

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

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

Comité Evaluador

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

Comité de Redacción

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

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia y discriminación por razón de sexo

Raquel POQUET CATALÁ*

RESUMEN: En este trabajo se analiza, desde un punto de vista de la doctrina científica y judicial, y a la luz de la recién sentencia del alto tribunal comunitario, la posible existencia de discriminación por razón de sexo en aquellos casos en los que ante la ausencia de una evaluación de riesgos específica para el puesto de trabajadoras en período de lactancia por incumplimiento del empresario de las obligaciones de seguridad y salud laboral impuestas por el art. 26 LPRL, a la trabajadora se le deniega la aplicación de las medidas preventivas previstas en el citado artículo de la LPRL.

Palabras clave: Discriminación por razón de sexo, lactancia, seguridad y salud laboral, evaluación de riesgos, trabajadora.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normativa reguladora. 3. Trabajadora en período de lactancia. 4. Discriminación por razón de sexo. 5. Lactancia y evaluación de riesgos. 5.1. Necesidad de una evaluación de riesgos específica. 5.2. Ausencia de evaluación de riesgos específica y discriminación por razón de sexo. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* Profesora asociada de la UNIR.

Inexistence of specific risk assessment to the workplace of workers in the breastfeeding and discrimination based on sex

ABSTRACT: In this work, it is analyzed, from a scientific and judicial doctrine point of view, and in the light of the recent judgment of the community high court, the possible existence of discrimination based on sex in those cases in which, in the absence of a specific risk assessment for the position of workers in breastfeeding period due to the employer's failure to comply with the occupational health and safety obligations imposed by art. 26 LPRL, the application of the preventive measures provided in the aforementioned article of the LPRL is denied to the worker.

Key Words: Discrimination based on sex, breastfeeding, health and safety at work, risk assessment, worker.

1. Introducción

La integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud laboral es una característica comunitaria propia de cualquier sociedad democrática avanzada. En este sentido, la Directiva 89/391/CEE¹ establece la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 5), así como de disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales (art. 6), y adaptar el trabajo a la persona (art. 9).

De hecho, la Comisión de la UE² ha señalado que la política comunitaria de salud y seguridad en el trabajo debe tener como objetivo la mejora continua del bienestar en el trabajo, un concepto que integra dimensiones físicas, morales y sociales, en cuyo ámbito todos los agentes interesados deben perseguir una serie de objetivos complementarios, entre los que figura la integración de la dimensión de igualdad entre mujeres y hombres en la evaluación del riesgo, las medidas preventivas y los mecanismos de indemnización, de forma que se tengan en cuenta las particularidades de las mujeres por lo que respecta a la salud y la seguridad en el trabajo³.

El problema se plantea cuando la protección a la mujer trabajadora en materia de seguridad y salud laboral se halla entre dos puntos conflictivos. Por un lado, no se quieren poner obstáculos a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pero por otro lado, nadie duda que existen una serie de diferencias de tipo biológico entre hombres y mujeres.

En este sentido, históricamente se dio un trato proteccionista a la mujer prohibiéndole la realización de determinados trabajos considerados peligrosos a través del Decreto de 27 de julio de 1957⁴. La concepción social de la mujer se basaba en un planteamiento paternalista, asociando a la mujer con la debilidad y la fragilidad, y la necesidad de protegerlos de forma especial. Por tanto, las primeras normas que surgieron en materia de protección a los trabajadores frente a los riesgos que se pudieran derivar del trabajo estaban dirigidas a grupos de trabajadores más débiles,

¹ De 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud laboral de los trabajadores en el trabajo.

² Comunicación de 11 de marzo de 2002, relativa a la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006).

³ Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de riesgos laborales”, en *RDS*, n. 53, 2011, p. 146.

⁴ STC 22/1992, de 14 de diciembre, declara inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina contenida en el citado Decreto de 1957.

teniendo pues como base consideraciones caritativas, tuitivas y filantrópicas⁵. Por tanto, a pesar de esta innegable finalidad protectora, late en el trasfondo de dicha normativa, prejuicios de tipo cultural que ubican a la mujer en una situación social y laboral de inferioridad. De ahí, que la normativa sobre seguridad y salud laboral haya servido, en cierta forma, para aumentar las diferencias entre hombres y mujeres.

La actual LPRL centra su protección en las etapas de la gestación, parto y lactancia de la mujer trabajadora. En esta línea de diferenciar la salud laboral de hombres y mujeres, desde hace unos años, diversos estudios constatan que el desarrollo del trabajo por la mujer puede tener distintas repercusiones sobre la salud⁶ ya que al entrar en contacto con algunos riesgos puede ser diferentemente afectada por los mismos.

En esta línea, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2014-2016)⁷, con el objetivo de hacer realidad el principio de transversalidad, se pretende actuar sobre los aspectos de salud laboral desde el enfoque de género, especialmente mediante acciones de estudio, formación e información sobre salud laboral y la prevención de los riesgos laborales de mujeres, incidiendo en las características de sus condiciones de trabajo, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas, la protección, promoción y mejora de la salud laboral.

Y uno de los aspectos cruciales en materia de protección de la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras lo es en relación con las situaciones de gestación, posparto y lactancia, siendo una de las claves para conseguir dicho objetivo realizar una adecuada evaluación de riesgos. De todas estas situaciones, cabe destacar la de la lactancia natural por ser uno de los momentos en los cuales más obstáculos encuentran las trabajadoras a la hora de recibir una adecuada protección de la seguridad y salud laboral del lactante por parte del empresario.

