Protección a la maternidad y a la lactancia. Prestación y PRL

AT2018-0082
Diciembre 2019

FINANCIADO POR:

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL
FUNDACIÓN ESTATAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, F.S.P.
CCOO comissió obrera nacional de Catalunya

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 2
2. NORMATIVA APLICABLE 3
3. LA CORRECTA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA 3
4. CRITERIOS DE ACTUACIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO COLECTIVO 10
5. SUPERAR LOS OBSTÁCULOS 15
6. TRÁMITE DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RIESGO 16
7. COMENTARIOS SOBRE LA GUIA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA (SEGO) 17
8. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS 19

Este documento tiene como objetivo ofrecer información e instrumentos a la personas trabajadoras y a sus representantes para una correcta protección preventiva de la maternidad y la lactancia en el ámbito laboral, así como la tramitación administrativa de dichos procesos, incluyendo la prestación de riesgo para el embarazo, dando a conocer a las mujeres trabajadoras gestantes o en período de lactancia sus derechos.

Autoría: CCOO de Cataluña.

Barcelona, Diciembre de 2019.

Esto folleto se elabora en el marco de la acción “Asistencia y Promoción para la mejora de la Prevención de Riesgos Laborales”. (Código de la acción: AT2018-0082)

Depósito legal: B 29559-2019

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española recoge como **derechos fundamentales la protección de la salud y la no discriminación por razón de sexo** y, en tal sentido, deben ser protegidas la maternidad y la salud reproductiva.

El **artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) contempla las obligaciones preventivas de las empresas para preservar la salud de las trabajadoras y de su descendencia**, con ello, se persigue un doble objetivo, por un lado la protección de la salud y, por otro, evitar la discriminación en el empleo por embarazo, parto reciente o lactancia. Se tratan, como decimos, de derechos fundamentales que, sin embargo, el legislador ha decidido regular mediante una ley ordinaria, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La mayoría de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia pueden trabajar, aunque experimentan cambios anatómicos y fisiológicos que las hacen **especialmente vulnerables a algunos riesgos laborales**.

Determinadas actividades, agentes o condiciones de trabajo pueden ser peligrosos en esas situaciones y, por lo tanto, dichos riesgos deben ser incorporados en la evaluación de riesgos inicial y tomarse las medidas oportunas para evitar la exposición, para garantizar los derechos comentados. Para ello, las medidas adoptadas deberán respetar los derechos laborales adquiridos previamente al embarazo y parto.

Asimismo, el **RD 295/2009 regula la tramitación relativa a la Prestación de Riesgo para el embarazo y la lactancia, la cual se entrelaza constantemente con la regulación del artículo 26 de la LPRL, siendo ambas regulaciones complementarias y debiéndose utilizar de forma conjunta, y no por separado**, para conseguir una protección adecuada de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.

2. NORMATIVA APLICABLE

Las principales normativas que recogen el derecho a la salud y a la protección de la maternidad de las trabajadoras frente a los riesgos laborales son las siguientes:

- Artículos 14 y 15 de la Constitución Española.
- 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 de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y muy concretamente el artículo 26.
- Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- 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.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

3. LA CORRECTA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

Como hemos visto, el empresario tiene la obligación de proteger a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia en relación a los riesgos laborales existentes en su lugar de trabajo. Esta obligación existe a partir de la comunicación, por parte de la trabajadora, de la situación de embarazo o lactancia en la empresa, y se concreta de la siguiente forma:

1. Una correcta evaluación inicial de riesgos laborales

- Es obligatorio que la **evaluación de riesgos inicial** de cada puesto de trabajo contemple la determinación, naturaleza, grado y 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. (Artículo 26.1 LPRL).

- Es muy importante que se identifique en la evaluación de riesgos, **los puestos de trabajo exentos de riesgo para el embarazo o lactancia**.

- Cuando la evaluación de riesgos revela que existen riesgos para la salud sobre el embarazo o la lactancia, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar este riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos.

- Habitualmente en las evaluaciones de riesgos no se cumplen estas obligaciones, lo que significa tener muchas probabilidades de que, en caso de ser necesario, la trabajadora no pueda tener una adecuada adaptación o cambio del puesto de trabajo, o un adecuado acceso a la prestación de riesgo durante el embarazo o lactancia.

- En el supuesto de que no esté contemplado el riesgo para el embarazo o lactancia de forma específica en la evaluación de riesgos, cuando una trabajadora ya se encuentra en situación de embarazo o de lactancia, puede solicitar al Servicio de Prevención (SP) de la empresa, en virtud de los artículos 26.1 y 31.2 de la LPRL, que haga un **informe de evaluación para su caso concreto y de su puesto de trabajo**, en relación al riesgo.

- Otro elemento fundamental a tener en cuenta para la correcta evaluación de los riesgos laborales en caso de embarazo o lactancia, se encuentra en los **criterios de valoración (métodos de evaluación)**, que necesariamente deben cumplir los requisitos del artículo 5 del RSP. En este sentido, en algunas empresas el servicio de prevención evalúa este riesgo con los criterios de la "Guía de Ayuda para la Valoración del Riesgo Laboral durante el Embarazo", en su 2ª edición, la cual ha sido creada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y editada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Sobre la misma hemos de tener en cuenta los siguientes elementos:

  - El artículo 5.3 del RSP regula los requisitos que deben tener los métodos de evaluación de riesgos. En este caso, **la Guía Sego no se encuentra recogida en los requisitos mencionados y no es un método de evaluación de riesgos válido**.
  - Asimismo, la propia Guía Sego indica en su título que es un instrumento para la ayuda en la evaluación del riesgo para la maternidad, por tanto ya reconoce expresamente que no es un método de evaluación de riesgo para el embarazo y la lactancia.

