminatoria que, en cuestiones de remuneración, es el artículo 119, actual 141, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, y la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero. No niego que, en las argumentaciones recién expuestas, existen importantes flancos a la crítica, y, desde luego, no son, en ningún momento, expresión de verdades apodícticas. Pero no deja de fascinarme la combinación de la normativa protectora de la maternidad con la normativa sobre tutela antidiscriminatoria. En todo caso, sólo pretendo sembrar algunas dudas sobre la interpretación más correcta de la expresión «el beneficio de una prestación adecuada», utilizada en el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre. La única correcta será, a través de la correspondiente cuestión prejudicial, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Quedan por subsanar otros muchos defectos, acaso no tan ostensibles, pero no menos importantes, cuyo elenco abordé en “Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea. La Ley. Número 4153. 1996. Sobre esta norma, más ampliamente, véase mi trabajo “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”.

Actualidad Laboral. Número 38. 1998.

Sobre algunos de esos defectos traspositivos, véase Teresa Pérez Del Río, “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de Debate”. Pendiente de publicación en Temas Laborales. En sentido parecido, María Amparo Ballester Pastor, “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Páginas 43 a 49. También es de interés Juan Gorelli Hernández, “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Relaciones Laborales. Número 24. 1999. Páginas 29-31 y 50-51. En este sentido, Juan Gorelli Hernández. Obra citada. Página 51. Datos del desarrollo reglamentario en fase de proyecto tomados de Teresa Pérez Del Río. Obra citada. Páginas 26 y 27.

SE INTRODUCE, EN LA NORMA ESPAÑOLA, UN CERTIFICADO MÉDICO QUE, EN EL ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA, NO APARECE EN NINGÚN SITIO, YA QUE, NO LO OLVIDEMOS, LA TRABAJADORA NO ESTÁ ENFERMA, SINO EN SITUACIÓN DE RIESGO DURANTE SU EMBARAZO, PARTO RECIENTE O LACTANCIA.

EN EL ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA SE CONTEMPLA, A LOS EFECTOS DE LA DISPENSA DE TRABAJO, NO SÓLO EL EMBARAZO, SINO TAMBIÉN LA LACTANCIA DE LA TRABAJADORA.