De cualquier forma, cabe indicar que, en ciertos aspectos, el INSSBT ha previsto, entre otros aspectos, en las NTP y las guías técnicas⁸, las

⁵ Mercader Uguina, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, en *REDT*, n. 137, 2008, p. 27.

⁶ Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, p. 4.

⁷ Recuperado el día 30 de diciembre de 2017 de <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>.

⁸ Entre otras, NTP 109: *Valores límite exposición a metales*; NTP 147: *Valores límite exposición a agentes orgánicos*; NTP 165: *Normal control exposición al plomo*; NTP 175: *Evaluación de condiciones trabajo*; NTP 199: *Reconocimientos médicos en exposición a plaguicidas*; NTP 450: *Evaluación de factores psicosociales*; NTP 487: *Agentes neurotóxicos*; NTP 507: *Acoso sexual en el trabajo*; NTP 542: *Tóxicos para la reproducción femenina*; NTP 557: *Sensibilidad química múltiple*; NNTTPP 657-658: *Trastornos musculoesqueléticos de las mujeres*.

diferencias preventivas derivadas del sexo de la persona trabajadora como argumento diferencial en los efectos de la exposición a determinados riesgos, estableciendo así valores límite biológicos inferiores para la mujer, o la frecuencia de aparición de sensibilidad química múltiple de forma superior a las mujeres, o la mayor sensibilidad a los alteradores endocrinos que padecen los mujeres frente a los hombres.

2. Normativa reguladora

La protección de la mujer trabajadora embarazada o en período de lactancia ya vino establecida por la OIT en su Convenio núm. 103⁹ así como en la Recomendación núm. 95¹⁰, previendo, a tal efecto, una serie de medidas preventivas para la salud laboral de las trabajadoras en dichas situaciones. De hecho, la Recomendación núm. 95 invita a la prohibición a las trabajadoras embarazadas o lactantes que realicen trabajo nocturno, así como horas extraordinarias, y trabajos que impliquen levantar o empujar grandes pesos, que exijan un esfuerzo físico excesivo, un equilibrio especial o la utilización de máquinas de trepidación.

Posteriormente, el Convenio núm. 183 OIT¹¹ establece la necesidad de adoptar medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las trabajadoras embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Como complemento de este Convenio, la Recomendación núm. 191¹² prevé la adopción de medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo, la comunicación de los resultados de dicha evaluación a la mujer, así como en caso de determinarse la existencia de un riesgo significativo la adopción de medidas que, bajo la presentación de un certificado médico, se refieran a eliminar el riesgo, y en el caso de que no sea posible, adaptar las condiciones de trabajo, y en el caso de no ser posible trasladarla a otro puesto, sin pérdida de salario, y por último una licencia remunerada cuando el traslado no sea posible. Es más, la citada Recomendación propone una serie de medidas cuando se den condiciones de trabajo enumeradas en la misma, tales como todo trabajo penoso que

⁹ De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

¹⁰ De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

¹¹ De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

¹² De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

obligue a levantar, cargar, empujar o tirar cargas manualmente; todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas; todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.

En el ámbito comunitario, tanto la Directiva Marco 89/391/CEE¹³ como la Directiva 92/85/CEE¹⁴ establecen medidas tendentes a evitar a la mujer embarazada o en período de lactancia la exposición a determinados riesgos que podrían ser perjudiciales para su salud o la del feto¹⁵. Cabe destacar como tanto en la normativa internacional citada como en la comunitaria destaca la obligación del empresario de determinar para toda actividad que pueda presentar un riesgo, la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras con el fin de poder apreciar cualquier riesgo y establecer las medidas que deban adoptarse, así como la necesidad de comunicar a las trabajadoras los resultados de la evaluación, y todas las medidas relativas a la salud y la seguridad en el trabajo.

En el ámbito nacional, destaca el art. 26 LPRL que fue modificado por la Ley 39/1999¹⁶ y la LO 3/2007¹⁷. Concretamente, su apartado 4 considera a la trabajadora en situación de lactancia natural como uno de los colectivos de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y por consiguiente, tienen derecho a una mayor protección que el resto de trabajadores.

Además, a través del RD 289/2009¹⁸ se modificó el RD 39/1997, en este aspecto, y se adhirieron al mismo dos anexos de la Directiva 92/1985 (Anexo VII A y B) que recogen un lista no exhaustiva de condiciones de trabajo que potencialmente pueden dañar a la empleada y catalogadas en

¹³ De 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

¹⁴ De 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia.

¹⁵ Ballester Pastor, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, 2010.

¹⁶ De 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

¹⁷ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁸ De 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

elementos químicos, físicos o biológicos.

La LPRL, a diferencia de la normativa comunitaria, no contiene una delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación, esto es, no concreta las trabajadoras a las que resulta de aplicación. No obstante, en materia de prevención de riesgos laborales el concepto de lactancia guarda relación con la posibilidad de que los factores de riesgo a los que se encuentra sometida la madre se transmitan al hijo a través de la leche materna, por lo que sólo la lactancia natural es susceptible de protección¹⁹, quedando, pues, fuera de protección los supuestos de lactancia artificial, ya que su protección es ajena a la finalidad del precepto, al no derivarse ningún riesgo específico para los supuestos en que la lactancia no es natural, pues éste únicamente concurre por la posibilidad de que la madre transmita a su hijo algún riesgo para su salud a partir del amamantamiento.

