

¿Y PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LA MUJER O DEL FETO ANTE UN «EMBARAZO DE RIESGO»?

COMENTARIO A LA STSJ PAÍS VASCO DE 28 DE MAYO DE 2013

Dra. Anna Ginès i Fabrellas
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El presente artículo analiza la STSJ País Vasco de 28 de mayo de 2013 en materia de prestación por riesgo durante el embarazo en un supuesto de «embarazo de riesgo». Concretamente, si la situación de riesgo sobre la salud de la trabajadora o del feto producido por un «embarazo de riesgo» se encuentra o no incluida en la situación protegida por los artículos 134 y 135 LGSS, en relación con el artículo 26 LPRL.

This paper analyzes the decision of the High Court of Justice of the Basque Country of May 28, 2013 regarding Social Security benefits for risk during the pregnancy in a case of «high-risk pregnancy». Specifically, if the risk on the health of the women or the fetus due to a «high-risk pregnancy» is included or not in the protection offered by sections 134 and 135 Social Security Act, in conjunction with section 26 Risk Prevention Act.

Title: And protection of the woman's health or the fetus in a risk pregnancy? Comments on the High Court of Justice's decision of the Basque Country of May 28, 2013

Palabras clave: riesgo durante el embarazo, «embarazo de riesgo», discriminación.

Keywords: risk during pregnancy, «high-risk pregnancy», discrimination.

Sumario

1. Introducción
2. El «embarazo de riesgo» no es una situación protegida desde un punto de vista de prevención de riesgos laborales
 - 2.1. Breve repaso a la protección de la salud de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, del feto o del recién nacido
 - 2.2. ¿El «embarazo de riesgo» tiene la consideración de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS?
3. Pero, ¿y por qué no?
 - 3.1. Factor de riesgo clínico vs. profesional: jurisprudencia mayoritaria
 - 3.2. Prevención de riesgos profesionales y prohibición de discriminación por sexo

1. Introducción

El presente artículo tiene como objeto el comentario de la STSJ País Vasco de 28 de mayo de 2013 (rec. 860/2013) en materia de prestación por riesgo durante el embarazo en un supuesto de «embarazo de riesgo» por riesgo de aborto.

La Sra. Trinidad prestaba servicios como limpiadora en la empresa DAI 96 Limpieza S.L. y tras someterse a un tratamiento de fertilidad, se encuentra embarazada. Inicialmente la gestación fue gemelar, sin embargo, en la semana séptima hubo una interrupción de la gestación. El 17 de abril de 2012, la trabajadora inicia un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común como consecuencia de la calificación –realizada por el facultativo en la ecografía de 12 de abril de 2014– del embarazo como «embarazo de riesgo» y la existencia de riesgo de aborto. Situación de incapacidad que se mantiene hasta el 25 de noviembre de 2012.

El 7 de mayo de 2012 la trabajadora presento ante la MC Mutual Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MC Mutual, en adelante) solicitud de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante el embarazo a fin de poder obtener la prestación por riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135 LGSS). MC Mutual, sin embargo, en fecha de 16 de mayo de 2012 le comunicó que *“la patología que presenta no es susceptible de ser valorada como riesgo durante el embarazo o lactancia natural (...) de conformidad con los artículos 39, 47 y 51 del Real Decreto 295/2009, no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural”*.

Desestimada la reclamación previa del expediente de determinación de contingencia de la incapacidad temporal en fecha de 21 de junio de 2012 por tener la empresa concertada la cobertura de las contingencias profesionales con MC Mutual, la trabajadora interpone demanda ante la jurisdicción social el 26 de julio de 2012.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia – San Sebastián dicta sentencia el 13 de febrero de 2013 estimatoria de la demanda. El juzgado declara que el proceso de incapacidad temporal que transcurre del 17 de abril de 2012 y al 25 de noviembre de 2012 es derivado de la contingencia de riesgo condena a MC Mutual al abono de la prestación por riesgo durante el embarazo correspondiente.