- Con independencia de que la Guía Sego haya estado editada por el INSS, éste no es autor de la misma, sino que únicamente la publicita y no como un método de evaluación de riesgos para el embarazo y la lactancia, ya que no es el órgano administrativo competente para hacerlo, siendo el mismo el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), perteneciente al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- En este sentido, el INSST tiene publicadas varias Notas Técnicas de Prevención (NTP), concretamente las número 413, 414, 441, 542, 664, 785, 914, 915, 992 y 993, y en ninguna de ellas, no sólo no se hace referencia a la Guía Sego o a los criterios contenidos en ella, sino que su contenido es contradictorio y contrario a lo recogido en la Guía Sego.
- Para evaluar correctamente el riesgo para el embarazo y la lactancia, se deben utilizar los **métodos de evaluación específicos para cada tipo de riesgo**, habiendo uno específico para ergonomía (Ergomater, NTP 785), utilizando **complementariamente los criterios de valoración** de las NTP indicadas en el punto anterior, que actuarán como elemento corrector en cuanto a la valoración del riesgo en cada uno de los factores de riesgo. También se pueden utilizar como elemento de ayuda en la evaluación de riesgos, los Anexos VII y VIII, referidos en el artículo 4.1 del RSP.

  Por ejemplo, en base a estos criterios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado en una sentencia que a las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia no se las puede obligar a trabajar en horario nocturno, aunque sea parcial, a no ser que la empresa demuestre que no existe riesgo para la salud (se invierte la carga de la prueba y es la empresa, no la trabajadora, quien debe demostrar la inexistencia del riesgo).

2. Tener una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo para el embarazo y la lactancia

El empresario o empresaria tiene la obligación legal de determinar, previa consulta con los Representantes Legales de las personas Trabajadoras (RLT), la relación de puestos de trabajo exentas de riesgo para el embarazo y la lactancia. (Artículo 26.2 de la LPRL).

Esta lista resultará de la evaluación de riesgos inicial, realizada según hemos comentado en el punto anterior e incluirá aquellos puestos y funciones sin riesgo.

Las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia **no deben realizar actividades cuya evaluación haya señalado como un riesgo de exposición** a agentes o condiciones de trabajo peligrosos.

3. Una correcta adaptación del puesto de Trabajo

- Si la evaluación de riesgos o el informe específico del servicio de prevención solicitado por la trabajadora (en el caso de que no exista una correcta evaluación), revelase la existencia de riesgo para el embarazo o lactancia, la empresa tiene la obligación legal de **adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo** de la trabajadora afectada. (Artículo 26.1 de la LRL).

- En caso de que no fuera posible la adaptación, esta **imposibilidad deberá ser motivada** por el empresario o empresaria.

4. Certificación de la existencia del riesgo expedida por Mutua o por INSS

⇒ En el supuesto de que la adaptación del puesto de trabajo no fuera posible, o una vez hecha, si continúa el riesgo para el embarazo o la lactancia, la trabajadora solicitará la emisión de certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o la lactancia a la mutua Colaboradora de la Seguridad Social (MCSS) o el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), según quien tenga la cobertura de las contingencias profesionales. (Artículos 26.2 de la LPRL y artículo 39.2 del RD 295/2009).

⇒ Es importante que esta certificación se haga de acuerdo con lo regulado en el artículo 26 de la LPRL, el cual indica, como ya hemos comentado antes, que la existencia, la determinación y valoración del riesgo se harán en la evaluación. Por lo tanto, la mutua o el INSS certificarán, o no, su existencia en función de la evaluación de riesgos de la empresa.

⇒ La mutua en ningún caso tiene habilitación legal para determinar, fuera de la documentación preventiva de la empresa, la existencia del riesgo o no, aplicando criterios que no están contemplados legalmente para determinar su existencia, como por ejemplo la semana de embarazo a partir de la cual existe o no el riesgo para el embarazo o lactancia. Tampoco ningún técnico de la mutua tiene competencia para realizar una evaluación en la empresa, ya que ésta es una competencia exclusiva del servicio de prevención. Esto es importante ya que es una práctica muy habitual de las mutuas y, en caso de producirse, se debe reclamar administrativamente.

> Tal y como indica el RD 295/2009, en la solicitud de certificación de riesgo, la mutua debe limitarse a constatar si existe o no dicho riesgo, pero **no puede denegar la certificación ni pronunciarse sobre la semana** en la que se concederá la prestación.