En definitiva, el art. 26 LPRL se refiere a aquellas trabajadoras lactantes que ocupan un puesto de trabajo que, según la evaluación de riesgos realizada, supone un riesgo para su salud o la del hijo, y así sea certificado por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

Resalta, pues, la importancia que adquiere, según el art. 26.4 LPRL, la evaluación de riesgos que debe realizar el empresario para conocer cuáles son los riesgos y su incidencia en la salud de la trabajadora o de su hijo a efectos de poder conceder la protección necesaria a la trabajadora y al hijo.

Como complemento y posterior a dicha evaluación, el art. 26 LPRL prevé otras medidas, y en el siguiente orden, tales como la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, la movilidad funcional ordinaria, la movilidad funcional extraordinaria, y la suspensión del contrato de trabajo.

3. Trabajadora en período de lactancia

El art. 2 Directiva 92/85/CEE define la trabajadora en período de lactancia como aquella que comunique su estado al empresario con arreglo a las disposiciones legales o a las prácticas nacionales.

No obstante, el art. 26 LPRL no determina las mujeres que podrán ser beneficiarias de esa protección, puesto que nada se dice de la comunicación de la trabajadora al empresario de su opción por la lactancia

¹⁹ Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral...*, *op. cit.*, p. 10.

natural o mixta²⁰. Por ello, y al igual que ocurre para la determinación de la trabajadora embarazada, y siguiendo la línea de la Directiva 92/85/CEE, será necesario que al menos ponga en conocimiento esta situación²¹. En otras palabras, aunque el art. 26 LPRL deja indeterminada la obligación de comunicación al empresario, para que el proceso preventivo se ponga en marcha se requiere que la trabajadora comunique al empresario que se encuentra en situación de lactancia natural o de que prevea que puede encontrarse en la misma.

En este sentido, el certificado médico exigible para el período de lactancia debe existir como requisito formal, incluso para tomar la primera de las medidas previstas, esto es, la adaptación del puesto, de tal forma que se requiere como base el certificado médico realizado por los servicios médicos del INSS o las Mutuas, en su caso, y el informe del médico del servicio nacional de salud que asista a la trabajadora o al hijo.

De las diferentes formas de lactancia, esto es, natural, artificial o mixta, sólo queda protegida desde el punto de vista preventivo, cuya finalidad es prestar atención a los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre que se pueden transmitir al hijo a través de la leche materna, la lactancia natural o la mixta, ya que la lactancia artificial no conlleva dichos riesgos de transmisión de los distintos agentes peligrosos a través de la leche y por el contacto directo entre madre e hijo²².

4. Discriminación por razón de sexo

El principio de igualdad de trato y no discriminación es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Cabe citar, por un lado, el art. 14 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²³, así como el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, o el Convenio núm. 111 OIT²⁵, el cual define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política,*

²⁰ Lousada Arochena, J.F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid, MTAS, 2002, p. 136.

²¹ Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo”, en Aramendi Sánchez, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Dykinson, CGPJ, 2006, p. 312.

²² Solé Gómez, M.D., *NTP 664. Lactancia materna y vuelta al trabajo*, Madrid, INSSBT, 2000.

²³ De 4 de noviembre de 1950.

²⁴ De 16 de diciembre de 1966.

²⁵ De 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación.

ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El Convenio núm. 111 destaca por recoger una visión avanzada del derecho al defender no sólo la igualdad formal, sino también material en tanto que establece que los Estados miembros han de poner en práctica una política nacional que promueva la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación para erradicar la discriminación y, además, admite el recurso a las medidas de acción positiva que tendrán carácter temporal y se adoptarán a favor del colectivo tutelado mientras dure la situación discriminatoria (art. 5).

Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo encuentra reflejo en el Convenio núm. 122 OIT²⁶ sobre política de empleo o en el Convenio núm. 156 OIT²⁷ sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

A nivel comunitario es la Directiva 2006/54²⁸ la que tiene por objeto “*garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*” (art. 1), definiendo en su art. 2 la discriminación directa como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, y discriminación indirecta como aquella “*situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”, y en su apartado c) incluye dentro del concepto de discriminación a aquel “*trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85*”.

En nuestro Derecho interno, el art. 14 CE prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo, estableciéndose la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en el art. 35 CE. Por su parte, la LO 3/2007, en su art. 7, recoge las definiciones de la Directiva 2006/54 en relación a la discriminación directa e indirecta. A nivel laboral, es el art. 17 ET el que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo.

La doctrina considera que la discriminación directa constituye el “primer peldaño de la prohibición de la discriminación, absolutamente básico y

²⁶ De 9 de julio de 1964, sobre la política del empleo.

²⁷ De 23 de junio de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

²⁸ De 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

fundamental y, por tanto, inderogable”²⁹, esto es, “el núcleo fundamental de la indirección de la discriminación por razón de sexo”³⁰. La definición que ofrece el art. 6 LO 3/2007 se construye a partir de diversos elementos. En primer lugar, un concepto bilateral de la discriminación directa, ya que hace referencia a “*una persona*”, lo cual puede ser un hombre o una mujer. En segundo lugar, un tratamiento desfavorable al indicar “*sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable*”. En tercer lugar, un elemento comparativo al señalar “*que otra en situación comparable*”. Y, por último, un elemento causal al indicar “*en atención a su sexo*”. En definitiva, la discriminación directa se sintetiza en aquel trato dado a una persona, siendo por regla general una mujer, cuya causa inmediata son los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres.