Ante esta sentencia, MC Mutual interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, fundamentando el recurso en la vulneración del artículo 134 LGSS en relación con los artículos 31 y 37 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad

Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RD 295/2009, en adelante). A juicio de la recurrente, la patología sufrida por la trabajadora no puede asimilarse a la situación protegida en dichos preceptos, por cuanto el riesgo que sufre la trabajadora no es derivado o causado por el trabajo desempeñado, sino por la inseminación artificial, el embarazo múltiple y el aborto sufrido.

Por tanto, la cuestión objeto de litigio en al STSJ País Vasco de 28 de mayo de 2013, es determinar si la situación de incapacidad temporal durante el embarazo consecuencia del riesgo derivado del propio embarazo y no de las condiciones de trabajo tiene la consideración de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS.

2. El «embarazo de riesgo» no es una situación protegida desde un punto de vista de prevención de riesgos laborales

2.1. Breve repaso a la protección de la salud de la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, del feto o del recién nacido

La situación de embarazo o lactancia natural, como es bien sabido, está protegida por el artículo 26 LPRL, en transposición de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Dicho precepto obliga a las empresas, en primer lugar, a incluir en la evaluación de riesgos laborales *“la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.”*

Ante una trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural, si los resultados de la evaluación de riesgos revelasen la existencia de un riesgo para su seguridad o salud, dicho precepto dispone las medidas preventivas a adoptar por parte de la empresa:

- a) En primer lugar, la empresa adoptará *“las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.”*
- b) Si dicha adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo no resultase posible o no fuera suficiente para neutralizar la influencia negativa de dichas condiciones del puesto de trabajo en la salud de la trabajadora embarazada o del feto,¹ la trabajadora

¹ Es necesario, según el apartado segundo de dicho artículo 26 LPRL, certificación de los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tuviera concertada la

“deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”. Esto es, se requiere a la empresa cambiar de puesto de trabajo o función a la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural has que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación a su puesto o funciones anteriores. Cambio de puesto o función que, rigiéndose por las reglas y criterios aplicables en los supuestos de movilidad funcional, podrá suponer un cambio a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, cuando no existiese puesto de trabajo o función compatible en la empresa.

- c) Finalmente, “[s]i dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”, se declara el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (artículo 45.1.d) ET) en tanto persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.

Ante la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, los artículos 134 y siguientes LGSS reconocen a la trabajadora una prestación económica, cuya naturaleza es de prestación derivada de contingencia profesional, equivalente al 100% de la base reguladora.² La prestación nace el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finaliza el día anterior a aquel en que (i) se inicia la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o (ii) la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado.

Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural se encuentran desarrolladas en los Capítulos IV y V, respectivamente, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RD 295/2009, en adelante).

Concretamente, en relación con la prestación por riesgo durante el embarazo, el artículo 31.1 RD 295/2009 establece que –en términos prácticamente idénticos al artículo 26 LPRL– la situación protegida es “*aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.2 y 3 [LPRL] (...) dicho cambio de puesto no*

cobertura de los riesgos profesionales, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

² Según el apartado tercero del artículo 135 LGSS, la base reguladora será equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (artículo 13.1 del Decreto 1646/1972, de 23 junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social).

resulta técnica y objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2.2. ¿El «embarazo de riesgo» tiene la consideración de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS?

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en dicha sentencia de 28 de mayo de 2013, aceptando los argumentos aportados por MC Mutual, concluye que las situaciones de riesgo derivadas del propio embarazo –en el supuesto enjuiciado, derivadas de la inseminación artificial, el embarazo múltiple y el aborto padecido– no quedan protegidas por el artículo 134 LGSS.