Para aclarar conceptos de la regulación legal…

Actuación	Órgano	Respuestas posibles	Regulación Legal
Certificación existencia de riesgo para el embarazo o lactancia	MCSS o INSS (dependiendo de quién tenga la gestión de las CP[1])	- EXISTE RIESGO. - NO EXISTE RIESGO. No puede establecer a partir de qué semana de embarazo hay riesgo.	Art.39.2, RD 295/2009. Art.26. LPRL.
Denegación del derecho a la prestación	MCSS	Sólo en los siguientes casos: ▪ Cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente. ▪ Cuando realice cualquier otro trabajo. ▪ En caso de fijas discontinuas se suspende el subsidio durante los períodos entre temporadas que trabajen.	Art.36.2 RD 295/2009 Art. 132.1 LGSS.[2]
Resolver la solicitud de prestación. Determinar a partir de qué semana hay riesgo	INSS	Es el INSS quien, en el caso de no conceder la prestación, puede determinar, en la resolución que debe emitir ante la solicitud de la trabajadora, a partir de qué fecha se podrá conceder[3].	Art. 39.5 RD 295/2009.

Una vez emitido este certificado por parte de la mutua o INSS conforme a la existencia del riesgo, **el empresario deberá cambiar el puesto de trabajo o función de la trabajadora**, al no haber sido posible la adaptación del puesto de trabajo o no haber sido suficiente.

5. Cambio de puesto de Trabajo

El empresario deberá cambiar el puesto de trabajo o función de la trabajadora afectada cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no es posible o suficiente para su protección o la del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de la mutua, junto con el informe del médico o médica del Sistema Público de Salud que atienda a la trabajadora. Para garantizar que el nuevo puesto o función no supone riesgo para la trabajadora o el feto, el empresario o

[1] Contingencias Profesionales.
[2] Ley General de la Seguridad Social.
[3] En este caso el INSS no determina en qué fecha existirá el riesgo, sino a partir de qué fecha se podrá reconocer la prestación. Esto sólo lo puede hacer el INSS en el trámite de resolución de la solicitud de prestación realizada por la trabajadora, y no la mutua en el trámite de certificación del riesgo.

empresaria deberá tener la **lista de puestos exentos de riesgo para el embarazo**, comentada en el punto anterior. (Artículo 26.2 de la LPRL).

Por lo tanto, para que la empresa realice el cambio de puesto, siguiendo la LPRL y el RD 295/2009, será necesario que la mutua o el INSS certifiquen la existencia de riesgo en el puesto actual de la trabajadora y que aporte informe médico de su doctor o doctora del sistema público. Recomendamos que este trámite lo realice directamente la trabajadora, con el debido asesoramiento jurídico y sindical que le podemos prestar, ya que no es aconsejable entregar informes médicos directamente a la empresa ni que ésta haga ningún tipo de gestión en la tramitación de la certificación de la existencia del riesgo.

Siempre es más recomendable que la trabajadora tramite directamente la prestación.

Muchas veces la empresa se ofrece a hacer esta gestión, de la que la trabajadora no tiene ningún control, en relación a cuando se solicita y si la empresa aporta la documentación necesaria.

6. Prestación de riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Se trata de una prestación derivada de contingencias profesionales a la que tiene derecho la trabajadora en situación de embarazo o lactancia, expuesta a riesgos laborales que pueden perjudicar su salud o la del feto, cuando no ha sido posible la adaptación o cambio de puesto de trabajo.

Es necesario distinguir entre la situación de riesgo durante el embarazo o lactancia por exposición a peligros en el trabajo y un embarazo de riesgo por motivos médicos propios de la trabajadora. En este segundo caso, puede ser necesaria la adaptación del puesto de trabajo, pero no conlleva derecho a esta prestación.

La cuantía será el 100% de la base reguladora, que será el equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada también de las contingencias profesionales.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponden a la Entidad Gestora o a la mutua Colaboradora con la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Generalmente la gestión de las contingencias profesionales, el empresario las suele concertar con las MCSS.

El inicio de las prestaciones se produce durante el embarazo, el día que se suspende el contrato por esta causa, y en la lactancia, a partir de la finalización del periodo de suspensión por maternidad (art. 45 1.d y 48.5 del ET).

Se extinguen ordinariamente por el inicio del descanso maternal (en el embarazo), y al cumplir el hijo 9 meses de edad o por la interrupción de la lactancia.

Sólo en el caso de que no fuera posible el cambio de puesto de trabajo, y esta imposibilidad esté motivada por el empresario, y como última alternativa para proteger la salud de la trabajadora embarazada y su feto, o del bebé en el caso de lactancia, está prevista esta prestación.

Como se ha dicho antes, si no se tiene previamente el certificado de la existencia del riesgo para el embarazo o lactancia emitido por mutua o INSS, en ningún caso se reconocerá el derecho a la percepción de esta prestación.

El procedimiento para acceder a esta prestación es el siguiente, según el artículo 39 del RD 295/2009:

a) **La trabajadora es la que solicita la prestación en cualquier centro de la mutua o del INSS** (en función de quien tenga la cobertura de las contingencias profesionales).

b) Una vez registrada la solicitud, la Dirección Provincial del INSS dictará y notificará la resolución a la trabajadora en un plazo de 30 días. En el supuesto de que el INSS no resuelva favorablemente la concesión de la prestación, puede indicar la fecha a partir de la cual se podrá reconocer la prestación.

   En el supuesto de que haya contradicción entre la documentación entregada, se podrá solicitar por parte de INSS un informe a la Inspección de Trabajo, la cual lo emitirá en un plazo máximo de 15 días.