En la discriminación directa por razón de sexo, el sexo se erige en el criterio de diferenciación utilizado por una norma o decisión unilateral del empleador de una manera perceptible y clara con un mero examen superficial³¹, y salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita. Según el TC, el canon constitucional o sistema de control de constitucionalidad del derecho a no ser discriminado presenta una peculiaridad propia derivada de que en el marco de las relaciones laborales no se trata normalmente de una discriminación establecida por el legislador, sino de una situación de hecho condicionada, como tal, a las circunstancias concurrentes del caso, previas, simultáneas o posteriores a la decisión que se enjuicia. Ello, unido a que la discriminación en sí misma es una realidad de prueba extremadamente compleja, hace que la pretensión consistente en la vulneración del art. 14 CE se encuadre dentro del grupo de casos regido por el esquema de la denominada prueba indiciaria³². En este canon, el control constitucional es bifásico y consiste en verificar, en primer término, si el demandante demostró un panorama indiciario suficiente del que inferir una sospecha razonable de que el trato desfavorable pudo ser discriminatorio, y de ser así, se procede a invertir la carga de la prueba,

²⁹ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 68.

³⁰ Serra Cristóbal, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en Ridaura Martínez, M.J. y Aznar Gómez, M. (coords.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 365.

³¹ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 69.

³² STC 17/2003, de 30 de enero.

correspondiendo al empleador demostrar que la decisión responde a una razón objetiva y razonable ajena por completo al rasgo discriminatorio. Sólo con la técnica de la prueba de indicios, como canon específico elaborado para este tipo de supuestos, es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes. De no existir un panorama indiciario suficiente, el TC no tiene necesidad de avanzar en su canon o control de constitucionalidad, pues no se habría siquiera levantado la sospecha de la lesión que se aduce³³. Por el contrario, apreciado por el TC que hay prueba indiciaria de que la decisión empresarial puede enmascarar lesión de derechos fundamentales, entonces procederá a realizar una segunda tarea consistente en verificar si, pese a las sospechas surgidas, el empresario acreditó motivos o causas razonables ajenas a todo propósito atentatorio del derecho, es decir, comprobará si la decisión se adoptó al margen del elemento o rasgo prohibido y se destruyó, con ello, la apariencia discriminatoria.

Por tanto, el aspecto más relevante de la definición de discriminación directa es el comparador hipotético, según el cual, existe discriminación directa no solo cuando una persona sea o haya sido tratada de modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos favorable por esta causa. El comparador hipotético introduce una nueva perspectiva en el concepto de discriminación directa porque permite considerar que concurre a partir de comportamientos genéricos del empresario en relación con el colectivo masculino y femenino. Dicho comparador permite que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico ni similar, sino que la prueba de indicios implica que es suficiente con una evidencia, conforme al comportamiento general de la empresa, de que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que la reclamante hubiera sido un hombre y no una mujer³⁴.

Además, las discriminaciones directas pueden ser abiertas y ocultas o encubiertas³⁵, que son aquéllas en las que existen razones aparentes para la diferencia de trato aunque, en verdad, es la circunstancia personal o social la que ha sido tomada en cuenta y ha influido en el establecimiento de la diferencia. Así, aunque la causa del tratamiento diverso es aquel factor diferencial, se esconde bajo denominaciones o instituciones en las que la trascendencia del factor es secundaria o no es en absoluto evidente,

³³ STC 41/2002, de 25 de febrero.

³⁴ Ballester Pastor, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line).

³⁵ STC 198/1996, de 3 de julio.

aparecerá una causa distinta para establecer una diferencia de trato perjudicial³⁶. Pese a la doctrina que considera la diferencia entre la discriminación encubierta y la indirecta en base a la ausencia de intencionalidad o finalidad discriminatoria de la segunda, una nueva línea doctrinal sostiene que, en ambas, se localiza la presunción de una finalidad discriminatoria pero en la discriminación indirecta la presunción es tan fuerte que hace difícil al actor de la medida la prueba de la neutralidad de la misma³⁷.

Por su parte, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, esto es, una disposición legal o reglamentaria, o una cláusula convencional o contractual, o un pacto individual sitúa a las personas pertenecientes a los colectivos referidos en desventaja particular con respecto al resto, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Esto es, se deberá probar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, en el sentido de que no se pueda lograr el objetivo recurriendo a otras medidas menos perjudiciales³⁸.

En resumen, se puede hablar de discriminación directa cuando una persona por razón de sexo sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación comparable, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición legal o reglamentaria, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral, sitúan a las personas pertenecientes a los colectivos referidos en desventaja particular con respecto al resto³⁹, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Es decir, se deberá probar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, en el sentido de que no se

³⁶ Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV., *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 287.

³⁷ Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004. p. 297.

³⁸ Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 288.

³⁹ STC 41/1999, de 22 de marzo, que declara que la prohibición de discriminación obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo.

pueda lograr el objetivo recurriendo a otras medidas menos perjudiciales⁴⁰. La consideración de una discriminación indirecta exige delimitar si la disposición, criterio o práctica es potencialmente discriminatoria, examinar si el criterio afecta a un número superior de integrantes de un colectivo discriminado (mujeres) que recibe un tratamiento perjudicial y, si así fuera, el empresario debería probar que tal criterio es ajeno a toda intención discriminatoria y que su utilización responde a una finalidad proporcional y neutra ajena a la discriminación contra dicho colectivo.

5. Lactancia y evaluación de riesgos

Tal y como se ha señalado anteriormente, el art. 26 LPRL configura la obligación empresarial de realizar una evaluación de riesgos específica, siendo ésta la primera medida y fundamental que debe realizar el empresario para otorgar la protección de esos colectivos especialmente sensibles.

Al respecto cabe plantearse varias cuestiones. En primer lugar, se plantea, en relación con los arts. 14 y 16 LPRL, si para que la trabajadora pueda acceder a la prestación por riesgo durante la lactancia natural es suficiente la existencia de unos riesgos genéricos o, por el contrario, es preciso que se determine tanto la especificidad de los riesgos en relación con la lactancia como la vinculación y el alcance con el concreto puesto de trabajo.

