

**LA ACCIÓN PREVENTIVA EN COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS:
TRABAJADORFES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS,
PROTECCION DE LA MATERNIDAD, PROTECCION DE LOS MENORES Y DE
TRABAJADORES TEMPORALES**

Por José Ignacio García Ninet. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona y Arántzazu Vicente Palacio, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume de Castellón (*)

(*) A MODO DE PRESENTACION: PUBLICACIONES DEL DR. JOSE IGNACIO GARCIA NINET Y DE LA DRA. ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO, EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) DR. JOSE IGNACIO GARCÍA NINET. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona

1. J.I. García Ninet y otros, Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo), Barcelona (Editorial Atelier), 2005, 2ª edición (Director de la obra y autor del Prólogo y de las lecciones 8 y 9, junto con la profesora A. Vicente Palacio) Páginas, inicial: 121/59 final: 25/280.-

2. J.I.García Ninet, .Prevención de riesgos laborales en la Administración civil y militar, en el libro de AA.VV. coordinado por Javier Gárate Castro “Las relaciones laborales en las administraciones locales “ Madrid (Editorial: Fundación Democracia y Gobierno Local), 2004 Páginas, inicial: 225 final: 262

3.- J.I. García Ninet y A. Vicente Palacio:: Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. Protección de la maternidad. Protección de los menores., en el Libro: de AA.VV. “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Granada (Ed. Comares), 2004, Páginas, inicial: 250 final: 279

4.- J.I. García Ninet (Director) y otros. Prevención de Riesgos Laborales

(Código Civitas de Legislación y Jurisprudencia), Madrid (Editorial: Thomson-Civitas), 2003 Páginas, inicial: 7--- final: 1158.-

5. J.I. García Ninet y otros,Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo), Barcelona (Editorial Atelier), 2002, 1ª edición (Director de la obra y autor del Prólogo y de las lecciones 8 y 9, junto con la profesora A. Vicente Palacio) Páginas.

6.- J. I.García Ninet, Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de

Riesgos Laborales, en el Libro: de AAVV 'Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno', Valencia (Editorial: Tirant lo Blanch), 2000, Páginas, inicial: 273 final: 297

7.- J.I. García Ninet, J.I. (Director) y A. Vicente Palacio Lección 5ª Derecho y obligaciones, del Libro: "Curso sobre Prevención de Riesgos Laborales", Castellón (Editado por la Universitat Jaume I de Castellón-España), 1998, Páginas, inicial: 169 final: 228

8.- J.I. García Ninet, J.I. (Director),: Presentación/Prólogo del Libro: "Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Castellón (Editorial: Universitat Jaume I.), 1997 Páginas, inicial: 12 final: 14

9.- J.I. García Ninet, J.I. (Director), Vicente Palacio, A. Los derechos de los trabajadores a la protección de la Seguridad y Salud en el trabajo y las obligaciones empresariales sobre estas mismas materias., en el Libro Castellón (Editorial: Universitat Jaume I.), 1997 Páginas: inicial: 71 final: 120

10.-J.I. García Ninet, Los riesgos psicosociales en la Administración Pública y en la doctrina de los tribunales, Valencia Revista Tribuna Social, Número: 222 Páginas, inicial: 5 final: 10 Año: 2009

11. J.I. García Ninet, J.I., El control de los incumplimientos estatales en materia de normativa europea sobre prevención de riesgos laborales, la necesidad de políticas de prevención a favor de los autónomos y el uso de las distintas lenguas españolas en nuestro panorama laboral., Revista: Tribuna Social Número: 221 Páginas, inicial: 5 final: 7 Año: 2009

12. J.I. García Ninet, Riesgos psicosociales: visión multidisciplinar, Revista Tribuna Social, Número: 218 Páginas, inicial: 5 final:7 Año: 2009

13.- J.I. García Ninet, Los riesgos profesionales de origen psicosocial, Revista Tribuna Social, Número: 216 Páginas, inicial: 5 final: 7 Año: 2008

14.- J.I. García Ninet, Cuestiones de especial interés en materia de prevención de riesgos laborales en el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (2007-2011), Revista: Tribuna Social, Número: 202 Páginas, inicial: 5 final: 11 Año: 2007

15.- J.I. García Ninet, J.I. Embarazo y realización de trabajos penosos e insalubres para su estado y para el feto en el matadero de Coria del Río. STC 62/2007. Pretendido desconocimiento por parte de la Administración de la situación de embarazo, Revista: Tribuna Social, Número: 198 Páginas, inicial: 5 final: 13 Año: 2007

16.- J.I. García Ninet, La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad del sector, Revista Tribuna Social, Número: 191 Páginas, inicial: 5 final: 13 Año: 2006

17.- J.I. García Ninet, Breves notas y exposición subrayada (con pretensiones meramente didácticas) del RD 171/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que

se desarrolla el art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (Segunda y última parte), .Revista Tribuna Social, Número: 160 Páginas, inicial: 5 final: 11 Año: 2004

18.- J.I. García Ninet, Avance sobre la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales,.Revista Tribuna Social, Número: 157 Páginas, inicial: 5 final: 18 Año: 2004

19.- J.I. García Ninet, La Inspección de Trabajo y la prevención de riesgos laborales en la Administración Pública. Peculiaridades y privilegios cuestionados. Breve nota sistemática, Revista: Tribuna Social, Número: 151 Páginas, inicial: 5 final: 9 Año: 2003

20.- J.I. García Ninet, Algunas particularidades de la Prevención de Riesgos Laborales en la Administración General del Estado,.Revista: Tribuna Social, Número: 149 Páginas, inicial: 5 final: 10 Año: 2003

21.- J.I. García Ninet, Algunas cuestiones en relación con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en Horizontes Empresarial,Revista Fomento del Trabajo de Barcelona, Número: 1 Páginas, inicial: 6 final: --- Año: 2001

22.- J.I. García Ninet, La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales desde el prisma del interés colectivo. A modo de inventario, Revista: Tribuna Social, Número: 119 Páginas, inicial: 5 final: 10 Año: 2000

23.- J.I. García Ninet, Reflexiones acerca de la aplicación y desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Una llamada de atención, Revista Tribuna Social, Número: 111 Páginas, inicial: 5 final: 13 Año: 2000

24.- J.I. García Ninet, Las Empresas de Trabajo Temporal y la Prevención de Riesgos Laborales (Sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, de conformidad con el R.D. 216/1999, B. O .E. del 24), Revista: Tribuna Social, Número: 101 Páginas, inicial: 1 final: 9 Año: 1999

25.- J.I. García Ninet, Notas sobre el periodo de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedades profesionales, Revista Tribuna Social, Número: 53 Páginas, inicial: 19 final: 23 Año: 1995

26.- J.I. García Ninet, Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 de la LGSS y la reciente Jurisprudencia), Revista Tribuna Social, Número: 2 Páginas, inicial: 23 final: 26 Año: 1991

2. DRA. ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I de Castellón.

****Además de los anteriormente reseñados, realizados conjuntamente con el prof. García Ninet, los siguientes:**

1.- I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, "Algunas consideraciones sobre las obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores en la LPRL" en "Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", UJI-Castellón, 1997

2.- I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, "Otros sujetos obligados: fabricantes, importadores y suministradores", en AA.VV., "Curso sobre prevención de riesgos laborales", UJI-Castellón, 1998.

3.- A. VICENTE PALACIO, "Manual de Prevención de riesgos Laborales", Barcelona (Atelier), 2002: - Con BALLESTER PASTOR, I., "Otros sujetos obligados: fabricantes, importadores y suministradores", págs. 247-260.

4.- VICENTE PALACIO, A., "El coordinador de Seguridad y Salud en la ejecución de las obras de construcción", Granada (Comares), 2008.

5.- VICENTE PALACIO, A., y BALLESTER PASTOR, I., "Fabricantes, importadores y suministradores de equipos y útiles de trabajo. Obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales", (Granada), Comares, 2010.

6.- A. VICENTE PALACIO, "Negociación colectiva y riesgos psicosociales en la negociación colectiva de la Comunidad Valenciana", en AA.VV. (Dir. MARTIN MAZUCONI), "EL TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: ESTADO ACTUAL Y NUEVAS PROPUESTAS. PERSPECTIVA ESTATAL, AUTONÓMICA Y COMPARADA", Madrid (UGT), 2010.

7.- A. VICENTE PALACIO, "Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva de la comunidad valenciana (2008-2011)", en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en prensa.

SUMARIO: I. TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS; II. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD; 1. Definición del objeto de la protección: la maternidad, parto y lactancia; 2. Deberes empresariales; A) Evaluación de los riesgos; B) Medidas preventivas; a) Medidas relativas a la adaptación de las condiciones de trabajo; b) Medidas de cambio de puesto de trabajo; la movilidad funcional; c) Suspensión del contrato de trabajo: prestación económica de «riesgo por embarazo»; d) Suspensión del contrato de trabajo: prestación económica por «riesgo durante la lactancia natural»; C) Actividades prohibidas; D) Otras cuestiones; III. PROTECCIÓN DE LOS MENORES; 1. Normativa general de protección al menor: un breve repaso; 2. Regulación específica en materia de prevención de riesgos laborales; A) Evaluación de riesgos específica; B) Trabajos prohibidos; IV. TRABAJADORES TEMPORALES Y VINCULADOS A EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL; 1. Introducción; A) Sobre la disposiciones relativas a la celebración del contrato de puesta a disposición (art. 2º); B) Disposiciones relativas a la celebración del contrato de trabajo (art. 3º); C) Obligaciones de la EU previas al inicio de la prestación de servicios; D) Obligaciones de la EU desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 5º) E) Disposiciones relativas a la organización de las actividades preventivas en la ETT y en la EU (art. 6); F) Documentación e información entre EU y ETT y entre ETT y autoridad laboral (art. 7); G) Actividades y trabajos de especial peligrosidad (art. 8) (*).

ABREVIATURAS PREVENCIÓN RIESGOS LABORALES

AS.... REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA DE LA EDITORIAL ARANZADI&THOMSON REUTERS
DONDE SE PUBLICAN LAS SENTENCIAS DE LOS DISTINTOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE
CADA UNA DE LAS 17 COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN QUE SE ESTRUCTURA EL REINO DE
ESPAÑA

BOE....BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO DEL REINO DE ESPAÑA, DONDE SE PUBLICAN LAS
NORMAS GENERALES

CE . CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

CEE... COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

DOCE...DIARIO OFICIAL DE LA COMUNIDAD EUROPEA/ DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

EPIs....EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL

ET.... ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR REAL .DECRETO
LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO

ETT....EMPRESA/S DE TRABAJO TEMPORAL, REGULADAS POR LA LEY 14/1994, DE 1 DE JUNIO
(BOE DEL 2 DE JUNIO).

EETT....EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

EU....EMPRESA USUARIA, QUE RECIBE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

EURATOM....COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGIA ATOMICA

INSS....INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (PRINCIPAL EN TIDAD GESTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA)

LETT....LEY 14/1994 DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, DE 1 DE JUNIO (BOE DEL 2 DE JUNIO).

LGS....LEY 14/1986, DE 25 DE ABRIL (BOE DEL 29), GENERAL DE SANIDAD

LGSS.... TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, DE 20 DE JUNIO

LISOS LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL, APROBADA MEDIANTE REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, DE 4 DE AGOSTO (BOE DEL 8 DE AGOSTO).

LPRL.... LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

MATEPSS.... MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

OIT.... ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

MESS...MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

OGSHT....ORDENANZA GENERAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO APROBADA POR ORDEN DEL MINISTYERIO DE TRABAJO DE 9 DE MARZO DE 1971

RD....REAL DECRETO APROBADO POR EL CONSEJO DE MIN ISTROS

RJ....REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA DE LA EDITORIAL ARANZADI&THOMSON REUTERS

RSP.... REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN, APROBADO POR REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO (BOE DE 31-1-1997).

STC....SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL REINO DE ESPAÑA

STS....SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA

STSJ...SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CADA UNA DE LAS 17 COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN QUE SE ESTRUCTURA EL REINO DE ESPAÑA

TJCE...TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD O UNIÓN EUROPEA

Desde siempre ciertos colectivos de trabajadores han merecido un tratamiento singular por parte del legislador en la protección de su integridad y salud, atención de la que es buena muestra el propio origen del ordenamiento laboral centrado en la protección de la integridad física de las fuerzas medias (mujeres y niños) sobreexplotadas a consecuencia de la mecanización originada por la Revolución Industrial. En esta misma línea, la LPRL, si bien con una orientación claramente distinta en tanto no discriminatoria contra la mujer (art. 14 CE), continúa en la previsión de normas referidas a «trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», cifrando dicho colectivo fundamentalmente en la protección de la maternidad y procreación, menores, y discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales.

I. TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A DETERMINADOS RIESGOS

La LPRL se refiere también, en orden a establecer obligaciones del empresario y correlativos derechos de los trabajadores, a determinados colectivos de éstos especialmente sensibles a determinados riesgos¹.

¹ El artículo 9 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio (Directiva Marco) ya se refería, entre las obligaciones del empresario, a la de evaluación de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales y el artículo 15 de la misma norma se refiere a los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles, que deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica.

Según el citado precepto, el empresario debe garantizar de manera específica —o sea, a través de unas medidas especiales distintas de las previstas con carácter general que vienen impuestas por la ley en los preceptos anteriores— la protección de aquellos trabajadores que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo; sensibilidad que deriva de alguno de los siguientes factores o elementos:

- a) De las propias características personales del trabajador.
- b) De su estado biológico conocido.
- c) Por tener reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial.

Parece claro que se trata de protegerlos frente a determinados riesgos, o sea, frente a los riesgos derivados del trabajo que se lleva a cabo en su empresa, y que por ello ya el artículo 15 LPRL impone al empresario evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan combatir y combatir los riesgos en su origen. Esta protección reforzada se configura así como una suerte de discriminación positiva (y al mismo tiempo como una obligación adicional para el empresario), para determinados colectivos en atención a razones graves y probadas de riesgo. Se trata, en definitiva, como señala la doctrina del corolario de la aplicación del principio de adaptación al trabajo previsto en el artículo 15.1.a) LPRL y artículo 36.5 ET. De todos modos, la ley agrupa tres supuestos heterogéneos, y a todos ellos trata de protegerlos específicamente, por ser especialmente sensibles los trabajadores a los riesgos de la empresa en función del concreto puesto de trabajo que desempeñen.

Conviene no olvidar, a este respecto, que el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en su Disposición Derogatoria dejó vigente el artículo 189 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, el cual prevenía y sigue previniendo que, sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de esas dolencias, pueden, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro. Por lo demás, estas “circunstancias personales” pueden generar una imposibilidad originaria de contratar dicha prestación de servicios, o bien una dificultad de proseguir en la empresa si es que existe un cambio de las características personales del trabajador, o un cambio en los riesgos de la empresa, que inicialmente no se daban, o, al límite, la imposibilidad de proseguir en ese concreto puesto de trabajo, donde su salud se ve o se puede ver resentida, ya que la norma no exige de modo inmediato que el riesgo ya se haya actualizado o incidido negativamente sobre el trabajador, pues no olvidemos que es una ley de prevención de riesgos laborales y por ello su filosofía es la de evitar, tanto en el presente como en el futuro, accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. Circunstancias personales pueden ser variadas; el hecho de que se refiera expresamente a continuación al estado biológico conocido y a la discapacidad física, psíquica y sensorial reconocida parece significar que su ámbito aplicativo no queda referido únicamente a aquellas personas con la condición reconocida de “minusválido” o “discapacitado”, sino por el contrario, comprende a todas aquellas personas en las que concurre “cualquier circunstancia personal” que las hace especialmente sensibles a un riesgo que se deriva del puesto de trabajo. La LPRL ha preferido una redacción mas genérica o amplia que la antes referida del art. 189 LGSS/74, que permite así la inclusión de cualquier circunstancia que, aunque pueda ser

irrelevante en el desarrollo vital ordinario o no laboral, pueda influir sobre la actividad, incluyendo las características de orden psicológico o de personalidad (nerviosismo, ansiedad, entre otras). No es necesario, por lo demás y como ha apuntado algún pronunciamiento judicial, que las dolencias provengan de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo con exclusión de los riesgos personales derivados de dolencias comunes, pues el art. 25 se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, ya que en definitiva, los agravamientos que pueda sufrir la trabajadora, por la prestación de servicios, serán dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo². En definitiva, si en materia de Seguridad Social –como actividad asegurativa de riesgos y por tanto, deudora de la técnica jurídica del seguro- quedan excluidas del ámbito aplicativo las dolencias padecidas con anterioridad, en materia de prevención es la existencia de estas dolencias, cualquiera que sea su origen (congénito, sucedido, por causas comunes, por causas profesionales e incluso circunstancias no patológicas sino fisiológicas), lo que resulta relevante por su incidencia sobre el sujeto que queda así –por esas circunstancias- caracterizado como especialmente sensible³.

En estos amplios términos se ha hecho eco la negociación colectiva que, en algún caso ha concretado esta posibilidad, aún declarando expresamente que no tienen el carácter de trabajadores especialmente sensibles, en las personas de mas edad de la empresa, es decir, que dota de relevancia al hecho fisiológico de la vejez como susceptible de convertir a la persona mayor o con la salud delicada en más vulnerable a la incidencia de los riesgos vinculados al trabajo. En otros casos se garantiza la aplicación de este precepto “no sólo para trabajadores/as discapacitados/as, sino también para trabajadores/as con problemas de alcohol o drogas”, previendo que “para que la aplicación de este precepto no se convierta en argumento para el

² Vid. STSJ Castilla y León/Valladolid de 3-1-2001 (AS 2001,1213).

³ Así, por ejemplo, se reconoce el derecho al cambio del puesto de trabajo por disminución de la capacidad física por hipoacusia bilateral en trabajador en servicio de atención al público en entidad bancaria (STSJ Cantabria de 27-7-2006 [AS 2006, 2617]; o la adscripción de trabajador a puesto incompatible con su estado de enfermo de rinitis, en puesto expuesto a sustancias irritantes y sensibilizantes (STSJ Cataluña de 30-10-2006 [AS 2007,168]); la incontinencia urinaria en trabajo en unidad móvil (STSJ Galicia de 28-10-2011 [JUR 2011, 22500). Vid. también STSJ Castilla y León de 20-3-2006 (AS 2006, 1155) que reconoce el derecho a cambio de puesto de trabajo a una trabajadora con la categoría profesional de personal de servicios de Escuela Hogar, con sus facultades disminuidas por cuadro generalizado de dolor con depresión constante y debilidad no filiada lo que le ocasiona muchas bajas laborales, concurrente con diabetes mellitus tipo II en tratamiento con antidiabéticos orales; periartritis escapulo humeral bilateral; artropatía; bocio adenomatoso en tratamiento; prolapso útero vaginal con cervicitis de repetición; hipoacusia bilateral y síndrome vertiginoso por insuficiencia vértebro basilar.

Por su parte, reconoce el derecho a la exoneración del trabajador de la realización de turnos nocturnos a trabajador con problemas de salud, la STSJ Cataluña de 23-1-2008 (AS 2008, 138737). Y la STSJ Islas Canarias de 31-5-2001 (AS 2001, 4273) reconoce el derecho al cambio de puesto de trabajo de médico adscrito al servicio de urgencia, en lo que se refiere al trabajo nocturno.

La STSJ País Vasco de 9-3-2010 (AS 2010, 2527) reconoce el derecho al recargo de prestaciones de seguridad social de trabajador con limitaciones físicas que sufre accidente laboral por manipulación de cargas sin medios adecuados a su estado.

despido de un trabajador/a hay que incluir en la cláusula (sic) el mantenimiento del puesto de trabajo”.

Por lo demás, resulta llamativo que en algunos casos la negociación colectiva –quizá por una falta de cultura de la prevención y un mayor arraigo de las medidas reparadoras- confunda el riesgo con el daño, refiriendo a éste último tanto el derecho a la adaptación de las condiciones de prestación de servicios como el derecho al cambio de puesto de trabajo compatible con su estado e, incluso, exigiendo un dictamen facultativo contradictorio que acredite el daño, la necesidad y las características de las medidas a adoptar así como la no procedencia de instar la declaración de invalidez permanente en cualquiera de sus grados. Olvidan a veces los agentes sociales que el trabajador tiene derecho a la prevención frente a los riesgos laborales y que un daño es un riesgo ya producido o actualizado, es decir, un siniestro que, en su caso, determina la puesta en marcha de los mecanismos de reparación que la seguridad social arbitra, pero que nunca la prevención está condicionada a la actualización del riesgo (que precisamente hay que evitar) ni mucho menos adquiere carácter subsidiario de aquéllas. Otra cosa es que, como señala el art. 16 LPRL, la existencia de daños para la salud obligue a la actualización de la evaluación de riesgos, pero el trabajador tiene el derecho a la protección frente a “los riesgos”, tanto con carácter general (art. 14 LPRL), como específicamente y con mayor motivo en los supuestos en los que los trabajadores son especialmente sensibles.⁴

El segundo de los casos es el estado biológico conocido, dado que si el empresario desconoce cual es ese estado biológico del trabajador/a mal puede adoptar medidas de prevención de riesgos, lo cual puede plantear problemas de cumplimiento o incumplimiento del deber de buena fe contractual en las relaciones laborales. Al margen de las enfermedades que pueda padecer el trabajador, o de estados de gestación, cuestión esta última que es objeto de regulación específica en el artículo 26, relativo a la protección de la maternidad, el caso es que la norma no es más explícita sobre el particular, ni sobre cómo y cuándo el trabajador debe informar de ello al empresario, pues puede estar por medio no sólo su derecho a la intimidad, sino a mantener su puesto de trabajo, ya que sus posibles restricciones biológicas pueden llegar a condenarle a la pérdida de su puesto de trabajo. También es verdad que en algunos casos dicha información le puede llegar al empresario a consecuencia de la realización de la preceptiva “vigilancia de la salud” prevista en el art. 22 LPRL, pues tal supuesto sería incardinable, sin duda, en el párrafo tercero del art. 22.4 LPRL, que prevé la posible comunicación al empresario de las conclusiones que se derivan de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para

⁴ La Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo) (Versión codificada) que en la evaluación el empresario deberá dedicar una especial atención a los posibles efectos sobre la seguridad y la salud de los trabajadores de riesgos especialmente sensibles y, entre otras cosas, tendrán en cuenta la conveniencia de que dichos trabajadores no trabajen en zonas en que puedan estar en contacto con agentes carcinógenos. Por su parte, el artículo 6 de la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, de 27 de noviembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo, prevé que el trabajador apartado temporalmente, por razones médicas y de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, de la acción de un agente, será destinado en la medida de lo posible a otro puesto de trabajo.

el desempeño del puesto de trabajo. Con todo, no puede olvidarse la regla general de voluntariedad para el trabajador en la vigilancia de la salud. En definitiva, parece que habría que entender, como ha señalado la doctrina que, en caso de desconocimiento, bien por la comunicación del trabajador, bien por los reconocimientos médicos practicados, decae al obligación empresarial.

El tercer supuesto es el mas claro, dado que existe entonces un reconocimiento por las entidades competentes acerca de su discapacidad física, psíquica o sensorial, y acerca también del alcance que ello supone sobre el particular puesto de trabajo a desempeñar en donde se dan estos riesgos. Lo mismo que antes se dijo, también aquí las discapacidades pueden ser posteriores al hecho de la contratación laboral, del mismo modo que lo pueden ser los riesgos, pues la empresa puede cambiar sus sistemas de trabajo, sus instrumentos, sus sustancias, sus condiciones en general, y ello comportar que personas que anteriormente eran plenamente válidas para el trabajo, el nuevo cambio les pueda suponer mayor gravosidad o riesgo para su salud. Si las discapacidades reconocidas son anteriores al momento de la contratación es de esperar que dicha contratación se haya ajustado a la legalidad vigente y se le haya empleado en una actividad compatible con tal situación.⁵

Entra dentro de este precepto, y como situación de discapacidad sobrevenida, sin duda, la situación del trabajador declarado afecto de Incapacidad Permanente Parcial. Como es sabido, se entiende todavía -(La Disposición Transitoria Quinta bis LGSS condiciona la aplicación del art. 137 -en la redacción otorgada al mismo por la Ley 24/1997, de 24 de julio- a la fecha de entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el propio art. 137.3 que debían haberse dictado en el plazo máximo de un año, plazo que fue ampliado durante el ejercicio de 1999 por la Disposición Adicional 39ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Entretanto no se aprueben dichas normas es de aplicación la legislación anterior)- por Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior el 33 por 100 del rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. El hecho de que pueda continuar en la realización de las tareas fundamentales es lo que determina, desde el punto de vista de la vigencia del contrato, su mantenimiento. En este sentido, el art. 1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo (BOE de 4 de junio) por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, dispone el derecho del trabajador a su reincorporación al puesto de trabajo, previendo que si la Incapacidad Permanente Parcial no afecta al

⁵ En tal sentido, hay que recordar que el RD 1215/1997, de 18 de julio (BOE del 7 de agosto) por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo dispone expresamente la obligatoriedad de que los equipos de trabajo estén adaptados a su utilización por trabajadores discapacitados (art.3), obligación que se prevé en términos similares en el RD 1627/1997, de 24 de octubre (BOE del 25), por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, obligatoriedad que se refiere, en particular, a las puertas, vías de circulación, escaleras, duchas, lavabos, retretes y lugares de trabajo utilizados u ocupados directamente por trabajadores minusválidos (Vid. nexa. IV Disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deberán aplicarse en las obras. PARTE A. Disposiciones mínimas generales relativas a los lugares de trabajo en las obras. Epígrafe18. Trabajadores minusválidos.

rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse, el empresario está obligado a reincorporarlo al mismo o a mantenerle la retribución en caso de imposibilidad; por el contrario, si el empresario acredita una disminución en el rendimiento debe emplear al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa. La cuestión es si esas disposiciones podrían ser aplicables cuando el trabajador –en su nueva situación de Incapacidad Permanente Parcial– pueda generar un peligro para sí o para los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa. En definitiva, es perfectamente posible que, en atención a la capacidad residual, el trabajador sea calificado como Incapaz Permanente Parcial pero, una vez reincorporado a su anterior puesto de trabajo, se constituya en fuente de riesgo, lo que determinaría la necesidad de su movilidad, que, podría ser mas ventajosa de aplicarse la previsión contenida en el RD 1451/1983. Con todo, se trata de una previsión relativa sólo a un grupo muy limitado de los posibles o eventuales trabajadores afectados de una “discapacidad física o sensorial”: sólo a aquellos cuya incapacidad es sobrevenida, siendo sujetos comprendidos en el campo de aplicación del nivel contributivo de la Seguridad Social y que da lugar a su configuración como incapaces permanentes parciales.

Los anteriores aspectos deben ser tenidos en cuenta en las sucesivas evaluaciones de riesgo, incluso ya en la inicial, y en función de esos parámetros de riesgo y mayor potencialidad de sufrirlos por parte del concreto trabajador —pues no hay que olvidar que en los riesgos laborales existe un cierto subjetivismo o relativismo— el empresario debe ajustar las medidas preventivas y de protección necesarias a esta relación de riesgo específico, sin que podamos olvidarnos que ésta es una ley dinámica, que pretende que de modo permanente se ajuste a los vertiginosos cambios que se dan en casi todo tipo de actividades, de ahí que las medidas que hoy se adopten habrá que revisarlas cada cierto tiempo. En línea con estos cambios de circunstancias cabe recordar que el artículo 16 LPRL alude no sólo a la evaluación inicial de los riesgos que puedan presentarse en la empresa, sino también a las evaluaciones sucesivas, sobre todo cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso —se dice— se someterán a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido; o lo que es lo mismo, que de las experiencias negativas habrá que extraer enseñanzas positivas para evitar nuevos accidentes o enfermedades profesionales, de ahí la importancia del análisis riguroso de las incidencias y de los mismos sujetos afectados⁶.

⁶ En este sentido, el artículo 4 RSP [el apartado 1,b), fue modificado por el RD 298/2009, de 6 de marzo] prevé: La evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse deberá extenderse a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurren dichos riesgos y para ello, se tendrán en cuenta: a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones. A partir de dicha evaluación inicial, deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto.

Igualmente, tanto el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo como el RD 665/1997, de 24 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición

La ley, tras estas referencias sumamente genéricas, da un paso más, y previene que los empresarios no podrán emplear en estos puestos de trabajo a trabajadores que, a causa de alguna de las tres circunstancias antes mencionadas, puedan sufrir los referidos riesgos, bien ellos mismos, bien compañeros de trabajo o incluso otras personas relacionadas con la empresa. Tales limitaciones pueden ser iniciales o sucesivas, y permanentes o simplemente transitorias, sobre todo por lo que agrega el artículo 25.1, inciso final, cuando se refiere a que estas restricciones también se aplicarán cuando el trabajador se encuentre manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Se trata, no obstante la posible transitoriedad, de una prohibición de carácter absoluto.

Al margen de las prohibiciones legales de contratar trabajadores para desarrollar determinados puestos de trabajo incompatibles de modo permanente con sus características personales, no queda del todo claro en este caso cuáles puedan ser las soluciones a adoptar cuando ya se está en la empresa, si el ajuste o mejora de los medios de prevención de carácter técnico/ergonómico, o el cambio del lugar de trabajo, como se prevé en el artículo 36 ET en materia de trabajo nocturno. Posiblemente, habrá que estar al concreto reglamento; para ese momento, además, habrá que tener más en cuenta de lo que se tienen ahora el contenido del artículo 12.7 LISOS cuando considera como infracción grave «la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente. El artículo 13.4 LISOS eleva la infracción al grado de muy grave cuando de estas conductas empresariales se «derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

Con todo, como señalara la doctrina (BURGOS GINER) el precepto plantea interesantes relaciones con la movilidad funcional prevista en el artículo 39 ET, así como con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 del citado texto legal por cuanto parece que, en principio, cabría la movilidad funcional de aquellos trabajadores que imposibilitados por tales circunstancias para continuar en su puesto de trabajo, incluso fuera del grupo o categoría profesional equivalentes, en atención a que con tal medida se garantizaría el mantenimiento del empleo por el trabajador, pues la LPRL tiene por finalidad el prevenir y proteger a los trabajadores y no favorecer el despido. No obstante, no hay que olvidar que el artículo 39.3 ET establece, desde el punto de vista contrario, que no cabe invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o falta de adaptación al puesto de trabajo en los supuestos de realizar funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad

a agentes cancerígenos durante el trabajo, prevén entre los factores a tomar en consideración en el momento de realizar la evaluación inicial y sucesivas el riesgo adicional que tales agentes suponen para aquellos trabajadores especialmente sensibles en atención a sus características personales o estado biológico, tales como patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia.

funcional. En esta materia no cabe duda que los convenios colectivos pueden jugar un papel importante de precisión al respecto⁷.

No puede dejar de señalarse que la LPRL, en su artículo 26, referido a la protección de la maternidad, sí prevé la posible movilidad funcional, movilidad que, inicialmente queda remitida al régimen jurídico general del artículo 39, pero, y esto ya es más significativo, se contempla la posibilidad, para el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible dentro de su grupo o categoría funcional, el desempeño de un puesto de trabajo fuera de tales límites, en cuyo caso se garantiza el derecho a conservar el conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Sería cuanto menos discutible la posible aplicación de esta previsión pensada en protección de la maternidad a este otro supuesto, dado el vacío legal, en base a la identidad de razón justificativa de la aplicación de normas por analogía. Habrá que estar a futuras resoluciones judiciales para ver como, en caso de falta de regulación convencional, se resuelven tales conflictos.⁸

Aunque no son muy numerosos todavía los pronunciamientos judiciales sobre la materia cabe señalar que los mismos se vienen orientando en varios sentidos. Una primera corriente judicial recurre a las reglas –específicas o no- previstas en los convenios colectivos: así la STSJ Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002, 1636) ante la inexistencia de procedimiento que imponga la movilidad funcional remite a los supuestos de movilidad previstos en el Acuerdo Sindical acordado con tal finalidad pero aún en trámite de aplicación y la STSJ Aragón de 10 de diciembre de 2001 (AS 2002, 500) aplica un precepto convencional que establece un procedimiento de reasignación de puesto de trabajo para quien sea definido como disminuido físico. Una segunda corriente judicial ha entendido directamente el derecho del trabajador al

⁷ Sin embargo, el papel de la negociación colectiva debe ajustarse a la legalidad y no es lícito la exclusión convencional del derecho al traslado de puesto de trabajo que consagra el propio convenio basada en la modalidad de contratación (fijo discontinuo) pues el derecho a la salud no es condicionable.

La STSJ Cantabria de 27-7-2006 (AS 2006,2617) reconoce el derecho del trabajador afectado de hipoacusia bilateral y adscrito a puesto de atención al público en entidad bancaria al cambio de puesto de trabajo que predica de puesto de trabajo de la misma categoría profesional.

La STSJ Madrid de 12-1-2009 (AS 2009, 1350) declara el derecho del trabajador incapaz total en puesto compatible al mantenimiento de las retribuciones básicas de su puesto de origen si son superiores a las del nuevo.

⁸ El artículo 11.3 del Convenio de la OIT n.º 148, de 20 de junio de 1977 sobre el medio ambiente de trabajo prevé que cuando por razones médicas sea desaconsejable la permanencia de un trabajador en un puesto de trabajo que entrañe exposición a la contaminación del aire, del ruido o de las vibraciones, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con la práctica y las condiciones nacionales para trasladarlo a otro empleo adecuado o para asegurarle el mantenimiento de sus ingresos mediante prestaciones de seguridad social o por cualquier otro método. En este sentido, téngase en cuenta que, respecto de las enfermedades profesionales, el Decreto 792/1961 contempló diversas medidas en el supuesto de que al trabajador se le detecten síntomas de enfermedad profesional, que van desde el traslado del puesto de trabajo, pasando por la declaración de incapacidad temporal o invalidez permanente.

cambio de puesto de trabajo compatible con su estado en estos supuestos de disminución de la capacidad física sin remisión alguna a norma convencional e incluso con expresa referencia al mandato contenido en el art. 26 (STSJ Cantabria de 25 de octubre de 2001 [AS 2001,3981]). En todo caso, la carga de la prueba de la inexistencia de un puesto compatible corresponde a quien la niega –es decir, al empresario- pues se trata de un óbice al derecho “inalienable” (sic) de cambio de puesto de trabajo (STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 de enero de 2001 [AS 2001, 1213]). En todo caso, ese derecho no implica la obligación de que la adscripción lo sea con carácter o categoría de “plaza definitiva”, pues el hecho de estar adscrita a una plaza en el INSALUD con carácter temporal o definitivo no tienen incidencia alguna sobre las dolencias de la trabajadora cumpliendo perfectamente la adscripción temporal con las exigencias del art. 25 LPRL (STSJ Castilla y León/Valladolid de 24-4-2001 [AS 2001, 2119]). Además, no es contrario al art. 25 LPRL la previsión convencional que condiciona el traslado a la superación de pruebas de aptitud siempre que en caso de incompatibilidad con el puesto de trabajo y ante la imposibilidad del traslado por la no superación de las pruebas se adecuen las tareas a desempeñar con el estado de salud (STSJ Aragón de 21 de abril de 2003 [AS 2003,1972]).

La cuestión sin duda, es polémica y resulta significativo el parco régimen jurídico en su comparación con el régimen previsto para la protección de la maternidad. Posiblemente la falta de regulación se deba a la mayor habitualidad del estado de embarazo respecto de la situación de discapacidad psíquica o sensorial reconocida; en definitiva, es obvio que pese al deseo de integración social de los minusválidos, esta está muy lejos de ser real y efectiva.

Por lo demás, este parco régimen jurídico tampoco solventa la cuestión de la obligatoriedad o no del cambio de puesto de trabajo para el trabajador y cual pueda ser, en su caso, la posible actuación coercitiva del empresario. Lógicamente el trabajador es el mayor interesado en conservar su salud, pero este interés le puede parecer menos relevante si se ve comprometida su retribución y/o el riesgo no se percibe como probable o inminente. El art. 13.4 LISOS tipifica como infracción muy grave del empresario el incumplimiento de esta obligación cuando de ello se derive un riesgo grave o inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, pero no hay ninguna previsión referida a los trabajadores como eventuales sujetos infractores en esta materia; no obstante, el art. 29.3 LPRL considera el incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención como incumplimiento laboral a los efectos del art. 58.1 ET, lo que parece permitir incluso el recurso al despido disciplinario del trabajador. En todo caso, y desde otra perspectiva, “si el trabajador continua por su propia voluntad en el puesto que venía desempeñando y la circunstancia de que la empresa no acudiese a medidas coercitivas para imponer contra la voluntad del mismo un traslado que el mismo no quería, no puede ser suficiente para imponerle el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad”⁹

El apartado 2 del artículo 25 (como veremos este apartado incide no en el trabajador mismo, cuanto en los efectos que sobre el mismo y su eventual descendencia pueda suponer el hecho de estar más o menos expuesto a una serie de agentes), que estamos comentando, agrega a todo lo anterior que, igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones (ver art. 16) los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y

⁹ Vid. STSJ Aragón de 12 de diciembre de 2002 (AS 2002, 3938).

trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos o biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. Habrá, pues, que tomar en consideración no sólo los citados agentes que puedan tener efectos mutagénicos, sino también las edades de los trabajadores en la medida en que de ésta dependa su fertilidad o capacidad de procreación. De ahí que, en principio, habrá que prestar una especial atención a los menores de dieciocho años y a las mujeres en edad de procreación, lo cual no es óbice para tomar en consideración los efectos nocivos que estos agentes puedan tener sobre todos aquéllos que aún están en edad fértil. Aunque esta norma genérica no diga nada más concreto, parece evidente que cada uno de los Reglamentos sectoriales o de actividad, en donde los distintos agentes puedan jugar efectos nocivos sobre los aspectos referidos, habrá de contemplar qué medidas han de adoptarse tanto para prevenir y evitar con alcance universal los nocivos efectos, como con carácter más singular qué medidas habrá que adoptar, técnicas o personalizadas, para que los más expuestos a las mutaciones dejen de estar expuestos, o sea, se reduzca total o parcialmente su exposición, incluso si es preciso, previendo el cambio temporal o permanente de puesto de trabajo, si con los medios o equipos técnicos no pudiera alcanzarse el mismo resultado de preservar su salud en los temas a que se refiere este apartado comentado ¹⁰.

¹⁰ Como se ha puesto de manifiesto, de la información andrológica de la OMS (Rose Medical Center/Denver, Colorado, EE.UU.), parece confirmarse, aunque exista controversia, un constante descenso en la cantidad y calidad del semen de los hombres en los últimos años, pudiendo estar la causa de todo ello -se dice- en la contaminación ambiental, los hábitos alimenticios, el tabaco, el alcohol, las sustancias tóxicas a las que estamos expuestos (algunos de los estudios científicos relacionan la disminución de la calidad del semen con el uso de los pesticidas y abonos que se emplean en la agricultura, que afectan no sólo al sujeto sino que, incluso, pueden llegar a afectar al futuro feto ocasionándole incluso algún tipo de cáncer) y el estrés. Todos estos factores inciden negativamente en el proceso de formación de espermatozoides normales con capacidad fecundante.

Las mujeres expuestas a disolventes orgánicos presentan un riesgo elevado de reducción de su fertilidad, como describen Sallmén et al (1995) a raíz del estudio que llevaron a cabo en Finlandia. En este estudio se encontró asociación entre la exposición diaria a los niveles altos de disolventes orgánicos y la reducción de la fecundabilidad entre las mujeres expuestas. Estas reducciones se observaron en trabajadoras expuestas a los disolventes en fábricas de calzado, lavanderías de limpieza en seco e industrias del metal. Actualmente siguen siendo necesarios métodos de trabajo más seguros en aquellas industrias donde se manejan estas sustancias.

De manera semejante se ha encontrado relación entre la ocurrencia de abortos espontáneos y otros efectos reproductivos en los trabajos en empresas de semiconductores basados en sílice. En el estudio llevado a cabo por Schenker, M.B. et al. (1995) se analizan 14 empresas norteamericanas, incluyendo desde grandes a pequeñas empresas relacionadas con la producción de semiconductores y se encontró una relación causal entre los abortos espontáneos y las dosis de ciertos disolventes cuyos componentes principales son los glicol-éteres basados en el etileno. No se encontró, sin embargo, un descenso de la fertilidad, aunque sí una cierta reducción de la fecundabilidad para algunas mujeres.

Una tercera área afectada por estos riesgos para la fertilidad y la descendencia es, sin duda, la agricultura, donde el manejo de pesticidas está mostrando amplios efectos. Se han encontrado relaciones entre la exposición a los pesticidas y malformaciones de los recién nacidos así como un alto riesgo de abortos espontáneos (Nurminen, M., 1995). Algunos de los estudios realizados hasta el momento no son conclusivos en cuanto a la relación entre los pesticidas y los riesgos reproductivos pero en líneas generales la evidencia epidemiológica así parece advertirlo.

II. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

1. Definición del objeto de la protección: la maternidad, parto y lactancia

Por lo que se refiere a la protección de la maternidad, la LPRL también contiene un precepto específico a tales efectos. Se trata de un precepto amplio, que procede sustancialmente de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia (Décima directiva específica con arreglo al artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), todo ello sin perjuicio de indicar aquí que otros aspectos de la tutela de la mujer embarazada son objeto de tratamiento en otras directivas de alcance más general y/o sectorial, o Convenios de la OIT, así, por ejemplo, la Directiva 80/836/EURATOM de 15 de julio de 1980, por la que se modifican las Directivas que establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes, en cuyo artículo 7.2 se dispone que no se admitirán para los trabajos que impliquen un riesgo de contaminación radioactiva elevado a mujeres en período de lactancia; en este caso, se asegurará una vigilancia particular de la contaminación radioactiva del organismo.

Parece obvio que la finalidad de estas normas no es otra que la tutela de la salud de la mujer embarazada y del feto o hijo. Se supera así la restrictiva concepción de antaño protectora de la mujer en cuanto «sexo débil» para protegerla en cuanto portadora de vida, lo que se traduce, normativamente, en la derogación por la Disposición Derogatoria única de la LPRL del Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, norma que fue considerada inconstitucional por discriminatoria por la STC 229/1992, de 14 de diciembre, habiendo España igualmente denunciado todos aquellos Textos Internacionales discriminatorios hacia la mujer en línea con esa concepción paternalista de la normativa anterior.¹¹

La importantísima STC 229/1992, de 14 de diciembre, de la Sala Primera (BOE de 19-1-1993), resolvió sobre el trabajo de la mujer en la mina en los siguientes términos: «(...) ha de tenerse en cuenta que la evolución social que desde el momento en que aquellas normas se gestaron ha tenido la política antidiscriminatoria ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de perjuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo son las minas, han dejado de tener razón de ser. Aunque son

En USA se ha llevado a cabo un seguimiento de las enfermedades relacionadas con los pesticidas (Maislish, N., et al., 1995), y, en general, la inspección no ha aconsejado graves problemas de rutina pero se aconseja, sin embargo, una mayor información y entrenamiento para las personas que han de manipular los pesticidas

¹¹ Así, entre otros, el artículo 8.4.b) de la Carta Social Europea relativo a la prohibición del empleo de mujeres en trabajos subterráneos de minería y cualesquiera otros no adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso o insalubre; el Convenio n.º 89 de la OIT, relativo a la prohibición general del trabajo nocturno de la mujer en la industria.

constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la diferencia de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos e intereses de la mujer. Desde luego, no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, a los que se refiere el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer (...). En otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa e indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres (...)».

No obstante, no está de más verificar cómo el artículo 2 de la Directiva al definir estos casos alude en todo momento a que tanto la situación de embarazo, como el hecho de haber dado a luz o el período de lactancia han de ser dados a conocer al empresario, pues de otro modo sería imposible poder llevar a cabo las medidas que acto seguido se establecen y que son obligaciones de hacer y padecer del empresario en relación con su trabajadoras en dichas circunstancias. Habrá situaciones que podrán ocultarse, pero otras difícilmente; y se dice esto tanto por las obligaciones del empresario como por los derechos/deberes en que puede verse inmersa la mujer trabajadora, pues de su propia salud depende la salud del feto e incluso del hijo ya nacido, y ello aún cuando la exigencia de sus derecho pudiera hacer menos atractiva su contratación.

Tal comunicación deberá producirse "con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales", cabiendo, pues, en principio, cualquier forma a través de la cual pueda realizarse (verbalmente - y acompañada de testigos, o no- o por escrito -con acuse de recibo o no), si bien, la forma escrita con constancia de la recepción resultaría, sin duda, el medio más adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica y probatorio, caso de producirse un eventual incumplimiento empresarial respecto de la adopción de las necesarias medidas protectoras y preventivas. De otro lado, señalar que entendemos igualmente válida y efectiva la comunicación de la trabajadora dirigida al servicio de prevención interno de la empresa -o mancomunado, en su caso- o a los trabajadores designados para desarrollar las funciones de protección y prevención (si tal fuera la modalidad de organización preventiva establecida), en tanto dichos órganos poseen la condición de órganos empresariales, estando, además, especializados en el desarrollo de las actividades preventivas (en tales casos, el órgano encargado de la prevención debe trasladar conocimiento de la situación, así comunicada, al empresario).

Sin embargo, el artículo 26 LPRL (en su redacción tanto anterior como posterior a la Ley 39/1999) no recoge las definiciones de la Directiva 92/85/CEE y, concretamente, omite toda referencia al requisito de que las situaciones de embarazo, parto reciente o lactancia sean comunicadas al empresario. Al omitir esta definición, se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 82/95/CEE. El embarazo, el puerperio y la lactancia permanecen, así, en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto aquella no decida en otro sentido, en lógica correlación, la protección legal a que se refiere el artículo 26 LPRL no se activará si la trabajadora no comunica su estado al empresario, si bien esta regla ha de ceder en determinadas circunstancias; en efecto, lo que subyace es la necesidad de que tales situaciones sean conocidas por la empresa, al objeto de que ésta pueda dar cumplimiento a sus obligaciones preventivas y protectoras. Si se desconoce por

el deudor -empresario- la existencia de tal deuda preventiva, difícilmente podrá exigirse su satisfacción; no obstante, el conocimiento del empresario no necesariamente ha de adquirirse directamente por la trabajadora, sino que, en ocasiones, aquél puede alcanzarse por otros medios -sobre todo, si el estado en cuestión es notorio (lo que acontece, especialmente, con la gestación avanzada)-. En este supuesto, el empresario habrá de cumplir sus deberes de protección en todo caso.

Como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional reconoció implícitamente la derogación por efecto de la Constitución de todas aquellas normas limitativas de la capacidad laboral en la STC 38/1986, de 21 de marzo con ocasión del examen del RDL de 15 de agosto de 1927 sobre descanso nocturno de las mujeres. Referida también al trabajo nocturno, si bien desde la perspectiva de las horas extraordinarias realizadas, resulta muy ilustrativa la STC 81/1982, de 21 de diciembre, de la Sala Segunda (BOE de 15-1-1982).

La protección dispensada por este precepto es mucho mas amplia de lo que su rótulo da a entender, pues en una consideración dinámica de la maternidad comprende todo el proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continua con la lactancia (art. 1 Directiva 92/85/CEE). El ámbito objetivo de la protección está así claramente delimitado, siendo igualmente fácil su concreción temporal que, si bien no tiene una duración máxima (pues la lactancia puede prolongarse mas o menos tiempo), sí tiene una clara naturaleza temporal, aspecto éste que singulariza este supuesto del contemplado en el art. 25 . No obstante, no está de mas verificar cómo el artículo 2 de la Directiva al definir estos casos alude en todo momento a que tanto la situación de embarazo, como el hecho de haber dado a luz o el período de lactancia han de ser dados a conocer al empresario, pues de otro modo sería imposible poder llevar a cabo las medidas que acto seguido se establecen y que son obligaciones de hacer y padecer del empresario en relación con su trabajadores en dichas circunstancias. Habrá situaciones que podrán ocultarse, pero otras difícilmente; y se dice esto tanto por las obligaciones del empresario como por los derechos/deberes en que puede verse inmersa la mujer trabajadora, pues de su propia salud depende la salud del feto e incluso del hijo ya nacido, y ello aún cuando la exigencia de sus derecho pudiera hacer menos atractiva su contratación. La comunicación puede hacerse a través de cualquier forma, siendo válida incluso la comunicación de la trabajadora dirigida al servicio de prevención interno de la empresa o a los trabajadores designados para desarrollar funciones de protección y prevención. En todo caso, y a diferencia de la Directiva 92/85/CEE, la legislación española no exige tanto la comunicación como que el estado de gestación sea conocido por el empresario, si bien lógicamente lo normal será que sea la propia trabajadora la que informe al empresario. Ello no obstante, no significa la existencia de un deber de comunicación a cargo de la trabajadora cuyo incumplimiento pueda ser sancionado por la vía del art. 29.3 LPRL.

Relacionado con este tema se encuentra la regulación del despido nulo en el ET (BARBANCHO TOVILLAS), donde se dice que el despido se declara nulo cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 14) o en la ley -arts. 4.2.c) y 17.1 ET- y en este sentido se considera nulo (art. 55.5 del ET), siempre que no se declare procedente por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de determinados derechos y excedencias, en los supuestos siguientes (modificados por la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres de 2007):

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades

causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad del art. 45.1.d) ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.¹²

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos de los arts. 37.4, 37.4.bis y 37.5 ET o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia para el cuidado de menores y familiares del art. 46.3 ET; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el ET.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.¹³

Todo el precepto analizado se refiere como elemento subjetivo protegido a la trabajadora, es decir, a la mujer; o lo que es lo mismo, que se trata de un precepto claramente “feminizado” por el legislador. Es obvio que la situación biológica de gestante y de parturienta tienen por naturaleza, condición femenina, pero esa limitación podría ser más discutible aplicada al período de lactancia. El recién nacido puede ser alimentado con leche de su madre o con leche de producción industrial o incluso con una combinación de ambas. De estas posibilidades, sólo la primera (y con carácter parcial pues nada impide -y de hecho se hace- que la madre se extraiga artificialmente la leche para suministrársela posteriormente mediante biberón) excluye materialmente al varón. Mientras un sector de la doctrina ha considerado que sólo la lactancia natural debe quedar comprendida dentro del ámbito del artículo examinado, otro sector por el contrario considera que también la lactancia artificial debería quedar comprendida en el ámbito

¹² Vid. SSTC 92/2008, de 21 de julio (BOE de 19 de agosto), sobre despido nulo de trabajadora embarazada aunque la empresa lo ignorase y 124/2009, de 18 de mayo (BOE de 20 de junio), sobre idéntica materia a la anterior.

¹³ Si bien el TC había considerado en varios casos el despido como nulo a causa de embarazo por discriminación por razón de sexo (vid. SSTC 17/2007, de 12 febrero [RTC 2007, 17], 182/2005, de 4 julio [RTC 2005, 182] y 175/2005, de 4 julio [RTC 2005, 175]), el hecho del embarazo de la trabajadora como causa de nulidad sólo se aplicaba por el TS en caso de que el empresario conociera el estado de gestación de la trabajadora (vid. por todas, STS de 12 marzo 2008 [RJ 2008, 3493]). Ahora bien, a raíz de las SSTC 74/2008, de 23 junio (RTC 2008, 74) y especialmente, 92/2008, de 21 julio (RTC 2008, 92), el embarazo constituye causa objetiva de nulidad, independientemente del conocimiento o no del estado de gestación por el empresario, lo que ha llevado al TS a cambiar su jurisprudencia anterior (vid. SSTC de 17 octubre 2008 [RJ 2008, 7167] y de 16 enero 2009 [RJ 2009, 1615] que aplican la nueva doctrina constitucional). Incluso el TJCE ha extendido el supuesto de embarazo al del despido de trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación «in vitro» que se encuentra en una fase avanzada del mismo antes de la transferencia de los óvulos a su útero (STJCE de 26 febrero 2008 [TJCE 2008, 36]). Por otra parte, el TJCE considera discriminatorio notificar una decisión de despido a causa de embarazo o del nacimiento de hijo durante el período de protección e incluso una vez finalizado éste, como también adoptar medidas preparatorias de tales decisiones antes de explicar dicho período (STJCE de 11 octubre 2007 [TJCE 2007, 270]).

subjetivo del precepto, haciendo extensiva así la tutela en él prevista a la salud del trabajador varón en cuanto interacciona con la lactancia del hijo, pues lo contrario lleva a la “paradójica desprotección del lactante en caso de lactancia artificial llevada a cabo por el padre”. Se señalan tres órdenes de consideraciones en apoyo de esta tesis:

a) en primer lugar, la Directiva 92/85/CEE que remite a la lactancia “en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales” y del ordenamiento jurídico español concordante [arts. 21.c) LGS; arts. 37.4 y 37.6 ET] cabe inferir con toda claridad la lactancia en un sentido amplio, no limitada, por tanto a la natural y con expresa posibilidad de que el padre disfrute del permiso de lactancia);

b) en segundo lugar, que la Comisión Europea (vid. Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos..., Bruselas 05.10.2000 COM /2000, 466 final) ha puesto de manifiesto la existencia de vías de exposición del lactante a agentes lesivos distintas de la leche materna tales como la piel, el simple contacto físico, la ropa (p.ej: polvos radioactivos, hepatitis B, hepatitis C, virus VIH, herpes, tuberculosis, sífilis, varicela, tifus, agentes químicos como pesticidas...); y

c) finalmente, el objeto de la protección prevista en el art. 26 es tanto la salud de la madre (en esa condición de madre) como la salud del hijo lactante que se ve claramente minusvalorada si es el padre el que atiende al hijo.

En nuestra opinión la restricción normativa hace que puedan presentarse algunas situaciones cuanto menos paradójicas, pero también es verdad que el precepto no pretende la protección de la salud del hijo en todo caso y en cualquier circunstancia –pues está limitada al lactante y no comprende, por ejemplo, los eventuales riesgos derivados para hijos no lactantes que pueden verse afectados por esas otras vías de transmisión señaladas-. Es precisamente esa limitación subjetiva al lactante lo que puede suministrar un indicio para la inteligencia del precepto: se refiere sólo a la lactancia natural pero ya la realice efectivamente la madre o el padre, pues este, como ya se ha dicho, puede suministrar al hijo con biberón leche materna extraída de la madre. Otra cosa es que fuera deseable una protección mas amplia de los riesgos derivados del trabajo que comprendiera también al trabajador en su interacción con otros sujetos cercanos singularmente niños.

2. Deberes empresariales

A) Evaluación de los riesgos

El artículo 26.1 LPRL prevé que la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de esta misma ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. La Directiva antes citada hace un listado no exhaustivo en su Anexo I de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo para realizar la citada evaluación en los supuesto de exposición a los mismos. La finalidad de este tipo de evaluaciones no es sólo la de detectar posibles incidencias, sino la de buscar las alternativas a dichas incidencias negativas.

Así, la Directiva enumera en su anexo I, como lista no exhaustiva, es decir, como ejemplificativa, los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que el empresario deberá

evaluar a fin de adoptar las medidas oportunas. Entre los agentes señala los físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta en particular los choques, vibraciones o movimientos; la manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular, dorsolumbares; el ruido; las radiaciones ionizantes; las radiaciones no ionizantes, el frío y calor extremos; y los movimientos, posturas y desplazamientos, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora; como agentes biológicos, se remite a los grupos de riesgo 2, 3 y 4 de la Directiva 2000/54/CE definidos en los términos del artículo 2 de la citada directiva, en la medida que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas o del feto y siempre y cuando no figuren en el anexo 2 de la Directiva 92/85 (es decir, toxoplasma y virus de la rubéola). Los agentes biológicos del grupo 2 son aquellos agentes patógenos que pueden causar una enfermedad en el hombre y puedan suponer un peligro para los trabajadores siendo poco probable que se propaguen a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaces. Los agentes del grupo 3, por el contrario, son aquellos que pueden causar una enfermedad grave en el hombre y presentan un peligro serio para los trabajadores, existiendo el riesgo de que se propaguen a la colectividad pero existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento adecuados. Finalmente, el agente biológico del grupo 4 es aquel que igualmente causa una enfermedad grave en el hombre representando un serio peligro para los trabajadores, existiendo muchas probabilidades de que se propaguen a la colectividad, pero sin que exista generalmente una profilaxis o tratamiento adecuados. Como agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del feto y siempre que no figuren en el anexo II (plomo y derivados en la medida en que tales agentes sean susceptible de ser absorbidos por el organismo humano) se señalan las sustancias R40, R45, R46 Y R47, según la denominación otorgada por la Directiva 67/548/CEE; el mercurio y derivados; los medicamentos antimitóticos; el monóxido de carbono y los agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal; como procedimientos prevé los industriales previstos en el anexo I de la Directiva 2004/37/CE, es decir, la fabricación de auramina, trabajos que supongan exposición a hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán, la brea, el humo o los polvos de hulla; los trabajos que supongan exposición al polvo, al humo a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado electrónico de las matas de níquel; y el procedimiento con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico; y, finalmente, como condiciones de trabajo, contempla los trabajos de minería subterráneos.

Al objeto de identificar los factores cualificados de riesgo, el empresario -al planificar su acción preventiva conforme al artículo 16.2 LPRL- debe determinar cuáles son los factores específicos que pueden implicar un riesgo para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, así como para el feto o hijo lactante, en la medida que la LPRL no ha incorporado los listados no exhaustivos de agentes, condiciones y procedimientos recogidos en los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE. Tales previsiones resultan, asimismo, aplicables a las trabajadoras que se hallen en período de lactancia, pues, pese a su inicial y aparente omisión, inmediatamente el propio artículo 26.1 LPRL prevé la posibilidad de que la evaluación revele la existencia de un riesgo para la seguridad y salud de las trabajadoras que se hallen en dicha situación¹⁴.

¹⁴ La STS de 17-3-2011 (RJ 2011, 3421) en recurso de casación para unificación de doctrina considera, a efectos del acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, con identificar unos riesgos

Como ya se ha dicho, se trata de una lista no exhaustiva y susceptible de ampliación incluso aunque pudiera derivarse una prohibición absoluta y radical de trabajar a tenor de lo que dispone el art. 6 Directiva 92/85/CEE. En tanto que tal prohibición lo es por razón del estado de gestación o de lactancia no puede entenderse como discriminatoria por razón de sexo como las antiguas prohibiciones genéricas de acceso de la mujer a ciertos puestos de trabajo. Tanto la ya señalada STC 229/1992, de 14 de diciembre, como la jurisprudencia comunitaria [STJCE de 12-7-1984 (Asunto Hofmann); de 15-5-1986 (Asunto Johnston), de 3-2-1994 (Asunto Minne)] han insistido en la finalidad de la norma en la protección de la condición biológica de la mujer embarazada o lactante como justificativa de las distintas prohibiciones y, a la vez, como límite a la posibilidad de extender dicha disposición mas allá de tal finalidad excluyendo genéricamente a las trabajadoras-mujeres de un concreto empleo [STJCE de 11-1-2000 (Asunto Kreil)].

En este sentido, y aunque nuestra normativa interna no ha recogido expresamente los Anexos de la Directiva, en distinta normativa singular de rango reglamentario se recogen prohibiciones expresas de exposición de la mujer gestante o en periodo de lactancia a determinados agentes o su adscripción a determinados puestos de trabajo: trabajos que puedan suponer un riesgo significativo de contaminación radioactiva¹⁵; tareas que impliquen exposición al benceno o productos que contengan benceno (Resolución de 15-2-1997 sobre el empleo de disolventes y otros compuestos que contengan benceno), etc. Por lo demás, los límites reglamentarios vienen siendo interpretados de manera amplia por la doctrina judicial que estima que, pese a que según los estudios dosimétricos no se alcanzaba el límite máximo permitido por la norma reglamentaria, “el texto legal habla de la evaluación de los riesgos y aunque según la norma reglamentaria no se alcanzan los niveles que supondrían un peligro, es evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto de trabajo en que la mujer deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel nacional como internacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo, máxime cuando el organismo recurrente no da una razón objetiva, fundada en las necesidades de servicios que justifique no atender a la petición de la trabajadora”¹⁶. En todo caso, en esta evaluación será necesario tener en cuenta los importantes cambios – anatómicos, fisiológicos y psicológicos– que el embarazo origina en la mujer y que pueden tener una gran incidencia en la ejecución de la prestación de servicios y consiguientemente, en la salud de la embarazada.

Desde el punto de vista temporal, la evaluación de riesgos “relativos a la maternidad” se efectuará en el mismo momento que la evaluación genérica e inicial prevista en el art. 16 y se mantendrá actualizada (art. 16.1 in fine). En definitiva, el empresario, en la evaluación inicial, debe examinar los riesgos derivados de los puestos de trabajo teniendo en cuenta, entre otras eventualidades, los posibles riesgos derivados para la maternidad y ello con independencia de

genéricos sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación de lactancia.

¹⁵ Vid. art.12 del Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (BOE del 26).

¹⁶ Vid. STSJ Madrid de 8-7-2001 (AS 2002, 10001) y de 8-7-2002 (AS 2002, 3761).

que en ese momento dicho puesto esté ocupado por una persona no gestante o incluso por un trabajador varón. La función de la evaluación es detectar o identificar los puestos de trabajo y su posible incidencia sobre la gestación y la lactancia de tal forma que los puestos quedan “marcados” como susceptibles de riesgo en tales situaciones. En definitiva, la evaluación es la confección de un catálogo de los distintos puestos con la identificación de sus riesgos y los medios para evitarlos y entre ellos, deberá figurar la posible existencia de riesgo para las trabajadoras gestantes o en periodo de lactancia. Esta evaluación inicial debería completarse, una vez conocido por el empresario el estado de maternidad de la trabajadora adscrita al mismo con la valoración de las circunstancias personales de dicha trabajadora con la finalidad de identificar y cuantificar así los “riesgos subjetivos”. Hay que significar que algún convenio colectivo contiene referencia expresa a esta evaluación en términos peculiares al prever que será la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales (sin perjuicio de las competencias de los órganos técnicos de prevención que son los competentes para la evaluación de riesgos) junto con el comité de empresa los que enumerarán y catalogarán los trabajos que puedan resultar perjudiciales para las trabajadoras en situación de embarazo. En este sentido, a título de ejemplo, la negociación colectiva ha considerado incompatibles con las situaciones de embarazo y/o lactancia las siguientes: el trabajo en horario nocturno o a turnos (C.C. Cantabria para el Sector embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y Bebidas de todo tipo y C.C. Empresas de atención especializada en el ámbito de la familia, infancia y juventud); el uso continuado de pantallas de visualización o máquinas fotocopiadoras (C.C. Nacional Empresas de Mediación en Seguros Privados); la realización de guardias (C.C. Comunidad Foral de Navarra y Organismos Autónomos, Personal Laboral), etc.

Por lo demás, el resultado de esta evaluación debe ser comunicado tanto a las trabajadoras interesadas como a los representantes de los trabajadores ex art. 18.1 LPRL.

B) Medidas preventivas

a) Medidas relativas a la adaptación de las condiciones de trabajo

La evaluación de los riesgos puede poner en antecedentes al empresario de que tales actividades suponen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión negativa sobre el embarazo o lactancia de las trabajadoras. En estos casos corresponde al empresario la obligación de evitar la exposición a dicho riesgo de las mujeres que se encuentren en las situaciones antes mencionadas, y ello cabe hacerlo, en principio, mediante una adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la mujer afectada, salvo que se trate de actividades prohibidas a las que posteriormente nos referiremos, mientras duren estas circunstancias de la mujer trabajadoras. Así, pues, dos grandes bloques de medidas, que lo serán de carácter temporal y que hay que ver de modo escalonado como pueden cumplirse: ajuste de las condiciones de trabajo (tanto físicas como jurídicas) a la situación de la mujer trabajadora, o modalización del tiempo de trabajo, con especial incidencia en la prohibición de trabajo nocturno o a turnos. En este mismo sentido, el art. 26.1 LPRL prevé la posibilidad de que dichas medidas incluyan, cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

Genéricamente el artículo 36.4 ET dispone, en su segundo apartado, que los trabajadores a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. A esto se añade que algunos convenios colectivos prevén disposiciones tendentes a garantizar a las mujeres embarazadas la no prestación de servicios de noche.

La pérdida de los complementos salariales ligados al puesto de trabajo tales como el de nocturnidad o de turnicidad u otros similares pueden hacer que la trabajadora se resista a la eventual prohibición de realización de trabajo nocturno o a turnos. La doctrina judicial ha reconocido el derecho de una trabajadora (médico del servicio de radiología oncológica) a cobrar las “guardias no realizadas por imperativo legal, pues de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido en el precepto”¹⁷, así como el cobro del complemento de atención continuada en sus modalidades de noches y festivos referido a una celadora del INSALUD¹⁸.

Dice la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 25 de julio de 1991 (TJCE 1991, 249) en aras a la no prohibición del trabajo nocturno de las mujeres... «no parece que, salvo en caso de embarazo o de maternidad, los riesgos a que se exponen las mujeres en este tipo de trabajo sean, de modo general, diferentes de aquéllos a los que se exponen también los hombres».

b) Medidas de cambio de puesto de trabajo; la movilidad funcional.

Puede ocurrir que este inicial paquete de medidas no sea posible o suficiente o incluso que no sea procedente. En este caso, la LPRL prevé un segundo grupo de actuaciones; actuaciones o medidas que se han visto afectadas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Hasta ahora se preveía que el médico de la Seguridad Social que estuviera asistiendo a la mujer trabajadora podía certificar que, pese a los cambios operados en los términos señalados con anterioridad, la situación resultaba negativa para la mujer trabajadora, en cuyo caso debía dirigirse al empresario para que la trabajadora pasara a desempeñar temporalmente un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Con la nueva ley, no basta que el médico de cabecera haga tal indicación al empresario, sino que ahora se exige que lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la Empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora. Se añade, pues, un trámite de control sobre la anterior regulación, pero parece claro que todo se iniciará o moverá cuando el médico de cabecera -del Servicio Nacional de Salud- informe al INSS o a la Mutua. Posiblemente la presencia de la Mutua se deba a este especie de situación mixta, pues sobre la situación del embarazo o la lactancia -contingencia claramente común- inciden circunstancias profesionales o del puesto de trabajo, y si la empresa tiene concertada con la Mutua las distintas prestaciones, profesionales y/o comunes, en su caso, parece que ha de ser tomada en consideración, al margen de que el tema pueda ser contestado por los trabajadores, ya que parece obvio que la Mutua no tutela directamente intereses indiscriminados, sino los de las empresas asociadas, siendo más imparcial, seguramente, la opinión de los servicios médicos del INSS relativa a la imposibilidad de la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo o, incluso, que aún pese a ser posible, es insuficiente para asegurar la inocuidad del puesto de trabajo sobre la mujer embarazada o el feto. En estos casos, como ya decía la norma, la mujer deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado: parece claro que se trata de una obligación de

¹⁷ Vid. STSJ Cataluña de 20-7-2000 (AS 2000, 3700).

¹⁸ Vid. STSJ Extremadura de 29-1-2001 (AS 2002, 843).

inexcusable cumplimiento por ambas partes, siendo totalmente nulo el posible pacto de renuncia a cambio en base al art. 3.5. ET. A tal efecto, pues, el empresario, a la vista de los informes técnicos habrá de determinar, previa consulta, parece que preceptiva pero no vinculante (salvo que mediante pacto de empresa o convenio colectivo se disponga dicha vinculatoriedad) con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. No parece que tenga que ser una determinación a priori y general para cualquier mujer embarazada, sino que habrá de darse atendiendo a las concretas condiciones y particularidades de la mujer que demanda o precisa otro puesto de trabajo, al margen de que estas soluciones pueden ir creando una suerte de expectativas para posteriores situaciones, siendo de resaltar que los convenios colectivos pueden también en esta materia desempeñar un importante papel de precisión. No obstante el incremento del formalismo en aras a la acreditación del riesgo, la doctrina judicial –como antes ya se ha señalado- ha reconocido (en ausencia de dictamen técnico alguno al respecto e incluso pese a que la exposición radiológica se halla por debajo de los máximos reglamentarios) el derecho de la trabajadora embarazada al cambio de puesto de trabajo en atención al principio general consagrado en el Art. 15 LPRL de evitación de riesgo. Para el citado Tribunal “es evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto de trabajo en que la mujer deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel nacional como internacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo, máxime cuando el organismo recurrente no da una razón objetiva, fundada en la necesidades de servicios que justifique no atender a la petición de la trabajadora”¹⁹ Como ha señalado la doctrina (SÁNCHEZ TRIGUEROS) se trata de una cuestión polémica que entronca directamente, desde la perspectiva, empresarial, con el principio de seguridad jurídica. Con todo, no puede olvidarse que toda la LPRL abunda en la prevención como obligación empresarial “de resultado” que, por tanto, no se agota con el simple cumplimiento estricto de la legalidad reglamentaria; si es posible asegurar en mayor medida la protección frente al riesgo y la empresa no da razón objetiva basada en necesidades de servicio parece coherente la interpretación de la normativa en el sentido de conferir la “mayor protección posible”.

Por lo demás, y aunque la LPRL configura esta posibilidad en grado subsidiario respecto de la adaptación de las condiciones de trabajo, tal y como hemos señalado, la negociación colectiva no supedita esta movilidad funcional a la señalada imposibilidad o insuficiencia, sino solamente la condiciona a la existencia del correspondiente dictamen médico (entre muchos, los siguientes: C.C. Garajes, aparcamientos, Estaciones de Lavado y engrase...; C.C. Personal laboral Diputación de Tarragona ; C.C. Sector Servicio de Ayuda a Domicilio de La Rioja; C.C. Sector Servicio de Ayuda a Domicilio de Baleares; C.C. Industria Textil de Navarra, etc.)

La LPRL se pronuncia inicialmente porque los movimientos de puesto de trabajo tengan lugar en el entorno del grupo o categoría profesional, de ahí la referencia a que los cambios se lleven a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los casos de movilidad funcional (art. 39 ET) a cuyo tratamiento hay que remitirse. En este mismo sentido se ha venido recogiendo en la negociación colectiva que, en muchos casos, la circunscriben a la categoría profesional de origen (C.C. Provincial de Hostelería). A nuestro parecer, esa limitación convencional en ningún caso puede interpretarse como obstativa a la necesidad del cambio ni

¹⁹ De la STSJ Madrid de 8-7-2001 (AS 2002, 10001) y de 8-7-2002 (AS 2002, 3761).

tampoco como excluyente de la posibilidad prevista por la ley como secundaria (puesto de categoría inferior). Es decir, no cabe recurrir al pago de la prestación económica de riesgo por embarazo si existe un puesto de trabajo compatible aunque de categoría inferior, pues ello implica obligaciones en materia de seguridad social que quedan fuera del ámbito de negociación de los convenios colectivos.

Desde el punto de vista temporal, la LPRL expresamente señala que la movilidad funcional sólo tendrá efectos hasta el que estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto anterior, lo que significa, en definitiva, que el médico deberá seguir jugando un importante papel (por lo menos, si la mujer discrepa de alguna decisión empresarial) a la hora de levantar la situación de excepción en que se ha colocado a la trabajadora, pues los efectos del embarazo o del parto no siempre desaparecen a fecha fija; otra cosa es el periodo de lactancia, al que luego nos referiremos. Por lo que respecta al momento inicial, dada la finalidad de la norma, que trata de evitar la exposición a un peligro cierto, lo normal es que se realice tan pronto el empresario tenga conocimiento del estado gestante de la trabajadora, siendo generalmente a instancias de la trabajadora y basada en el informe del facultativo. Hay que señalar que algunos convenios colectivos (entre otros, C. C. Estatal de Prensa no Diaria; C.C. Comercio de Cristal, Loza, Cerámica y Similares de Cataluña; Convenio Colectivo de Hostelería de Guipúzcoa; C.C. de Limpieza de Edificios y Locales de Avila) ,prevén la movilidad a partir de un determinado momento de la gestación- bastante avanzado (4, 5 o 6 meses)- previsiones que, a nuestro parecer, no pueden ser limitativas de la movilidad cuando concurren los requisitos legales referidos, pues lo contrario sería admitir la exposición de la trabajadora al riesgo.

Pese a todo, puede ocurrir que ninguna de las medidas hasta ahora señaladas sean suficientes para preservar la salud de la trabajadora y su hijo, en cuyo caso la LPRL prevé la posibilidad de que la mujer desempeñe un puesto de trabajo que no sea de su grupo o categoría equivalente, pero en este caso, al igual que en los anteriores, manteniendo su derecho «al conjunto de retribuciones de su puesto de origen», expresión ambigua que posiblemente sirve para aclarar que no se trata del derecho a desempeñar un puesto de categoría superior, sino inferior, sin perjuicio de que, si efectivamente desempeñara funciones superiores, y de acuerdo con el art. 39 ET, la retribución a percibir debería ser la acorde al puesto desempeñado.

La ley no menciona, en orden a los posibles cambios de puesto de trabajo de la embarazada o en período de lactancia, la posibilidad de una movilidad geográfica, que acompañara a la señalada movilidad funcional, para aquellos supuestos en los que la empresa careciera de puesto de trabajo exento de riesgo en el centro de trabajo en que desempeña sus servicios la trabajadora, pero sí contara con el mismo en otro centro de trabajo, que pudiera incluso estar ubicado en otra localidad. La cuestión es importante porque de admitirse como posible tal movilidad geográfica parece que procedería con carácter preferente a la suspensión del contrato a la que a continuación nos referiremos. Habrá que estar a futuros pronunciamientos jurisprudenciales, siendo, no obstante, de resaltar que algunos convenios colectivos limitan la movilidad al centro de trabajo en el que la trabajadora viniera desempeñando su actividad laboral.

c) Suspensión del contrato de trabajo: prestación económica de «riesgo por embarazo».

La LPRL no contemplaba inicialmente el caso extremo de que no existiera o no se pudiera dar ninguna de las anteriores alternativas (la Directiva señalaba que la mujer estaría dispensada de trabajo durante el período necesario de conformidad con la legislación o práctica nacional) por

lo que si no se habían hecho previsiones especiales el tema se solventaba con la suspensión del contrato por IT derivada de riesgos comunes, por lo que la trabajadora pasaba a percibir la prestación económica de IT en los mismos términos, cuantía y responsabilidades que la general prevista para tales supuestos. En este sentido hay que recordar que el TJCE ha declarado que la normativa comunitaria se opone a una legislación nacional que prevé que un empresario tiene, cuando considera que no puede dar trabajo a una mujer embarazada que, no obstante, no está en situación de Incapacidad Laboral, la posibilidad de obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario (STSJ de 19-11-1998, Asunto Hoj Pedersen).

Esta laguna normativa fue atendida por la Ley 39/1999 que introdujo en el art. 45 ET (posteriormente modificado en ciertos extremos por la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo: el «riesgo de embarazo» Así, pues, cuando el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgos durante el embarazo, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Tal suspensión persistirá mientras se mantenga la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro puesto compatible con su estado. O lo que es lo mismo, que esta situación tendrá como tope máximo el día que se inicie la suspensión del contrato por maternidad o la fecha de reincorporación de la mujer a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 135.2 LGSS, en su nueva redacción).

Ciertamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y trabajadores, en su Disp. Adicional 18.7 modificó los arts. 134 y 135 de la LGSS, que regulan el riesgo durante el embarazo en el ámbito de la Seguridad Social, consistente en una prestación económica derivada de contingencias profesionales y , por lo tanto, concedida a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en la LGSS para la prestación económica de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales, consistente en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora de contingencias profesionales, prestación cuyo pago corresponde a la Entidad Gestora-INSS o Instituto Social de la Marina- o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, naciendo el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por el señalado riesgo de embarazo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.²⁰

²⁰ La materia está desarrollada por el 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 (BOE 21 de marzo de 2009).

Han considerado situaciones objetivas de riesgo durante el embarazo el trabajo en cámaras frigoríficas (STSJ Madrid de 16-3-2009 [AS 2009, 2502]); el trabajo como operaria de limpieza viaria (STSJ Cataluña de 8-3-2011 [AS 2011, 1515]); el trabajo como camarera (STSJ Aragón de 12-12-2008 [AS 2008,1143]); cuidadora de centro de reforma de menores (STSJ Castilla y León/Valladolid de 29-11-2006 [AS 2007, 491]); el trabajo como cajera de hipermercado (STSJ Islas Baleares de 5-6-2006 [AS 2006,2351]);

d) Suspensión del contrato de trabajo: prestación económica por «riesgo durante la lactancia natural».

La LPRL extiende los anteriores derechos a las situaciones de lactancia natural sólo en el caso de que las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el art. 45.1. d) del ET, si se dan las circunstancias previstas en el num. 3 de este mismo artículo 2.

El citado R.D. 295/2009, de 6 de marzo, desarrolla este derecho en los siguientes términos dentro de su Capítulo V (arts. 49 y ss):

1º) A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena 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 situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados (art. 49).

2º) La prestación económica se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo, pero no procederá el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad, de acuerdo con lo establecido en artículo 9.4 (art. 50)²¹.

²¹ Así, se han considerado situaciones determinantes de riesgo durante la lactancia natural, entre otras, la prestación de servicios en turnos de trabajo de 12 horas como vigilante de seguridad en una central nuclear (STSJ Castilla-La Mancha de 21-10-2010 [AS 2010, 2]; la exposición a productos tóxicos en la fabricación manual de poliéster (STSJ Navarra de 8-1-2011 [AS 2011,1380]); el trabajo como técnica de Rayos X realizando radiografías computerizadas y tomografías, porque suponen la exposición de la madre a agentes biológicos y a radiaciones ionizantes (STSJ Asturias de 12-11-2010 [AS 2011,577]); el trabajo como vendedora-expendedora de gasolina en estación de servicio (STSJ Castilla-La Mancha de 8-7-2011 [AS 2010,2191] y de 11-3-2011 [AS 2011, 104]); el trabajo como ATS/DUE de quirófano, por la exposición a agentes biológicos y patógenos, a radiaciones ionizantes y a gases anestésicos (STSJ Murcia de 16-3-2009 [AS 2009, 1548]); vigilante de seguridad (STSJ Madrid de 15-7-2011 [JUR 2011, 356961]);

La STS de 18-3-2011 (RJ 2011,5812) respecto de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, deniega la prestación por ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora, ATS/DUE en la Unidad de Urgencias de hospital público. En el mismo sentido, STSJ Asturias de 8-7-2011 (AS 2011, 275785). Igualmente se ha considerado la inexistencia de peligro grave y cierto para la salud de la madre operaria en máquina de galvanización

C) Actividades prohibidas

Aunque la LPRL no se refiere de manera expresa a la posible existencia de actividades prohibidas para la mujer embarazada o en período de lactancia el art.36.2 del R.D. 295/2009, de 6 de marzo establece que el derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido, de conformidad con lo establecido para el subsidio por incapacidad temporal en el artículo 132.1 de la Ley General de la Seguridad Social: a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio. o b) Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo lo previsto en el artículo 48 de este real decreto.²²

D) Otras cuestiones

Finalmente, hay que señalar que el artículo 26.5 LPRL recoge el supuesto de permiso retribuido para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y siempre que se justifique y demuestre la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo (procede del artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE). En todo caso, y tal y como recoge el artículo 37.3.f) ET, no se trata de cualquier tiempo, sino del tiempo indispensable (uso no abusivo del derecho, que en estos casos acaba volviéndose contra la propia mujer, según la experiencia demuestra), y que se recoge ya en bastantes convenios colectivos. Por lo demás, el despido durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o

electrolítica de plásticos (STSJ Cataluña de 22-3-2010 [AS 2010, 1691]). En sentido similar, también sobre la falta de prueba del riesgo específico en relación con la actividad de la trabajadora, farmacéutica hospitalaria, STS de 3-5-2011 [RJ 2011, 4500]. Tampoco se considera riesgos de accidente biológico en enfermera en un servicio de urgencias hospitalario (STSJ Aragón de 15-4-2009 [AS 2009,1157]).

²² El citado Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, dispone en su art. 10.2 que desde el momento en que una mujer, que se encuentre en período de lactancia, informe de su estado al titular de la práctica, no se le asignarán trabajos que supongan un riesgo significativo de contaminación radiactiva. En tales supuestos deberá asegurarse una vigilancia adecuada de la posible contaminación radiactiva de su organismo. Por su parte, la Resolución de 15 de febrero de 1977 sobre el empleo de disolventes y otros compuestos que contengan benceno (BOE de 11 de marzo de 1977) prevé en su punto 10 una prohibición absoluta para trabajar en tareas que entrañen exposición al benceno o productos que contengan benceno de, entre otras, las mujeres menores de 23 años y, temporalmente, las mujeres embarazadas o lactantes durante todo el período de gestación o lactancia, previsión la primera que parece hay que entender derogada por discriminatoria, en cuanto que si se considera como una previsión tuteladora del menor, se contempla en términos diferentes respecto del varón cuya edad se cifra en menor de 20 años. Previsión que también se encuentra en el Convenio de la OIT n.º 136, cuyo artículo 11.1 dispone que las mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes no deberán ser empleadas en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno.

lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, el de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad es nulo (art. 55.5 ET), salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

III. PROTECCIÓN DE LOS MENORES

En relación con el trabajo de los menores, el artículo 27 LPRL anuncia varios propósitos sobre unos sujetos que, desde los mismos orígenes del derecho del trabajo, han sido objeto de especial preocupación por parte de los poderes públicos. Baste echar la vista atrás para mencionar la primera ley laboral de nuestro país, o sea, la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, tratando de regularizar el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos, y la posterior Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos infantiles peligrosos, que vino a limitar el trabajo de los menores prohibiendo los trabajos de «equilibrio, fuerza o dislocación, o aquellos otros de buzo, torero, acróbata, gimnasta, funámbulo, domador de fieras, director de circo y otros análogos». No obstante, como se pondría de manifiesto en los Informes de la Comisión de Reformas Sociales de 1883-84, se trata de las primeras normas, pero ni una ni otra fueron cumplidas, ni hubo intención, ni medios, ni decisión para exigir su cumplimiento.

El caso es que en los prolegómenos del siglo XXI las cuestiones sobre el trabajo de los menores se ven de otro modo y existe conciencia internacional de que no cabe utilizar la mano de obra de los menores (no sólo de aquéllos entre 16 y 18 años, sino también de cuantos por debajo de dicha edad están trabajando ilegalmente, ello tanto en el tercer mundo y países del sudeste asiático, como en nuestro civilizado mundo), en una lucha salvaje y sin cuartel en aras de una competitividad a cualquier precio.²³

1. Normativa general de protección al menor: un breve repaso

En el ámbito europeo, además de las citadas normas, otras más específicas contemplan previsiones especiales relativas a los menores. Así, la Directiva 80/836/EURATOM del

²³ El artículo 39.4 CE dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». En este precepto no puede pasar inadvertida la especial incidencia, aparte de los Convenios de la OIT, que han tenido en nuestra normativa la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE de 20 de agosto de 1994) y la Directiva del Consejo 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco).

El Convenio de la OIT n.º 127 de 7 de junio de 1967, sobre peso máximo de carga transportada por un trabajador dispone en sus artículos 7 y 8 que el empleo de jóvenes trabajadores en el transporte manual de cargas que no sean ligeras será limitado y que el peso máximo de esta carga deberá ser considerablemente inferior para ellos al que se admita para trabajadores adultos de sexo masculino. El Convenio de la OIT n.º 13, de 25 de octubre de 1921, dispuso la prohibición de emplear a menores de 18 años en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga tales pigmentos, previsión que fue recogida en España por el RD de 19 de febrero de 1926, por el que se prohíbe el empleo de cerusa, sulfato de plomo y otros pigmentos en la pintura.

Consejo, de 15 de julio de 1980, por la que se modifican las Directivas que establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes, prevé en su artículo 7 que ningún trabajador menor de dieciocho años cumplidos será asignado a un puesto de trabajo que le convierta en un trabajador expuesto, conteniendo la misma norma disposiciones especiales limitativas para los aprendices o estudiantes de dieciocho años o más, contemplándose igualmente respecto de estos últimos la obligación específica de información y formación en el ámbito de la radioprotección. Esta norma europea modifica en positivo el Convenio de la OIT n.º 115, de 22 de junio de 1962, sobre protección contra las radiaciones, que prevé distintos niveles de exposición a radiaciones para mayores de dieciocho y para menores de dicha edad, cifrando la prohibición para ocupar a trabajadores en trabajos que implique la utilización de radiaciones ionizantes en los menores de dieciséis años, que en nuestro ordenamiento tienen prohibido la contratación. Esta disposición se preveía también en nuestro ordenamiento, pues la Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1959, sobre protección contra radiaciones ionizantes, prohíbe el trabajo de los menores de dieciocho años en el cualquier actividad que suponga un riesgo de exposición a radiaciones ionizantes, el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (BOE del 26), establece en su art. 11 el Límite de dosis para personas en formación y estudiantes, señalando que los límites de dosis para las personas en formación y los estudiantes mayores de dieciocho años que, durante sus estudios, tengan que utilizar fuentes, serán los mismos que los de los trabajadores expuestos que se establecen en el artículo 9. y que el límite de dosis efectiva para personas en formación y estudiantes con edades comprendidas entre dieciséis y dieciocho años que, durante sus estudios, tengan que utilizar fuentes, será de 6 mSv por año oficial. Asimismo, el art.19, que trata del Límite de edad para trabajadores expuestos, nos dice que sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11, no podrán asignarse a los menores de dieciocho años tareas que pudieran convertirlos en trabajadores expuestos.

Aparte de otros extremos, el artículo 7 de la Directiva 94/33/CE del Consejo dispone que los Estados Miembros velarán porque se proteja a los jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto de los jóvenes. A tal fin, y no obstante lo dispuesto en el apartado del artículo 4 de esta misma Directiva, los Estados Miembros prohibirán el trabajo de los jóvenes en trabajos:

- a) Que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas.
- b) Que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o que tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano.
- c) Que impliquen una exposición nociva a radiaciones.
- d) Que represente riesgos de accidente de los que se pueda suponer que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o formación, no puedan identificarlos o prevenirlos.
- e) Que supongan en peligro su salud por exponerles a frío o calor, ruidos o a causa de vibraciones.

El Anexo de la citada Directiva recoge una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y trabajos a los efectos del artículo 7.2, es decir, las prohibiciones:

a) agentes físicos: radiaciones ionizantes; trabajos en atmósferas con sobrepresión elevada, por ejemplo en recintos bajo presión, submarinismo;

b) agentes biológicos: los del grupo 3 (agentes patógenos que puedan causar una enfermedad en el hombre y presente serio peligro para los trabajadores existiendo el riesgo de que se propague a la colectividad existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaces) y los del grupo 4 (agentes patógenos que puedan causar una enfermedad en el hombre y presente serio peligro para los trabajadores existiendo el riesgo de que se propague a la colectividad no existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaces) de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

c) agentes químicos: 1) los clasificados como tóxicos, muy tóxicos, corrosivos o explosivos de conformidad con la Directiva 67/548/CEE; 2) las sustancias o preparados clasificados como nocivos de conformidad con la Directiva 67/548/CEE que presenten una o varias de las siguientes indicaciones de riesgos: efectos irreversibles muy graves; efectos irreversibles; efectos sensibilizantes por inhalación o por contacto con la piel; efectos cancerígenos; efectos mutágenos genéticos hereditarios; efectos graves para la salud tras exposición prolongada; efectos mutágenos para la fertilidad; efectos nefastos para el feto durante el embarazo; 3) las sustancias y preparados clasificados como irritantes de conformidad con las Directivas 67/548/CEE y 99/45/CE cualificados por una o más de las siguientes indicaciones de riesgo: altamente inflamable; efectos sensibilizantes por inhalación o por contacto con la piel; 4) sustancias o preparados contemplados en el artículo 2. B) Directiva 2004/37/CE contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo; 5) plomo y sus derivados; 6) amianto; d) procedimientos y trabajos: 1) los industriales que figuran en el anexo 1 de la Directiva 2004/37/CE; 2) los trabajos de fabricación y de manipulación de instrumentos, artefactos u objetos diversos que contengan explosivos; 3) los trabajos en los recintos de animales feroces o venenosos; 4) los trabajos de sacrificio industrial de animales; 5) los trabajos que impliquen la manipulación de aparatos de producción, almacenamiento o utilización de gases comprimidos, licuados o disueltos; 6) los trabajos en relación con cubas, depósitos, cisternas, damajuanas, o bombonas que contengan los mencionados agentes químicos; 7) los trabajos que impliquen riesgo de derrumbamiento; 8) los trabajos que impliquen riesgos de tipo eléctrico de alta tensión; y 9) los trabajos cuyo ritmo esté condicionado por máquinas y que estén remunerados en función del resultado.

En el ámbito estrictamente laboral de nuestro ordenamiento, siquiera sea título de ejemplo, y en línea con nuestros compromisos internacionales, nos encontramos en el ET con las siguientes referencias de interés, que muchas veces no son sino una transcripción casi literal de los textos internacionales:

1. El artículo 6.1, que prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años (de conformidad con el Convenio 138/1972 de la OIT relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de menores).

2. El artículo 6.2, que prohíbe a los menores de 18 años realizar trabajos nocturnos, así como «aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS), previa consulta con las organizaciones sindicales más

representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana». Con carácter general el art. 36.1 del ET considera trabajo nocturno el realizado entre las 22 horas y las 6 horas; a efectos del trabajo en el mar el RD 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modifica el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, introdujo la disposición. adicional. 4ª para este RD, estableciendo que «a efectos de la prohibición del trabajo nocturno de los menores de 18 años... en el trabajo a bordo de los buques de la marina mercante, se considerará trabajo nocturno el realizado entre las 22 horas y las 7 horas».

3. El artículo 6.3, que prohíbe la realización de horas extraordinarias a los menores de 18 años.

4. El artículo 6.4, que dispone que la intervención de los menores de 16 años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.

5. El artículo 7, que establece la capacidad para contratar, a partir de tener la plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil (mayores de 18 años o emancipados por matrimonio) o de los comprendidos entre los 16 y 18 años que vivan de forma independiente, con el consentimiento de sus padres o tutores, etc.)

6. El artículo 11.2.a) donde se nos refiere que el contrato de formación sólo se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25....

7. El artículo 34.3, que prevé que los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.²⁴

De conformidad con el ET (art. 34.3, párrafo 3º) hay que convenir, no sólo que no se pueden hacer más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, sino que no cabrá para estos menores de edad hacer otra distribución de las horas máximas previstas en otro período que no sea el diario, dado que aquí la norma actúa como excepción de la flexibilización del párrafo anterior, o sea como mínimo de derecho necesario que admite su rebaja en horas, pero inadmite su cómputo en semanas, meses o año. Ni qué decir tiene que mucho menos cabe plantear aquí un cómputo desigual del descanso entre cada dos jornadas de trabajo.

8. El artículo 34.4, que en los casos de jornada continuada dispone que para los menores de 18 años el período de descanso tendrá una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de 4 horas y media.

9. El artículo 37, que previene que el descanso semanal de los menores de 18 años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

²⁴ La Recomendación de la Comisión 67/125/CEE, de 31 de enero de 1967, dirigida a los Estados miembros relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, referida a los menores de 18 años, en el punto 6 recomienda que los Estados limiten la jornada de trabajo de los adolescentes a 8 horas diarias y 40 semanales, señalándose, además, que la asistencia obligatoria a una escuela profesional o a cursos de perfeccionamiento se compute como tiempo de trabajo.

10. El artículo 1.3 RD 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que excluye a los menores de 18 años de la aplicación de los capítulos relativos a ampliaciones de jornada y trabajo nocturno, además de las normas generales de la propia norma reglamentaria., lo que supone que a los menores de dieciocho años solamente les serán de aplicación los arts. 23 a 31, ambos inclusive, que regulan las limitaciones de jornada, o sea las normas más beneficiosas y reductoras del tiempo de trabajo.

11. El artículo 13.2 LISOS, que considera como infracción muy grave la transgresión de las normas sobre menores.

Evidentemente, una vez hecho este breve repaso de preceptos sobre el trabajo de los menores, no procede sino convenir en que todos ellos tratan de salvaguardar la salud y la seguridad de los menores de 18 años, dada su inmadurez, en el marco de la relación laboral, y que se trata de normas de aplicación genérica.

2. Regulación específica en materia de prevención de riesgos laborales

Como complemento necesario y ya específico de todo lo anteriormente señalado, el artículo 27 LPRL impone varias obligaciones a los empresarios, que no son sino un trasunto de los artículo 6 y 7 de la citada Directiva 94/33 del Consejo.

A) Evaluación de riesgos específica

La primera de ellas consiste en que antes de la incorporación al trabajo de los jóvenes menores de 18 años -lo más normal será que cada empresario conozca los riesgos específicos de cada puesto de trabajo, tanto vaya a ser desempeñado por un mayor como por un menor de 18 años, aunque si se trata de un puesto de aprendiz o, sin mas, de un puesto de escasa cualificación y que normalmente sea ocupado por un menor de 18 años, el empresario deberá tenerlo en cuenta, sobre todo si ciertamente el riesgo es potencial o posible-, o previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo (modificación de aquellas cuestiones que puedan incidir sobre el puesto de trabajo y que tiene lugar cuando ya el puesto está ocupado por un menor), el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad, o sea en toda actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o salud de estos trabajadores.

En definitiva, que además de la evaluación inicial de todos los puestos de trabajo prevista con carácter general en el art. 16.LPRL, la incorporación de un trabajador a un concreto puesto de trabajo determina la obligación del empresario de realizar una evaluación de los eventuales riesgos derivados del puesto de trabajo al que se incorpora, evaluación específica que también es preceptiva en caso de cualquier modificación importante de las condiciones en que el trabajo es prestado. A diferencia de la redacción que prevaleció en el texto definitivo de la Directiva (que establece dicha obligación respecto de cualquier actividad en la que vaya a ser ocupado el trabajador menor) el art. 27 LPRL se hizo eco de la redacción mas restrictiva de la inicial propuesta de Directiva presentada por la Comisión en la que sólo se exigía esta evaluación cuando la actividad a desempeñar por el menor fuera susceptible de presentar un riesgo específico.

Esta “evaluación singular” debe llevarse a cabo con carácter previo. En el primer supuesto que contempla la norma, se sitúa el día a quo, no en el comienzo de la actividad empresa, sino en la incorporación al trabajo del menor, estando su ausencia tipificada como infracción muy grave (art. 13.2 LISOS) (RUANO ALBERTOS). En el segundo supuesto, se refiere también con carácter previo a “cualquier tipo de modificación o cambio importante de sus condiciones de trabajo”. Según la propia LPRL (art. 4.7) se entiende por condiciones de trabajo “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador” a lo que se añade una cláusula de cierre según la cual lo son “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a la organización y ordenación que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”. Hay que señalar que la norma exige – a diferencia de la Directiva comunitaria- que también esta evaluación se lleve a cabo con carácter previo; sólo así se cumple el fin de la norma que es la detección de posibles nuevos riesgos para poder ser evitados antes de que el trabajador desempeñe el puesto de trabajo bajo esas nuevas circunstancias (RUANO ALBERTOS).

El fin de la evaluación es la determinación de la “naturaleza, el grado y la duración de su exposición” a “agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro” su seguridad o salud. El precepto, que se aparta nuevamente del texto definitivo de la Directiva, acogiendo el de la señalada Propuesta- es claramente vago e impreciso sobre el alcance de la citada obligación. En todo caso, el precepto debe integrarse con lo que disponen los arts. 15 y 26 LPRL- en cuanto establecen principios generales de orientación de la política preventiva y para la realización de las actividades de evaluación de riesgos, al margen, por supuesto, de que los criterios previstos en la Directiva cumplan en la práctica una función indicativa o ejemplificativa. A esto hay que añadir las indicaciones procedentes del personal sanitario del correspondiente Servicio de Prevención el cual debe estudiar y valorar los riesgos que puedan afectar a los menores, así como proponer las medidas preventivas adecuadas [art. 37.3.g) LPRL].

La evaluación tendrá en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo incompleto. En realidad, más que criterios para la valoración, son unas características que el legislador atribuye, en general, al trabajador joven y que le constituyen en sujeto especialmente vulnerable a los riesgos profesionales y que, precisamente por ello, constituyen la razón de ser de la especial protección que el precepto les otorga. Es precisamente por ello por lo que, en principio, las evaluaciones- tanto la inicial como las sucesivas- se harán de modo genérico, sin atender, en principio, a cada trabajador singular (cuestión distinta es que nos hallemos ante alguno de los supuestos referidos en el art. 25 LPRL). De la evaluación se derivará un conocimiento de los riesgos potenciales que habrá que tratar de evitar para lo que el precepto impone al empresario la obligación de informar a los jóvenes y a sus padres o tutores acerca de los mismos y de todas las medidas adoptadas para la protección de la seguridad o salud. Se trata de una obligación de informar o comunicar con una clara finalidad de que el trabajador sea conocedor de los riesgos y también de que se han adoptado las medidas adecuadas para su prevención. De cualquier manera, no hay que olvidar que es el puesto de trabajo el que debe amoldarse o acomodarse a las condiciones del menor y no al contrario, por lo que en ningún caso cabrá imponer condiciones de trabajo que pongan en riesgo la salud y seguridad de los menores.

No queda claro en el precepto legal cual deba ser el momento de la comunicación de dicha información. Lo normal será, en el caso de la evaluación previa, que tal comunicación se realice

al trabajador y a sus padres o tutores [quienes, según el art. 7.b) ET deben otorgar su consentimiento para la validez de la contratación del menor] . Con todo, hubiera sido deseable una mayor concreción de tal obligación pues continua la duda sobre el momento de trasladar tal información en el caso de cambios de puesto de trabajo o variaciones en las condiciones del mismo. La doctrina (RUANO ALBERTOS) ha entendido que, en estos supuestos, el destinatario de la información es exclusivamente el trabajador menor, pues a tenor del art. 7.b) ET, una vez otorgado el consentimiento de los padres o tutores para la contratación, el menor queda autorizado para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato de trabajo dado que nos hallamos ante una autorización y no ante una representación.²⁵

Llama la atención la falta de previsión en el precepto de una obligación específica en materia de formación de los trabajadores menores que reforzara la obligación general de formación contenida en el art. 19 LPRL. Pese a todo, y no obstante sus importantes déficits y lagunas el genérico derecho a la información del trabajador y el correlativo deber empresarial previsto en el art. 18.1 LPRL- debe entenderse que resulta reforzado con este precepto, (GARCÍA NINET/VICENTE PALACIO).

B) Trabajos prohibidos

La Directiva 94/33/CEE impone a los Estados miembros, como ya se ha señalado, la obligación de que prohíban a los menores de 18 años aquellos trabajos que superen su capacidad física y psicológica o que les expongan a agentes con efecto nefasto y crónico para el ser humano o a radiaciones o riesgos de accidentes difíciles de prever en atención a la juventud de los trabajadores y consiguiente falta de experiencia. En este mismo sentido, y recogiendo tal obligación, el art. 27.2 LPRL prevé que «en consideración a los anteriores factores, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de 18 años en trabajos que presenten riesgos específicos».

Hay que tener en cuenta que la LPRL, en su Disposición Derogatoria única, derogó el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres, manteniendo en vigor las relativas al trabajo de los menores hasta que el Gobierno desarrolle las previsiones contenidas en el apartado 2 del citado artículo 27. En definitiva, el precepto contenía una llamada al Gobierno para desarrollar una nueva norma reglamentaria que estableciera limitaciones a la contratación de trabajadores más acordes a las actividades y métodos de producción, limitaciones que superaran las estrechas y vetustas previsiones del Decreto de 1957. A diferencia de otros supuestos- sin concreción temporal- la citada norma reglamentaria aún no ha sido objeto de promulgación por lo que las normas comunitarias señaladas deben cumplir aquí un papel complementario importante que integre o compense la antigüedad del Decreto de 26 de julio de 1957. Por lo demás, es de significar que, a diferencia de los preceptos anteriores sobre los que en la negociación colectiva existe algún tipo de regulación- esta es totalmente nula en materia de protección de menores mas allá de la reiteración del precepto legal analizado.

²⁵ La STSJ Cataluña de 14-3-2008 8AS 2008,1244) considera obligación del empresario la comunicación a los padres o tutores sobre los posibles riesgos y las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud.

El Decreto de 26 de julio de 1957 distingue entre las prohibiciones absolutas, no sujetas a ningún tipo de condicionante, y las relativas, en las que la prohibición se condiciona a la existencia de dispositivos de seguridad o a la existencia de determinadas condiciones en la prestación del trabajo. El art. 27 se refiere, sin embargo, más que a prohibiciones a limitaciones, lo que ha llevado a la doctrina (RUANO ALBERTOS) a considerar que en el futuro desarrollo reglamentario tendrían cabida tanto las prohibiciones como las simples restricciones.

Con todo, y pese a la efectiva falta de la norma reglamentaria señalada, en alguna normativa específica referida a concretas actividades industriales es posible hallar alguna previsión referida a limitaciones al trabajo de los menores. Así ocurre, por ejemplo, con ya citado Real Decreto 783/2001, de 6 de julio por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, donde se establece un límite de dosis inferior para las personas en formación y estudiantes con edades comprendidas entre los 16 y 18 años previsión que hay que completar con la fundamental prohibición contenida en el art. 19 de la misma norma según la cual los menores de 18 años no pueden ser asignados a tareas que puedan convertirlos en trabajadores expuestos. Con esta norma –que deroga el anterior Real Decreto 53/1992, de 24 de enero- se transpone lo dispuesto en la Directiva 96/29/EURATOM, si bien superado el plazo de 23-5-2000 que la citada Directiva otorgaba a los Estados Miembros para adecuar sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a lo en ella dispuesto (sobre el particular, vid. in extenso, RUANO ALBERTOS).

Conviene, por otro lado, no olvidar que el artículo 13.2 LISOS considera como infracción muy grave la no observancia de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores. De momento, las normas específicas no son otras que las del Decreto de 1957 hasta tanto se desarrolle el artículo 27.2 LPRL, así como las señaladas de la normativa específica. De cualquier manera, parece un precepto excesivamente en blanco, que habrá que poner en concordancia con los criterios a que se hace mención en el artículo 39 LISOS²⁶.

Por otro lado, no se puede olvidar, como ya hemos señalado, las limitaciones específicas que el propio ET prevé.

IV. TRABAJADORES TEMPORALES Y VINCULADOS A EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

1. Introducción

²⁶ Vid. STSJ Cataluña de 16-3-1001 (AS 2001, 1463) relativo a accidente de trabajo sufrido por menor en la utilización de maquinaria prohibida por el Decreto de 26-7-1957 (el manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidentes, salvo que éste se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad), unido a la falta de formación específica del trabajador menor de edad. Por su parte, la STSJ Extremadura de 17-4-2007 (AS 2007, 2210) declara incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas respecto del accidente de trabajo sufrido por menor de edad electrocutado al tocar un cable, por omisión de medidas preventivas encaminadas a prever las distracciones o imprudencias del trabajador.

El art. 28 LPRL trata de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, y, sin duda, dicho tratamiento unitario se hace en atención a los altos datos de siniestralidad que se dan bajo estas modalidades contractuales a causa, entre otras razones, de la alta precariedad del empleo, y, todo hay que decirlo, de que los trabajadores más afectados por estos contratos suelen ser los de más baja cualificación o más escasa experiencia laboral, aparte de que a veces muestran un alto celo por conservar dicho empleo arrojando riesgos y peligros que cualquier trabajador fijo y veterano ya no arrostra.

La Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DOCE de 29 de julio de 1991) señala en su preámbulo, entre otras cosas:

1.º) que ha aumentado considerablemente el recurso a relaciones laborales tales como el trabajo de duración determinada o en empresas de trabajo temporal;

2.º) que, según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores con relación laboral de duración determinada o en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales;

3.º) que los riesgos suplementarios citados que existen en determinados sectores están relacionados en parte con determinados modos específicos de integración en la empresa;

4.º) que tales riesgos pueden disminuirse mediante la información y la formación adecuada desde el comienzo de la relación laboral, y

5.º) que hace falta una regulación complementaria particular, especialmente en lo relativo a la información, la formación y la vigilancia médica de dichos trabajadores.

En resumen: que en esta modalidad contractual son más precisas que en otras la información, la formación y los controles médicos previos y periódicos, dada la dinámica de la contratación.

Conviene advertir que esta Directiva debía ponerse en práctica en España a más tardar el 31 de diciembre de 1992, lo cual tuvo lugar pasados más de seis años del tope máximo, o sea el 5 de febrero de 1999, al margen de que ciertos aspectos parciales ya hubieran sido asumidos de modo asistemático por las normas a que seguidamente se alude.

El art. 28 LPRL se inicia con un recordatorio indicando que todos estos tipos de trabajadores deberán gozar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios; o sea, que no pueden ser en esta materia, en modo alguno, de peor condición que los otros trabajadores fijos que tenga la misma empresa. Tal entrada no es otra cosa que una transposición a nuestro ordenamiento de lo que manda el art. 2 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, donde, además, se recalca que la existencia de una relación laboral de esta naturaleza no justifica una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo, en particular en lo que se refiere al acceso a los equipos individuales de protección.

En este mismo sentido, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE del 2 de junio) previene, entre otros extremos, por lo que aquí importa:

1.º Que dichas empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos [art. 8.º b) modificado por el art. 17 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE del 18)].

2.º En todo caso, los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de otras empresas deberán recibir de la Empresa de Trabajo Temporal (en lo sucesivo ETT) formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que vaya a estar expuesto (art. 12.3, párrafo segundo). Se deberá facilitar la formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios. Por ello, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

3.º Asimismo, con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la Empresa Usuaria (en lo sucesivo EU) deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como sobre las medidas de protección y prevención contra los mismos (art. 16.1), con la finalidad de buscar el trabajador adecuado para dicho puesto de trabajo.

4.º La EU es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el art. 123 LGSS en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene (art. 16.2). El empresario directo, o sea el que tiene bajo sus órdenes directas e inmediatas al trabajador cada día es el que está en mejores condiciones para velar por la evitación de daños para la seguridad y salud de los trabajadores.

5.º Se considera infracción muy grave de la EU la formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de aquellas actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias [art. 19.3.b) LISOS].

El RD 4/1995, de 13 de enero (BOE 1 de febrero de 1995), desarrolló la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal y en el mismo se agregan las siguientes precisiones:

1.º En el contrato de puesta a disposición, que se formalizará obligatoriamente por escrito, deben figurar, entre otros extremos, los relativos a los riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir [art. 14.e)].

2.º En el contrato entre la ETT y el trabajador contratado para prestar sus servicios en empresas usuarias, que se formalizará igualmente por escrito, deberán constar también los riesgos profesionales del puesto de trabajo [art. 15.2.e)].

El art. 28 de la LPRL, aparte de lo antes indicado, precisa los siguientes extremos:

1.º El empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores a que se refiere el precepto reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos.

2.º Los trabajadores temporales recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.

3.º Los trabajadores tendrán derecho a una vigilancia periódica de su estado de salud, en los términos establecidos en el art. 22 de la LPRL y en sus normas de desarrollo.

4.º El empresario deberá informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención (art. 30 LPRL) o, en su caso, al servicio de prevención previsto en el art. 31 de esta misma Ley de la incorporación de estos trabajadores, en la medida necesaria para que puedan desarrollar de forma adecuada sus funciones respecto de todos los trabajadores de la empresa. Se trata no sólo de que los responsables en prevención conozcan los datos formales de la contratación temporal, sino también de que lleven una especial vigilancia de la normativa específica que hay que cumplir en estos casos.

5.º En las relaciones de trabajo a través de EETT, la EU será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la EU el cumplimiento de las obligaciones en materia de información previstas en los apartados 2 y 4 del art. 28 de la LPRL.

6.º La ETT será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 del art. 28 de la LPRL. A tal fin, y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la EU deberá informar a la ETT, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas [el incumplimiento de esta obligación es considerada como infracción grave en el art. 19.2.d) LISOS].

7.º La EU deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la ETT. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la LPRL (lo que supone una especificación de lo previsto en el art. 17.1, párrafo primero, LETT).

2. El contenido del RD 216/1999, de 5 de febrero (BOE 24 de febrero).

Los aspectos más destacables de esta norma, que trata de especificar la Directiva 91/383/CEE, por lo que se refiere a la necesidad de profundizar en los temas de formación, información y controles de salud de los trabajadores puestos a disposición, son los siguientes, aclarando que en algunos de los temas que se tratan a continuación se hace previamente una referencia al contenido de la citada Directiva sobre el mismo particular.

A) Sobre las disposiciones relativas a la celebración del contrato de puesta a disposición (art. 2º).

Cabe significar que el art. 3 de la Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1991, trata de lograr que las empresas que vayan a utilizar trabajadores puestos a su disposición por una ETT informen previamente a ésta no sólo de lo que necesitan, sino también de los riesgos que dicho puesto comporta y cuales serían los perfiles para la idoneidad del trabajador, para con todo ello lograr la adecuada preparación para afrontar con rigor los riesgos genéricos y específicos con los que pueda encontrarse el trabajador. Se pretende que hasta que no se cuente con la preparación adecuada y suficiente no se comience la prestación efectiva de los servicios. Asimismo, el art. 7.2 de la misma Directiva prevé la posibilidad de que las menciones que la EU haga a la ETT consten en el contrato.

A tal efecto la EU ha de informar a la ETT, antes de la celebración del contrato de puesta a disposición, sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador a contratar y de los demás trabajadores de la empresa usuaria. Qué duda cabe que la contratación de un nuevo trabajador incide sobre el trabajo del resto del personal de la empresa, y de su preparación y experiencia puede depender, en no pocas ocasiones, el que se incrementen o no las posibilidades de riesgos en la empresa. La celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos según los arts. 15.11 y 16 de la LPRL y Capítulo II del RSP.

La información que la EU debe dar habrá de incluir necesariamente los resultados de la evaluación de riesgos del puesto a cubrir, especificando los datos relativos a: riesgos genéricos y específicos de la empresa y del puesto a cubrir; medidas de prevención a adoptar, formación en materia de prevención que ha de poseer el trabajador y medidas de vigilancia de salud a seguir.

Las informaciones citadas deben incorporarse al contrato de puesta a disposición, debiendo recordar, por si hubiera duda alguna, que dicho contrato ha de formalizarse por escrito, según modelo oficial, de conformidad con el art. 6.3 de la LETT y 14 del RD 4/1995, de 13 de enero. El art. 16.3. in fine de la LETT prescribe que reglamentariamente se determinará la información que la ETT debe suministrar a la EU.

B) Disposiciones relativas a la celebración del contrato de trabajo (art. 3.º).

El art. 12 de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, dispone que el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y de salud. Asimismo, en su núm. 2, precisa que el empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento. En esta misma línea, y de modo ya más específico, el art. 4.º de la Directiva 91/383/CEE, reitera que, sin perjuicio de lo previsto en la anteriormente citada Directiva, los trabajadores sometidos a este tipo de contratación han de recibir una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia. Evidentemente, esta referencia constituye una guía de relativización de la formación a impartir, pues todo dependerá de los factores objetivos del concreto puesto y de los factores subjetivos de cada concreto trabajador que aportará su nula,

media o gran experiencia en el mundo laboral en general o en ese mundo más concreto o sectorial

A efectos de la ejecución de este contrato, la ETT deberá contratar o asignar el servicio a un trabajador que reúna, o pueda reunir, en su caso, previa la formación a que se refiere el apartado 3 de este mismo artículo, los requisitos previstos en materia de prevención de riesgos laborales, asegurándose de su idoneidad.

Los trabajadores deben ser informados previamente por la ETT de toda la información recibida de la EU. Tales informaciones se incorporarán al contrato de duración determinada u orden de servicio.

La ETT deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la EU, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva para el puesto a desempeñar.

La ETT comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos.

Caso de carecer de la adecuada y suficiente formación, la ETT facilitará previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios.

Si fuese necesario un especial adiestramiento en materia preventiva en el puesto de trabajo, esta parte de la formación puede realizarse: 1.º) por la misma ETT en la propia EU, antes del comienzo efectivo del trabajo, o 2.º) por la EU, con cargo a la ETT, previo acuerdo escrito entre ambas partes.

El trabajador puesto a disposición tiene derecho a la vigilancia periódica de su salud de conformidad con los arts. 22 de la LPRL y 37.3 del RSP y a cargo de la ETT. Todo ello de conformidad con las características del puesto de trabajo a cubrir, los resultados de la evaluación de riesgos realizado por la EU y demás información requerida por el médico responsable.

La ETT deberá acreditar documentalmente a la EU que el trabajador ha recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, posee la formación específica necesaria y cuenta con un estado de salud compatible con el puesto a desarrollar. Tal documentación deberá estar a disposición de los delegados de prevención o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores en la ETT, y de las personas u órganos con competencia en materia preventiva en la misma.

C) Obligaciones de la EU previas al inicio de la prestación de servicios

La EU deberá recabar la información necesaria de la ETT para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para el puesto a desarrollar, posee las cualificaciones y capacidades requeridas para desempeñar el puesto de trabajo y cuenta con la formación precisa en materia de prevención para el puesto a que va a ser destinado y ha recibido las informaciones relativas a las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar.

La EU informará al trabajador de los riesgos existentes para su salud y seguridad, tanto genéricos como específicos del puesto a desempeñar, y de las medidas a adoptar y seguir.

La EU no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones anteriores.

La EU informará a los delegados de prevención, o en su defecto, a los representantes legales de los trabajadores, de la incorporación de todo trabajador puesto a disposición por una ETT, indicando el puesto a cubrir, sus riesgos y medidas preventivas y la formación e información recibidas por tal trabajador. Esta misma se dará al Servicio de Prevención de la empresa o a los trabajadores designados para desarrollar actividades preventivas.

El trabajador podrá dirigirse a los delegados de prevención o representantes legales de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Este derecho se reitera una y otra vez en las normas comunitarias y españolas, sin duda a efectos de recordatorio cara a los representantes y de bálsamo para con los trabajadores afectados.

D) Obligaciones de la EU desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador (art. 5.º)

Dispone el art. 8.1 de la Directiva 91/383/CEE que, sin perjuicio de la responsabilidad establecida por cada legislación nacional de la ETT, la EU será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción

La EU será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores puestos a disposición por la ETT en todo lo relacionado con la protección de su salud y seguridad, dándoles el mismo nivel de protección que al resto de los trabajadores de la empresa.

El dato de incorporar trabajadores puestos a disposición por una ETT deberá ser tenido en cuenta a los efectos de la coordinación de actividades del art. 24 de la LPRL.

A efectos del adecuado cumplimiento por parte de la ETT de sus obligaciones en materia de vigilancia periódica de la salud (art. 22 LPRL), la EU informará a la ETT de los resultados de toda evaluación de riesgos a que estén expuestos los trabajadores puestos a disposición.

E) Disposiciones relativas a la organización de las actividades preventivas en la ETT y en la EU (art. 6)

De conformidad con el art. 6 de la Directiva 91/383/CEE, los Estados miembros han de adoptar las medidas correspondientes para que las personas designadas o los servicios de prevención establecidos estén informados de la adscripción de los trabajadores contratados por este procedimiento para que puedan ocuparse adecuadamente de sus actividades de prevención y protección en relación con estos colectivos

Las EETT deben organizar sus recursos en materia de prevención para sus trabajadores, incluidos los contratados para ser puestos a disposición, de conformidad con el cap. III del RSP. Los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias se computarán por el promedio mensual de trabajadores en alta durante los últimos doce meses.

Las EEUU contabilizarán el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por EETT en los últimos doce meses, con el fin de determinar los medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención según lo prevenido en el cap. III del RSP.

Los trabajadores puestos a disposición de una EU (reiterando lo recogido en el art. 4.3, párrafo primero) podrán dirigirse en todo momento a los trabajadores designados o a los servicios de prevención existentes en la EU, en igualdad de condiciones que los restantes trabajadores de la misma.

Los trabajadores designados o, en su caso, los Servicios de Prevención de la ETT y de la EU deberán coordinar sus actividades para garantizar una protección adecuada de la seguridad y salud de los trabajadores puestos a disposición. A tal efecto, deberán transmitirse cualquier información relevante para proteger a estos trabajadores, sin perjuicio del respeto a la confidencialidad de la información médica a que se refiere el art. 22 de la LPRL.

F) Documentación e información entre EU y ETT y entre ETT y autoridad laboral (art. 7)

Las informaciones y datos a que se refiere este RD serán registrados y conservados de conformidad con el art. 23.3 de la LPRL.

La EU estará obligada a informar por escrito a la ETT de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición producido con motivo del desarrollo de su trabajo, a efectos de cumplir con la obligación de notificación prevista en el apartado 3 del art. 23 de la LPRL. El incumplimiento de la EU la hace responsable por las responsabilidades que pudieran derivarse para la ETT a causa de su omisión.

En la notificación que haga la ETT a la autoridad laboral de los daños producidos en la salud de los trabajadores puestos a disposición se deberá hacer constar, en todo caso, el nombre o razón social de la EU, sector de actividad y dirección del lugar en que se haya producido el daño (sin duda a efectos de control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

G) Actividades y trabajos de especial peligrosidad (art. 8)

El art. 5 de la Directiva 91/383/CEE, citada, dispone que los Estados miembros tendrán la facultad de prohibir que se recurra a trabajadores que tengan una relación laboral de las contempladas en el art. 1 para realizar determinados trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud, tal como los defina la legislación nacional, y en particular para determinados trabajos que sean objeto de un control médico especial definido por la legislación nacional.

De conformidad, pues, con lo dispuesto en el art. 8.b) de la LETT, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para realizar alguno de los nueve siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad que se relacionan:

— Trabajos en la construcción a que se refiere el Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre.

— Trabajos de minería a cielo abierto y de interior de los recogidos en el art. 2 del RD 1389/1997, de 5 de septiembre.

— Trabajos propios de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a que se refiere el art. 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el RD 150/1996, de 2 de febrero.

— Trabajos en plataformas marinas.

—Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos, según RD 1230/1998, de 16 de febrero.

— Trabajos sometidos a radiaciones ionizantes en zonas controladas según RD 53/1992, de 24 de enero.

— Trabajos que impliquen exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos según RD 363/1995, de 10 de marzo y RD 1078/1993, de 2 de julio.

— Trabajos que impliquen exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según RD 664/1997, de 12 de mayo, y

— Trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión.