

25 anos da Directiva 92/85 CEE sobre protección da maternidade da traballadora

25 años de la Directiva 92/85 CEE sobre protección de la maternidad de la trabajadora

25 years of Directive 92/85 EEC on protection of the worker's maternity



MIRIAM MONJAS BARRENA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad CEU San Pablo
mirimonjas@gmail.com

Recibido: 13/11/2018 | 12/06/2018

Resumo: Acaban de cumprirse 25 anos da Directiva 92/85/CEE relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e a saúde da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación. Esta norma ten natureza híbrida, combinando medidas de saúde laboral con outras dirixidas a protexer dereitos laborais, nun intento de integrar a dimensión de xénero na política de seguridade e saúde laboral. Precisamente por iso, naceu co compromiso de ser modificada, como moito, en 1997. Non obstante, a proposta da Comisión non chegou ata 2008, incluíndo unha ampliación do permiso de maternidade ata un mínimo de 18 semanas retribuídas, o que xerou o bloqueo da iniciativa no Consello e a retirada final da proposta, polo que non parece probable que se aborde de novo a modificación desta norma nun futuro próximo.

Palabras clave: Directiva, traballadora embarazada, saúde laboral, permiso de maternidade, proposta da Comisión.

Resumen: Acaban de cumplirse 25 años de la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta norma tiene naturaleza híbrida, combinando medidas de salud laboral con otras dirigidas a proteger derechos laborales, en un intento de integrar la dimensión de género en la política de seguridad y salud laboral. Precisamente por ello, nació con el compromiso de ser modificada, a más tardar, en 1997. Sin embargo, la propuesta de la Comisión no llegó hasta 2008, incluyendo una ampliación del permiso de maternidad hasta un mínimo de 18 semanas retribuidas, lo que provocó el bloqueo de la iniciativa en el Consejo y la retirada final de la propuesta, por lo que no parece probable que se aborde de nuevo la modificación de esta norma en un futuro próximo.

Palabras clave: Directiva, trabajadora embarazada, salud laboral, permiso de maternidad, propuesta de la Comisión.

Abstract: It has been 25 years since Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 (on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding) was adopted. It has a hybrid nature, combining measures of occupational health with others aimed at protecting labor rights, in an attempt to integrate the gender dimension in occupational health and safety policy. That is why it was born with the commitment to be modified, later in 1997. However, the Commission's proposal did not arrive until 2008, including an extension of maternity leave to 18 weeks paid minimum that first hold up the initiative in the Council and finally caused the withdrawal of the proposal. So, it seems the amendment to this Directive will not be possible in the near future.

Key words: Directive, pregnant worker, maternity leave, amendment, Commission's proposal.

Sumario: 1 Introducción. 2 Maternidad y salud laboral: la Directiva 92/85/CEE sobre protección de la trabajadora en caso de embarazo, parto reciente o lactancia. 2.1 Justificación de la norma. 2.2 Supuestos de protección. 2.3 La evaluación de riesgos como obligación principal del empresario. 2.3.1 ¿Cuándo debe realizarse la evaluación de riesgos? 2.3.2 ¿Cómo ha de llevarse a cabo la evaluación de riesgos? 2.4 Medidas a adoptar para la protección de la seguridad y salud de la trabajadora y de su hijo. 2.4.1 Adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo. 2.4.2 Cambio de puesto de trabajo. 2.4.3 Dispensa del trabajo. 2.4.4 Prohibiciones de exposición. 2.5 El trabajo nocturno. 2.6 Otros derechos de la trabajadora. 3 A modo de conclusión. 4 Bibliografía. 5 Anexo.

1 INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas la creciente incorporación de las mujeres al mundo del trabajo asalariado ha sido una constante en los mercados de trabajo de los países europeos. Si en los años 60 las mujeres representaban menos del 30% de la población activa de la Comunidad Europea, en 2015 la tasa de empleo media de las mujeres de entre 20 y 64 años en la UE era del 64,3%, en comparación con el 75,9% de la de los hombres. Aun así, la brecha entre hombres y mujeres en lo que al empleo se refiere sigue siendo muy grande (11,6 puntos porcentuales), si bien con diferencias significativas según los Estados miembros. Esta diferencia se eleva a una media de 18,1 puntos porcentuales, si se analiza el empleo a tiempo completo, teniendo en cuenta la mayor prevalencia del trabajo a tiempo parcial entre las mujeres¹.

Este hecho no significa que el trabajo femenino sea una realidad reciente. Las mujeres han sido campesinas, comerciantes, obreras, enfermeras, empleadas... desde siempre, aunque es cierto que en las últimas décadas el trabajo femenino remunerado se ha convertido en un fenómeno masivo difícil de ignorar.

En materia de seguridad y salud laboral, la concepción del trabajo femenino, tanto en las políticas nacionales como comunitarias, ha evolucionado desde el proteccionismo excluyente a la neutralidad de género². En efecto, las primeras políticas de salud laboral adoptaron un enfoque paternalista que consideraba a las mujeres como un grupo necesitado de especial protección. Así, la idea era que las mujeres debían ser excluidas de determinados trabajos bien por considerarlos demasiado peligrosos o pesados o incluso poco apropiados por razones éticas o morales, bien por entender que la mujer debía consagrarse a sus obligaciones naturales (hogar e hijos). En consecuencia, se adoptaron numerosas prohibiciones para ciertos trabajos (el nocturno, el de minería), reglamentaciones diferenciadas para las mujeres (exposición al plomo, duración del trabajo) y normas sobre protección de la maternidad, todo lo cual ha desembocado en una fuerte segregación sexual del trabajo³.

Sin embargo, actualmente esta concepción ha sido abandonada por ser contraria al principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tal y como consagran expresamente

las directivas comunitarias sobre igualdad entre hombres y mujeres y como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del TJCE⁴.

Por ello, a día de hoy, la neutralidad de género es la característica esencial de toda legislación, sea nacional o comunitaria, sobre seguridad y salud en el trabajo, lo que supone abordar tales cuestiones sin atender al sexo, es decir, desde el punto de vista de un trabajador abstracto.

Una política de salud laboral que pretenda ser eficaz debe optar por un enfoque de género, esto es, tomar en cuenta las diferencias de género presentes en las condiciones de trabajo para poder valorar el alcance de los riesgos presentes en el mismo, así como el grado de vulnerabilidad de hombres y mujeres a ciertos riesgos laborales.

En este sentido, ya desde la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud 2002-2006, con el precedente del *mainstreaming* comunitario, se estableció como objetivo básico el de “*integrar la dimensión de género en la evaluación de riesgos, las medidas preventivas y los mecanismos de indemnización, de forma que se tengan en cuenta las particularidades de las mujeres por lo que se refiere a la salud y seguridad en el trabajo*”⁵.

Precisamente, la Directiva 92/85 CEE es la primera, dentro de las referidas a la seguridad y salud en el trabajo, en la que la Comisión Europea intenta integrar dicha dimensión de género, aunque con resultado desigual, como se verá en las páginas que siguen.

2 MATERNIDAD Y SALUD LABORAL: LA DIRECTIVA 92/85/CEE SOBRE PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EN CASO DE EMBARAZO, PARTO RECIENTE O LACTANCIA

2.1 Justificación de la norma

De todas las directivas europeas sobre salud laboral, la única que menciona específicamente a las trabajadoras es la relativa a la protección de la maternidad⁶. En efecto, el único supuesto en que el cuerpo de la trabajadora es reconocido como un cuerpo femenino se refiere al proceso biológico de la maternidad, que corresponde en exclusiva a la mujer⁷.

La plena realización del principio de igualdad autoriza una protección diferenciada para hombres y mujeres cuando exista una realidad biológica diferenciada que la justifique, como es el caso de la maternidad, pues, en estos casos, la legislación no protege genéricamente a la mujer embarazada, sino sólo a aquella que se encuentra en las referidas situaciones de embarazo, parto o lactancia⁸.

La Directiva 92/85/CEE es la décima norma específica dictada al amparo de la Directiva marco 89/391 CEE, que en su artículo 15 dispone la necesidad de otorgar una particular protección a los grupos de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos presentes en el trabajo, de manera que queden debidamente protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica.

En este colectivo de trabajadores quedarían incluidos quienes por su especial sensibilidad o estado puedan sufrir unas consecuencias distintas de las del resto de los trabajadores de su misma empresa y en semejantes condiciones de trabajo. Es indudable que uno de estos colectivos o grupos necesitados de protección específica está integrado por las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o que se encuentren en período de lactancia⁹.

Sentado lo anterior, unas condiciones de trabajo consideradas aceptables en situaciones normales pueden dejar de serlo durante el embarazo, el parto reciente y la lactancia y, por ello, la protección de la salud de la trabajadora que se encuentra en cualquiera de estas situaciones

exigirá, en muchos casos, la corrección de las medidas ordinarias de protección existentes, bien rebajando los parámetros de exposición tolerables, bien impidiendo totalmente dicha exposición. En otros casos, dicha protección implicará la consideración como factores de riesgo de sustancias y agentes que, en situaciones ordinarias, no son generadores de riesgo alguno¹⁰.

En definitiva, las cuestiones biológicas asociadas a la maternidad suponen que las trabajadoras embarazadas, que han dado recientemente a luz o en período de lactancia se encuentren en una situación de especial sensibilidad que las convierte en un colectivo necesitado de particular protección. Ello obliga a la adopción de medidas encaminadas a la salvaguarda de su salud y, por extensión, la de su hijo, que es, precisamente el objeto de la Directiva 92/85 CEE.

2.2 Supuestos de protección

Según su artículo 1, el ámbito de aplicación de la norma alcanza a las siguientes categorías de trabajadoras:

a) Trabajadora embarazada, entendiéndose por tal, a los efectos de la norma, cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

b) Trabajadora que haya dado a luz, entendiéndose por tal, a los efectos de la norma, cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

c) Trabajadora en período de lactancia, entendiéndose por tal, a los efectos de la norma, cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

A propósito de estas definiciones, es conveniente hacer las dos precisiones que siguen:

Por un lado, mientras que para la trabajadora embarazada la directiva se remite a un dato biológico, en cambio, respecto de la trabajadora que ha dado a luz o de aquella en período de lactancia la norma deja las definiciones a las legislaciones nacionales. Queda así sin resolver una cuestión esencial, esto es, durante cuánto tiempo ha de entenderse que una trabajadora se encuentra en alguna de estas situaciones y, por lo tanto, incluida en el ámbito de aplicación de la norma. La respuesta dependerá de la regulación de cada Estado miembro, pues la directiva no fija siquiera un período mínimo uniforme que garantice la aplicación de las medidas en ella contenidas, de manera que, en la práctica, atendiendo a las regulaciones nacionales, se observan diferencias considerables por lo que se refiere al período durante el cual una trabajadora será considerada como trabajadora que ha dado a luz o en período de lactancia¹¹.

Por otro lado, cuando la directiva define los supuestos protegidos por la norma incluye, en los tres casos, la exigencia de que la trabajadora haya comunicado su estado al empresario. Por tanto, a falta de dicha comunicación y, a pesar de las consideraciones biológicas, no cabe hablar de trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia a los efectos de la norma, pues esta supedita la aplicación de las medidas de protección previstas en la misma a la previa comunicación de su estado por parte de la trabajadora al empresario.

Ello supone que desde el comienzo de dichas situaciones (especialmente por lo que se refiere al embarazo) hasta que el empresario sea informado puede existir un período más o menos largo durante el cual las exigencias de prevención y protección no van a verse satisfechas por faltar el presupuesto necesario para la aplicación de la norma comunitaria. Por ello, la Directiva 92/85/

CEE está atribuyendo a dicha comunicación una eficacia constitutiva en cuanto a las obligaciones de protección que la norma impone al empresario respecto de dichas categorías de trabajadoras, por lo que, en ausencia de comunicación formal, se produce una “atipicidad” en sus situaciones que excluiría cualquier exigencia de responsabilidad al empresario¹².

Sobre esta necesidad de comunicación al empresario de las situaciones de embarazo, parto reciente o lactancia cabe apuntar lo siguiente:

a) la trabajadora no tiene la obligación de informar al empresario de su estado, ya que estas situaciones pertenecen al ámbito de su intimidad mientras ella no decida lo contrario, aunque ello suponga, obviamente, que no se van a desplegar las medidas de protección previstas en la directiva. No obstante, habida cuenta de las consecuencias negativas que la falta de comunicación puede acarrear no sólo sobre la salud de la madre sino también de su futuro hijo, el artículo 6 de la directiva impone al empresario la obligación de informar a las trabajadoras de los posibles riesgos inherentes a las situaciones protegidas a fin de concienciar a estas sobre la importancia que tiene una pronta comunicación al empresario de su situación de embarazo¹³.

b) Si lo que motiva la necesidad de comunicación al empresario es que este pueda cumplir las obligaciones de prevención y protección de la trabajadora impuestas por la directiva, sería lógico que dicha exigencia cediera en aquellos casos en que aquel conozca el embarazo, el parto reciente o la lactancia no a través de la trabajadora directamente sino por otros medios; esto es, a través de terceros o cuando resulte evidente el embarazo o el parto¹⁴. Sin embargo, la norma resulta tajante en este punto: aunque el embarazo sea evidente, si no ha habido comunicación formal por parte de la trabajadora al empresario, no surge para este su deuda preventiva.

2.3 La evaluación de riesgos como obligación principal del empresario

Siendo el objeto de la Directiva 92/85 la protección de seguridad y salud de la trabajadora que se encuentre en cualquiera de las situaciones ya conocidas, se impone al empresario una obligación fundamental, la evaluación de aquellos riesgos que puedan suponer un peligro para su salud o seguridad, como paso previo para poder adoptar las medidas de protección que sean precisas a resultados de dicha evaluación. Esta obligación aparece así como la contrapartida del derecho que tiene la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia a la protección en el trabajo no sólo de su seguridad y salud sino también de la de su hijo futuro o recién nacido¹⁵.

En términos generales, la evaluación de riesgos consiste en la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición de las trabajadoras concernidas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que, respecto de cualquier actividad, puedan poner en peligro la salud y seguridad de la madre o de su hijo¹⁶.

A fin de concretar el objeto de dicha evaluación, la directiva recoge, de forma no exhaustiva, no sólo aquellos agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que deben ser necesariamente evaluados (anexo I), sino también aquellos otros cuya presencia en la actividad de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia implican prohibición radical de exposición (anexo II).

Ahora bien, impuesta dicha obligación de evaluación de riesgos al empresario, la norma no va más allá; es decir, no aclara ni cuándo ni cómo ha de llevarse a cabo la mencionada evaluación de riesgos.

Así, hay que acudir a la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya

dado a luz o en período de lactancia de 5 de octubre de 2000, ya mencionada, para tratar de dar respuesta a las cuestiones antes formuladas; esto es, cuándo y cómo ha de cumplirse dicha obligación de evaluación.

2.3.1 ¿Cuándo debe realizarse la evaluación de riesgos?

La obligación de evaluación de riesgos que impone la Directiva 92/85 es parte integrante de la evaluación general de riesgos contemplada en la directiva marco, constituyendo una suerte de evaluación adicional cuyo nacimiento no depende, en absoluto, de que la trabajadora haya comunicado su situación al empresario.

En consecuencia, dicha evaluación, que tiene un carácter general y abstracto, deberá realizarse teniendo en cuenta que cada puesto de trabajo concreto puede, eventualmente, ser ocupado por una trabajadora embarazada, que ha dado a luz recientemente o que se encuentra en período de lactancia, y aunque en el momento de realizar la evaluación el empresario no tenga constancia de ninguna de estas situaciones¹⁷.

Pero, además de esta evaluación inicial, exigida tanto por la directiva marco como por la específica de maternidad, el empresario, tras conocer que la trabajadora se encuentra en alguna de las situaciones protegidas, habrá de evaluar los riesgos que puedan afectar a dicha trabajadora individualmente considerada, atendiendo a las condiciones particulares en que se desarrolla su embarazo, posparto o lactancia.

Se trata aquí, por tanto, de evaluar los riesgos subjetivos o variables, que dependen de las circunstancias personales de cada trabajadora, por lo que habrán de tenerse en cuenta los consejos, informes y certificados médicos, así como las preocupaciones de la trabajadora, especialmente en los casos de síntomas individuales asociados al embarazo. Se trata, además, de una evaluación continuada para cada fase del embarazo y para las situaciones de posparto y lactancia¹⁸.

Por la misma razón, será necesaria una nueva evaluación cuando se produzca una reorganización del trabajo o un cambio en las condiciones o equipos de trabajo.

2.3.2 ¿Cómo ha de llevarse a cabo la evaluación de riesgos?

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, cabe señalar, por lo pronto, que aquella deberá ir referida a todos los puestos de trabajo de la empresa susceptibles de ser ocupados por trabajadoras que puedan encontrarse en cualquiera de las situaciones protegidas, y que habrá de mencionar, cuando menos, los riesgos potenciales para dichas trabajadoras, en la medida en que tales riesgos sean conocidos¹⁹.

En concreto, el procedimiento para la evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 tiene como finalidad principal identificar los riesgos a los que puede quedar expuesta la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, así como el feto o el recién nacido; determinar si la exposición a los mismos puede perjudicar la salud de la trabajadora o de su hijo; y finalmente establecer cuáles han de ser las medidas adecuadas para conjurar dichos riesgos y sus posibles efectos²⁰.

Se trata, en definitiva, de examinar de forma sistemática todos los aspectos de la actividad profesional de la trabajadora a fin de determinar los posibles riesgos vinculados a su puesto de trabajo, es decir, tanto las causas probables de lesiones o daños en la salud de aquella como cualquier posible efecto en el embarazo, así como cualquier causa posible de lesión o daño para el feto o recién nacido, a fin de adoptar aquellas medidas que aseguren la protección más eficaz.

Conforme a las directrices de la Comisión, la evaluación debe comprender al menos tres fases, a saber:

a) Identificación de los peligros o factores de riesgo:

En esta primera fase, la evaluación se centra en la identificación de aquellos agentes físicos, químicos o biológicos y procedimientos industriales presentes en la actividad de que se trate que pueden afectar a la salud y seguridad de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz recientemente o en período de lactancia, del feto o del recién nacido, así como aquellas condiciones de trabajo susceptibles de producir dichos efectos.

El empresario habrá de tener en cuenta las listas de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo recogidas, de forma no exhaustiva en los anexos I y II de la Directiva 92/85, completados por la Comunicación de la Comisión, que, en sus directrices para la evaluación de riesgos, no sólo amplía la relación de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo a tener en cuenta, sino que concreta cuáles son los riesgos que conlleva la existencia de dichas sustancias, condiciones y procedimientos en el lugar de trabajo y también ofrece a título de ejemplo las medidas que pueden adoptarse para eliminar dichos riesgos.

Así pues, teniendo en cuenta los anexos de la Directiva 92/85, cabe sistematizar como sigue los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que deben ser necesariamente evaluados por el empresario:

Ergonomía y riesgos psicológicos	Agentes físicos	Agentes biológicos	Riesgos producidos por agentes químicos	Otras condiciones de trabajo
Fatiga mental y física y tempo de trabajo.	Choque, vibraciones o movimientos.	Agentes biológicos de los grupos 2, 3 e 4.	Substancias etiquetadas con las frases R40, R45, R46 e R49, R61, R63 y R64.	Manipulación manual de cargas.
Posturas forzadas asociadas a la actividad profesional.	Ruido.	Agentes biológicos que provocan abortos o lesiones físicas o neurológicas en el feto.	Preparados etiquetados sobre la base de la Directiva 83/379/CEE ou 1999/45CE.	Riesgos por movimientos y posturas. Posturas forzadas de trabajo.
Riesgos psicosociales: estrés profesional acoso moral ó sexual.	Ambiente térmico.		Mercurio y sus derivados.	Desplazamientos dentro y fuera del establecimiento.
Actividades realizadas de pie.	Radiaciones ionizantes.		Medicamentos antimicrobóticos (citotóxicos).	Trabajos de minería subterráneos.
Actividades en posición sentada.	Radiaciones electromagnéticas no ionizantes.		Agentes químicos con peligro de absorción cutánea: Benceno, Arsénico.	Trabajos con equipos de pantalla de visualización.
Ausencia de zonas de descanso.	Frío o calor extremos.		Monóxido de carbono.	Equipos de trabajo y de protección individual (incomodidad, inadaptación).
	Trabajo en atmosferas de sobrepresión elevada.		Plomo y sus derivados.	Trabajo en altura.
			Agentes químicos y procedimientos industriales enumerados en el anexo 1 de la Directiva 90/394/CEE.	Trabajo en solitario.
			Disruptores endócrinos.	Instalaciones sanitarias poco adecuadas.
				Instalaciones deficientes o inadecuadas.

Fuente: *Guía de buenas prácticas para la mejora de la seguridad y salud en el trabajo por razones de maternidad y reproducción*. Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

Esta relación tiene un carácter meramente ejemplificativo, lo que significa que el empresario deberá incluir en su evaluación cualesquiera otras sustancias o agentes distintos de los allí recogidos cuando entienda que la presencia de los mismos en el lugar de trabajo puede entrañar un riesgo para la salud de la trabajadora o de su futuro hijo. Además, ello debe entenderse aplicable no sólo a la evaluación genérica de riesgos sino también a la específica, es decir, aquella que ha de realizar el empresario teniendo en cuenta las circunstancias personales de la trabajadora de que se trate²¹.

b) Identificación de las categorías de trabajadoras:

A continuación corresponderá identificar quién puede resultar perjudicado (y de qué manera) por los peligros y factores de riesgo detectados, pues unos y otros son distintos en cada etapa de la maternidad; incluso un mismo factor de riesgo puede tener efectos diferentes según la etapa de que se trate, sobre todo por lo que se refiere al embarazo, pues el desarrollo del embrión-feto tiene lugar en fases bien definidas²².

En principio, no ha de suponer un problema la identificación de las trabajadoras que han dado a luz recientemente o que se encuentran en período de lactancia. En cambio sí pueden plantearse problemas por lo que se refiere a las trabajadoras embarazadas, pues cabe la posibilidad de que un embarazo no sea advertido en las primeras semanas de gestación ni siquiera por la propia trabajadora o que, aun sabiéndolo, esta sea reacia a comunicar su estado al empresario²³.

Por lo tanto, resulta ineludible una política preventiva eficaz en la empresa respecto de todas las trabajadoras en edad fértil ocupadas en actividades que supongan exposición a agentes físicos y químicos nocivos, para evitar así que dicha exposición de la madre durante el período inmediatamente posterior a la concepción pueda afectar al desarrollo del embrión fetal²⁴.

En este punto adquiere especial relevancia la obligación impuesta al empresario por el artículo 4.2 de la Directiva 92/85, conforme al cual, cuando en la evaluación de riesgos se detecte la existencia de un riesgo para la salud o seguridad de las trabajadoras, el empresario deberá comunicarlo a las trabajadoras afectadas, entendiéndose por tales no sólo aquellas que se encuentren ya en una de las situaciones protegidas sino también las que puedan estarlo en el futuro.

Igualmente, deberá poner a disposición de las mismas toda la información disponible sobre las medidas de prevención que es necesario adoptar para evitar que se vean expuestas a cualquier riesgo que pueda suponer un daño para su salud o la de su hijo²⁵.

Por lo tanto, todas y cada una de las trabajadoras en edad fértil de la empresa deben estar previa y debidamente informadas de los riesgos presentes en la empresa y en su concreto puesto de trabajo, así como de las medidas de protección necesarias para proteger su salud y la de su futuro hijo²⁶.

c) Evaluación cuantitativa y cualitativa de los riesgos:

Esta fase del procedimiento de evaluación, que es la más delicada, tiene por objeto valorar si el factor o factores de riesgo detectados tienen capacidad para ocasionar un daño efectivo a la trabajadora expuesta a los mismos. Para ello habrá de determinarse la naturaleza, intensidad y duración de la exposición de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia a cualquiera de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo presentes en el puesto de trabajo que sean potencialmente lesivos, a fin de apreciar cualquier riesgo de daño para la seguridad y salud de la trabajadora o cualquier repercusión en el embarazo y lactancia y fijar así las medidas que deberán adoptarse.²⁷

Sin embargo, conviene precisar que esta evaluación de los niveles de exposición sólo cabe respecto de los agentes, condiciones y procedimientos de trabajo listados en el anexo I de la

Directiva 92/85 (completado por la Comunicación de la Comisión), pues respecto de los mismos caben exposiciones de intensidad limitada, existiendo riesgo de daño a partir de determinados niveles, pero no por debajo de los mismos.

En cambio, por lo que se refiere a los recogidos en el anexo II, la mera presencia de los mismos en la actividad profesional de la trabajadora supone un riesgo real para su salud y la de su hijo y, por lo tanto, existe prohibición radical de exposición, por lo que huelga cualquier evaluación al respecto, pues no caben exposiciones de intensidad limitada²⁸.

En todo caso, esta evaluación de los niveles de exposición habrá de hacerse en función de criterios objetivos, a saber:

- Se tendrá en cuenta, como es lógico, toda la información obtenida en las fases anteriores que será completada con la que facilite la propia trabajadora particularmente por lo que hace a los consejos, informes y certificados médicos aportados.

- La valoración de los riesgos se llevará a cabo de acuerdo con lo que se establezca sobre procedimiento de evaluación de riesgos en la normativa específica correspondiente y, en su defecto, conforme a las normas genéricas en materia de seguridad y salud.

- En la evaluación de riesgos deberán tenerse en cuenta los valores límite de exposición profesional a sustancias peligrosas y otros agentes físicos, químicos o biológicos contenidos en las normas específicas sobre salud laboral, si bien teniendo en cuenta que estos valores se fijan para un trabajador adulto, pero en ningún caso tienen en cuenta al feto ni al lactante, lo que supone un factor de riesgo adicional del que deben ser convenientemente informadas las trabajadoras que se vean expuestas a sustancias peligrosas y otros agentes físicos, químicos o biológicos²⁹.

2.4 Medidas a adoptar para la protección de la seguridad y salud de la trabajadora y de su hijo

El artículo 5 de la Directiva 92/85 dispone que, si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad o la salud de la trabajadora, así como alguna repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones y/o del tiempo de trabajo, que la trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo. Si dicha adaptación no es posible o razonablemente exigible, deberá procederse a un cambio de puesto de trabajo de esta y, cuando dicho cambio tampoco sea posible o razonablemente exigible, la trabajadora será dispensada del trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad y salud.

Así pues, este artículo prevé, de forma escalonada, las medidas que debe adoptar el empresario para evitar cualquier riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora concernida. Antes de tratarlas por separado, conviene hacer las precisiones siguientes:

- La jerarquía de medidas de adaptación temporal que prevé dicho artículo debe conectarse con el artículo 6 de la Directiva marco 89/391, de modo que, aunque no se mencione expresamente en el primero, la medida prioritaria tiene que ser necesariamente la eliminación de los riesgos en su origen³⁰.

- La adopción de las medidas recogidas en el artículo 5 de la Directiva 92/85 es obligatoria para el empresario siempre que constate que en el puesto de trabajo existe un riesgo concreto para la salud de la trabajadora o para su embarazo o lactancia y ello con independencia del concreto alcance de dicho riesgo.

- Se trata de medidas necesariamente temporales pues se dirigen a evitar o disminuir los riesgos que puedan afectar a trabajadoras que se encuentran en una situación igualmente temporal.

- Son, además, medidas de naturaleza individual, es decir, referidas al puesto concreto ocupado por la trabajadora necesitada de protección, lo que implica que es presupuesto necesario para su adopción que el empresario sepa que la trabajadora se encuentra en alguna de las situaciones protegidas, de modo que la adopción de las medidas encaminadas a evitar o disminuir la exposición se producirá *ex post* a la comunicación al empresario de su estado por parte de la trabajadora³¹.

- Las medidas del artículo 5 de la Directiva 92/85 se enumeran de forma no exhaustiva, es decir, en ningún caso impiden la adopción de cualesquiera otras tendentes a evitar la exposición de la trabajadora al riesgo detectado³² y se articulan con carácter subsidiario unas de otras.

- El criterio que rige la prelación de las mismas es el de menor afectación posible al estatus laboral de la trabajadora, es decir, al desarrollo habitual de su prestación de servicios, aunque modulado por otras consideraciones, como la mayor o menor dificultad para la supresión o reducción del riesgo y, sobre todo, las posibilidades organizativas de la empresa³³.

- No obstante, aun cuando la elección de la medida concreta resulte condicionada por los criterios antes señalados, esta circunstancia nunca debe repercutir sobre el nivel de protección dispensado, que ha de tender siempre a evitar cualquier riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora o de su embarazo o lactancia, como se ve a continuación respecto de cada medida concreta.

2.4.1 Adaptación de las condiciones y/o el tiempo de trabajo

El artículo 5.1 de la Directiva exige al empresario que, detectado un riesgo, proceda, en primer lugar, a la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada durante todo el tiempo en el que se encuentre en cualquiera de las situaciones protegidas.

De este modo, puede seguir desempeñando su actividad laboral habitual con las adaptaciones necesarias, que pueden consistir, simplemente, en el ajuste de las características técnicas del puesto de trabajo, o bien afectar a condiciones laborales más esenciales o relevantes referidas al tiempo de trabajo (fundamentalmente horarios y turnos de trabajo), o a unas y otras simultáneamente.

Se trata, como ya se ha apuntado de la medida menos “agresiva” para el estatus laboral de la trabajadora, si bien, a pesar de su aparente sencillez, es la obligación más difícil de cumplir para el empresario habida cuenta del coste económico que puede suponer para el mismo³⁴.

2.4.2 Cambio de puesto de trabajo

En segundo lugar, dispone el artículo 5.2 que, siempre que la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo no fuera técnica y/o objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada³⁵.

La utilización de estos criterios de imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad, habituales en la normativa comunitaria, permiten tomar en consideración un amplio abanico de circunstancias económicas, técnicas y organizativas tendentes a evitar que el gravamen ocasionado al empresario por la adopción de dichas medidas no sea desproporcionado en relación a los beneficios que se persiguen, lo que sin duda llevaría a resultados contrarios a los fines perseguidos por la Directiva 92/85³⁶.

En todo caso, la apreciación de cuándo no resulta posible la adaptación, es decir, de la concurrencia de cualquiera de los motivos excluyentes antes señalados, no es libre para el empresario,

sino que debe acreditarse en todo caso de acuerdo con los criterios de “imposibilidad técnica y/o objetiva y de razonabilidad”.

Por tanto, no se contempla aquí una concreta manifestación del poder de organización del empresario, sino que, sólo ante la concurrencia de una imposibilidad plenamente justificada para mantener a la trabajadora en su puesto de trabajo, contempla la norma la obligación de garantizar a la trabajadora el cambio a un puesto de trabajo exento de todo riesgo, pero manteniendo esta intactos, como es obvio, todos los derechos inherentes a su contrato de trabajo³⁷.

2.4.3 Dispensa del trabajo

En tercer lugar, dispone el artículo 5.3 que, cuando dicho cambio de puesto de trabajo no resultara técnica y/o objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada quedará dispensada del trabajo durante todo el tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

Esta medida tiene así carácter subsidiario respecto de las recogidas en los dos apartados anteriores, por lo que sólo debiera resultar aplicable de forma excepcional, bien porque fuese la única forma de evitar riesgos para la salud de la trabajadora o de su hijo, bien porque resultara debidamente justificado que no ha sido posible la adaptación y que, además, no existe en la empresa ningún otro puesto de trabajo adecuado a tal fin. El coste económico de la adaptación o las retenciones empresariales a efectuar ajustes en la organización del trabajo (que puedan afectar a otros trabajadores de la empresa) no son razones suficientes para proceder a la dispensa del trabajo³⁸.

No obstante, si concurren las circunstancias exigidas, la dispensa opera de modo automático y ha de mantenerse hasta que desaparezcan los riesgos, lo que sucederá, en principio, cuando cesen las situaciones objeto de protección o cuando durante el transcurso de las mismas resulte posible la reincorporación de la trabajadora a un puesto de trabajo adecuado a su estado³⁹.

Como régimen jurídico mínimo aplicable a dicha situación, el artículo 11 de la Directiva establece lo siguiente:

La dispensa del trabajo no afectará a los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o prestación adecuada para la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia, aunque se deja a los Estados miembros la determinación de quién y cómo ha de asumir su coste, dentro de las posibilidades contempladas: retribución asumida exclusivamente por el empresario, por el sistema público, o distribución de la carga económica entre ambos, que compartirían así el coste económico de la medida. Lo que resulta claro es que en ningún caso podrá transferirse a la trabajadora la carga económica derivada de la no prestación de servicios⁴⁰.

Por lo que se refiere a la cuantía de dicha prestación, entiende la norma que habrá de ser adecuada, limitándose a fijar como umbral mínimo una cantidad equivalente a la que recibirá la trabajadora en caso de interrupción de su prestación de servicios por motivos de salud. Esta cuantía mínima ha sido razonablemente criticada, pues parece asimilar las situaciones de embarazo y maternidad a la de enfermedad⁴¹.

2.4.4 Prohibiciones de exposición

Por último, el artículo 5.4 de la Directiva 92/85 establece que en el caso de que una trabajadora embarazada o en período de lactancia estuviera desempeñando alguna de las actividades prohibidas a que se refiere el artículo 6 (agentes, procedimientos y condiciones de trabajo

enumerados en el anexo II de la norma), se aplicarán las medidas anteriormente señaladas *mutatis mutandis*.

En efecto, bajo la rúbrica de “prohibiciones de exposición” se prevé que las trabajadoras embarazadas no pueden verse obligadas, en ningún caso, a realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación, supongan un riesgo de exposición a atmósferas de sobrepresión elevada, a la rubeola y a la toxoplasmosis, al plomo y sus derivados, así como tampoco a realizar trabajos de minería subterránea. Por su parte, en las mujeres en período de lactancia sólo se pueden tener en cuenta los dos factores últimamente mencionados⁴².

Así pues, en estos casos, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para proteger la salud de la trabajadora embarazada o lactante ajustándose a la jerarquía del artículo 5, aunque con las adaptaciones necesarias. Resulta evidente que debe descartar la adaptación de las condiciones y/o del puesto de trabajo, pues la propia norma habla de prohibiciones de exposición y de actividades prohibidas.

Por ello, deberá acudir en primer lugar al cambio de puesto de trabajo y, en caso de imposibilidad técnica u objetiva, habrá de garantizarse a aquella la dispensa del trabajo durante todo el tiempo necesario para evitar cualquier riesgo para su salud⁴³.

Sobre este catálogo de medidas de protección recogidas en el artículo 5 de la directiva, se ha apuntado que la misma revela una notable inseguridad jurídica por lo que se refiere al orden de prelación de medidas que deben adoptarse cuando los resultados de la evaluación de riesgos constaten algún riesgo para la trabajadora. Y si ya surgen dudas acerca de lo que sea una imposibilidad objetiva, la imprecisión normativa es mucho mayor en cuanto a qué debe entenderse por motivos razonables; ¿acaso el coste económico que conlleva la adaptación o el cambio de puesto es razón suficiente para acudir directamente a la dispensa del trabajo?⁴⁴

Como reconoce el Parlamento Europeo, y la práctica así lo demuestra, la medida de dispensa es, con mucho, la más atractiva para el empresario. En efecto, por un lado evita los inconvenientes ligados a la adaptación o al cambio de puesto de trabajo que en muchos casos no sólo afectan a la trabajadora sino también a sus compañeros, exigiendo, a la postre, medidas organizativas de la empresa. Por otro lado, la dispensa libera al empresario de los costes económicos derivados de dichas adaptaciones o de la reubicación de la trabajadora⁴⁵.

En definitiva, la falta de concreción explícita de los criterios que permiten pasar de una a otra medida supone conceder al empresario un amplio margen de discrecionalidad y provocan que en la práctica la dispensa del trabajo sea la medida más utilizada tan pronto aparecen riesgos importantes⁴⁶.

Es evidente que ello puede suponer una situación no deseada para la trabajadora, no sólo porque se va a ver apartada indebidamente de su puesto de trabajo sino, y sobre todo, porque ello puede ir acompañado en muchos casos de una merma de sus ingresos económicos. Cabe, por supuesto, una eventual oposición de aquella a la decisión empresarial, debidamente justificada, pero no parece que resulte muy útil desde el momento en que se ha constatado la existencia de riesgos para la salud de la trabajadora o de su futuro hijo que es necesario conjurar lo más rápidamente posible⁴⁷.

Por ello, parece que lo ideal (además de lo más adecuado a la luz del principio general de eliminación de riesgos en su origen que recoge la directiva marco) hubiera sido establecer claramente la obligatoriedad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo, pero liberando al empresario de los costes ligados a dicha medida que habrían de ser asumidos por los Estados miembros. O, en su defecto, haber dado prioridad al cambio de puesto de trabajo frente a la

adaptación y sólo en caso de imposibilidad objetiva debidamente justificada permitir la dispensa del trabajo⁴⁸.

2.5 El trabajo nocturno

La Directiva 92/85/CEE otorga al trabajo nocturno un tratamiento diferenciado respecto del resto de agentes, condiciones y procedimientos del trabajo, cuya presencia supone un riesgo para la salud de la trabajadora o para su embarazo o lactancia. Esta circunstancia se explica por el hecho de que, durante mucho tiempo, el trabajo nocturno estuvo incluido dentro de las prohibiciones genéricas de acceso a las mujeres a ciertos tipos de trabajos, sobre la base de una pretendida protección de la mujer como si fuese el “sexo débil”⁴⁹.

El artículo 7 de la directiva dispone, en esencia, que la trabajadora (durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto a determinar por cada Estado miembro) no puede ser obligada a realizar trabajo nocturno, cuando ello sea necesario para proteger su salud o la de su hijo, en su caso. Concurriendo esta circunstancia, las medidas a adoptar consistirán en el traslado de la trabajadora al turno diurno, y sólo cuando dicho traslado no sea técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, habrá de concederse a la trabajadora una dispensa del trabajo que podrá consistir, en su caso, en una prolongación de su permiso de maternidad⁵⁰.

A propósito de esta regulación cabe hacer las siguientes consideraciones:

1) Por un lado, la directiva, como ya se ha apuntado, no consagra la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, que han dado a luz o que se encuentran en período de lactancia, sino que establece el derecho de estas a rechazar el horario nocturno cuando ello pueda suponer un riesgo para su salud o la de su hijo⁵¹.

2) Por otro lado, de la redacción del precepto parece deducirse que el trabajo nocturno plantea en sí mismo un riesgo para las trabajadoras que se encuentren en alguna de las situaciones protegidas por la norma sin necesidad de evaluación específica previa que así lo determine, aunque su prohibición queda condicionada a la exigencia de un certificado médico que acredite tal circunstancia⁵².

3) Por último, conviene indicar que el traslado de la trabajadora del turno nocturno puede resultar igualmente una medida necesaria para evitar determinados riesgos para su seguridad y salud conforme a los artículos 5 y 6 de la Directiva 92/85/CEE⁵³.

2.6 Otros derechos de la trabajadora

Junto a la regulación referida propiamente a la protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia, la norma incluye una serie de preceptos relativos a diversos aspectos laborales que afectan a la trabajadora mientras se encuentra en alguna de las situaciones mencionadas, en particular, en lo que se refiere a los permisos y licencias y a la protección frente al despido. Ello tiene como finalidad integrar otros aspectos de política social y de empleo relacionados con el principio de igualdad entre hombres y mujeres en las políticas de salud laboral.

Por ello, la directiva aborda, aunque con excesiva timidez, otros aspectos ligados a la maternidad distintos de la estricta protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia, a saber:

- En primer lugar, en su artículo 9 reconoce a la trabajadora embarazada el derecho a disfrutar de permisos retribuidos para la realización de exámenes prenatales que tengan lugar durante el horario de trabajo, en los términos que establezcan las legislaciones y/o prácticas nacionales.

- Igualmente, la directiva se ocupa en su artículo 8 del permiso de maternidad, otorgando a la trabajadora embarazada, que ha dado a luz recientemente o en período de lactancia el derecho a disfrutar de un permiso de catorce semanas ininterrumpidas, como mínimo, por razón de maternidad, distribuidas antes o después del parto, de las cuales solamente dos tienen carácter obligatorio para aquella⁵⁴. La eficacia real de la protección otorgada a través de dicho permiso depende, evidentemente, del nivel de remuneración garantizado durante su disfrute, punto en el cual la regulación de la norma es muy insuficiente pues se limita a garantizar a la trabajadora una remuneración adecuada equivalente, como mínimo, a la que recibiría aquella en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud. Sin embargo, no fija con criterios precisos un nivel mínimo de remuneración, lo que da lugar a que, en la práctica, existan diferencias importantes de uno a otro Estado miembro e incluso entre diferentes categorías de trabajadoras en un mismo país⁵⁵. Este permiso de maternidad persigue una doble finalidad: por un lado, proteger la salud de la trabajadora, garantizando su plena recuperación y, por otro fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar permitiendo a la madre o al padre (pues aquella puede compartir dicho permiso con este) atender al cuidado de su hijo recién nacido⁵⁶.

- Finalmente, el artículo 10 de la directiva recalca que será ilegal todo despido de una trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia que tenga lugar durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por el derecho interno y, en su caso, siempre que la autoridad nacional competente haya dado su acuerdo a dicho despido.

Esta disposición descansa sobre dos reglas básicas: por un lado, la prohibición de despedir a la trabajadora desde el comienzo de su embarazo (siempre que haya comunicado su estado al empresario conforme al artículo 2) y el final del permiso de maternidad, salvo en aquellos supuestos excepcionalmente no ligados a su estado, en cuyo caso el despido deberá motivarse por escrito; por otro lado, corresponde a los Estados miembros determinar los supuestos de excepción admitidos así como prever los recursos procedentes contra los despidos ilegales o prohibidos⁵⁷.

3 A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya se ha apuntado, la Directiva 92/85/CEE es una norma de salud laboral, nacida al amparo de la Directiva marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, del Consejo, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Sin embargo, también se ha dicho que supone el primer intento para lograr que el principio de igualdad se integre plenamente en las políticas de salud laboral en consonancia con los actuales postulados del *mainstreaming* comunitario. Por ello, la directiva combina medidas dirigidas a la protección de la salud de la madre trabajadora y del feto y/o recién nacido en las situaciones asociadas a la maternidad con aquellas dirigidas a la protección de otros derechos laborales de la trabajadora.

Sin embargo, conviene señalar que es precisamente al abordar estas cuestiones cuando se ponen especialmente de manifiesto las insuficiencias de regulación de la directiva, lo que se debe, en gran parte, al rechazo mostrado por diversos Estados miembros al hecho de que la norma tuviese en cuenta las relaciones existentes entre la salud laboral y otras políticas sociales, en particular las políticas de igualdad y el principio de no discriminación entre hombres y mujeres en materia de empleo.

Este peculiar carácter “híbrido” de la directiva hizo que naciera ya con un consenso muy débil, pues algunos Estados miembros sólo prestaron su consentimiento para la aprobación de la misma bajo el compromiso de que sería modificada a más tardar en el año 1997⁵⁸.

No obstante, no fue hasta 1999 cuando la Comisión presentó un informe sobre la aplicación de la norma por los Estados miembros en el que se limitó a hacer un repaso por las legislaciones nacionales, eludiendo la cuestión de la revisión de la directiva. En el año 2000, el Parlamento Europeo⁵⁹ realiza una revisión crítica de la directiva apuntando una serie de indicaciones para la modificación de la misma, pero no será hasta el año 2008 cuando finalmente la Comisión presente una propuesta de modificación de la directiva, centrada básicamente en mejorar los derechos a protección y empleo de las trabajadoras embarazadas, que acababan de dar a luz y/o lactantes, además de contribuir a una mejor conciliación de su vida profesional, familiar y privada⁶⁰.

El punto más delicado de esta propuesta pretendía aumentar el período mínimo de maternidad de 14 a 18 semanas, manteniendo el salario íntegro de la trabajadora (siendo 6 semanas de disfrute obligatorio tras el parto). A su vez, el Parlamento Europeo aprobó (en sesión plenaria de 20 de octubre de 2010) una enmienda para, entre otras medidas, elevar el permiso mínimo de 18 a 20 semanas. Y es, a partir de entonces, cuando la propuesta de directiva quedó paralizada en el Consejo, hasta que, en el año 2015, la Comisión anunció la retirada de la propuesta si no había algún progreso, como así sucedió finalmente.

Por último, el pasado 26 de abril, la Comisión ha lanzado una nueva iniciativa en la que se adopta una perspectiva más amplia “a fin de mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores preservando los derechos ya existentes”⁶¹. Para ello, elabora una proposición de directiva en la que, en esencia, propone las siguientes medidas⁶²:

- Flexibilizar el disfrute de un permiso parental (remunerado) con posibilidad de hacerlo a tiempo parcial, hasta que el niño cumpla los doce años.
- Derecho a diez días laborales (remunerados) de permiso de paternidad.
- Derecho a 5 días anuales de permiso (remunerado) para el cuidado de familiares enfermos y dependientes,
- Derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para los padres de niños menores de 12 años y trabajadores con responsabilidades familiares.

En fin, la Directiva 92/85 CEE acaba de cumplir 25 años y no se ha reformado desde entonces, ni parece que vaya a serlo en un futuro cercano. De este modo, se siguen perdiendo oportunidades para mejorar la regulación en materia de seguridad y salud de la mujer trabajadora, especialmente por lo que se refiere a la adopción de las medidas del artículo 5 y a la ampliación del tiempo mínimo de permiso de maternidad, con la finalidad esencial, en ambos casos, de conciliar el derecho a la seguridad y salud con el derecho al empleo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que se encuentra en período de lactancia.

4 BIBLIOGRAFÍA

- CSIC. *Manual de buenas prácticas de trabajo durante el embarazo y lactancia*. <http://www.dicat.csic.es/dicat/es/servicios-en-la-delegacion/documentacion-disponible-del-i-plan-de-igualdad/192-buenas-practicas-de-trabajo-durante-el-embarazo-y-la-lactancia>.
- Garrigues Giménez, A. 2004. «Maternidad y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y laboral*, 162.
- Instituto de la Mujer. 2002. *Guía de buenas prácticas para la mejora de la seguridad y salud en el trabajo por razones de reproducción y maternidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- Masselot, A. 2002. «La CJCE et les droits des salariées enceintes dans le cadre d'un contrat de durée déterminée», *Droit Social*, 4.
- Montoya Melgar, A. 2000. «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, 13.
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.ª 2000. *Maternidad y salud laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez del Río y Ballester Pastor, A. 2000. *Mujer y salud laboral*. Madrid: La Ley.
- Sáez Lara, C. 2004. *Mujer y Trabajo*. Madrid: Fundación Alternativas.
- Sempere Navarro, A. V. et al. 2001. *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*. Madrid: Civitas.
- Vogel, L. 1997. «La transposición de la directive 92/85/CEE relative à la sécurité et à la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes», *Newsletter du BTS*, 6. www.hesa@etu-rehs.org.
- Vogel, L. 2003. *La sante des femmes au travail en Europe*. Bruxelles: BTS.

5 ANEXO

- 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 (décima directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), DO L 348, de 28 de noviembre de 1992.
- Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo), COM (2000) 0466 final.
- Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones sobre igualdad entre hombres y mujeres, 2004, COM (2004) 0115 final.
- Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones sobre igualdad entre hombres y mujeres, 2005, COM (2005) 44 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, COM (2017) 252 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones de 26 de abril de 2017, COM (2017) 252 final, “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores”.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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, COM (2008) 637 final.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, COM (2017) 253 final.
- Informe del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, AS-0155/2000.

NOTAS

- 1 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, COM (2017) 252 final.
- 2 Vogel, 2003: 67.
- 3 Montoya Melgar, 2000: 2.
- 4 Por todas, STJCE de 4 de diciembre de 1997 (Comisión vs. República Italiana), TJCE 1997, 254 y STJCE de 13 de marzo de 1997 (Comisión vs. República Francesa), TJCE 1997, 52, en relación con la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres.
- 5 Comunicación de la Comisión “Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad”, COM (2002) 118 final.
- 6 Directiva 92/85CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y 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 de 1992.
- 7 Vogel, 2003: 83.
- 8 Montoya Melgar, 2000: 3.
- 9 Garrigues Giménez, 2004.
- 10 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 23.

- 11 Vogel, 1997.
- 12 Garrigues Giménez, 2004: 11.
- 13 Garrigues Giménez, 2004: 12.
- 14 Vogel, 1997.
- 15 Garrigues Giménez, 2004: 12.
- 16 Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo), COM (2000) 466 final.
- 17 Garrigues Giménez, 2004: 14.
- 18 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 52 y 53. En análogo sentido, Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 79.
- 19 Comunicación de la Comisión sobre las directrices..., ya citada.
- 20 Garrigues Giménez, 2004: 15.
- 21 Garrigues Giménez, 2004: 15.
- 22 Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo),
- 23 Garrigues Giménez, 2004: 16.
- 24 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 61.
- 25 Comunicación de la Comisión sobre las directrices..., ya citada.
- 26 Garrigues Giménez, 2004: 13.
- 27 Comunicación de la Comisión sobre las directrices..., ya citada.
- 28 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 17.
- 29 Comunicación de la Comisión sobre las directrices..., ya citada.
- 30 Vogel, 1997. Añade el autor que es criticable que la norma comunitaria no haya insistido en esta circunstancia. La prioridad para el empresario debe ser siempre dirigir su actividad preventiva a la eliminación en su origen de los riesgos para la salud de la trabajadora, y de su hijo y sólo cuando ello no sea posible deberá acudirse a las medidas de adaptación temporal. En cambio, la Comunicación de la Comisión sí reconoce que la actividad preventiva en esta materia debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los principios preventivos en la directiva marco.
- 31 Garrigues Giménez, 2004: 17.
- 32 Sempere Navarro y *et al.*, 2001: 237.
- 33 Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 27.
- 34 Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 18.
- 35 Resulta obvio que, aunque el artículo 5 de la directiva se refiere únicamente a estas razones para descartar la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo, se procederá igualmente al traslado de puesto en el caso de que dicha adaptación fuese insuficiente para evitar o reducir la exposición de la trabajadora a los riesgos detectados respecto de su salud o la de su futuro hijo, pues lo contrario supondría desconocer el principal objetivo de la norma.
- 36 Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 28.
- 37 Montoya Melgar, 2000: 6.
- 38 Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 29.
- 39 Garrigues Giménez, 2004: 23.
- 40 Moreno Gené y Romero Burillo, 2000: 29.
- 41 Vogel, 1997: 87.
- 42 Recuérdese, en todo caso, que se trata de una enumeración no exhaustiva y que la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros contemplan otros muchos factores distintos de los listados en el anexo II. Así, en nuestro país, *vid* el Real decreto 298/2009, de 6 de marzo, que traspone los anexos de la directiva, incorporándolos en el Reglamento 39/1997, de 17 de enero, de los Servicios de Prevención.
- 43 Garrigues Giménez, 2004: 26.
- 44 Vogel, 2003: 124.
- 45 Informe del Parlamento Europeo sobre el Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, A5-0155/2000.
- 46 *Ibidem*.
- 47 Garrigues Giménez, 2004: 34.
- 48 Informe del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, ob. cit.
- 49 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 23.
- 50 El artículo 7 de la Directiva reza así:

"Trabajo nocturno:

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o la salud de la trabajadora afectada.
 2. Con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, las medidas contempladas en el apartado 1 deberán incluir la posibilidad:
 - a) del traslado a un trabajo diurno, o
 - b) de una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.
- 51 Vogel, 2003: 143.
- 52 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 26.
- 53 Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Bruselas, 15 de marzo de 1999, COM (1999) 100 final.
- 54 Este permiso de maternidad, de titularidad individual para la mujer (aunque pueda transferirlo al otro progenitor) es distinto del permiso de paternidad, actualmente previsto en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (DO L 68, de 18 de marzo de 2010). Tampoco debe confundirse con el permiso parental que reconoce esta misma directiva y que es un derecho de titularidad indistinta para el padre y la madre, aunque no retribuido, que les permite ocuparse de sus hijos hasta que cumplan 12 años. En España, éste último, se ha traspuesto como derecho a solicitar una excedencia para el cuidado de hijo o una reducción de jornada; sin remuneración, en ambos casos.
- 55 Vogel, 2003: 146.
- 56 Pérez del Río y Ballester Pastor, 2000: 28.
- 57 Cabe señalar que, conforme a la jurisprudencia del TJCE, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, prohibida ya por la Directiva 76/207. Sin embargo, esta norma sólo contenía una referencia indirecta al embarazo y a la maternidad, por lo que la Directiva 92/85 ha venido a reforzar la base jurídica, ahora ya fuera de toda duda, con la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204 de 26 de julio de 2006). Sobre esta materia, resulta de especial interés la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16.
- 58 Vogel, 1997.
- 59 Informe del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, A5-0155/2000.
- 60 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, COM (2008) 637 final.
- 61 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones de 26 de abril de 2017, COM (2017) 252 final, "Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores".
- 62 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, COM (2017) 253 final.