En segundo lugar, se cuestiona también si el hecho de que no exista una evaluación del riesgo que presenta un puesto de trabajo para una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable para la mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, y por tanto, constitutivo de discriminación directa por razón de sexo⁴¹.

5.1. Necesidad de una evaluación de riesgos específica

Según el art. 26 LPRL, la evaluación de riesgos deberá tener en cuenta aquellos riesgos específicos en relación con las trabajadoras embarazadas

⁴⁰ Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en Rodríguez Sañudo, F. y Elorza Guerrero, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 288.

⁴¹ Cuestión analizada por la STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

o en situación de parto reciente, teniendo presente la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Ello significa que los riesgos existentes en un concreto puesto de trabajo han de ser precisados tras la realización de la pertinente evaluación de riesgos laborales que debe permitir la creación de una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo y de actuar preventivamente sobre aquellos que presenten riesgos.

Por tanto, el punto de partida es la evaluación de riesgos⁴², siendo además, el pilar de la tutela que el empresario está obligado a proporcionarla a la trabajadora⁴³.

De este modo, la evaluación de riesgos es considerada como el instrumento del que partirán el conjunto de medidas preventivas a adoptar para las trabajadoras lactantes. En otras palabras, si la evaluación de riesgos es considerada como la elaboración de un análisis sistemático de todos los aspectos de la actividad laboral con el objeto de determinar los elementos peligrosos que pueden causar daños o lesiones, la posibilidad de eliminarlos y/o adoptar determinadas medidas preventivas⁴⁴, este proceso exige además la valoración específica destinada a evaluar los riesgos para la seguridad y salud de un grupo de trabajadores expuestos a riesgos especiales, entre los que es preciso incluir las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debiendo ser tenidos en cuenta los riesgos potenciales de los puestos de trabajo para estos colectivos, independientemente de que en ese momento estén siendo ocupados o no por trabajadoras pertenecientes a estos colectivos⁴⁵.

Esta evaluación de riesgos ha de atender a la lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, (Anexo VII RD 39/1997) teniendo la

⁴² 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 *TS*, n. 115, 2000, p. 30.

⁴³ García Testal, E., “Lactancia y protección de la salud: la evaluación de riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa de trabajo”, *RGDTSS*, n. 28, 2012 (versión on line).

⁴⁴ Nuñez González, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 22.

⁴⁵ Cardona Rubert, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 33.

trabajadora en lactancia prohibido realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva (Anexo VIII RD 39/1997) cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o salud o la del feto. En esta lista se diferencia por una parte entre agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya peligrosidad debe ser evaluada, siendo lícita la exposición controlada o reducida hasta niveles admisibles o inocuos, debiendo, en su caso, ser aplicadas las correspondientes medidas preventivas -adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, movilidad funcional-, y por otra parte a agentes y condiciones de trabajo cuya presencia determina una prohibición de exposición absoluta, lo que exige que tras la detección de su existencia se proceda a la movilidad del trabajador o bien se le suspenda el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia.

La doctrina ha echado en falta la inclusión en dichos anexos de los riesgos psicosociales y de los riesgos ergonómicos. Nadie duda que la evaluación de los riesgos psicosociales es compleja, pero ello no debe ser obstáculo para tener en consideración unos riesgos que tienen una alta incidencia sobre las mujeres trabajadoras. Del mismo modo, los ergonómicos deben ser también tenidos en cuenta, pues casualmente los sectores en los que predominan las mujeres trabajadoras son aquéllos en los que los riesgos ergonómicos tienen una alta presencia, como en el sector comercial, donde abundan las tareas realizadas de pie, o los puestos administrativos con un perfil sedentario en posición sentado. Asimismo, resultan también importantes los puestos de trabajo del sector sanitario, donde el contagio de enfermedades o la exposición a radiaciones ionizantes es importante.

Asimismo, el art. 16 LPRL obliga al empresario a elaborar un plan de prevención de riesgos laborales, siendo uno de los instrumentos esenciales para ello la evaluación de riesgos laborales y la consiguiente planificación preventiva. Además, como señala nuestro alto tribunal⁴⁶, la evaluación inicial de riesgos debe tener en cuenta de forma específica los riesgos vinculados a la lactancia natural. Ello significa pues que la evaluación de riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica⁴⁷, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo⁴⁸.

⁴⁶ STS de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2707/2010.

⁴⁷ STS de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 1864/2010, que señala que la “evaluación ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el artículo 26”.

⁴⁸ STS de 24 de abril de 2012, rec. núm. 828/2011.

Asimismo lo entiende la doctrina judicial mayoritaria, que considera que la evaluación de riesgos debe ser específica del puesto de trabajo expresándose los riesgos exigentes y las tareas que no se pueden realizar en caso de que la trabajadora se encuentre en estado de gestación o lactancia natural⁴⁹. A continuación, el apartado 2 del art. 16 LPRL indica que el empresario debe actualizar la evaluación de riesgos cuando cambien las condiciones de trabajo, así como con ocasión de los daños para la salud que se produzcan⁵⁰.