En primer lugar, el tribunal fundamenta su conclusión en la jurisprudencia consolidada de la sala social del Tribunal Supremo en materia de riesgo durante la lactancia. En este sentido, citando la STS, 4ª, 1.10.2012 (rec. 2373/2011), el tribunal recuerda los tres requisitos –analizados en el apartado anterior– que deben concurrir para apreciar la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia:³ (i) existencia de un riesgo sobre la salud de la mujer trabajadora e hijo derivado de las condiciones de trabajo, (ii) imposibilidad o insuficiencia de la adaptación de las condiciones de trabajo e (iii) imposibilidad o insuficiencia de cambio de puesto de trabajo o función.⁴

En segundo lugar –y después de constatar las deficiencias procesales del recurso por no especificar los preceptos específicamente afectados–, el tribunal destaca que el artículo 31.2 RD 295/2009 específicamente excluye las situaciones de «embarazo de riesgo» de la situación protegida por la prestación derivada de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (artículos 134 y siguientes LGSS). Concretamente, dicho precepto,

³ En este punto, el tribunal aclara que no obsta al empleo de la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo el hecho que en el supuesto enjuiciado la prestación debatida no sea la de riesgo durante la lactancia natural sino riesgo durante el embarazo, por cuanto, nuevamente citando doctrina del Tribunal Supremo, “[d]icha prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones la prestación económica por riesgo durante el embarazo” (STS, 4ª, 21.3.2013 (rec. 1563/2012)).

⁴ “De la correspondiente regulación normativa [art. 26 LPRL y 45.1.d) ET] resulta que para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva. Conforme a ello, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo [art. 26.4 LPRL]; 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo [art. 26.2 LPRL]; y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a “un puesto o función diferente y compatible con su estado”, aplicando los principios propios de la movilidad funcional [art. 26.2.3º LPRL], o, incluso, a “un puesto no correspondiente a su grupo o categoría” [art. 26.2.3º LPRL]”. (STS, 4ª, 1.10.12 (rec. 2373/2011)).

incluido en el Capítulo IV dedicado al subsidio por riesgo durante el embarazo, establece que *“no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.”*

En atención a lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco concluye – como se ha adelantado– que la situación sufrida de riesgo que sufre la trabajadora no está motivada por las condiciones laborales, si no que la amenaza de aborto obedece a su previo embarazo gemelar y al aborto sufrido durante la séptima semana de gestación. La situación de embarazo *“era constitutiva por sí misma de incompatibilidad con su trabajo. De tal manera, que su pase a la situación de IT se habría producido siempre, y fueran cual fueran sus circunstancias laborales. Es decir, en este caso daría lo mismo que trabajara de auxiliar administrativa, que de limpiadora, ya que lo sustancial era la susodicha amenaza.”*

Según el tribunal, nada incide en esta conclusión el hecho que el informe del facultativo que atiende a la trabajadora calificase el embarazo como “embarazo de riesgo laboral”, por cuanto no es vinculante para el tribunal dicha calificación. Afirma que, obviamente, *“un embarazo de esas características pueda incidir en su trabajo”*, sin embargo, insiste que incidiría sobre cualquier trabajo.

Por todo lo anterior, el tribunal estima el recurso de suplicación formulado por MC Mutual por entender que la situación de riesgo de aborto sufrida por la trabajadora, en tanto no derivada de las condiciones de trabajo sino del propio embarazo, no es constitutiva de protección por la situación de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS.

3. Pero, ¿y por qué no?

3.1. Factor de riesgo clínico vs. profesional: jurisprudencia mayoritaria

La sentencia objeto de estudio concluye que el «embarazo de riesgo» no se encuentra protegido por la situación de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS, por cuanto el riesgo no derivada de las condiciones de trabajo sino del propio embarazo. Aunque sin mencionarlo específicamente y con cierto matiz que posteriormente se analizará, una primera valoración de la sentencia comentada permite afirmar que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sigue la posición mantenida por la jurisprudencia mayoritaria.

Ciertamente, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural exige que el riesgo sea derivado de las condiciones laborales, excluyendo, por tanto, patologías o riesgos del propio embarazo.⁵ En este sentido, según establece la STSJ Asturias 8.1.2010 (rec. 2670/2009), “*nos encontramos ante una prestación de carácter profesional, de modo que si el riesgo no guarda relación con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados por la mujer, no ha lugar a la situación protegida, sin perjuicio de que otras situaciones de riesgo, como las derivadas por ejemplo de patologías propias que se pueden presentar en cualquier embarazo y que son ajenas a la etiología profesional, puedan quedar cubiertas por la prestación de incapacidad temporal.*”

Sin embargo, es posible que el riesgo sobre la salud de la trabajadora embarazada o el feto sea producido por ambos factores, patologías o riesgos del propio embarazo y la incidencia de los agentes, procedimientos o condiciones laborales existentes en el puesto de trabajo ocupado por la trabajadora. En estos supuestos, la jurisprudencia, a los efectos de delimitar la situación de riesgo durante el embarazo, distingue entre factores de riesgo clínicos y factores de riesgo profesionales. Cuando el factor de riesgo profesional incide, de forma más o menos directa o exclusiva, en la seguridad o salud de la trabajadora o del feto se aprecia la situación de riesgo durante el embarazo.

A modo de ejemplo, la ya citada STSJ Asturias 8.1.2010 (rec. 2670/2009) reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la prestación por riesgo durante el embarazo por entender que, a pesar de la existencia de un «embarazo de riesgo» por amenaza de aborto, la trabajadora también presentaba “*un riesgo durante el embarazo, pues la amenaza de aborto que se le diagnostica, resulta incompatible con el trabajo de oficial de peluquería realizado por aquella, el cual precisa de bipedestación durante toda la jornada de trabajo, no existiendo puesto de trabajo alternativo que pueda ocupar la trabajadora*”. En sentido similar, la STSJ Galicia 29.2.2012 (rec. 2420/2009) aprecia, ante un «embarazo de riesgo» nuevamente por amenaza de aborto, la existencia de

⁵ En este sentido, véase STSJ Andalucía 3.12.2009 (rec. 302/2009), Extremadura 30.12.2009 (rec. 542 /2009), Asturias 8.1.2010 (rec. 2670/2009), Galicia 26.4.2012 (rec. 5773 /2010), entre otras.

La doctrina iuslaboralista mayoritaria también parece decantarse por la exclusión de los riesgos clínicos del propio embarazo de la protección otorgada por los artículos 134 y 135 LGSS. En este sentido, véase BALLESTER PASTOR, M. A., “Artículo 26. Protección de la maternidad”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. (Directores), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, p. 514; Rodríguez Cardo I. A., *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010, p. 624-625; NAVARRO NIETO, F. y VAQUERO ABELLÁN, M., *Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo o lactancia*, Instituto Andaluz de Riesgos Laborales, Sevilla, 2012, p. 69; NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2012, p. 1-29 (versión La Ley Digital); RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *Aranzadi Social*, nº 8, 2012, p. 4; entre otros.

riesgo durante el embarazo por entender que las condiciones de trabajo de la trabajadora –levantar peso, esfuerzo físico y bipedestación mantenida– son incompatibles con su estado. Por consiguiente, y habiéndose acreditado la imposibilidad de adaptar o cambiar su puesto de trabajo, el tribunal reconoce la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y la percepción de la prestación económica correspondiente.⁶ Finalmente, mencionar la STSJ Castilla-La Mancha 18.3.2010 (rec. 1433/2009), en que el tribunal aprecia riesgo durante el embarazo por cuanto, además de existir un «embarazo de riesgo», las condiciones de trabajo de la trabajadora –esfuerzo físico, levantar peso y deambulación prolongada, condiciones propias de peón de albañil– son incompatibles con su estado de embarazo.

Como puede observarse, no parece exigirse una preeminencia del factor de riesgo profesional sobre el clínico, sino su incidencia sobre la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o del feto. En este sentido, aunque el principal factor de riesgo parezca ser el riesgo de aborto –factor de riesgo clínico–, se aprecia la existencia de riesgo durante el embarazo por entender que las condiciones laborales del puesto de trabajo de la trabajadora –factor de riesgo profesional– también inciden en la generación o mantenimiento del mismo.

Por consiguiente, aunque la posición jurisprudencial mayoritaria excluye del ámbito de protección del riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 LGSS las patologías o riesgos del propio embarazo, lo cierto es que esta posición debe matizarse. Esta posición debe matizarse porque, como se ha podido observar en las sentencias citadas, el órgano juzgador admite la situación de riesgo durante el embarazo también cuando, además de un factor de riesgo clínico –«embarazos de riesgo» por amenaza de aborto–, existe un factor de riesgo profesional derivado de las condiciones laborales del puesto de trabajo ocupados por la trabajadora, tales como levantar pesos, malas posturas, esfuerzo físico, bipedestación mantenida, riesgo de caída, etc. Aunque ciertamente se exige una incidencia del factor de riesgo profesional sobre la salud de la trabajadora embarazada o del feto, la práctica judicial demuestra que no se exige una causalidad directa entre las condiciones de trabajo y el riesgo durante el embarazo.

En atención a lo anterior, desde mi punto de vista, la sentencia comentada, alejándose de esta posición jurisprudencial mayoritaria, no es correcta en cuanto a su argumentación y fallo final. Ciertamente existe un factor de riesgo clínico –riesgo de aborto–; y ciertamente, de los antecedentes de hecho, parece ser éste el riesgo principal de riesgo sobre la salud de la trabajadora embarazada. Sin embargo, también existen factores de riesgo profesionales, derivados de las características del puesto de trabajo

⁶ En relación con esta sentencia, véase RODRÍGUEZ SANTOS, E., “Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo”, *op. cit.*, p. 1-9.

que ocupa la trabajadora, que inciden o mantienen dicho riesgo. En este sentido, las tareas propias de la limpieza requieren un esfuerzo físico y bipedestación mantenida y continuada durante (prácticamente) toda la jornada laboral, cuya incidencia sobre el estado de embarazo de la trabajadora es significativa.⁷ A mi entender, la sentencia comentada, en vez de limitarse a afirmar que el riesgo de aborto que padecía la trabajadora resultaba incompatible con cualquier trabajo, debería haber analizado la incidencia que los factores de riesgo profesionales concretos existentes en el puesto de trabajo de la trabajadora tenía sobre su salud o la del feto.

Más allá, aunque, como afirma la sentencia comentada, efectivamente la situación de «embarazo de riesgo» que sufre la trabajadora fuera incompatible con cualquier trabajo, ¿y qué? En primer lugar, ¿hasta qué punto, también en estos supuestos, existe un factor de riesgo profesional? A mi entender, el hecho que la situación de embarazo resulte incompatible con la (cualquier) prestación de servicios no excluye que las condiciones de trabajo puedan afectar a la salud de la trabajadora o del feto.

En segundo lugar, desde mi punto de vista, y apartándome de esta posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, la exclusión de los supuestos de «embarazos de riesgo» de la protección que en relación con la maternidad ofrece el ámbito jurídico-laboral de la prevención de riesgos laborales y el sistema de Seguridad Social es totalmente insatisfactoria e inadecuada. Insatisfactoria e inadecuada en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales y la exigencia constitución de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE.

3.2. Prevención de riesgos profesionales y prohibición de discriminación por sexo

La exclusión del «embarazo de riesgo» de ámbito de protección de los artículos 134 y 135 LGSS es, a mi entender, incoherente con los principios de prevención de riesgos laborales que rigen en el ordenamiento jurídico español, entre los que se incluye, como es conocido, la adaptación del puesto de trabajo a la persona del trabajador (artículo 15.1.d) LPRL).

⁷ En este sentido, recuérdese que entre los agentes físicos incluidos en la Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden 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 se encuentran los “[m]ovimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia” (apartado 1.f) Anexo VII Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención y, en términos prácticamente idénticos, apartado A.1.g) del Anexo I de la Directiva 92/85/CEE).

Téngase en cuenta que la exclusión de los «embarazos de riesgo» de la protección de la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, no sólo los excluye de la protección de la Seguridad Social de los artículos 134 y 135 LGSS –y la consiguiente reducción significativa de la cuantía de la prestación económica correspondiente–, sino también de las medidas de prevención del artículo 26 LPRL. La empresa, por consiguiente, no tiene las obligaciones que en dicho precepto se establecen en materia de adaptación y cambio del puesto de trabajo o funciones de la trabajadora embarazada, incluso aunque dichos cambios neutralizaran el factor de riesgo clínico y fueran compatibles con su estado –por ejemplo, cambio de horario, alteración sistema de descansos, etc. Se produce una situación, desde mi punto de vista, paradójica. Ante la existencia de un factor de riesgo profesional se obliga a la empresa a adoptar dichas medidas de prevención, impidiendo, incluso, la suspensión del contrato sin previa acreditación de la inadecuación o imposibilidad de adoptar dichas medidas. Sin embargo, ante un factor de riesgo clínico, como un «embarazos de riesgo», la obligación empresarial de prevención se concreta en una referencia genérica a la adopción de “*las medidas preventivas y de protección necesarias*” y, en su caso, suspensión del contrato de trabajo *ex* artículo 45.1.c) ET (artículo 25 LPRL),⁸ sin requerir una adaptación ni cambio del puesto de trabajo.

En segundo lugar, como se ha adelantado, la exclusión del «embarazo de riesgo» del ámbito de protección de la situación de riesgo derivado del embarazo es inadecuada, desde un punto de vista, en relación con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE.

Como es bien sabido, la discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE, incluye, además de los tratos peyorativos fundamentados en el sexo de la persona, aquéllos basados en circunstancias o condiciones directa y exclusivamente relacionadas con el mismo. Así, el empleo del embarazo, elemento biológico que incide única y exclusivamente sobre las mujeres, como factor diferencial constituye una discriminación por razón de sexo.⁹

⁸ Según la doctrina mayoritaria el régimen preventivo aplicable en supuestos de «embarazos de riesgo» es el establecido en el artículo 25 LPRL en relación con los trabajadores especialmente sensibles (BALLESTER PASTOR, M. A., “Artículo 26. Protección de la maternidad”, *op. cit.*, p. 514).

⁹ “*La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres... Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE.*” (STC 136/1996 (rec. 1793/1994)).

Por consiguiente, la prohibición de discriminación por razón de sexo “*condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzado, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajador al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado*”.¹⁰

¿No se produce un perjuicio económico derivado de la situación de embarazo si ante un «embarazo de riesgo» se excluye la protección que el sistema de Seguridad Social ofrece ante riesgo durante el embarazo? ¿O si ante un «embarazo de riesgo» que imposibilita la prestación de servicios se reconoce la protección correspondiente a contingencias comunes, con la consiguiente prestación de inferior cuantía?

El artículo 31.2 RD 295/2009, a mi entender, debe interpretarse en el sentido que se excluyen de la situación protegida aquellos riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no estén relacionadas con, además de las condiciones de trabajo, el propio embarazo que imposibilite la prestación de servicios. Esto es, debe interpretarse la referencia del precepto a “*agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado*” en sentido amplio, incluyendo también aquellas situaciones en que las condiciones de trabajo pueden afectar, como consecuencia de las características del propio embarazo –«embarazo de riesgo»–, la salud de la trabajadora o del feto.

De hecho, esta parece ser la interpretación más acorde con el redactado de los artículos 5 Directiva 92/85/CEE y 26 LPRL, que, en términos muy similares, únicamente hacen referencia a la existencia de un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras embarazada, sin requerir que la causa única y exclusiva del riesgo se encuentre en las concretas condiciones de trabajo ni excluir las situaciones de «embarazo de riesgo».

Por todo lo anterior, a mi entender y apartándome de la posición doctrinal mayoritaria, la situación de riesgo sobre la salud de la trabajadora o del feto producido por un, denominado, «embarazo de riesgo» también se encuentra protegida por los artículos 134 y 135 LGSS, en relación con el artículo 26 LPRL.

En este mismo sentido, véase STC 166/1988 (rec. 988/1987); 173/1994 (rec. 18/1992); 20/2001 (rec. 2064/1998); 182/2005 (rec. 2447/2002); 92/2008 (rec. 6595/2006); entre otras.

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., “Artículo 26. Protección de la maternidad”, *op. cit.*, p. 530.