

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid*

**(Comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social,
de 29 de septiembre de 2005, rec. núm. 71/2003) ***

I. RESUMEN DE LOS HECHOS Y CUESTIONES DE FONDO

Los hechos relevantes del caso, que han sido declarados probados en la sentencia del Juzgado de lo Social, son los siguientes:

- La demandante prestaba sus servicios para la Compañía Hispano-Irlandesa de Aviación, S.A. con categoría profesional de auxiliar de vuelo (Tripulante de cabina de pasajeros), estando afiliada al Régimen General de la Seguridad Social.
- La demandante quedó embarazada, practicándose ecografía el 24 de mayo de 2000, presentando entonces una edad gestacional de 5,5 semanas, y apreciándose una zona de despegamiento por delante del saco gestacional, precisando reposo.
- El 26 de mayor de 2000 fue dada de baja médica, pasando a la situación de Incapacidad Temporal (IT) por gestación de riesgo. Ese mismo día la empresa pasó a la trabajadora a la situación de suspensión de contrato, al amparo de la normativa de la Dirección General de Aviación Civil. Durante el período de gestación, la Dirección General de Aviación Civil no renueva la licencia para volar, condición imprescindible para el desempeño de la actividad laboral de la trabajadora, no siendo posible en su empresa el cambio de puesto de trabajo al no existir otro compatible con su profesión ¹.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 277, abril 2006.

¹ La mayoría de las compañías aéreas americanas permiten que sus azafatas vuelen durante el primer y segundo trimestre del embarazo. La actitud de las europeas, en cambio, es distinta. Influidas fundamentalmente por los grupos de trabajo del Eurados (radiaciones) y de las JAR (Requisitos Conjuntos de Aviación en Europa), en la mayoría de los casos se les *baja del avión* hasta finalizar el embarazo. En nuestro país las pilotos embarazadas al igual que las azafatas dejan de volar prácticamente en el momento del diagnóstico. *Vid.* <http://www.aerovia.com/articulos/archivos/html/00000163.asp>; http://mundopadres.estilismo.com/contenido_eticopedico/interior.php?sec=4&sub=22&id=117

- La actora formuló solicitud de prestación por riesgo durante el embarazo el 17 de agosto de 2000, es decir, casi tres meses después de la baja inicial.
- El 25 de agosto de 2000, el Médico evaluador del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) no consideró que existiera riesgo por su situación de embarazo para realizar las tareas habituales en la empresa, y que el pequeño despegamiento del saco gestacional debía ser valorado por su tocólogo, quien podría proponer su baja por IT en caso de alto riesgo obstétrico, por lo que el 19 de septiembre de 2000 la Dirección Provincial del INSS desestimó la solicitud de la trabajadora, formulándose reclamación previa que fue desestimada.

La Sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda promovida por la trabajadora, declarando su derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo, desde el 26 de mayo, es decir, desde el mismo día en que se suspende el contrato por problemas en el embarazo, hasta el día anterior a aquel en que se iniciara la suspensión del contrato por maternidad, condenándose al INSS a su reconocimiento y abono y debiendo la Tesorería General de la Seguridad Social, estar y pasar por ello.

Lo que se plantea en el fondo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), que a continuación se comenta, es la posibilidad de que una trabajadora embarazada pueda acceder al subsidio por riesgo durante el embarazo proviniendo de una situación previa de inactividad al encontrarse de baja por IT. En este caso, se da, en nuestra opinión, una circunstancia especial, pues tal como parece entender la sentencia de instancia, la situación de riesgo, no ya genérico, sino específico, existía ya en el momento de diagnosticarse los primeros problemas en el embarazo, por lo que ésta debió ser, quizá, la calificación inicial de su situación y no la de IT.

II. LA CONTINGENCIA POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO: RÉGIMEN JURÍDICO ²

1. Normativa aplicable.

En concordancia con la Directiva 92/1985/CEE del Consejo ³ y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 111, de 25 de junio de 1958 ⁴, la Ley 39/1999, para promover la conci-

² Sobre este tema, *vid.* ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato y causa de despedido nulo*, Monografías de Temas Laborales, núm. 12, CARL, 2003.

³ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, 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 (DO L 348, de 28 de noviembre) (arts. 5.º 3 y 11).

⁴ Convenio n.º 111 OIT, de 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE de 4 de diciembre de 1968).

liación de la vida familiar y laboral ⁵ (LCVFL) dio nueva redacción al artículo 38.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) introduciendo la nueva contingencia en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social. Introdujo, además, un nuevo Capítulo tercero, rubricado «Riesgo durante el embarazo», en el que se da cobijo a la nueva situación protegida (arts. 134 y 135).

El artículo 134 del TRLGSS establece, respecto de la prestación de riesgo durante el embarazo, que «se considera situación protegida el período de **suspensión del contrato de trabajo** en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) ⁶, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados».

Requisito indispensable, pues, para reconocer el derecho al subsidio es la exigencia de que la solicitante de la prestación sea «trabajadora», ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena (así, por ejemplo no tienen derecho a esta prestación las trabajadoras embarazadas en situación de desempleo), y que en el primer supuesto tenga su contrato suspendido, no por cualquier causa (por ejemplo, una excedencia por cuidado de hijos), sino, precisamente, por aquella que está justificada por una situación de riesgo para el embarazo. Dicha causa de suspensión se regula en los artículos 45.1 d) y 48.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), pero para poder conocer en qué consiste el supuesto de hecho, se hace preciso acudir a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, concretamente al artículo 26.3 de la LPRL. Este precepto actúa así como soporte de la nueva causa de suspensión del contrato y de la prestación de la Seguridad Social a la que se ha hecho mención anteriormente ⁷.

Los artículos 134 y 135 del TRLGSS encontraron su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre ⁸ que, aunque posterior al hecho enjuiciado en la sentencia que se comenta, «cabe utilizar como elemento interpretativo de la citada Ley» ⁹.

2. Situación protegida: la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Como se ha indicado anteriormente, esta causa de suspensión del contrato no se incorporó al listado del artículo 45 del TRET hasta la reforma llevada a cabo por la LCVFL. Esta incorporación resultaba necesaria de acuerdo con las exigencias de transposición de la Directiva 92/85/CEE, que no habían sido totalmente satisfechas por la anterior redacción del artículo 26 de la LPRL.

⁵ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del día 6).

⁶ BOE del 10 de noviembre de 1995.

⁷ Vid. ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo...*, op. cit., pág. 75.

⁸ Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (BOE de 17 de noviembre de 2001).

⁹ STSJ de las Islas Baleares de 15 de octubre de 2002 (Rec. 479/2002).

Del actual artículo 26 de la LPRL se pueden extraer los siguientes requisitos necesarios para la declaración de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo:

a) La imposibilidad de aplicar otras medidas protectoras previstas en la ley.

El artículo 26 de la LPRL indica que en los casos en que exista un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión sobre el embarazo y, a pesar de ello, el cambio de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, la trabajadora afectada pasará a la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo. Se trata, pues de una última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad¹⁰ con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es:

1. Si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o
2. Si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

En opinión de PEDROSA ALQUÉZAR, lo que deba entenderse por motivos justificados así como la imposibilidad técnica y objetiva es algo que deberá concretar la negociación colectiva en función de la actividad y los riesgos existentes en una determinada empresa¹¹.

Si no existe un puesto de estas características, y el empresario así lo acredita, la suspensión actúa de modo automático¹². Se iniciará en el momento en el que el empleador reciba la certificación médica donde se aprecie la persistencia de condiciones de trabajo peligrosas para la salud de la trabajadora o del feto, puesto que, además, en ese momento ya debe ser conocida por aquél la posibilidad o imposibilidad de la movilidad funcional¹³.

¹⁰ Insisten en esta relación de subsidiariedad las SSTSJ de Navarra de 27 de marzo de 2002 (Rollo 36/2002), Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (Rec. 8329/2003) y Cataluña de 1 de junio de 2004 (Rec. 2219/2003). En la STC 161/2004, de 4 de octubre (BOE de 9 de noviembre), recaída antes de la modificación introducida por la LCVFL, ante el caso de una piloto a la que se suspendió el contrato de trabajo a causa de la retirada de la licencia de vuelo motivada por su embarazo, considera que, dado que existía la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, la decisión empresarial de suspender el contrato de trabajo resultó ser discriminatoria por razón del sexo para la recurrente.

¹¹ *Vid.* PEDROSA ALQUÉZAR, S., «La protección reduccionista de la mujer en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el embarazo como riesgo», *Aequalitas*, núm. 9, enero-abril 2002, pág. 20.

¹² RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (*La suspensión del contrato de trabajo*, CES, núm. 153, 2004, págs. 160-161) señala que la trabajadora está en su derecho de exigir al empresario que pruebe que se cumplen los requisitos que dan lugar al acceso a la situación de suspensión. Y ello porque, tal y como está regulada la materia, no es difícil que éste haga un uso fraudulento del derecho-deber previsto en la ley, al ser más beneficioso para el empresario suspender el contrato de la trabajadora que adoptar las medidas pertinentes o proceder a su cambio de puesto de trabajo.

¹³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, núm. 159, 2004, pág. 85.

Pero la primera medida que debe adoptar la empresa, con el asesoramiento de los respectivos servicios de prevención conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la LPRL, es la de evaluación, previa a la protección individualizada de las trabajadoras embarazadas, para detectar si, efectivamente, las condiciones de trabajo, materiales y no materiales, de su empresa pueden tener una influencia, según la naturaleza, el grado y la duración de la exposición, en la generación de riesgo que afecten o puedan afectar negativamente a la salud física, psíquica o social de la mujer embarazada y que van a repercutir en el adecuado desarrollo del feto.

b) La evaluación de los riesgos.

Como la doctrina científica ha señalado, nos encontramos ante la que –quizá– pueda concebirse como obligación clave o nuclear en materia de protección de la maternidad, en tanto que se constituye «en punto de partida de múltiples obligaciones concretas del empresario, que integran el genérico deber de protección»¹⁴.

Como ha afirmado GARRIGUES GIMÉNEZ, no nos hallamos ante una evaluación ni diferenciada, ni paralela, ni secuenciada respecto de la que con carácter general establece el artículo 16 de la LPRL, ni exclusiva ni específicamente dedicada a los riesgos laborales potencialmente lesivos en las situaciones protegidas bajo el término «maternidad»¹⁵. Por lo tanto, la evaluación de los riesgos laborales relativos a la «maternidad» se realizará al mismo tiempo que la evaluación de riesgos genérica; y ello aun cuando no se tenga constancia –en el momento de realizar la evaluación– de que alguna trabajadora que se encuentre en estado de gestación vaya a ocupar un puesto de trabajo concreto¹⁶.

Junto a esta evaluación de riesgos realizada en una *fase inicial*, el empresario tiene la obligación de volver a evaluar –en una segunda *fase continuada*– en caso de que existan modificaciones en los equipos de trabajo, sustancias, preparados químicos, introducción de nuevas tecnologías, modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo o en las condiciones de trabajo [art. 4.º 2 a) y b) del Reglamento de los Servicios de Prevención –RSPRL–¹⁷]. También debe procederse a una evaluación posterior a la inicial cuando se incorpore al puesto de trabajo un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto [art. 4.º 2 c) del RSPRL]. En esta segunda fase, las evaluaciones deberán considerar los riesgos subjetivos o variables según las circunstancias particulares en que se desarrolla cada embarazo (lumbago, estrés...). Como indica MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, la posibilidad de que un determinado puesto se ocupe por una mujer embarazada debe tenerse en cuenta tanto en el momento de la evaluación inicial para los factores de riesgo objetivos, como en evaluaciones posteriores en atención a las condiciones particulares en que se desarrolla, de producirse, el embarazo¹⁸.

¹⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Dykinson, 1996, pág. 128. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 59.

¹⁵ El artículo 26.1 de la LPRL se refiere al mismo proceso de análisis, detección e identificación genérico al que alude el artículo 16 (en definitiva, a la evaluación de riesgos «genérica»), si bien para puntualizar que el mismo debe realizarse tanto desde una perspectiva general como desde la premisa de que cada concreto puesto de trabajo pudiera, eventualmente, ser ocupado por una mujer embarazada, puérpera o lactante.

¹⁶ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 60.

¹⁷ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (BOE del día 31).

¹⁸ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, núm. 162, 2004, págs. 137-138.

Para saber qué medidas son las adecuadas y para realizar una evaluación en la que se determine con exactitud si los distintos puestos de trabajo a los que van a estar sometidas las trabajadoras embarazadas suponen o van a suponer un riesgo, la empresa deberá tener en cuenta las diversas Directrices elaboradas por la Comisión de la Comunidad Europea al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.º 1 de la Directiva 92/85/CEE que señalan la lista de peligros de carácter general y las situaciones asociadas a los mismos a los que pueden estar sometidas la mayoría de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, así como las medidas para hacerles frente. Peligros, riesgos y medidas que, en opinión de PEDROSA ALQUÉZAR, debería concretar la Negociación Colectiva en la medida en que, como fuente normativa de prevención de riesgos laborales (art. 1.º 1 de la LPRL) puede mejorar y desarrollar la LPRL (art. 2.º 2 de la LPRL), así como cubrir los vacíos que ésta pueda presentar y servir de norma interpretativa de la misma. Por otro lado, la empresa debe tener en cuenta las normas que prohíben a las trabajadoras embarazadas acceder a puestos que entrañen exposición a determinados agentes que produzcan riesgo para su salud o agraven el ya existente. Entre estas normas se encuentran los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE, que todavía no han sido incorporados al ordenamiento jurídico español, pero que, conforme al efecto directo de las Directivas, que dan la posibilidad de invocar esos Anexos ante los Tribunales nacionales, y a la materialización de la obligación general de seguridad recogida en el artículo 14 de la LPRL de acuerdo con la Directiva 92/85/CEE, pueden justificar un *ius resistendae* de la trabajadora para trabajar en aquellos puestos que, de conformidad con la Directiva, supongan un peligro para su salud¹⁹. Dichos Anexos enumeran de forma 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 (especialmente 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 trabajadora²⁰.

¹⁹ Vid. PEDROSA ALQUÉZAR, S., *La protección reduccionista de la mujer...*, op. cit., págs. 19-20. También es partidaria de la aplicación directa de los Anexos de la Directiva, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, pág. 64. En la medida en que la LPRL guarda silencio sobre cuáles son las actividades susceptibles de producir un riesgo específico, algún sector doctrinal indica que la evaluación debe atender a los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo presentes en cualquier actividad, porque no hay actividades que, *a priori*, puedan considerarse exentas de riesgo. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 172.

²⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, op. cit., pág. 61. La STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002 (Rec. 370/2002) tiene en cuenta en su fundamentación jurídica, a la hora de reconocer la prestación de riesgo durante el embarazo, el Anexo I de la Directiva. La sentencia del Juzgado de lo Social, tras declarar probado que el trabajo de la actora, como operaria acolchadora, requería levantar y mover rollos de tela de hasta 50 kg, y que la situación de la actora era de alto riesgo de aborto, «no sólo en función de su puesto de trabajo concreto, sino para cualquier actividad laboral que implicase esfuerzo y cansancio», dedujo de esta afirmación la inexistencia de riesgo generado por su puesto de trabajo. La Sala considera que esta conclusión no se aviene ni a la premisa del argumento, ya que el puesto de trabajo exige realización de esfuerzos, ni a lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE, antes citada, que no recoge sólo riesgos derivados de agentes tóxicos o químicos, sino también los derivados de las condiciones del trabajo, entre las que se encuentran la «manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular, dorsolumbares», y los «movimientos o posturas, desplazamientos, fatiga mental y física, y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada».

c) *Existencia de un riesgo para la salud de la trabajadora embarazada y/o del feto derivado del puesto de trabajo. Sobre la naturaleza «profesional» del riesgo.*

Para que se pueda aplicar la medida suspensiva es preciso que exista un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo de la mujer trabajadora. Nos hallamos, precisamente, ante una causa de suspensión del contrato de trabajo que pretende la protección de la maternidad desde la prevención de riesgos laborales, ante una medida de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada²¹, en cuanto el hecho biológico del embarazo implica una mayor vulnerabilidad frente a accidentes o enfermedades en el trabajo²², y a la vez ante una medida de protección del *nasciturus* y de la viabilidad del embarazo mismo²³.

En efecto, recuerda GARRIGUES GIMÉNEZ²⁴ que durante el embarazo se producen una serie de cambios en la mujer, tanto anatómicos como fisiológicos y psicológicos, muy importantes, a la vez que el embrión y, posteriormente, el feto, va desarrollándose alojado en el útero de la futura madre; desde esta perspectiva, ha de señalarse que los cambios ocasionados por el embarazo (tanto físicos –incremento de la masa corporal, aumento de la tensión arterial, pérdida de agilidad, cansancio, lumbalgias, náuseas, vómitos, alteraciones circulatorias, edemas, fatiga, ahogos, aumento en la frecuencia de la micción, dificultades de tránsito intestinal, hemorroides–, como psicológicos –ansiedad, estrés, irritabilidad, nerviosismo, dificultades de concentración...–) pueden agravar los efectos que en la salud de la trabajadora puede ocasionar su exposición a los riesgos presentes en el trabajo, haciéndola más sensible a la enfermedad o al accidente relacionados con el mismo. Por su parte, la exposición de la mujer gestante a ciertas condiciones de trabajo provocan que el embrión o feto quede, a su vez, expuesto a una serie de riesgos (riesgos teratogénicos y mutagénicos –daños ocasionados al embrión durante los tres primeros meses de gestación, que pueden generar defectos y taras congénitas–, daños y defectos en el desarrollo del feto, inmadurez, bajo peso, cáncer infantil –por exposiciones producidas entre el tercer mes de gestación y el parto–) que pueden comprometer ya la viabilidad misma del embarazo, ya la salud o la integridad física o psíquica del futuro hijo. Además, como recuerda MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA, el hecho de que los puestos de trabajo no estén especialmente pensados para las madres gestantes provoca la adopción de malas posturas, sobreesfuerzos, así como un constatado incremento del riesgo de caídas y de las patologías vasculares. Incluso los daños al embrión y al feto como consecuencia de la actividad laboral no van a provenir sólo de agentes de carácter químico o biológico, sino también como consecuencia de las condiciones de trabajo (cargas físicas, por ejemplo). Todo ello provoca que en ciertos casos deban considerarse factores de riesgo agentes que en situaciones ordinarias no implicarían riesgo alguno²⁵. Lo que es importante de cara a apreciar la existencia de un riesgo profesional «específico» y no meramente genérico. Por otro lado, es necesario tener en cuenta las particularidades de cada embarazo, las condiciones y las circunstancias concurrentes en cada caso.

²¹ Sobre este tema, *vid.* ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo...*, *op. cit.*, pág. 86.

²² *Vid.* Exposición de Motivos de la Directiva 92/85/CEE del Consejo. *Vid.*, también, PEDROSA ALQUÉZAR, S., «La protección reduccionista de la mujer...», *op. cit.*, pág. 18.

²³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 81.

²⁴ *Idem*, pág. 53.

²⁵ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer...*, *op. cit.*, pág. 134.

El artículo 26 contiene una protección integral, en tanto se protege la salud no sólo en sentido físico sino también psíquica y social ya que el precepto no diferencia entre riesgos que puedan generar daños físicos o riesgos que puedan generar daños psíquicos o perjudiquen su salud social, es decir, que puedan generar un malestar en el entorno laboral que afecte a la salud mental de la trabajadora y a otros aspectos de la vida de la misma, como su entorno familiar ²⁶.

Pero, además, es necesario que se trate de un riesgo para la salud o seguridad derivado del puesto de trabajo que viene desempeñando la trabajadora afectada, es decir, que sea un riesgo «específico» de carácter «profesional» ²⁷, por lo que no se iniciará la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo en el supuesto en el que los **riesgos o patologías** que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto no estén relacionados con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto de trabajo, tal y como dispone a efectos de determinar la situación protegida para tener derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo el artículo 14.2 del Real Decreto 1251/2001. Dichas patologías podrán determinar directamente un proceso de IT, pero no uno de riesgo durante el embarazo. Como reiteradamente dicen las sentencias de duplicación, la situación tutelada, pues, es la de que exista un riesgo, «no una efectiva patología ya diagnosticada»²⁸.

²⁶ PEDROSA ALQUÉZAR, S. («La protección reduccionista de la mujer...», *op. cit.*, pág. 18). Esta misma autora recuerda (pág. 18) que cuando el artículo 55.5 del TRET califica como nulo el despido de la trabajadora desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad elimina la tensión psicológica a la que podía verse sometida la mujer embarazada por miedo a ser despedida a causa de su estado o de las ausencias generadas por las patologías derivadas del mismo; tensión psicológica que influiría también en su vida extralaboral, pudiendo llegar a ser causa de un aborto. Además, con esta nueva regulación no habrá tantas reticencias a la hora de comunicar el embarazo a la empresa y, en consecuencia, las medidas de prevención se adoptarán de forma más rápida reforzando, de este modo, la protección de la salud del feto, pues el período embrionario durante el cual se produce la organogénesis (2-8 semanas después de la concepción) es el más sensible a la inducción de malformaciones estructurales.

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, STSJ de Navarra de 27 de marzo de 2002 (Rollo 36/2002): en el caso de trabajadora de profesión «cuidadora» considera que la situación de suspensión del contrato de trabajo ante la existencia real de riesgo para la trabajadora, al tener que hacer sobreesfuerzos, trabajar a turnos y estar expuesta a conductas agresivas de los pacientes, sin posibilidad de adoptar otras medidas, permite el acceso a la prestación de riesgo durante el embarazo y no a la contingencia de IT por enfermedad común. En la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2004 (Rec. 8329/2003) la Sala sustituye la calificación de IT por enfermedad común realizada por el INSS por la de riesgo durante el embarazo pues, «tanto la empresa como el Comité de Seguridad y Salud acreditan la realidad del riesgo específico al que se ve sometido el embarazo de una trabajadora que, durante "la realización de trabajo a turnos", se ve obligada a realizar (en ocasiones en el de noche) actividades de sobreesfuerzo incompatibles con su estado y bajo un nivel de ruido que, excediendo del máximo de decibelios fijado por el Real Decreto 1316/1989, se sitúa en parámetros de "un especial significado de riesgo y excepcional penosidad" (sentencia de la Sala de 27 de marzo de 2002 con cita de las del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 6 de noviembre de 1995 y 19 de enero y 12 de febrero de 1996); de tal modo que aunque el riesgo así objetivado (con la añadida ausencia de "zonas de descanso") no se hubiese materializado en un "daño" efectivo para la gestante (Fj. 7) no puede por menos que protegerse su acreditada situación de riesgo en términos que "prevengan" la eventualidad de que aquél se produzca». STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002 (Rec. 370/2002): en el caso de una operaria acolchadora cuyo trabajo requiere levantar y mover rollos de tela de hasta 50 kg, la Sala considera que siendo su situación de alto riesgo de aborto, no sólo en función de su puesto de trabajo concreto, sino para cualquier actividad laboral que implique esfuerzo y cansancio, procede declarar la existencia de situación protegida de riesgo durante el embarazo.

²⁸ STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (Rec. 2219/2003). GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (*La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 208) insiste también en la idea de que que la necesidad de protección no surge porque exista un daño para la salud, sino precisamente para evitarlo, pues lo que se protege es el riesgo y no otra cosa.

Para RIVAS VALLEJO²⁹ la exclusión de las patologías que podríamos llamar «comunes» por no tener su origen en un riesgo profesional, constituye un gran acierto del legislador, pues en estos casos no es necesario apartar a la trabajadora de su puesto de trabajo, en cuanto la separación que entraña una declaración en IT evita ya en sí misma el riesgo. En consecuencia, no puede hablarse de «riesgo profesional» cuando ya se ha desencadenado el proceso de IT por causas ajenas al trabajo, o bien existe un riesgo potencial que todavía no se ha manifestado pero que se debe a otras circunstancias no relacionadas con las condiciones del puesto de trabajo, sean éstas físicas o psíquicas (ej: puesto de trabajo que entrañe estrés)³⁰. De este modo se despejan las dudas que la novedad del supuesto supuso en un primer momento.

En aquellos supuestos donde existe un riesgo genérico por las características del embarazo, por ejemplo, en un embarazo gemelar, lo decisivo, a la hora de inclinarse por la prestación de riesgo durante el embarazo, será que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios³¹.

Dentro de los riesgos y patologías que hemos llamado «comunes», se incluirían tanto aquellos debidos a problemas que surgen en la evolución clínica del mismo embarazo, que dan lugar a su calificación como «embarazo de riesgo» (problemas de placenta previa, por ejemplo), como aquellos en que la mujer embarazada se ve afectada por una enfermedad común (ej.: una depresión por motivos familiares) que no pone en peligro la evolución del embarazo. En ambos casos, en definitiva, la mujer se encuentra «enferma» y estaremos en presencia de un riesgo «genérico». En este sentido, la doctrina está conforme en reconducir los supuestos de «embarazo de riesgo» a la IT³².

Así pues, a tenor del artículo 14, la prestación ampara tanto situaciones de riesgo, siempre y cuando dicho riesgo no haya ya determinado la aparición de consecuencias sobre la salud de la trabajadora o del feto, como las patologías ya manifestadas, siempre y cuando el riesgo sea profesional. A modo de resumen, ello supone en opinión de la doctrina más autorizada³³ que:

²⁹ RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, 2001, Tomo V, pág. 1.208.

³⁰ *Id.*, también, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 81.

³¹ STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (Rec. 2219/2003). En el caso enjuiciado por el Tribunal constaba un informe médico sobre el riesgo del embarazo, asimismo constaba la afirmación de la empresa de que el puesto de trabajo que desempeñaba la actora no estaba exento de riesgos. Finalmente se había acreditado también la imposibilidad de reubicar a la trabajadora en otro puesto alejado de dicha situación de riesgo, dada la índole de la actividad de la empresa. Todo ello conduce a la Sala a coincidir con el criterio de la juzgadora de instancia, que había sustituido la calificación de IT realizada por el INSS por la de riesgo durante el embarazo, «puesto que la circunstancia de que los embarazos de gemelos presenten más riesgo que los de un solo feto no nos impide concluir que en el presente caso ese embarazo impedía el desarrollo del trabajo en las condiciones existentes en el puesto que se venía ocupando».

³² RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., *La suspensión del contrato...*, *op. cit.*, pág. 158, nota 104. Tratándose de «embarazos de riesgo», dicha conclusión nos parece la más acertada conforme a la legislación vigente, pero creemos que *lege ferenda* merecería un tratamiento distinto, pues, en el fondo considera el embarazo como «una enfermedad común», una enfermedad que sólo afecta a las mujeres. Dicho tratamiento, creemos, resulta perjudicial para ellas por el posible efecto disuasorio que, sobre el empleo femenino, puede provocar entre los empresarios.

³³ RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001...», *op. cit.*, págs. 1.208-1.209.

1. Si el riesgo no es profesional, sino «común», dicha situación no será amparada por la prestación de riesgo durante el embarazo. Dicha situación, que hoy por hoy carece de la tutela específica que en opinión de la doctrina precisa, se reconduce a la IT, cuya protección, como veremos a continuación, es menor.
2. Si el riesgo no es ya potencial, sino que se ha manifestado y, por tanto, se ha diagnosticado una posible secuela derivada del mismo, el artículo 14.2 al referirse asimismo a «patologías» parece estar excluyendo la contingencia de IT, pudiendo interpretarse que primará la de riesgo durante el embarazo cuando se trate de patología que, con independencia de su etiología y gravedad, tiene una clara influencia sobre el proceso de gestación o la salud de la trabajadora, y que deberá tenerse por IT por riesgo profesional, con el preceptivo período de observación, sólo cuando, tras agotarse el descanso por maternidad, subsista la patología, dando lugar al correspondiente proceso de IT que, a tenor de este precepto, no se reanudará, como indica el artículo 9.º, sino que se iniciará, ya que la aparición de la contingencia de riesgo durante el embarazo ha impedido su nacimiento anterior. Por tanto, puede decirse que la contingencia de riesgo durante el embarazo «absorbe» la de IT profesional.

El artículo 14.2 exige una relación de causalidad entre el trabajo y el riesgo o patología, pudiendo concurrir ésta tanto porque la trabajadora se halle en contacto con sustancias o agentes que entrañen tales riesgos (que, en estos casos, no son intrínsecamente profesionales, pues puede tratarse de agentes que, en condiciones normales, no entrañen riesgo alguno pero que sí lo supongan o lo multipliquen en estas circunstancias), como por el empleo de determinados procedimientos (ej.: trabajo en cadena, sistema de distribución del trabajo...) o condiciones del puesto de trabajo que resulten incompatibles con la gestación (ej.: condiciones de ergonomía de los asientos, posturas, movimientos desaconsejados...). En línea con lo que hemos explicado anteriormente, ello significa que, aun cuando se trate de elementos, posturas o movimientos, que pudieran emplearse en la vida cotidiana, en cuanto sean propios del tipo de trabajo empleado, su convalidación para el proceso de gestación los convierte en riesgos que configuran la situación protegida por el artículo 134 del TRLGSS ³⁴.

2. El subsidio por riesgo durante el embarazo.

a) Contenido de la prestación.

La prestación económica, como señala el artículo 135 del TRLGSS, consiste en un subsidio económico en cuantía equivalente al 75 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por IT, dándose así cobertura legal a lo que hasta ahora venía siendo práctica habitual: la reconducción de la situación a la contingencia de IT ³⁵. La fecha del hecho causante es la del inicio de la sus-

³⁴ RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, 2001, Tomo V, pág. 1.209.

³⁵ STSJ de Navarra de 27 de marzo de 2002 (Rollo 36/2002) que cita a RIVAS VALLEJO, P.

pensión del contrato de trabajo. El subsidio se percibe desde el día en que se produce el nacimiento del derecho, sin que resulten aquí de aplicación períodos sin prestación ni, tampoco, porcentajes reducidos (como el 60% en el caso de IT por contingencias comunes durante los días 4.º a 20.º, del período de baja). La gestión económica y la responsabilidad del pago incumbe, al igual que en la maternidad, directamente al INSS, sin que proceda el pago delegado por el empresario.

Los requisitos de acceso a la prestación, regulados en los artículos 135 del TRLGSS y 16 del Real Decreto 1251/2001, son también comunes a la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes. Así, se exige estar en alta y acreditar un período de carencia de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente –carencia que también se exige para la maternidad–.

b) Aspectos procedimentales para el acceso a la prestación.

El procedimiento se regula en el artículo 21 del Real Decreto 1251/2001. Será necesaria la solicitud expresa de la trabajadora, iniciándose por tanto el procedimiento a instancia de la misma mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia donde se domicilie la interesada, conforme al modelo normalizado que establezca la Administración de la Seguridad Social.

Expresamente, las solicitudes deberán contener la fecha de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, los datos relativos a la actividad desempeñada por la trabajadora afectada, su categoría profesional y función y descripción del trabajo concreto que realizase, así como el riesgo específico que presenta para el embarazo. A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los documentos siguientes:

1. *Informe médico* del facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, así como *certificación médica* expedida por los Servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que cubra la prestación de IT, derivada de contingencias comunes, en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto. Tratándose de trabajadores por cuenta ajena, la disposición adicional segunda del Real Decreto 1251/2001 establece una serie de reglas respecto de la expedición de la certificación médica. Cuando la certificación médica, en los términos establecidos en dicha disposición adicional segunda, haya sido expedida por los servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente, no será necesario acompañar a la solicitud los documentos a que se refiere el párrafo anterior.
2. *Declaración de la empresa* sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora³⁶. La declaración deberá reflejar también la fecha en que la traba-

³⁶ Dicha declaración debe ir firmada por la empresa y por el profesional sanitario del Servicio de Prevención que realiza la vigilancia de la salud o bien el responsable de prevención designado por la empresa.

jadora ha suspendido la relación laboral, así como la cuantía de la base de cotización de la trabajadora, correspondiente al mes anterior al del inicio de la suspensión del contrato de trabajo, o a los tres meses anteriores, en los casos de contratos a tiempo parcial. Dicha fecha se establece mediante acuerdo entre la trabajadora y empresa, y nunca puede ser anterior a la fecha de emisión del informe médico del facultativo del Servicio Público de Salud.

La Dirección Provincial del INSS debe dictar y notificar la resolución expresa sobre el derecho al reconocimiento de la prestación económica. Si la resolución del INSS reconoce la contingencia el inicio del reconocimiento es a partir de la fecha señalada en el informe de la empresa como momento de la suspensión³⁷. Si la resolución deniega la contingencia se puede realizar reclamación previa ante el propio INSS en el plazo de 30 días.

Como señala la doctrina, estamos ante un sistema especialmente rígido por requerir una doble certificación médica, a diferencia de la IT, donde es suficiente con la baja médica expedida por el facultativo correspondiente del servicio público de salud³⁸.

Debe tenerse en cuenta que en el tiempo que transcurre entre la elaboración de los documentos, su entrega y el tiempo que el INSS resuelve, la trabajadora puede estar en situación de IT por contingencias comunes. Si se reconoce la prestación se hará con efectos retroactivos a la fecha de la suspensión del contrato, en caso de que coincidan ambas prestaciones en el tiempo se calcularán las diferencias y se abonará lo dejado de percibir. Téngase en cuenta que, cuando la trabajadora, como consecuencia de los riesgos del puesto, sufre ya algún tipo de problema en el embarazo, normalmente acudirá, como si de una enfermedad común se tratara, al médico del servicio público de Salud, que le dará de baja por IT. Posteriormente, será iniciativa suya iniciar el procedimiento de solicitud del subsidio ante el INSS, pidiendo que desde el inicio se califique la contingencia como de riesgo durante el embarazo.

c) Relación entre la IT, la maternidad y el riesgo durante el embarazo.

Como se ha indicado anteriormente, la LPRL, en su redacción original, no contemplaba la posibilidad, extrema, de que no existiera o no resultara operativa ninguna de las anteriores alternativas que prevé el artículo 26 (adaptación de las condiciones del puesto y/o del tiempo de trabajo, movilidad funcional), lo que implicaba, en definitiva, la ausencia de cobertura normativa respecto de la situación de la trabajadora que podía quedar irremediablemente expuesta a tales riesgos. Se realizó de esta manera una transposición incompleta de la Directiva 92/85/CEE, que sí preveía la dispensa de trabajo durante el tiempo necesario de conformidad con la legislación o la práctica nacional (art. 5.º 3). Pese a ello, con base en el efecto directo de la Directiva, la conclusión necesaria era

³⁷ Insiste la STSJ de las Islas Baleares de 15 de octubre de 2002 (Rec. 479/2002), con relación a la fecha de efectos económicos, en que el subsidio nace, no desde la fecha en que tenga lugar la solicitud de la prestación, sino el mismo día en que se produzca la suspensión del contrato por esta contingencia. En el caso analizado en la sentencia, el Tribunal reconoce la prestación desde la fecha en la que se suspendió el contrato por falta de renovación de la licencia de vuelo, conforme a las normas de Aviación Civil. Indica la sentencia que «la situación protegida debe derivarse de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado y que ya la Orden de 30 de noviembre de 1990, sobre Aviación Civil, establece que el embarazo será motivo de IT y por ello ya no se renuevan las licencias de de vuelo».

³⁸ RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001...», *op. cit.*, págs. 1.208-1.211.

la opción por la dispensa en el trabajo. Así lo entendió la doctrina mayoritaria que, sin embargo, quedó dividida respecto de la prestación económica a la que debía tener acceso la trabajadora durante ese periodo. Se barajaron dos posibilidades: o bien la subsunción de tal supuesto dentro del «paraguas» protector de la maternidad (con el inconveniente de su duración limitada a 16 semanas), o su remisión al ámbito protector de la prestación por IT. Finalmente, en la realidad se impuso la necesidad de su incardinación en la segunda de las contingencias señaladas, de forma tal que el contrato de la trabajadora se suspendía por IT derivada de contingencias comunes, de acuerdo con 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 supuestos³⁹. En aquel momento, el régimen aplicable al embarazo de riesgo y al riesgo durante el embarazo era, pues, idéntico.

Con la nueva regulación, la segunda de las situaciones recibe un tratamiento propio, quedando patente que durante la situación de riesgo durante el embarazo la trabajadora no ve alterada su salud, ya que el embarazo se presenta clínicamente sin problemas. Es decir, no se trata de una persona «enferma». En palabras de SÁNCHEZ TRIGUEROS⁴⁰, se trata de trabajadores «que no se encuentran técnicamente incapacitados para el trabajo, pero que si lo realizan perjudicarán su estado de salud». No debe confundirse, pues, esta causa de suspensión con las otras que, reguladas en el artículo 45.1 c) –IT– y d) –maternidad–, pueden eventualmente concurrir con el estado grávido de la trabajadora. No obstante, sí es posible que antes, durante o después, su salud se vea alterada por factores ajenos al trabajo. GONZÁLEZ DE ALEJA⁴¹ identifica tres situaciones que pueden llegar a plantearse entre una IT y el riesgo durante el embarazo:

1. Si la trabajadora estuviera incurso en una situación de IT **previamente a su embarazo** (hasta en tanto no manifieste su existencia a la empresa no podría hablarse en puridad de trabajadora «embarazada» a los efectos laborales protegibles y exigibles a la empresa), disfrutaría de esta situación hasta su finalización, y si previera que su puesto de trabajo es peligroso para su estado o el del feto y su incapacidad pudiera terminar antes del parto, es razonable pensar que con carácter previo a su (eventual) incorporación, se evaluara la posibilidad del cambio de puesto o, si fuera imposible, se procediera a la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo desde el mismo momento de la concesión del alta médica de la IT en la que permanecía.
2. Si la trabajadora tuviera **suspendida su relación laboral por riesgo durante el embarazo y durante el mismo contrajera cualquier patología incapacitante**, aunque la empresa le habilitara un puesto de trabajo compatible con su estado de embarazo, no podría incorporarse al mismo hasta en tanto, incurso en un nuevo proceso distinto del anterior, no obtu-

³⁹ Sobre la posición de la doctrina científica respecto a la desprotección de la trabajadora embarazada por la incompleta transposición de la Directiva, *vid.* GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, págs. 73-74.

⁴⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 73-74. La autora realiza este comentario al hilo de una comparación entre el *modus operandi* entre los periodos de observación de las enfermedades profesionales (art. 133.2 del TRLGSS) y las trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo.

⁴¹ GONZÁLEZ DE ALEJA, R., «Algunas cuestiones sobre el alcance y extinción de las prestaciones de IT (y su relación con la maternidad y el riesgo durante el embarazo) y de la incapacidad permanente», *Aranzadi Social*, 2003, Tomo V, págs. 1.451-1.452.

viera el alta por IT; pasando mientras tanto de la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo a la de suspensión por incapacidad, de manera sucesiva e ininterrumpida, con independencia de si la IT estuviera directamente derivada del embarazo (por ejemplo, a causa del tratamiento farmacológico prescrito por éste). Lógicamente, entendemos, que en el caso de que la empresa no le habilitara puesto de trabajo, la trabajadora continuaría en situación de riesgo durante el embarazo.

3. Si durante cualquiera de las situaciones anteriores la trabajadora embarazada tuviera un aborto sin que el feto sobreviviera, la situación generada con posterioridad sería una IT⁴², con independencia de si su puesto de trabajo aún acarrearía riesgos para su salud como consecuencia del embarazo ya finalizado, y hasta en tanto no estuviera plenamente capacitada para su reincorporación laboral –con abstracción también de si en circunstancias normales pudiera hacerlo–, siendo su situación laboral, a todos los efectos, de suspensión por IT.

Podría ocurrir, asimismo, que la trabajadora gestante, por su mera voluntad y de acuerdo con la posibilidad que para ello le brinda el TRET, decidiera disfrutar anticipadamente parte del descanso por maternidad, con lo que la suspensión contractual así operada quedaría reconducida a la vía de la «maternidad»⁴³.

d) Especial referencia a la exigencia de estar en alta.

El artículo 135 del TRLGSS indica que esta prestación económica se concede «a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de la IT derivada de enfermedad común, sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados». La remisión al régimen de la IT podría hacer pensar, en un primer momento, que el acceso a la prestación es posible tanto desde una situación de alta como de una situación asimilada al alta.

El Real Decreto 1251/2001, sin embargo, cuando desarrolló el contenido del artículo 135 del TRLGSS precisó en su artículo 16.1 que serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, «siempre que, estando afiliadas y **en alta** en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social», acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo. El Reglamento no prevé ninguna situación asimilada al alta, lo que supone, en opinión de la doctrina más autorizada, que se trata de una situación que únicamente puede producirse si la trabajadora se **halla en activo**⁴⁴.

⁴² Siempre y cuando el feto no hubiera llegado en su desarrollo a los 180 días de gestación. En caso contrario, la situación reconocida sería la de maternidad con una duración de 6 semanas (art. 7.º 2, 3.º párrafo, del RD 1251/2001).

⁴³ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, pág. 81.

⁴⁴ RIVAS VALLEJO, P., «El Real Decreto 1251/2001...», *op. cit.*, pág. 1.212. A favor también de la exigencia de que la trabajadora se encuentre en activo, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.ª T., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 135-136. En contra, PANIZO ROBLES, J. A., «La protección por maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, 2002, pág. 59.

Son escasas las sentencias recaídas hasta la actualidad en relación con la prestación de riesgo durante el embarazo. Conviene traer a este estudio la única que hasta la fecha se ha pronunciado sobre la exigencia de estar en situación de alta para acceder a la prestación. Nos referimos a la Sentencia del Juzgado de lo Social de Navarra de 29 de enero de 2002 ⁴⁵. En el caso enjuiciado en esta sentencia, la trabajadora en situación de embarazo venía prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de una empresa con la categoría profesional de cuidadora. Un mes después de ser declarada en situación de IT por enfermedad común con diagnóstico de lumbalgia, y hallándose todavía el contrato suspendido, solicita, con efectos de la primera baja, el subsidio de riesgo durante el embarazo. Solicitud que rechazó la Entidad Gestora por entender que no existía riesgo específico durante el embarazo, decisión que reiteró nuevamente en Resolución a la reclamación previa. Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social, éste la desestima por entender que:

«La demandante ya se encontraba en situación de IT con anterioridad a solicitar la prestación de riesgo durante el embarazo, esto es, cuando solicita la suspensión del contrato de trabajo la actora ya lo tenía suspendido por encontrarse en situación de IT»; «la nueva prestación, que se regula en los artículos 134 y ss. de la LGSS, viene referida a aquellas trabajadoras embarazadas que **no se encuentran ya de baja** y que en principio están en condiciones de trabajar pero que al concurrir riesgos para la propia mujer o para el feto se les establece la protección especial de suspender la relación laboral, cuando no es posible el cambio de puesto de trabajo». Es decir, la sentencia exige que cese la primera causa de suspensión, la IT, para que el contrato continúe suspendido por una nueva, la de riesgo durante el embarazo. Hasta que la trabajadora no reciba el alta médica por la IT no podría solicitar la segunda prestación, ya que la imposibilidad de trabajar no procedería efectivamente de la existencia de un riesgo específico de carácter profesional, sino de la causa de la IT ⁴⁶.

En la sentencia de referencia, estima el Juez, además, que existían otros puestos de trabajo en la empresa y, en concreto de administrativa, por lo que no concurre el presupuesto exigido en el artículo 134 del TRLGSS para dar lugar a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

III. FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS/LAS PALMAS

En la línea de la sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona, el TSJ de Canarias con sede en Las Palmas insiste en que en todo caso el presupuesto para el acceso a la prestación de riesgo durante el embarazo **«es que la trabajadora esté en activo, prestando servicios en la empresa,** pues lo que se protege es la salud y la integridad de la mujer trabajadora y del feto».

⁴⁵ Artículo 617, *vid.* comentario a la sentencia en ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo para que nazca la contingencia de riesgo durante el embarazo? El alta como requisito para causar derecho al subsidio de riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, 2002, Tomo I, págs. 3.169-3.176.

⁴⁶ ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo...», *op. cit.*, pág. 3.174.

Planteada así la cuestión estima la Sala que la prestación del artículo 134 del TRLGSS no puede solicitarse si la trabajadora tiene el contrato previamente suspendido, pues **el riesgo que se trata de evitar no existe al no estar la trabajadora en su puesto de trabajo, y, por tanto, sometida a la situación de riesgo.**

En el supuesto objeto de recurso ésta es la situación que existe, toda vez que la trabajadora cuando pide la prestación está en situación de IT, y, por tanto, no existe la situación de riesgo objetivo que justifique la prestación al no estar trabajando.

En efecto, como hemos visto, tanto la LPRL, como la LGSS parten de la existencia de un riesgo no hipotético, sino real en la prestación de servicios, o imponen al empresario la obligación de eliminar el riesgo, y si no es posible contemplan la suspensión del contrato.

Conviene destacar que el Tribunal extrae el requisito de la exigencia de estar en activo, no del Real Decreto 1251/2001, que en el momento de enjuiciarse los hechos no se encontraba en vigor, sino del mismo texto de la LGSS.

Quedaba la duda de aclarar si, dado que en el puesto efectivamente existe el riesgo, es necesaria la «reincorporación» al mismo después de la enfermedad, para solicitar la declaración de suspensión. El TSJ indica en este sentido que **«es obvio que si la demandante fuese dada de alta de IT, y se reincorporase a la empresa podría solicitar la prestación que es ahora objeto de conflicto, pero no puede hacerlo desde la situación de IT, porque es esencial a ésta que el trabajador/a no pueda trabajar y necesite asistencia sanitaria, y si no puede trabajar el riesgo efectivo y real no existe hasta que no se reincorpore».** Es decir, no sería suficiente con que una vez recibida el alta médica por curación del embarazo de riesgo, solicitara el subsidio por riesgo durante el embarazo, sino que previamente debería reincorporarse al trabajo y solicitar la suspensión estando en activo.

El requisito de la reincorporación ha sido con razón criticado por ARETA MARTÍNEZ⁴⁷ pues si queda constatado que ninguna de las medidas subsidiarias de protección recogidas en el artículo 26 de la LPRL son viables, no habría impedimento en que la trabajadora pudiera pasar a suspensión del contrato de trabajo sin estar previamente en activo, esto es, sin la reincorporación al trabajo y, consecuentemente, desde la situación de alta. Insiste la autora en que el hecho que da lugar a que se entienda producida la contingencia de riesgo durante el embarazo proveniente del trabajo, sino la suspensión del contrato a que tal acontecimiento da lugar. Para comprobar que existe riesgo para la trabajadora, un riesgo que no olvidemos ha debido ser evaluado por la empresa, sería suficiente con que la trabajadora se encontrara en disposición de trabajar sin necesidad de la efectiva incorporación al puesto, una vez cesara la causa de la IT. Es decir, no siempre es necesario esperar a la reincorporación para constatar que el riesgo existe y que las medidas alternativas del artículo 26 no son viables.

⁴⁷ ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo...», *op. cit.*, págs. 3.174-3.175.

Creemos que, en última instancia, es algo que dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto. Puede ser que, efectivamente, se tenga constancia desde el inicio del embarazo de la existencia de un riesgo pero que haya que esperar al momento de la finalización de la IT, cuya duración *a priori* se ignora, para conocer si existen, por ejemplo, puestos de trabajo adecuados que se encuentren vacantes.

En última instancia, el requisito de estar en alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalístico, sino que ha de ser interpretado en un sentido humano e individualizador, acorde con la realidad de cada supuesto y tendente a paliar el real infortunio de la trabajadora ⁴⁸.

En el caso objeto de comentario, la empleadora era consciente de su obligación de efectuar evaluación de riesgos prevista en el artículo 26 de la LPRL, como se evidencia en el hecho probado cuando se indica que no existía un puesto compatible con su estado. En el sector aeronáutico, en el que trabajaba como tripulante de cabina la trabajadora, hay una peculiaridad en la evaluación de los riesgos, ya que queda condicionada por otra realizada por el CIMA, organismo que con base en la Orden Ministerial de 14 de julio de 1995, sobre títulos y licencias aeronáuticas civiles, que prevé que «el embarazo será motivo de IT», califica a la trabajadora desde el diagnóstico del embarazo como «no apta circunstancial». Dicha calificación impide mantener en vigor la licencia por carecer de la necesaria aptitud psicofísica exigida por la propia Orden. Es decir, aun cuando no hubiera tenido un embarazo de riesgo, la trabajadora habría sido dada de baja por el mero hecho del embarazo y la imposibilidad de acomodarla a otro puesto (al ser tripulante de cabina, no puede ser ubicada como auxiliar administrativo en tierra, por tratarse de colectivos totalmente distintos, que se rigen incluso por Convenios Colectivos diferentes, en la mayoría de las compañías aéreas). El riesgo existía, pues, desde el momento mismo del embarazo y se conocía la imposibilidad de ofertar otro puesto. Así pareció entenderlo la sentencia de instancia cuando reconoció la prestación de riesgo durante el embarazo con efectos retroactivos desde el momento de la primera baja. En este sentido, la STSJ de las Islas Baleares de 15 de octubre de 2002 ⁴⁹ reconoció la prestación de riesgo durante el embarazo desde la fecha en la que se suspendió el contrato por falta de renovación de la licencia de vuelo, conforme a las normas de Aviación Civil. Indica la sentencia que «la situación protegida debe derivarse de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado y que ya la Orden de 30 de noviembre de 1990, sobre Aviación Civil, establece que el embarazo será motivo de IT y por ello ya no se renuevan las licencias de de vuelo».

A diferencia del Tribunal de las Islas Baleares, en la sentencia objeto de nuestro estudio, el TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas, considera que el riesgo no existe desde el momento de la primera baja lo cual lleva a un planteamiento totalmente diferente de la cuestión: no es ya que una trabajadora embarazada, con problemas en su embarazo procedentes del trabajo, solicite una adecuada calificación de la contingencia de forma que se sustituya la inicial de IT por la más ade-

⁴⁸ Vid. ARETA MARTÍNEZ, M., «¿Es necesario que la trabajadora embarazada se encuentre en activo...», *op. cit.*, pág. 3.176 y la abundante doctrina que cita en la nota 12.

⁴⁹ Rec. 479/2002.

cuada de riesgo durante el embarazo, sino que una trabajadora embarazada de baja por IT desea posteriormente acceder a una prestación diferente, por considerar que en el momento de la solicitud concurren los requisitos para el acceso a la misma. Desde la óptica del Tribunal, el supuesto se asimilaría a los supuestos de intersección entre maternidad e IT ⁵⁰, en los que cabe el paso de una situación a la otra, por admitir el legislador de forma expresa el requisito de estar en situación asimilada al alta, lo que, como hemos visto, no ocurre con la contingencia de riesgo durante el embarazo.

⁵⁰ Sobre la intersección entre maternidad e IT, *vid.* GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, *op. cit.*, págs. 198-201.