En relación con el modo de proceder a la evaluación de riesgos, ante la ausencia de unas directrices sobre evaluación de riesgos para el embarazo y la lactancia, que según la disposición adicional tercera RD 298/2009 debían ser aprobadas por el Ministerio de Trabajo, debe acudir a la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales, considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵¹. De cualquier forma, y siguiendo el sentido común, en la realización de la evaluación de riesgos deberá tenerse presente que tiene como fin detectar y, en su caso, estimar la magnitud de los riesgos que son inevitables, de forma que el empresario pueda obtener la información necesaria para poder valorar si es necesario adoptar medidas de prevención. Todo método de evaluación, en fin, deberá proceder a evaluar las condiciones de trabajo, dar información sobre la exposición por puesto de trabajo, permitir estimar la magnitud de los riesgos y las trabajadoras concretas expuestas y tener una finalidad preventiva, ya que el objetivo no es sólo obtener información, sino utilizarlas para adoptar medidas.

El empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, debe determinar la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos para el embarazo y/o la lactancia y si en algunos puestos no es posible eliminar los riesgos, deberán ser evaluados y se deberán establecer las medidas preventivas correspondientes, tras las cuales si siguen existiendo riesgos se podrán reconocer los puestos de trabajo con riesgos. Este listado debe revisarse periódicamente, en función de las modificaciones en las condiciones de los puestos de trabajo que puedan afectarlo o de los resultados de evaluaciones de riesgos que se realicen periódicamente⁵².

Además, para entender que la evaluación de riesgos ha conseguido su

⁴⁹ SSTSJ Navarra, de 29 de enero de 2002, rec. núm. 570/2001; Navarra, de 13 de junio de 2002.

⁵⁰ García Testal, E., "Lactancia y protección de...", *op. cit.*

⁵¹ COM, 2000, 466 final.

⁵² Ferradans Caramés, C., "Género y prevención de...", *op. cit.*

objetivo y es un instrumento útil de prevención, hay que partir de la base de que hay que identificar los momentos biológicos exactos en los que se encuentra la trabajadora y prever las situaciones derivadas de la maternidad. Se trata de hacer una valoración de riesgos cuantitativa y cualitativa, teniendo en cuenta, como ya se ha indicado, los citados Anexos.

Según la doctrina judicial comunitaria⁵³, la evaluación de riesgos constituye un “examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional” que comprende al menos tres fases. La primera fase consiste en la identificación de los peligros, esto es, agentes físicos, químicos y biológicos, procedimientos industriales, movimientos y posturas, fatiga mental y física, y otras cargas físicas y mentales. La segunda fase prevé la identificación de las categorías de trabajadoras, esto es, embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, que estén expuestas a uno o varios riesgos. Y la tercera fase, comprende la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos, siendo “la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente (...) a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores”. Concretamente, en relación con las trabajadoras en período de lactancia, los empresarios deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo dicho período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de dichas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias, como plomo, disolventes orgánicos, pesticidas o antimetabólicos, pues algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. Por tanto, señala que la evaluación de los riesgos que “presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”⁵⁴.

De los citados arts. 16 y 26 LPRL cabe concluir que si queda constatada la exigencia de un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, de acuerdo con los resultados de la evaluación, la norma impone al empresario la adopción de una serie de medidas para evitar la exposición a dicho riesgo. Se exige, según nuestro alto tribunal, que se realice una

⁵³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁵⁴ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

concreción lo más detallada posible en relación con la concurrencia del riesgo, no cubriéndose este aspecto si de forma genérica se efectúan valoraciones, pues se requiere la apreciación de factores de riesgo que concurran “de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado”⁵⁵. En definitiva, “ha de concurrir un riesgo específico para la lactancia”, siendo éste el hecho determinante causante de la prestación, y ello requiere pues que en primer lugar se proceda a la “identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural”.

Además, como señala el TS, dicho riesgo ha de ser “específico, esto es, de un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas que a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural”⁵⁶.

En conclusión, el art. 26.4 LPRL establece la obligación del empresario de conocer cuáles son los riesgos y su incidencia en la salud de la trabajadora o de su hijo, por lo que la evaluación de riesgos debe también considerar la protección de la lactancia, lo que supone extender la posición de garante del empresario a esta situación⁵⁷. La trabajadora pues, no tendrá acceso a la protección si no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia.

En definitiva, junto a la evaluación genérica del puesto en la que se determinarán los riesgos específicos de cada uno y los riesgos para el caso en el que el puesto sea ocupado por una mujer en situación de embarazo o lactancia y para que el empresario pueda cumplir de forma adecuada el resto de obligaciones que la ley le impone, será necesario la realización de una evaluación específica y diferente en cada supuesto de mujer embarazada⁵⁸. Es decir, no será suficiente con realizar una evaluación de riesgos funcional y por puesto de trabajo, sino que se requiere una evaluación específica y concreta para cada mujer en función del momento del ciclo biológico en el que se encuentre⁵⁹.

⁵⁵ STS de 18 de marzo de 2011, rec. núm. 1863/2010.

⁵⁶ STS de 18 de marzo de 2011, rec. núm. 1863/2010.

⁵⁷ Carrero Domínguez, C., “La proyección de la ley de igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en Mercader Uguina, J. (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 376.

⁵⁸ Fernández Costales Muñiz, J., “La movilidad del trabajador como fuente de riesgos profesionales y como medida preventiva en colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización en el trabajo*, Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, 2008, p. 254.

⁵⁹ STC 161/2004, de 4 de octubre.

5.2. Ausencia de evaluación de riesgos específica y discriminación por razón de sexo

Teniendo presente que, dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, al embarazo o permiso por maternidad, las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado luz, y asimismo debe considerarse incluido el posible trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia en el ámbito de aplicación del art. 2.2. c) Directiva 2006/54/CE, y por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

De ahí que se haya planteado si cuando los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia no han sido evaluados con arreglo a las exigencias establecidas en el art. 4.1 Directiva 92/85, se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que ha de otorgárseles en virtud de la citada Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada. No se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario⁶⁰.