Documentación que debe presentar la trabajadora

- La suspensión del contrato por riesgo para el embarazo.
- Informe médico del Servicio Público de Salud, conforme el embarazo es normal y no es de riesgo (si el embarazo es de riesgo no se puede conceder esta prestación).
- Declaración de la empresa acreditando el puesto de trabajo y actividades, condiciones de trabajo, los riesgos laborales existentes para el embarazo o lactancia y que la adaptación del puesto no es posible o no ha sido suficiente.
- Certificado de empresa en el que conste la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales.
- Declaración de la empresa sobre la inexistencia de un puesto de trabajo sin riesgo para el embarazo o lactancia y compatible con la salud de la trabajadora. Esta declaración irá acompañada de un informe sobre este particular emitido por el servicio de prevención de la empresa.
- Certificación médica de mutua o INSS acreditando la existencia del riesgo para el embarazo o lactancia.

4. CRITERIOS DE ACTUACIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO COLECTIVO

Los delegados y delegadas de prevención deberán planificar las actuaciones sindicales de carácter colectivo en el interno de la empresa. Para ello es necesario tener un conocimiento de las diferentes situaciones que se pueden producir y tener preparada una estrategia de intervención para cada una de ellas.

Es imprescindible saber que el objetivo de nuestra intervención sindical **NO** es intentar conseguir la prestación de riesgo para el embarazo y lactancia en todos los casos, sino que la trabajadora embarazada o en período de lactancia pueda trabajar en condiciones seguras, bien con una adaptación, o en su defecto, con un cambio de puesto de trabajo.

La prestación de riesgo para el embarazo y la lactancia sólo se contempla cuando la adaptación o el cambio de puesto de trabajo son objetivamente imposibles.

A continuación se muestran algunas de las acciones que deberán llevar a cabo los delegados y las delegadas de prevención o que deberán reclamar a la empresa.

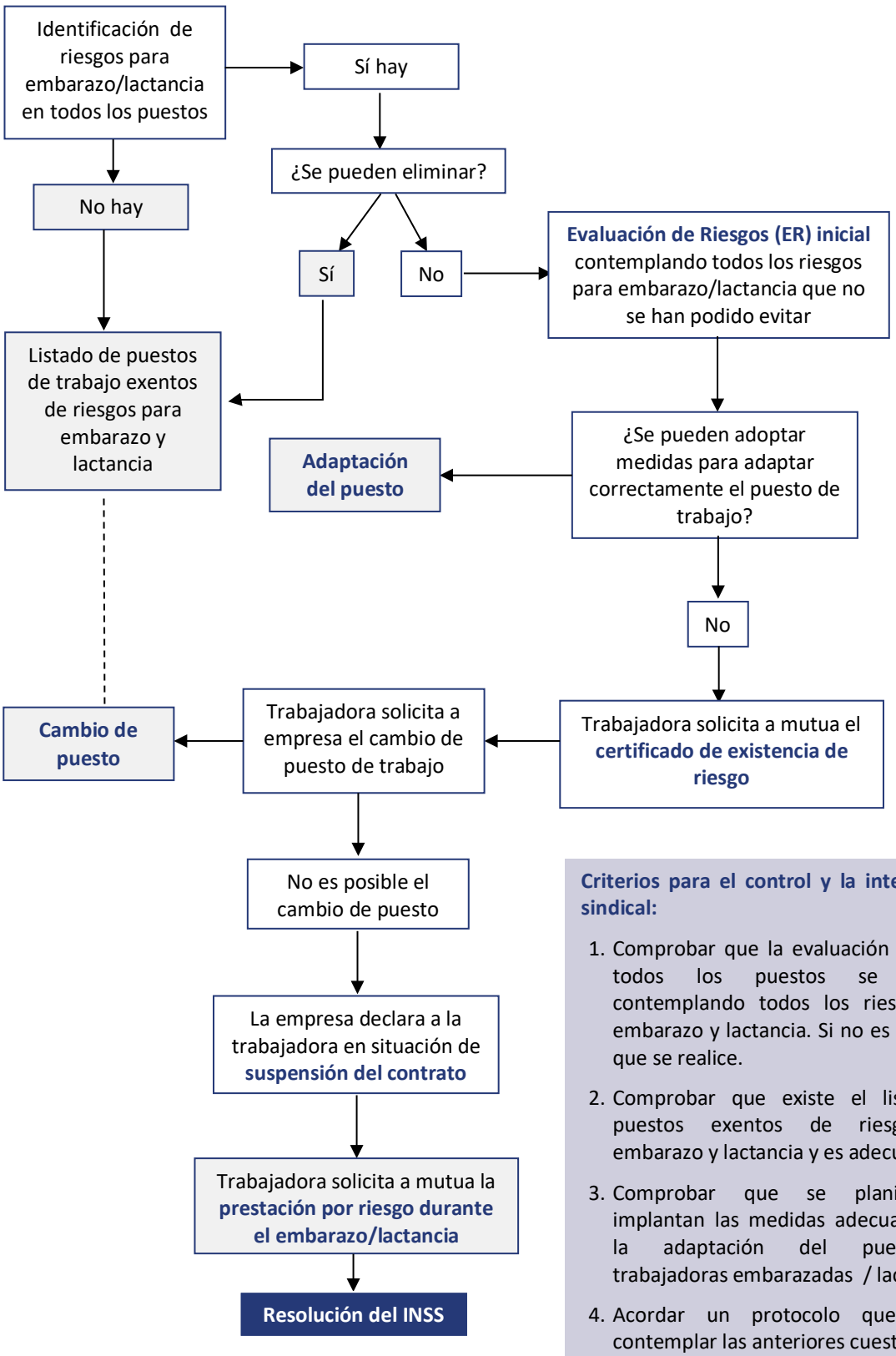
1. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva	▪ Realización de la evaluación de riesgos para el embarazo y la lactancia en todos los puestos de trabajo (estén o no ocupados por mujeres), con la consulta previa a delegados y delegadas de prevención. ▪ Utilización de criterios de valoración (métodos de evaluación) adecuados. ▪ Incluir los puestos exentos de riesgo para el embarazo, y en el resto de puestos incluir los riesgos específicos para el embarazo y la lactancia. ▪ Evaluar todos los riesgos posibles: seguridad, higiene, ergonomía y psicosociología. ▪ Aplicación del artículo 4.1.b) RSP, con la utilización de los anexos VII (lista no exhaustiva de riesgos) y VIII (lista no exhaustiva de trabajos que no podrán realizar las trabajadoras en situación de embarazo o lactancia). ▪ No utilizar los criterios Sego en la evaluación de riesgos. ▪ Planificación de la actividad preventiva: priorizar la eliminación de los riesgos, en lugar de solo reducirlos. ▪ Solicitar copia íntegra a la empresa de la evaluación de riesgos y de la planificación de la actividad preventiva. ▪ Asegurar que a cada trabajador y trabajadora se le facilita copia de los riesgos y medidas preventivas de su puesto de trabajo.
2. Adaptación del puesto de trabajo	▪ La misma se basará, bien en una correcta evaluación de riesgos, bien en un informe específico para la trabajadora del Servicio de Prevención (si no está contemplado en la evaluación de riesgos). Según el caso también se puede solicitar el concurso de vigilancia de la salud. ▪ De los informes técnicos y médicos anteriores se deberán realizar, en su caso, recomendaciones de adaptación, pero las mismas deberán ser concretadas correctamente por el empresario previa consulta con los delegados y delegadas de prevención.
3. Certificación existencia de riesgo por MCSS ó INSS[4]	▪ Informar a las trabajadoras de la documentación que deben tener para realizar dicha solicitud. ▪ Informar a las trabajadoras de la conveniencia de que sean ellas quienes hagan la solicitud y no encomendar o delegar la misma en la empresa o en el Servicio de Prevención. ▪ Remitir, en su caso, al responsable de salud laboral territorial o federativo y/o al asesoramiento mancomunado para que acompañen a la trabajadora en la gestión del trámite.
4. Cambio de puesto de trabajo	▪ Realización de la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo por parte de la empresa, previa consulta con delegados y delegadas de prevención. ▪ Se recomienda que dicha relación sea pactada entre empresa y delegados y delegadas de prevención.

[4] Según quien tenga la gestión de las contingencias profesionales.

5. Tramitación prestación de riesgo para el embarazo y la lactancia	▪ Informar a las trabajadoras de la documentación que deben tener para realizar dicha solicitud. ▪ Informar a las trabajadoras de la conveniencia de que sean ellas quienes hagan la solicitud y no encomendar o delegar la misma en la empresa o en el Servicio de Prevención. ▪ Remitir, en su caso, al responsable de salud laboral territorial o federativo y/o al asesoramiento mancomunado para que acompañen a la trabajadora en la gestión del trámite.
6. Protocolo o Procedimiento de embarazo y lactancia	▪ Proponer y acordar con la Dirección de la Empresa un protocolo o procedimiento que contemple, de forma concreta, las actuaciones a realizar en el interno de la empresa en las situaciones contempladas en el presente cuadro.
7. Información a todo el personal de la empresa	▪ Informar sobre los derechos de las trabajadoras en situaciones de embarazo y lactancia. ▪ En el caso de haber pactado un protocolo de embarazo y lactancia, informar a toda la plantilla del mismo. ▪ Ofrecimiento de asesoramiento a las trabajadoras sobre las actuaciones y trámites individuales a realizar. ▪ Información a la plantilla de las actuaciones incorrectas y que no se ajusten a ley que pudiera realizar la empresa, el servicio de prevención y/o la MCSS. ▪ Información de los trámites a realizar en el interno de la empresa, así como con la MCSS y con el INSS.

La empresa debe informar, consultar y permitir la participación de los delegados y delegadas de prevención en todos lo que pueda afectar a la salud de las persones trabajadoras.

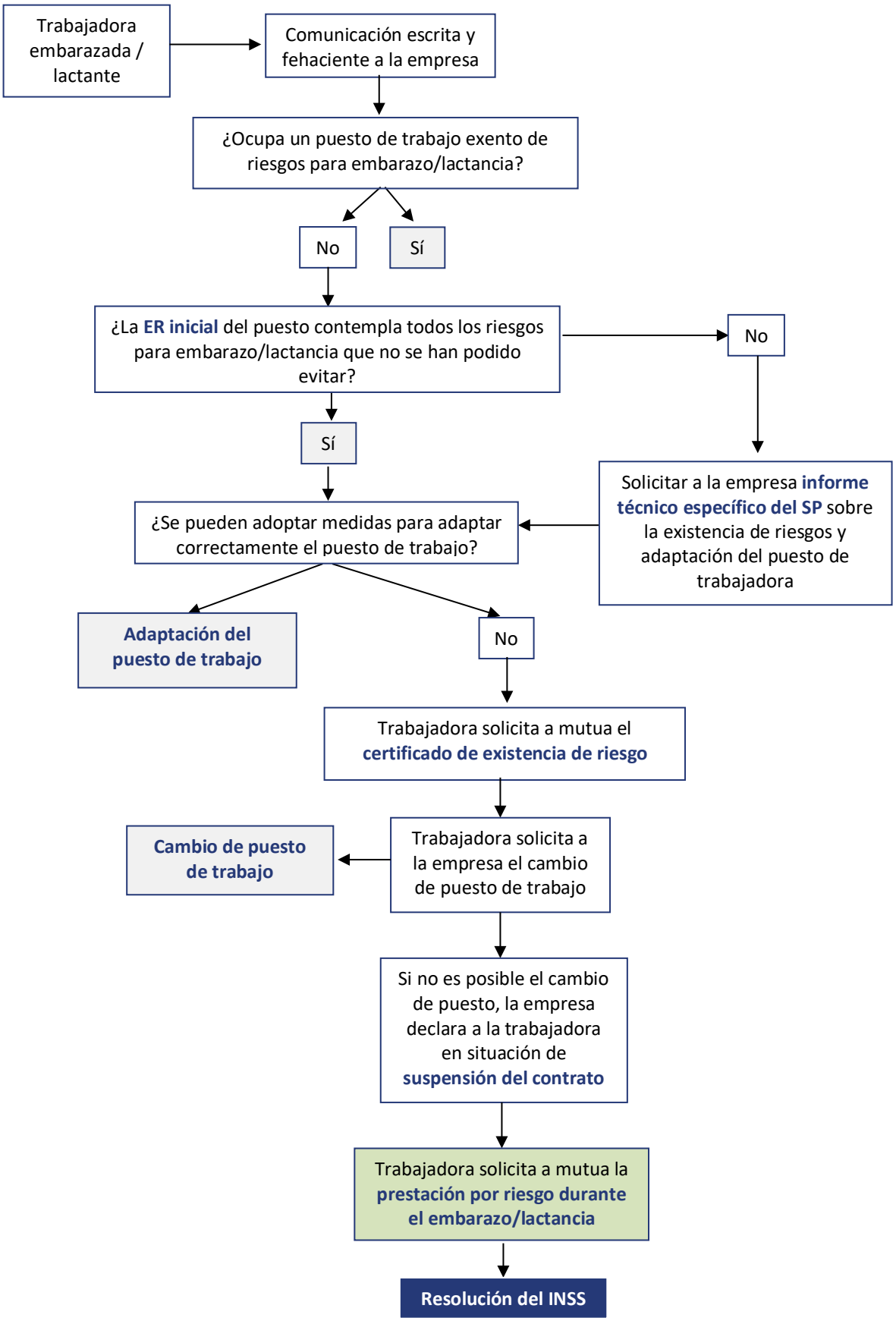
Resumiendo...Ámbito colectivo



Criterios para el control y la intervención sindical:

1. Comprobar que la evaluación inicial de todos los puestos se realizan contemplando todos los riesgos para embarazo y lactancia. Si no es así, exigir que se realice.
2. Comprobar que existe el listado de puestos exentos de riesgo para embarazo y lactancia y es adecuado.
3. Comprobar que se planifican e implantan las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajadoras embarazadas / lactantes.
4. Acordar un protocolo que deberá contemplar las anteriores cuestiones.
5. Diseñar campaña informativa a la plantilla

Resumiendo...ámbito individual



5. SUPERAR LOS OBSTÁCULOS

En muchas ocasiones, las empresas se niegan a adaptar adecuadamente el puesto de trabajo de las mujeres embarazadas o en período de lactancia, o a cambiarles de puesto o función. En otras ocasiones, es la mutua la que deniega la prestación o, se atribuye una competencia del INSS, contestando en qué semana se concederá dicha prestación. A menudo, estas circunstancias se producen por haber realizado una evaluación de riesgos inicial que no contempla los riesgos para el embarazo o la lactancia, o los contemplan pero de manera inadecuada e insuficiente. En esos casos, debemos actuar en todos aquellos casos individuales en los que tengamos a una mujer desprotegida en su puesto de trabajo.

Algunos criterios de actuación sindical serán los siguientes:

- ✓ En el caso de que la empresa no haya realizado una adecuada evaluación de riesgos, la trabajadora podrá solicitar a la empresa, como se ha comentado anteriormente, un informe específico del servicio de prevención que ponga de manifiesto dicho riesgo para el embarazo o la lactancia.
- ✓ En el caso de que la empresa no proceda a hacer la correcta adaptación del puesto de trabajo, la trabajadora puede dirigir un escrito a la Dirección de la empresa, solicitando la misma.
- ✓ Una vez se dispone del certificado de existencia de riesgo, expedido por mutua o INSS, si la empresa no realiza el cambio de puesto de trabajo o función, la trabajadora puede dirigir un escrito a la Dirección de la empresa pidiendo dicho cambio y, en caso de negativa, la justificación de tal decisión.
- ✓ En el caso de denegación de la certificación médica por la mutua de la existencia del riesgo, o bien denegación por parte del INSS de la prestación de riesgo para el embarazo o lactancia, cuando el riesgo está acreditado en la evaluación de riesgos o en informe individual del servicio de prevención, la trabajadora puede dirigir un escrito a la Dirección de la empresa solicitando que ésta le dé por escrito la orden de trabajo, firmada por persona responsable de la Dirección, para continuar trabajando en estas condiciones de riesgo para su salud, la de su feto o la de su bebé.

6. TRÁMITE DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE RIESGO

Es posible, y muy frecuente, que la mutua no expida la certificación de la existencia de riesgo para el embarazo o lactancia solicitada por la trabajadora. De hecho, algunos de los criterios para la actuación realizados por AMAT[5], o SEGO no incluyen riesgos importantes para el embarazo y la lactancia o los minusvaloran. En este caso, recomendamos:

- Presentar una reclamación por escrito. Pedir la hoja de reclamaciones en la mutua (no aceptar hojas de reclamaciones que sean de Comercio, sino sólo aquellas de la propia mutua, ya que la Agencia Catalana de Consumo no tiene competencias y no podrá intervenir), dejando constancia del desacuerdo y pidiendo expresamente que se reconsidere la situación de riesgo durante el embarazo y se gestione como contingencia profesional.

  También se puede realizar la misma reclamación a través de la página web de la OVRMATEPSS[6]. Las reclamaciones[7] a mutuas en 2017, por no expedir certificación de existencia de riesgo a las mutuas, fueron 309, representando sólo el 2,95% del total. Pensamos que la principal causa de que existan tan pocas reclamaciones es que las trabajadoras optan por la opción menos conflictiva, que es buscar la protección en el doctor o doctora del servicio público de salud, a través de una baja por contingencias comunes, incluso perdiendo poder adquisitivo en muchos casos.

- Comunicar a la empresa su responsabilidad ante la salud de la trabajadora y su feto para que tome medidas cautelares que eviten la exposición al riesgo, mientras se aclaran los motivos de la denegación de la prestación por parte de la mutua.

- Garantizar el buen desarrollo del embarazo y la lactancia natural. Para ello debemos acudir al doctor o doctora de cabecera, exponerle la situación y solicitar una baja por enfermedad común, en tanto se resuelve la reclamación en la mutua.

- Acudir a los responsables de salud laboral federativos o territoriales, o bien al asesoramiento mancomunado de CCOO de Cataluña, que valorarán la causa de denegación de la prestación e intentarán resolverlo por diferentes vías:

[5] Es la asociación de mutuas españolas.
[6] https://www.ovrmatepss.es/virtual/
[7] Informe de reclamaciones. Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Período 2017. DGOSS. http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/index.htm

- Interlocución directa con la mutua o mediante los representantes de CCOO en la Comisión de control y Seguimiento.
- Iniciando un procedimiento de determinación de contingencia.
- Denunciando la situación en la Inspección de Trabajo.

- En caso necesario, acudir a los Servicios Jurídicos del Sindicato para valorar posibles actuaciones judiciales. Es importante tener en cuenta que existe jurisprudencia que relaciona los riesgos durante el embarazo como derecho fundamental de la integridad física, contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española. En este caso se podría solicitar tutela de derechos fundamentales.

7. COMENTARIOS SOBRE LA GUIA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA (SEGO)

La publicación en 2019 de la segunda edición de la guía SEGO, *Guía de Ayuda para la Valoración del Riesgo Laboral durante el Embarazo*, tal como indica en su página 5, se trata de un encargo realizado por el INSS a la SEGO. Esta referencia / encargo no se contemplaba en la primera edición de la SEGO.

Como hemos comentado anteriormente dicha guía, y desde un punto de vista estrictamente legal, no puede considerarse un método válido de evaluación del riesgo para el embarazo y la lactancia natural en el ámbito laboral, por no cumplir los requisitos del artículo 5 del RSP, así como por ser la SEGO una entidad privada, cuyo objeto y finalidad, así como sus actuaciones, no son las relativas a la prevención de riesgos laborales, sino de carácter médico en general, centrándose en la ginecología y la obstetricia, así como tampoco es especialista en medicina del trabajo, y por no ser un órgano administrativo con competencias para elaborar un método de evaluación de riesgos (como hemos indicado, el órgano técnico del Estado con competencias para ello es el INSS que ha desarrollado ya unas directrices de evaluación en relación a los riesgos para el embarazo y la lactancia).

Esta nueva edición se trata de una novedad respecto a la anterior. Hay que recordar que históricamente las mutuas han utilizado la primera edición de la SEGO para aplicar dichos criterios en el trámite de certificación de la existencia del riesgo, y utilizándola como excusa para no conceder dicha certificación, cuando el riesgo está acreditado por la evaluación de riesgos, informes específicos, etc., del servicio de prevención de la empresa, que es el competente legalmente para identificar y valorar la existencia del riesgo laboral, competencia que ya hemos dicho no corresponde en absoluto a las mutuas.

Así pues, si nos basamos en el artículo 26 de la LPRL, se deducen varias cuestiones que apuntan en dirección contraria a lo establecido en el nuevo documento de *Guía de Ayuda para la Valoración del Riesgo Laboral durante el Embarazo* de la SEGO:

1. La evaluación de riesgos (art.16 de la LPRL) deberá contemplar para todos los puestos de trabajo, las tareas, los procedimientos, agentes y condiciones ambientales de estos sitios, con el fin de valorar la magnitud de la exposición que pueda poner en peligro a la trabajadora embarazada o lactante o el feto.

Partiendo de la base de lo señalado en el artículo 15 de la LPRL, referente a los principios de la acción preventiva, la obligatoriedad del empresario es la de eliminar o minimizar el riesgo (adaptación del puesto de trabajo). Con ello se daría cumplimiento al artículo 26.1 de la LPRL y con lo prescrito en el artículo 4.1 del RSP.

2. En el supuesto de que no sea posible la adaptación del puesto de trabajo y/o de las condiciones existentes, la trabajadora embarazada o lactante natural deberá ser ubicada en un lugar de trabajo exento de riesgo y al mismo tiempo compatible con su estado biológico (condiciones higiénicas y de descanso). Hecho que implica tal como se establecen en los artículos 26.2 de la LPRL y 4.1 del RSP, que el empresario estará obligado a tener un listado de puestos de trabajo exentos de riesgo para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, con el fin de poder realizar el cambio de puesto de trabajo, una vez se haya descartado la posibilidad de adaptación del mismo.

3. Sólo, si estas dos opciones preventivas no fueran posibles, por causas técnicas u organizativas, se debería pasar a la tramitación de la solicitud de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural.

4. Llegados a este punto y, continuando con la prelación indicada en la normativa preventiva de aplicación, en ningún apartado se menciona la intervención de la mutua, por cuanto la normativa de aplicación indica lo siguiente: "La empresa deberá certificar la existencia del riesgo y la imposibilidad de la adaptación del puesto de trabajo o de cambio de puesto de trabajo a través de la evaluación de Riesgos, para iniciar los trámites de reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo o lactancia natural".

Hay que recordar que tanto la Ley de Mutuas como la LGSS conceden a las mutuas la competencia de la gestión de la prestación de riesgo durante el embarazo y lactancia natural, sin embargo no las habilitan para la determinación del riesgo.

Según la normativa de prevención de riesgos laborales, el único ente competente para determinar la existencia del riesgo y valorarlo es el servicio de prevención, mediante la evaluación de riesgos de estos puestos de trabajo. Así pues, el artículo 186 de la LGSS, indica que la competencia de la mutua es la gestión y el pago de la prestación, pero no le otorga la competencia de determinar la concesión o no del derecho a recibir la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

Por tanto, las mutuas para determinar si existe o no riesgo, no pueden fundamentarse, en los criterios de la Sego a la hora de conceder o no esta prestación (siendo ésta una Sociedad privada, no especialista en medicina del trabajo), ya que las mutuas no están acreditadas como servicios de prevención. Esta práctica, tampoco se adapta a los criterios del INSST, ya que no cumple con los requisitos de los artículos 3 a 9 del RSP, especialmente en cuanto a su artículo 5 (requisitos de los métodos de evaluación).

Por lo tanto, y tal como se menciona en esta hoja informativa, estamos ante un catálogo de orientaciones y no ante una Guía del INSST o normativa de obligado cumplimiento, al no tratarse de una entidad preventiva, que será la que realizará la valoración y evaluación de las condiciones de trabajo para garantizar la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, lactante y la de su feto.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS

En este punto es importante analizar dos sentencias que son muy relevantes; la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 de septiembre de 2018.

Principales consideraciones que se recogen en ambas sentencias…
1. Es una obligación del empresario incluir en la evaluación de riesgos el riesgo específico para el embarazo y la lactancia, por lo tanto debe realizarse en todos los puestos de trabajo, haya o no trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.
2. El incumplimiento por parte del empresario del punto anterior, supone una discriminación por razón de sexo y vulneración del derecho a la igualdad.[8]

[8] Por lo tanto estaríamos hablando de la vulneración de un derecho fundamental de la Constitución recogido en el artículo 14.

3.	Si el riesgo para el embarazo y la lactancia no está incluido en la evaluación de riesgos, será suficiente que la trabajadora acredite que no se ha cumplido esta obligación legal por parte de la empresa, y a partir de aquí se invierte la carga de la prueba, y será la empresa la que deberá demostrar que no existe el riesgo (y no la trabajadora la que deba probar que sí existe).
4.	Del contenido de estas sentencias, se puede considerar que ni las mutuas, en el trámite de certificación de existencia de riesgo, ni el INSS, en el trámite de la prestación de riesgo para el embarazo y la lactancia, pueden denegar la prestación bajo el argumento de que el riesgo no está recogido en la evaluación de riesgos, y en este caso, al invertirse la carga de la prueba, deberían exigir al empresario que acredite la no existencia del mismo (si esto no lo hiciese se debe presumir la existencia de riesgo).

Si necesitas asesoramiento sobre cualquiera de los temas recogidos en este folleto, o cualquier otro tema de salud laboral, puedes ponerte en contacto con tu federación o unión territorial.

Más información y documentación en
https://www.ccoo.cat/aspnet/salut_laboral.aspx

FINANCIADO POR:

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

FUNDACIÓN ESTATAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, F.S.P.

CCOO comissió obrera nacional de Catalunya