La pasividad del empresario ante las situaciones de protección de la mujer en período de lactancia ha sido considerada por el TC⁶¹ como discriminatoria por razón de sexo, poniéndose en peligro la salud de la embarazada y del feto. El TC ha considerado que existe lesión del derecho fundamental a la salud y a la integridad física de la trabajadora y que, por lo tanto, la LPRL debe ser leída, aplicada a la luz de la CE en los supuestos de pasividad. Se analiza en concreto el caso de una trabajadora que, cuando habiendo un informe médico que la incapacita para su puesto de trabajo a causa de su embarazo, procede el empresario a la suspensión del contrato, sin aplicar de forma escalonada las medidas del art. 26 LPRL. El TC considera que la empresa debió evaluar los riesgos y elaborar la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos para que la afectada pudiera ser destinada a uno de ellos de forma provisional. Por ello, el TC considera que existe una discriminación por razón de sexo precisando que

⁶⁰ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁶¹ SSTC 62/2007, de 27 de marzo; 161/2004, de 4 de octubre.

“la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del embarazo”⁶², aludiendo pues a que el empresario no puede proceder directamente a la suspensión del contrato de trabajo, sino que previamente debe aplicar las medidas previstas y siguiendo el orden establecido en el art. 26 LPRL.

La doctrina judicial comunitaria⁶³ ha declarado que la inexistencia de evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia, según el art. 4.1 Directiva 92/85 constituye una discriminación directa por razón de sexo por otorgar un trato menos favorable a la mujer vinculado por el embarazo o permiso de maternidad. Es decir, que el simple informe que pueda realizar el empresario en relación con la evaluación de riesgos sin seguirse las directrices explicadas anteriormente no se corresponde con la evaluación de los riesgos que debe realizarse según las exigencias legales del art. 4.1 Directiva 92/85, por lo que se deduce una clara existencia de discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54⁶⁴.

Esta sentencia comunitaria deja la puerta abierta a la declaración como discriminatoria por razón de sexo de muchos supuestos de denegación de la aplicación de las medidas preventivas previstas para las trabajadoras en período de lactancia del art. 26 LPRL, y en su caso, de la prestación por lactancia en base a la ausencia de una evaluación de riesgos específica. Así se puede observar en muchos pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales donde se ha considerado que la no realización de la evaluación de riesgos de forma específica y siguiendo lo preceptuado en el art. 16 LPRL impide la apreciación de un riesgo específico para la lactancia natural con la consiguiente denegación de la aplicación del art. 26 LPRL. Así, nuestro alto tribunal⁶⁵ tiene declarado reiteradamente que

⁶² STC 161/2004, de 4 de octubre.

⁶³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015, que enjuicia el caso de una trabajadora que presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias de un centro hospitalario de La Coruña, que estando en período de lactancia natural solicita una adaptación de sus condiciones de trabajo por las posibles repercusiones negativas que su puesto de trabajo podría tener sobre la lactancia, y la dirección del centro entendió que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia. Asimismo, la jefa de recursos humanos informó que el puesto de trabajo de la enfermera estaba exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo que se había confeccionado, pero la trabajadora presentó un escrito de su superior jerárquica en el que indicaba que su puesto de trabajo presentaba diversos riesgos para la lactancia.

⁶⁴ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁶⁵ STS de 22 de noviembre de 2011, rec. núm. 306/2011. En el mismo sentido, SSTS de 13 de mayo de 2015, rec. núm. 3114/2013; de 24 de junio de 2013, rec. núm. 2488/2012;

según el art. 26 LPRL “la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, respetando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora (...) debe recordarse aquí que la primera causa de denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora fue la ausencia de justificación de la existencia de riesgos específicos para la lactante que la solicitaba”. Por tanto, “para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural”.

En definitiva, dicha evaluación de riesgos no debe confundirse con “meros documentos genéricos sobre riesgos, sino que consiste en un estudio específico del puesto de trabajo en concreto y de los trabajadores concretos. En este sentido el artículo 39.4 b) RD 295/2009 de 6-3 (Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) exige la prestación a la Entidad Gestora de un servicio de prevención de la empresa, propio o ajeno y, en concreto, de los responsables de dicho servicio encargados de la especialidad preventiva de vigilancia de la salud”⁶⁶. En palabras de nuestro alto tribunal, se requiere que la evaluación de riesgos contemple una “verdadera especificación respecto de esos riesgos”, no siendo suficiente una “declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, del médico del servicio de urgencias hospitalarias, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos

de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 1563/2012; de 21 de junio de 2012, rec. núm. 2361/2011; de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 1864/2010; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2707/2010; de 21 de septiembre de 2011, rec. núm. 2342/2010.

⁶⁶ STSJ Galicia, de 17 de febrero de 2017, rec. núm. 2438/2016. En términos similares, SSTSJ Cataluña, de 26 de enero de 2016, rec. núm. 5777/2015; Madrid, de 19 de diciembre de 2016, rec. núm. 858/2016; Galicia, de 26 de enero de 2015, rec. núm. 1380/2013; País Vasco, de 11 de marzo de 2014, rec. núm. 336/2014; Asturias, de 29 de noviembre de 2013, rec. núm. 1992/2013; Asturias, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 1173/2012; Asturias, de 20 de abril de 2012, rec. núm. 403/2012; Baleares, de 13 de febrero de 2012, rec. núm. 786/2011; Baleares, de 13 de febrero de 2012, rec. núm. 776/2011; Madrid, sala contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2007, rec. núm. 231/2007.

detectados efectivamente en el puesto que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante”⁶⁷.

Cabe destacar que algún sector judicial⁶⁸, aunque minoritario, y sin estimar que la falta de la evaluación de riesgos específica supone una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, sí ha considerado que conlleva una violación del derecho a la integridad física por omisión, pues entiende que no es suficiente con la evaluación de riesgos realizadas para las trabajadoras embarazadas, siendo necesario proceder a una evaluación de riesgos específica para las trabajadoras en situación de lactancia.

6. Conclusión

En este sentido, el *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010*⁶⁹ establece hasta seis áreas de actuación prioritaria dirigidas a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Y en materia de seguridad y salud laboral no cabe duda que hombres y mujeres se enfrentan a riesgos diferentes. No obstante, la normativa parte de un diseño y una consideración teniendo siempre como referencia al hombre, llevando incluso a la masculinización de muchas enfermedades profesionales recogidas en el RD 1299/2006 que conllevan una discriminación indirecta para las mujeres⁷⁰. Como consecuencia, ante la situación de brecha que se

⁶⁷ STS de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 1563/2012.

⁶⁸ STSJ Madrid, de 20 de enero de 2016, rec. núm. 895/2015, que considera que existe un incumplimiento empresarial de su obligación de evaluación específica para las trabajadoras en período de lactancia.

⁶⁹ Comisión europea. Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10404>.

⁷⁰ STSJ Galicia, de 14 de octubre de 2016, rec. núm. 1513/2016, que señala que en estas situaciones se produce una clara “discriminación indirecta por razón de sexo más claramente apreciable precisamente en aquellas profesiones mayoritariamente feminizadas por la doble circunstancia de que la enfermedad está feminizada y también lo está la profesión, como notoriamente son las profesiones vinculadas a la conserva y a los servicios de limpieza en las cuales la trabajadora recurrente está ocupada, incluyendo explícitamente sus tareas en la fábrica de conservas '(la) carga física al mantener la misma postura, la realización de movimientos repetitivos (especialmente en manos y muñecas) o continuos estiramientos y flexiones para el montaje y desmontaje de palets; (y los) sobreesfuerzos y manipulación de cargas continuadas con pesos que oscilan entre los 7 y 20 kilogramos' -según se declara probado en el hecho probado quinto, tras la revisión fáctica al respecto pretendida y acogida-, lo que nos sitúa dentro de las profesiones y tareas que pueden originar la patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores del hombro que padece la recurrente según se detalla en las ya tan reiteradas 'Directrices

vive en materia de protección de la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras, debido en gran parte al establecimiento de estándares homogéneos y uniformes para mujeres y hombres cuando la realidad muestra que requieren de una protección específica por sus particularidades anatómicas, fisiológicas, psicológicas o psicosociales, se requiere de una actuación y política social totalmente diferente, teniendo pues en cuenta que el fin es conseguir la igualdad de trato de mujeres y hombres, lo cual pasa, precisamente, por la atención a la diversidad y por la evitación de la discriminación indirecta derivada del enfoque antropocéntrico que, tradicionalmente, viene fundamentando tanto la normativa como la praxis⁷¹.

En la misma línea, el Marco Estratégico de la Unión Europea en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020⁷² y el art. 5.4 LPRL establecen el claro mandato, dirigido a las Administraciones Públicas, de promover la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres “*considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores*”.

Con esta sentencia comunitaria⁷³ se abre la posibilidad de que aquellas situaciones en las que no exista la correspondiente evaluación de riesgos específica prevista en el art. 26 LPRL para las trabajadoras en período de lactancia obtengan una protección por la vía de la discriminación por razón de sexo.

para la decisión clínica en enfermedades profesionales', y que, sin embargo, no aparecen expresamente citadas en el Anexo 1 (cuadro de enfermedades profesionales - codificación) del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, al enumerar bajo el código 2D0101 las profesiones de 'pintores, escayolistas, montadores de estructuras', siendo curiosamente estas profesiones citadas mayoritariamente masculinizadas, lo que a la postre no es sino una confirmación concreta de que el Derecho de la Seguridad Social, nacido en la época de la sociedad industrial, tiene como modelo el de un trabajador varón”.

⁷¹ Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de...”, *op. cit.*

⁷² Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=2053&furtherNews=yes>

⁷³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

7. Bibliografía

- Ballester Pastor, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, 2010.
- Ballester Pastor, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line).
- Cardona Rubert, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- Carrero Domínguez, C., “La proyección de la ley de igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en Mercader Uguina, J. (coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Fernández Costales Muñiz, J., “La movilidad del trabajador como fuente de riesgos profesionales y como medida preventiva en colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización en el trabajo*, Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, 2008.
- Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de riesgos laborales”, en *RDS*, n. 53, 2011.
- García Testal, E., “Lactancia y protección de la salud: la evaluación de riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa de trabajo”, en *RGDTSS*, núm. 28, 2012 (versión on line).
- Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- 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 *TS*, n. 115, 2000.
- Lousada Arochena, J.F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid, MTAS, 2002.
- Mercader Uguina, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, en *REDT*, n. 137, 2008.
- Nuñez González, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo”, en Aramendi Sánchez, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Dykinson, CGPJ, 2006.

- Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV., *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003.
- Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000.
- Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- Serra Cristóbal, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en Ridaura Martínez, M.J. y Aznar Gómez, M. (coords.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Solé Gómez, M.D., *NTP 664. Lactancia materna y vuelta al trabajo*, Madrid, INSSBT, 2000.

Red Internacional de ADAPT



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

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



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo