

UNIVERSIDAD MIGUEL HÉRNANDEZ



La Prevención de los menores, embarazadas y trabajadores especialmente sensibles en la LPRL

**Máster Universitario en Prevención de Riesgos Laborales
Curso académico 2019-2020**

Director: José Rifé Fernández.
Alumno: Samuel Albert López.

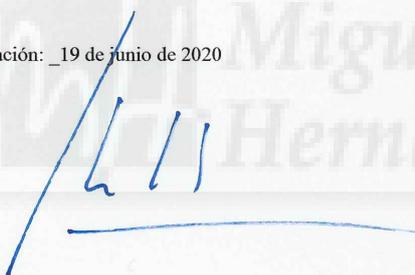


**INFORME DEL DIRECTOR DEL TRABAJO FIN MASTER DEL
MASTER UNIVERSITARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS
LABORALES**

D./D^a. JOSE AGUSTIN RIFE Y FERNANDEZ – RAMOS Tutor/a del Trabajo Fin de Máster, titulado ‘ LA PREVENCIÓN DE LOS MENORES, EMBARAZADAS Y TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES EN LA LPRL_’ y realizado por el estudiante D. SAMUEL ALBERT LOPEZ.

Hace constar que el TFM ha sido realizado bajo mi supervisión y reúne los requisitos para ser evaluado.

Fecha de la autorización: _19 de junio de 2020



Fdo.: _José Agustín Rifé y Fernández-Ramos
Tutor/a TFM

MASTER UNIVERSITARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
Campus de Sant Joan - Carretera Alicante-Valencia Km. 87
03550 San Juan (Alicante) ESPAÑA Tfno: 965919525

E-mail: masterprl@umh.es

ÍNDICE

	Página
1. Agradecimientos	4
2. Resumen	5
3. Justificación	6-9
4. Introducción	10
5. Objetivos	11
6. Protección de los menores en la LPRL ¹	12-35
7. Protección de las embarazadas en la LPRL	35-54
8. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la LPRL	54-63
9. Material y Métodos	63-64
10. Resultados y discusión	65-66
11. Conclusiones	66-67
12. Bibliografía	68-71

¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

1.- Agradecimientos

Una vez llegado a este punto final del trabajo, y habiendo conseguido los objetivos esperados en el mismo, cosa que no ha sido fácil en absoluto, y más debido a las horas a las cuales he podido desarrollar éste, por tanto me gustaría pasar a agradecer a las siguientes personas:

- A mis padres, hermana y abuela por haberme apoyado para la realización de éste trabajo, bueno y en general durante todo el máster. Además, les agradezco que hayan aguantado el mal carácter que suelo tener cuando he estado llevando a cabo el desarrollo del presente.
- A mis amigos/as, ellos siempre apoyan las decisiones que he tomado, y me han ayudado cuando no he sabido como salir con sus aportaciones.
- A mi tutor, José Rifé Fernández, por haberme orientado de una manera tan profesional, y cuyas aportaciones me han servido para ir mejorando el trabajo realizado.
- Finalmente, al Director del Máster Antonio Cardona Llorens, por su dirección en el Máster, demostrando una gran competencia en el campo de estudio, y en general al resto de profesores.

Muchas gracias a todos, ya que sin todas estas partes hubiese sido muy difícil haber llegado hasta aquí.

2.- Resumen

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, así como determinada legislación laboral exige que el empresario lleve a cabo la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que dependen de éste, ya que sin ésta se verían totalmente desprotegidos, y ello conllevaría que hubiesen muchos más casos de accidentes y enfermedades, debido a la falta de medidas necesarias.

En el presente trabajo, se va a desarrollar la dicha exigencia de protección pero frente a una serie de colectivos, que por sus características son más sensibles que el resto de trabajadores. Éstos colectivos son los menores, las embarazadas y los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

Por lo tanto, se irá determinando punto por punto cada caso concreto, y como lo trata la legislación en la actualidad, disponiendo de esta forma como hay que atender a cada uno de estos grupos. De hecho lo que se pretende con el presente trabajo es tener un enfoque mucho más claro, práctico y sencillo para entender que circunstancias concretas tiene cada uno de éstos trabajadores.

Finalmente, también se tratará la jurisprudencia más importante en cada uno de los colectivos afectados, siempre y cuando sea necesario para aclarar situaciones concretas o de mayor relevancia.

PALABRAS CLAVE: Protección, Seguridad, Menores, Embarazadas, Sensibles, Prevención.

3.- Justificación

El presente trabajo tiene como objetivo la sensibilización de ciertos colectivos vulnerables en las relaciones laborales, como son los menores, las embarazadas y los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. Por ello, lo que se pretende es dar un enfoque de como están reguladas dichas situaciones en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, como en el resto de la legislación laboral que le sea de aplicación.

Hay que tener presente, que nos encontramos en un modelo productivo en el cual se está ante situaciones que pueden poner en riesgo la seguridad y salud de todos los trabajadores, siendo por ello necesario que haya una regulación que proteja dichas circunstancias, sobre todo en los colectivos expuestos en el párrafo anterior debido a sus peculiaridades.

Con este trabajo se quiere dejar de manifiesto es como en la actualidad la legislación tiene una extensa protección hacía dicho grupo de personas, con sus correspondientes consecuencias administrativas así como judiciales, por el incumplimiento por parte del empresario de la protección que les tiene que brindar, por sus características especiales. Con lo cual , se procederá a analizar el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dicho trabajo se justifica en cada uno de estos grupos por un motivo distinto, el cual se pasa a analizar:

- En el caso de los trabajadores menores hay una falta de experiencia que se tendría que suplir con la formación, y debido a esta falta de experiencia hace que éstos tengan una protección especial ². De hecho, la mayoría de empresas ni forman a los menores, ni les realizan los reconocimientos médicos.

² Instituto Nacional de Seguridad Salud en el Trabajo.

- Las mujeres aunque en el presente trabajo se hablará de las mujeres embarazadas, y ya con ello queda más justificado su protección especial. Pero, hay que dejar claro que la introducción de la mujer en el mercado laboral es cada vez mayor, con lo cual interesa que se proteja en ciertos extremos, como es el que se analiza en el caso expuesto (embarazo). A continuación, se puede observar dicho aumento en el mercado laboral:

Figura 1.- Estadística de población activa de mujeres años 2006-2019

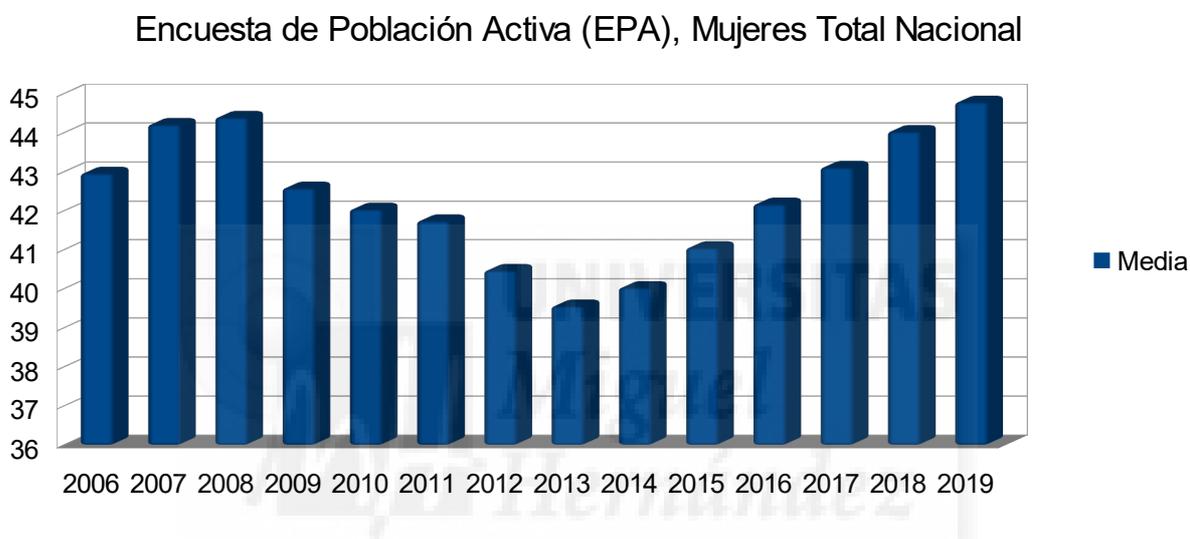
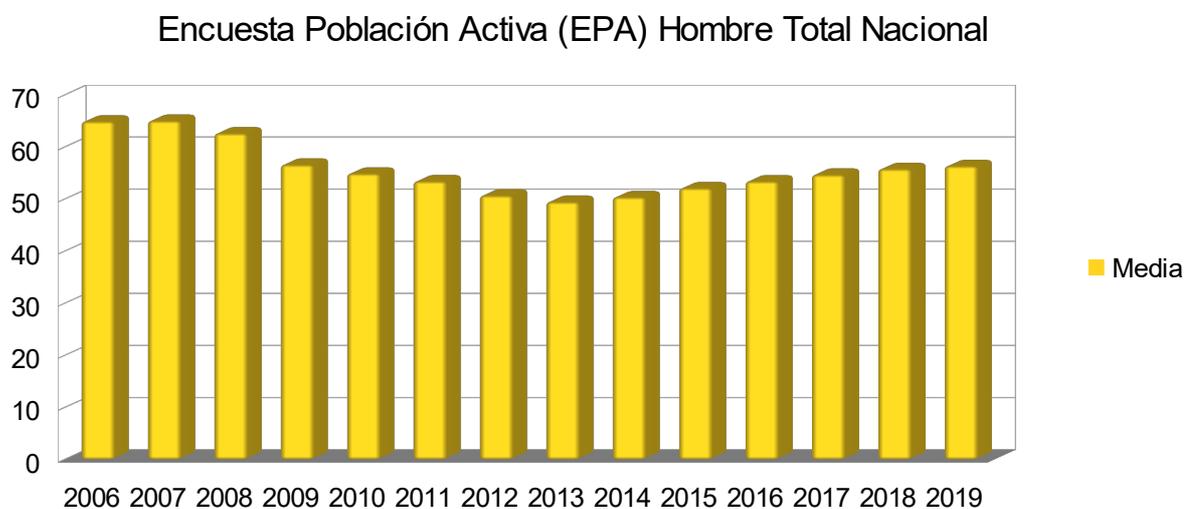


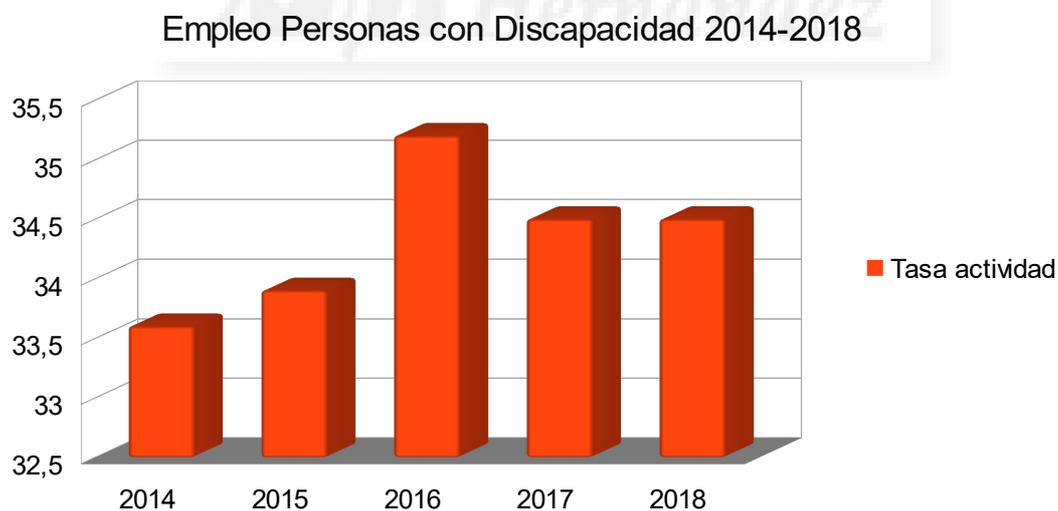
Figura 2.- Estadística población activa de hombres años 2006-2019



De acuerdo con los datos proporcionados por el INE³, aunque los datos dejan claro que hay una población de hombres superiores al de mujeres, la media de éstas ha ido aumentando. Además, durante los años 2009-2015 debido a la situación de dificultad económica que ha sufrido España las medias bajan en ambas encuestas, pero claramente se recupera mucho mejor a partir de 2016 en el caso de las mujeres ya que superan los niveles de los años de crisis económica, siendo menor en el caso de los hombres.

- Finalmente, está el caso de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y en este caso nos centraremos en las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, los cuales necesitan de dicha protección especial debido a que sus derechos se ven vulnerados con mayor frecuencia, de hay la necesidad de esta protección⁴. A esto hay que añadir que la población de trabajadores activos es menor, según los datos que aporta el INE del año 2018 (actualizados en 2019):

Figura 3.- Estadística de población activa con discapacidad año 2014-2017



3 Instituto Nacional de Estadística.

4 Sonía García 2016, Protección Jurídica de las personas con Discapacidad, Balance Sociosantio.

Hay que dejar claro, que esta tasa de empleo aunque en principio parece que puede ser igual al resto de trabajadores, no es así, ya que el total de población de personas con discapacidad es menor, siendo en el año 2017 de 1.860.600 (datos actualizados en 2019), siendo solo el 6,2% de la población total en edad laboral (estando activos solo 651.700, es decir el 2,17%⁵.

Debido a todas las cuestiones examinadas en los párrafos anteriores, se va a ir analizando cada caso particular regulados en los artículos 25,26 y 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, además de tener presente el resto de legislación que se irá desarrollando en cada apartado, así como la doctrina y jurisprudencia que afecten a tales casos.



5 Son las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% y asimilados (Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre)

4.-Introducción

Debido al constante cambio en la sociedad, los modelos productivos han cambiado, lo cual conlleva que la legislación vaya adaptándose a éstos, y por ello cada vez más las empresas tienen que proteger a los trabajadores que están a sus servicios, debido a que hay más riesgos que coartan la seguridad y salud de los mismos.

Hay que tener en cuenta que las empresas no siempre llevan a cabo las actividades necesarias para proteger a los trabajadores, incumpliendo la normativa que se tiene que aplicar a cada caso concreto, y es por ello que la administración tendrá que emplear las medidas necesarias para que la empresa cumpla con la legislación vigente.

Por ello, el presente trabajo pretende dar un enfoque teórico-práctico de como se regula la protección de los trabajadores, pero en esta ocasión centrándose en un grupo muy específico, pero que a la vez es el más sensible a estos cambios, como son los menores, las embarazadas y los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales). Para ello, el presente trabajo se centrará en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pero también en otra normativa que contiene las particularidades de cada caso, así como las armas que posee la administración para que se cumpla la protección de dichos trabajadores.

Finalmente, se dará respuesta a la doctrina y jurisprudencia sobre cada uno de los grupos que se tratan en estas páginas, todo ello para dar un mayor apoyo y entendimiento a la legislación que se va a ir explicando, y además, para que se conozca cuales son las interpretaciones judiciales en cada momento.

5.- Objetivos

El trabajo que se presenta, parte de la base de que se pueda entender y conocer la protección de los colectivos que son más vulnerables⁶ ante una relación laboral debido a sus condiciones características, con lo cual aquí lo que se pretende es lo siguiente:

1. Sensibilizar al lector de la especial protección que precisan dicho grupos, por sus particularidades.
2. Conocer la legislación aplicable a nivel nacional, en especial atención a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como el resto de normativa dedicada a la temática del presente trabajo (Ley 5/2000, de 4 de agosto, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, etc.).
3. Conocer y estudiar la doctrina y jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comunitaria, en referencia a la legislación nacional.
4. Explicar como actúa la Administración en caso de incumplimiento de la empresa, aunque este objetivo ya se encuadra en los objetivos segundo y tercero del presente trabajo, hay que explicarlo como algo independiente de la normativa sobre protección en prevención de riesgos laborales.
5. Dar al lector unos conocimientos teórico-prácticos sobre el tema a tratar, es decir sobre la protección necesaria en cada caso concreto del trabajo.

⁶ Entiéndase los ya expuestos en los apartados anteriores, es decir menores, embarazadas, y trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

6.- Protección de los menores en la LPRL

Como se ha comentado en los apartados anteriores los menores son unos de los colectivos que requieren de una protección especial frente a la empresa, pero antes de entrar en profundidad en dicha cuestión, hay que dejar claros una serie de preceptos que son muy importantes para el desarrollo del presente punto.

1.- Legislación aplicable.

La normativa es muy amplia, pero para debido al tema a tratar se destaca la siguiente:

- Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Decreto de 26 de Julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibido a mujeres y menores por peligrosos o insalubres⁷.
- Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada a publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.
- La Constitución Española.

2.- Mayoría de edad en España.

⁷ Solo aplicable a menores mientras no se desarrolle las previsiones que contiene el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. En el caso de las mujeres está derogado según se establece en la disposición derogatoria segunda de la citada Ley.

El punto de salida del presente punto del trabajo, es conocer cual la edad para determinar cuando se está hablando de un trabajador que es mayor o menor de edad en España. Para ello, hay que estar a lo establecido en el artículos 315, 321 y 322 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, y el artículo 12 de la Constitución Española.

Artículo 315 : *“ La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”.*

Artículo 321: *“También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare”.* Este caso será desarrollado más a fondo en el apartado correspondiente, explicando dicho caso en particular.

Artículo 322: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.*

Artículo 12 de la Constitución Española.

“Los españoles son mayores de edad a los 18 años”.

Por lo tanto, se deja clara que un menor de edad en España es todo ciudadano que tenga menos de 18 años. Pero, esto abre otra cuestión que habrá que darle respuesta, solo habla de los españoles, ¿qué ocurre con los extranjeros que trabajan en España, se aplica el mismo criterio?, para ello hay que ver lo que dispone el artículo 13.1 de la CE⁸.

Artículo 13.1 de la Constitución Española.

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”.

Dejando con ello claro que se tendrá por igual tanto a Españoles como extranjeros, para determinar la mayoría de edad.

3.- Regulación de los Menores de edad en el Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y legislación complementaria.

Se empieza analizando el Real Decreto 2/2015, de 23 de noviembre, debido a que es el texto normativo donde se desarrolla el trabajo de menores y la capacidad de contratar, regulados en los artículos 6 y 7 del mismo.

8 Constitución Española

En primer lugar, el artículo 6 del Real Decreto 2/2015, de 23 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante Estatuto de los trabajadores o ET), establece el trabajo a los menores de edad, prohibiendo su admisión a los menores de 16 años, solo permitiendo que sean menores de dicha edad cuando intervengan en espectáculos públicos, pero con autorización de la autoridad laboral, por escrito y para actos determinados.

Por otro lado, en ese mismo artículo se prohíbe que los menores de edad realicen trabajos nocturnos, puestos de trabajo o actividades que estén limitados para su contratación conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y horas extraordinarias.

Artículo 6. Trabajo de los Menores.

“1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.

2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables.

3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.

4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”.

En segundo lugar, el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores regula la capacidad para ser contratado, es decir quien puede prestar servicios ante una empresa. Dándose varios supuestos, tal y como se mostrará a continuación:

Artículo 7. Capacidad para contratar.

“Podrán contratar la prestación de su trabajo:

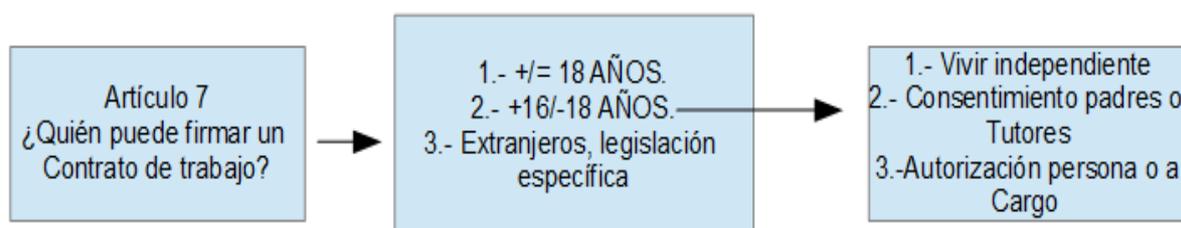
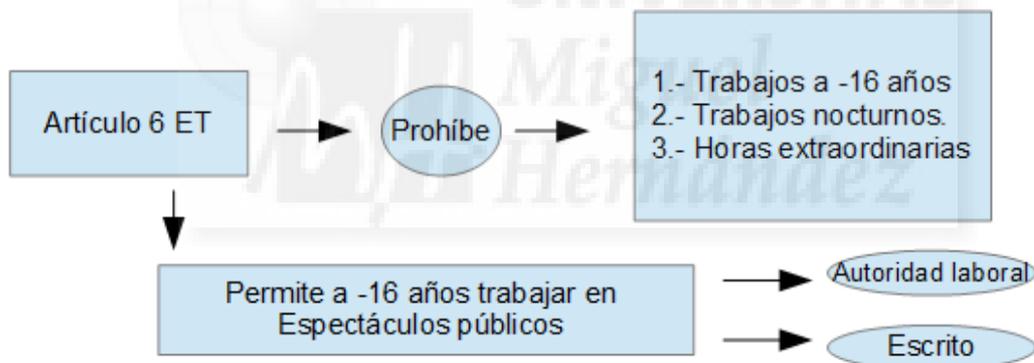
a) *Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.*

b) *Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.*

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c) *Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.*

Dada la multiplicidad de factores a tener en cuenta, a continuación se expone un pequeño esquema explicativo:



Con ello queda claro, cuando se puede proceder a firmar un contrato de trabajo y con que condiciones, así como cual es la edad mínima para poder desarrollar un trabajo, según establece la normativa vigente.

En segundo lugar, y para completar dicho apartado hay que dejar claro como se regula el caso de los menores de edad extranjeros, para ello hay que estar a lo establecido en primer lugar, en el artículo 10.1 de las LOEX⁹, y posteriormente en el artículo 36.1 del citado texto legal.

Artículo 10.1. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.

“1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

Artículo 36.1. Autorización de residencia y trabajo.

“Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

Hay que dejar claro antes de continuar con el presente apartado, que se está hablando de extranjeros no comunitarios, ya que solo se le aplica la LOEX a éstos¹⁰, los comunitarios tienen los mismos derechos que los Españoles en referencia a actividades económicas tanto por cuenta propia como ajena, simplemente solicitando su inscripción en el Registro Central Extranjeros, siempre que obtenga el correspondiente certificado de

⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social.

¹⁰ Solo se le aplica la LOEX a los extranjeros comunitarios en aquellos aspectos que le puedan ser más favorables, según el artículo 1.3.

registro.

Continuando con los artículos anteriormente citados, se puede ver que tanto los Españoles como los extranjeros sean o no comunitario pueden empezar a trabajar a partir de los 16 años, cada uno realizando los trámites que correspondan según la legislación aplicable al caso.

Finalmente, queda por tratar el tema del trabajo por cuenta ajena de menores, pero por ahora solo se dejará clara la posición con respecto a la normativa que lo regula, y sus condiciones. Posteriormente en el apartado correspondiente, se verá la evolución normativa que ha sufrido este grupo de trabajadores y algunos criterios judiciales.

Para poder trabajar como autónomo solo se puede ejercer a partir de los 16 años, tal y como establece el artículo 9.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, con la excepción de los menores en espectáculos públicos los cuales se acogerán a lo dispuesto en el artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores, según se establece en el apartado segundo del artículo del 9.2 de la normativa citada, en referencia al trabajador autónomo.

Artículo 9.- Protección de menores (Ley 20/2007, 11 de julio).

“1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares.

[...]”

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, a efectos prácticos la Tesorería General de la Seguridad Social no permite que los menores de 18 años puedan proceder a realizar el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, ni con la autorización expresa de los padres o tutores legales. Su criterio se basa en lo establecido en el Decreto 2530/1970, de 20 de Agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (artículo 3), así como lo expuesto en el artículo 7.3 b) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto

refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 3. Sujetos incluidos (Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto).

“Estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes...”.

[...]

Artículo 7. Extensión del campo de aplicación (Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre).

“1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

[...]

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo.

[...]

Como se observa hay un choque normativo debido a que toda la legislación expuesta está actualmente en vigor, por lo cual la administración (TGSS¹¹) ha optado por el criterio de la mayoría de edad para el ejercicio de una actividad por cuenta propia. Por lo cual, a día de hoy se tiene que seguir este criterio, debido a la falta de jurisprudencia sobre el tema en cuestión.

Aún así, después de todo lo expuesto hay que dejar constancia en este trabajo de

11 Tesorería General de la Seguridad Social

varios artículos del Estatuto de los trabajadores que van dirigidas a la protección del menor de edad, como son el 34.3, 34.4 y el 37.1 en los cuales se regulan el tiempo de trabajo, siendo de mucha importancia debido a que se puede observar como se procede por parte del legislador a una protección total de los trabajadores limitando su duración en el lugar de trabajo.

Artículo 34 Jornada.

“[...]

3. *Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.*

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos”.

4. *Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.*

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

[...]”.

Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos.

“1. *Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.*

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas”.

Por lo tanto, tenemos claro que a los menores:

- 1.- Se les prohíbe las jornada superior a 8 horas diarias.
- 2.- Un período de descanso de 30 minutos, siempre que la jornada al día de forma continua diaria supere las cuatro horas y media.
- 3.- El descanso semanal será de dos días de forma continua.

Para acabar con dicho apartado no hay que olvidar el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, en el cual se expone en su artículo 1.3 que las disposiciones de los capítulos I (Disposiciones Generales), capítulo II (Ampliaciones de jornada) y capítulos IV (Trabajo nocturno) solo se aplicarán a los trabajadores mayores de edad.

Aún así todo esto es la parte teórica, en la práctica la mayoría de las empresas incumplen dicha normativa, la cual será sancionada tal y como se expondrá en el apartado correspondientes a infracciones y sanciones que se desarrollará más adelante.

4.- Protección de los Menores en la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Una vez que se ha dejado claro como está regulado el tema de los menores en una relación laboral, ya se entra en la materia más importante del presente trabajo, que es su protección como uno de los grupos de trabajadores más sensibles. Para ello en primer lugar, hay tener en cuenta lo que se expone el artículo 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y posteriormente toda la legislación que desarrolla el tema.

Artículo 27. Protección de los menores.

“1. Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el

empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

En todo caso, el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud.

2. Teniendo en cuenta los factores anteriormente señalados, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos¹² “.

Como se puede observar del desarrollo del presente artículo, el legislador deja clara su intención de la obligación de protección a los trabajadores menores de edad. Ello debido a la falta de experiencia de los mismos, tal y como se ha ido explicando a lo largo del presente trabajo. Con lo cual, se tendrá que llevar una evaluación de riesgos laborales de carácter específico al puesto que pretende que éste desarrolle, y además se tendrá en cuenta los riesgos específicos para que el trabajo sea seguro y no conlleve un deterioro para la salud del menor.

Por otro lado, no solo es que el contrato de trabajo tenga que estar rubricado por los padres/tutores, sino que que éstos tendrán que ser informados sobre los riesgos y las medidas de seguridad y salud que se pretenden adoptar durante la relación laboral, cuando

¹² Dado que estas limitaciones todavía no se han desarrollado, se aplica lo establecido en el Real Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajos prohibidos a menores, el cual será desarrollado posteriormente en el presente trabajo.

se proceda a la firma. Además, hay que informar y formar a los trabajadores menores tal y como se establece en los artículos 18 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Finalmente hay que establecer el momento en el cual se tiene que llevar a cabo la protección de la misma, siendo exigible antes de la incorporación y antes de que se proceda a la modificación en el puesto de trabajo del menor.

4.1 Trabajos prohibidos a menores y directrices sobre protección especial por su edad.

En este caso hay que estar a lo que se dispone en el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres, así como la Directiva 94/33/ CE del Consejo, relativa a la protección de menores.

Como ya se ha comentado anteriormente, el Decreto solo se aplica en el caso de los menores, ya que el resto fue derogado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

1.- Decreto de 26 de julio de 1957 sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres.

Este Decreto establece en su artículo 1 cuales son los trabajos o actividades prohibidas para los menores de edad (en lo establecido en el caso de las mujeres, no se aplica, tal y como se ha ido desarrollando en el presente trabajo debido a que esa parte está derogada).

A continuación se expondrán todas las actividades prohibidas, según se establece en la legislación citada anteriormente¹³:

1. Corresponden a aquellos trabajos actividades de la relación primera del Decreto expuesto, la cual no se aporta al presente trabajo debido a su

¹³ La relación es la lista que aparece en el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores peligrosos o insalubres, extraída directamente.

- extensión, y esta puede ser revisada en el Decreto.
2. Cuando sea actividades o trabajos de engrase, limpieza, examen o reparación de máquinas o mecanismos en marcha que resulten peligrosos.
 3. Manejar prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos, o cualquier máquina, herramienta o útiles que en las operaciones se utilice o por la velocidad de éstos sean peligrosos por su marcado carácter en los accidentes, a no ser que se evite mediante medidas de seguridad.
 4. Trabajos con alturas superiores a cuatro metros sobre el terreno o el suelo, a no ser que se lleve a cabo mediante piso estable o continuo, tales como pasarelas, plataformas u otras análogas.
 5. Los que resulten inadecuadas para la salud, por su esfuerzo físico o ser perjudiciales para su circunstancias personales.
 6. Finalmente, tenemos el caso de de trabajos para transportar, empujar o arrastrar que correspondan correspondan al modo de transporte, la edad, el sexo y el peso máximo permitido. Este se desarrolla en el artículo 1.f del Decreto desarrollado, pero que no se aporta debido a que el mismo puede ser revisado en el mismo.

Siguiendo con dicho Decreto, en el artículo segundo continua hablando de más prohibiciones que se desarrollan en la relación segunda, y que se vuelve a insistir de su extensión, y que por lo tanto, se puede acceder al mismo para su revisión.

Finalmente, en el artículo tercero se establece de la posibilidad de que la Inspección Provincial de Trabajo pueda autorizar los trabajos expuestos en los párrafos anteriores siempre que se proceda a contratar a los menores mediante contrato de aprendizaje, o cuando la seguridad y salud del trabajador quede garantizada, con las condiciones adecuadas en el trabajo a realizar.

2.- Directiva 94/33/CEE del Consejo de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los menores.

Primero dejar claro que estamos ante una Directiva, por lo tanto estamos ante un

acto legislativo en el cual se establecen unos objetivos que los países de la UE deben cumplir. No obstante, le corresponde a cada uno de los países desarrollar la normativa para cumplir con éstos¹⁴.

Esta Directiva tiene como objetivo establecer unas disposiciones mínimas para la protección de salud y seguridad de los menores en su trabajo. La misma fue traspuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los aspectos esenciales de la misma son los siguientes:

- Se aplica a toda persona menor de 18 años, pudiendo cada Estado excluir el trabajo de servicio doméstico en ámbito de hogares familiares, y el trabajo no peligroso o nocivo para los jóvenes de la empresa familiar.
- La prohibición del trabajo a menores en edad de escolarización, y en todo caso hasta los 15 años. Solo hay las siguientes excepciones:
 1. Cuando sean actividades culturales o similar, bajo la necesidad de la autorización previa de la autoridad laboral correspondiente.
 2. Tener al menos 14 años, y trabajar en un régimen de formación o prácticas de empresas, con las directrices de la autoridad laboral correspondiente.
 3. Tener al menos 14 años, y que se realicen trabajos ligeros según se determine por la Directiva (se puede con 13 años, cuando sean unas ciertas horas limitadas a la semana y para ciertas categorías, que tendrán que ser determinadas por la normativa nacional).
- Se exige la evaluación de riesgos laborales se llevará a cabo antes de que el menor se incorpore al trabajo, o con cualquier cambio de las condiciones laborales.
- Limitar el tiempo de trabajo a ocho horas diarias, cuarenta horas semanales para menores en prácticas o formación en empresas, cuando tengan ya cumplidos los 15 años, siendo el máximo de siete horas diarias para los menores de quince.
- Prohibición de trabajos nocturnos, entre las diez de la noche y las seis de la mañana, solo pudiendo realizarse el mismo, bajo autorización por parte del Estado, por vía normativa.

14 Explicación página europa.eu

- Descansos semanales, por cada 7 días, dos días (consecutivos si es posible, siendo el domingo uno de estos), diarios de 12 horas consecutivas por cada 24 horas, siendo de 14 horas consecutivas cuando sean menores que tengan al menos 14 años y realicen trabajos en régimen de prácticas o formación en empresas o realicen trabajos ligeros. Finalmente, se establece un descanso de media hora mínima para menores que trabajen más de cuatro horas y media al día.
- Trabajos en caso de fuerza mayor, solo bajo autorización del Estado, siempre que éstos sean temporales, que no se disponga de trabajadores mayores de edad y se compense con descanso en el plazo de tres semanas. Solo hay que tener en cuenta las limitaciones de la jornada diaria/semanal, los trabajos nocturnos y los descansos entre jornadas, los cuales no se pueden superar.

Como se ha dicho, esto solo son los aspectos esenciales de la Directiva, de la que se puede observar que se redactó con la intención de llevar a cabo una gran protección al trabajador menor de edad, habiéndose traspuesto de forma muy idónea a la legislación Española.

3.- Recomendación 67/125/CEE

Lo cierto es que ésta no ha sido nombrada anteriormente debido a que estamos ante una recomendación, y por lo tanto no es vinculante, solo se exponen líneas de actuación a seguir sin ser obligatorias. No obstante, es interesante conocer la misma debido a que da unas directrices fundamentales para la protección a los menores, de acuerdo con la exposición de motivos de la Comisión Europea.

Con lo cual, al igual que se ha hecho con la Directiva 94/33/CEE, se va a proceder a exponer los puntos fundamentales:

- Su aplicación solo a los menores de 18 años.
- Edad mínima para trabajar son los 15 años, elevando dicha edad dependiendo de la evolución de cada sistema escolar.

- Trabajo en espectáculos públicos a menores solo bajo autorización de la autoridad competente.
- Límites de la jornada a 8 horas diarias, y de forma progresiva a 40 horas semanales con sus limitaciones, comparándolo con un trabajador mayor de edad, y computándose a la escuela profesional o cursos de perfeccionamiento. Como ejemplo a esto hecho se puede observar el contrato para la formación y aprendizaje regulado en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores.
- Trabajos ininterrumpidos máximos de cuatro horas y media, y si sobrepasan las seis horas, descansos de sesenta minutos, con pausas de treinta minutos cada una.
- Descanso entre jornada mínima de doce horas.
- Prohibir el trabajo entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana.
- Prohibir el trabajo los días que sean festivos, así como los domingos.
- Garantizar los controles médicos, el cual tiene que ser anual, siendo gratuitos y sin descuento de salarios.

Tanto en esta Recomendación como en la Directiva explicada en el presente trabajo, tienen una regulación muy parecida, solo con algunas diferencias, pero ello es debido a la diferencia de años que hay en su redacción. Pero en ambos casos, la protección del menor es la intención del legislador, no obstante no hay que olvidar que en el primer caso solo es para orientar, y en el segundo es obligatoria su transposición.

Y para dar punto y final a este punto, dejar constancia que si que existen alguna normativa sectorial como es el caso del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción que prohíbe el trabajo a menores de 18 años para la ejecución de trabajos en las obras.

4.2 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Además de toda la normativa expuesta en los puntos anteriores, no hay que olvidar que la Organización Internacional del Trabajo también ha contribuido a la protección de los menores, y aquí se expondrán convenios que tratan de ello, como son:

- Protección General del Menor: Convenio 182 de 17 de junio de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.
- Sobre la edad mínima de ingreso al trabajo:
 1. Nº 58 en trabajo marítimo.
 2. Nº 59 en la Industria.
 3. Nº 60 en trabajos no industriales (este fue retirado por decisión de la Confederación Internacional de Trabajo en su 106ª reunión en 2017).
 4. Nº 112 de la pesca.
 5. Nº 123 en el trabajo subterráneo.
 6. Nº 138 sobre la edad mínima con carácter genérico.
- El trabajo nocturno:
 1. Nº 90 en la Industria.
 2. Nº 79 trabajos no industriales.
- Reconocimientos médicos:
 1. Nº 16 en el trabajo marítimo.
 2. Nº 77 en la Industria.
 3. Nº 78 en trabajos no industriales.
 4. Nº 124 en trabajos subterráneos.

5.- Responsabilidad empresarial en materia de incumplimientos en trabajadores menores.

Dado que muchas empresas no cumplen con la normativa laboral vigente en cada momento, la administración tiene un arma muy eficaz para el cumplimiento de ésta. Por ello se aplica el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Además, dicho texto normativo es un gran valor añadido para que se cumpla la protección de la salud y seguridad de los trabajadores menores de edad, debido a su gran repercusión económica que recae sobre la empresa por no respetar la legislación, aunque

esto sirve independientemente de la edad del trabajador, ya que es para todas las infracciones cometidas por la empresa.

En el presente caso hay dos infracciones que se tendrán en cuenta para el caso concreto. Estos son los establecidos en los artículos 8.4 y 13.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

Artículo 8.4 : *“La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral”.*

Se está ante una infracción grave en materia de relaciones laborales, la cual es sancionable con una multa de entre 626 a 6.250 euros, tal y como se establece en el artículo 40.1b) de la LISOS.

Artículo 13.2: *“No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores”.*

Se está ante una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, el cual es sancionable con una multa de entre 40.986 a 819.780 euros, según el artículo 40.2c) de la LISOS.

En las sanciones se habla de tramos económicos, ello es debido al grado que se haga referencia, es decir se impone una sanción en su grado mínimo, medio o máximo. Esto va a depender de unos criterios de graduación de la sanción que están regulados en el artículo 39 de la LISOS.

Artículo 39.Criterios de graduación de las sanciones.

“1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes.

2. Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o

connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de infracciones tipificadas en los artículos 22.3 y 23.1.b), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros.

En todo caso, se impondrá la sanción en su grado máximo, cualquiera que fuera la cantidad no ingresada, cuando el sujeto responsable hubiera cotizado en cuantía inferior a la debida mediante la ocultación o falsedad de las declaraciones o datos que tenga obligación de facilitar a la Seguridad Social.

No obstante lo previsto en el artículo 41 de esta ley, en el supuesto de la infracción tipificada en el artículo 15.3, la sanción se impondrá en su grado máximo cuando, en los dos años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción, el sujeto responsable ya hubiere sido sancionado en firme por incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.

3. En las sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.
- b) El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades.
- c) La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias.
- d) El número de trabajadores afectados.
- e) Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos.
- f) El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo

43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

g) La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.

h) La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

4. Las infracciones en materia de sociedades cooperativas se graduarán, a efectos de su correspondiente sanción, atendiendo al número de socios afectados, repercusión social, malicia o falsedad y capacidad económica de la cooperativa.

5. Los criterios de graduación recogidos en los números anteriores no podrán utilizarse para agravar o atenuar la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo.

6. El acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga, deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo. Cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior.

7. Se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión.

En este punto lo que se pretende es dejar claro que el legislador tiene intención de que se cumpla la normativa, y en caso de que no sea así se procederá a sancionar la conducta infractora, cosa que es de gran importancia ya que sino fuera así la mayoría de empresas no aplicaría la legislación dejando a los menores en una gran situación de indefensión.

5.1 Obligaciones de los menores en materia de prevención de riesgos laborales, responsabilidad en caso de incumplimiento.

Anteriormente se ha explicado la responsabilidad de la parte empresarial por los

incumplimientos ante sus trabajadores menores de edad, pero en este punto se va a explicar el caso contrario, que es la consecuencia de no cumplir las obligaciones de los menores en materia de prevención de riesgos.

En los puntos 1 y 2 del artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se expone cuales son las obligaciones que tiene cualquier trabajador de una empresa, incluidos los menores, de llevar a cabo sus obligaciones en cuanto a la prevención de riesgos en su puesto de trabajo.

En el punto 3 del artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, es donde se establece la responsabilidad en caso de incumplimiento. En este caso se hace mención al artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se establece lo siguiente: *“Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”*.

Por lo cual, la empresa una vez incumplido por parte del trabajador sus obligaciones será la que determinará cual será el castigo pertinente en base a lo establecido en la legislación, o en el Convenio Colectivo de aplicación. Como ejemplo a este caso se puede observar lo establecido en el Convenio Colectivo del Calzado.

En su artículo 57.2 de dicho Convenio se establece como falta grave o muy grave: *“El incumplimiento de las normas generales en materia de Seguridad y salud laboral. Será falta muy grave cuando tenga consecuencia en las personas, máquinas, materiales, instalaciones o edificios”*. Esto conllevaría al trabajador la sanciones expuestas en los apartados 2 y 3 del artículo 59, dependiendo de si es grave o muy grave, las cuales parten de una suspensión de empleo y sueldo de dos a quince días e inhabilitación de ascensos de un período de hasta un año (en el caso de las graves), hasta una suspensión de quince a sesenta días, inhabilitación de ascensos por un período de hasta cinco años o el propio despido (en caso de las muy graves).

Por lo tanto, el trabajador también tendrá que cumplir, y no solo la empresa en materia de prevención de riesgos, si no quiere que la empresa proceda a sancionarlo.

6.- Revisión jurisprudencial a casos concretos de menores.

En este apartado solo se quiere poner algunos ejemplos de como se han desarrollado algunos de los puntos que se han tratado durante este trabajo.

1.- Trabajos en espectáculos públicos, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de septiembre de 2002, Resolución 471/2002.

“El recurso no debe prosperar porque, como se ha destacado desde la doctrina más autorizada, el verdadero fundamento de la prohibición del art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores no radica en una supuesta "incapacidad natural" o presunta "insuficiencia de juicio" (art. 156 Código Civil) de los afectados sino más bien en un principio protector, relacionado con los años de escolaridad -y los tiempos concretos de ella que se consideran convenientes o necesarios para los menores de 16 años. Desde esta perspectiva, cabe presumir en el presente supuesto (al menos no existe siquiera indicio alguno que permita pensar otra cosa) que tanto la prestación de servicios como el propio abono de las cuotas de Seguridad Social, incluidas las de la contingencia por desempleo, se ha efectuado con el conocimiento y consentimiento de los padres o de os representantes legales del menor -y obviamente de éste-, sin duda porque el trabajo en sí (actor en alguna producción de televisión) era perfectamente compatible con su edad, con su escolarización obligatoria y con la propia vida familiar; es decir, no suponía "peligro para su salud física ni para su formación profesional o humana", que son los condicionantes legales (art. 2.1 RD 1435/85) de la autorización administrativa para ampliar o extender excepcionalmente la "capacidad para contratar" a los menores de 16 años que participen en espectáculos públicos. La simple ausencia, pues, de tal autorización, aunque podría haber acarreado para el empresario incumplidor alguna sanción de carácter administrativo (art. 8.4 de la Ley 8/1988 en su redacción original) o incluso penal (art. 584.1° CP), no debe conducir automáticamente a la nulidad del contrato (al contrario de lo que podría suceder con otras actividades laborales, para las que la prohibición del art. 6.1 de Estatuto de los Trabajadores parece tener un carácter absoluto), ni, menos aún, desde la perspectiva protectora arriba aludida, a privar de eficacia prestacional a las cotizaciones pertinentemente efectuadas al

sistema público de Seguridad Social, máxime si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que parece suceder en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (art. 7.1.b LGSS), en el Régimen General al que el interesado pertenecía, no existe limitación por edad en cuanto a la extensión de su campo de aplicación (art. 7.1.a LGSS). La consideraciones expuestas, en fin, unidas a las que proporciona la sentencia impugnada, conducen, como se adelantó, a la desestimación del recurso y a la consecuente confirmación de la resolución judicial impugnada”.

En el presente caso, se expone la no necesidad de la autorización por parte de autoridad laboral para que el menor pueda tener como reconocido todo ese tiempo como cotizado a efectos de las prestaciones correspondientes, ello aparte de la responsabilidad que le correspondería al empresario por su no tener en cuenta la legislación vigente, es decir la no obtención de dicha autorización. Con lo cual, se deja también clara la postura judicial, que es la de protección del menor tanto a efectos de aplicación de la normativa, así como de la no pérdida de sus derechos por el no cumplimiento de la misma, dejando la responsabilidad a la empresa.

2.- Trabajadores autónomos, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 06 de mayo de 2002, número de resolución 548/2002.

En este caso ya se vio que la Tesorería no daba la opción de alta en el caso de los menores de 18 años, pero aquí se verá el caso en el cual la postura judicial es distinta.

“El criterio que este Juzgador mantiene se encuentra sustentado por varias normas, a saber: en primer lugar el propio artículo 323 del Código Civil que por mucho que se quiera no puede obviarse, pues las instituciones jurídicas que contiene se proyectan de forma indudable sobre el resto del ordenamiento jurídico. El precepto en debate asimila la emancipación a la mayoría de edad (para "regir su persona y sus bienes como "si fuera mayor") Con las solas limitaciones que el mismo establece, concretamente y por lo que ahora nos interesa, "gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles". La consecuencia interpretativa nos parece clara si el emancipado no puede realizar actos que comprometan seriamente su establecimiento mercantil sin la autorización de sus padres, es por que está habilitado legalmente para constituirlos y desarrollarlos a través de la forma

societaria más adecuada. Si esto es así, parece contrario a la voluntad del legislador civil que con una norma de rango inferior cual es un Decreto se cortapise una habilitación legal tan importante. En este sentido Sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 27-02-96 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 08-05-1.998”.

Anteriormente en el punto 3.1 de este trabajo se ha dejado bien claro que un menor de 18 años no podía darse de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, pero aquí se denota una excepción por el juzgador como es la emancipación. En el presente caso, se basa en el artículo 323 del Código Civil, en el cual se expone: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad”.

Se puede ver como se da un tono interpretativo distinto por este órgano judicial, ya que establece su derecho a poder constituir la figura del trabajador autónomo en un menor emancipado.

No obstante lo anterior, finalmente el juzgador decide no atribuir dicho derecho, ya que no le corresponde a él, siendo el legislador el que tiene que desarrollar esta cuestión.

“Otra cosa es que en la evolución jurídica, de lege ferenda o de iure condendo, pudiera ser deseable un avance en dicho sentido, ampliando el ámbito de protección, como el que se produjo, a estos efectos, con el R.D. 9/91. Además, la exigencia de tener 18 años, que implica capacidad de obrar plena, tiene otras proyecciones legítimas en el derecho público que, en coherencia con ellos, guarda relación o es coherente la restricción de que se trata-piénsese en la fijación de una edad penal o en orden al ejercicio de algunos derechos, por ejemplo del art. 23 de la C.E.-. Dichas restricciones a la luz del derecho privado, conforme a los arts. 4 y 5 del Código Civil de Comercio y 323 del Código Civil son asimismo

relevantes y acreditan una diferente situación y consideración jurídica de la persona mayor de 18 años; que no puede reputarse arbitraria. Lo dicho acredita que existe una situación asimétrica o desigualdad que justifica el entorno que se enjuicia, que impide que se pueda incluir al actor en sede judicial, en el régimen de trabajadores autónomos -legalmente no es un autónomo-, ya que el Legislador puede legítimamente mantener la situación actual, ampliar la cobertura del régimen de trabajadores autónomos o establecer un régimen específico para casos como el presente”.

Por lo tanto, aunque finalmente el menor no consiguió dicha alta por lo establecido en la legislación, no hay que dejar de observar que los juzgadores hablan de algunos casos concretos los cuales deberían ser regulados por su especialidad, como es el caso de los menores emancipados.

7.- Protección de las embarazadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y otra legislación.

Una vez terminado el tema de los menores, a continuación se va a tratar el tema de las embarazadas, las cuales también se encuentran en una situación especial. Como ya se ha expuesto en la justificación de este trabajo, se analiza esta situación debido ya que cada vez hay más puestos ocupados por mujeres, y la empresa tendrá que tener previsto la protección frente al embarazo de las trabajadoras.

1.- Legislación aplicable.

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero de, por el que se aprueba el

Reglamento de los Servicios de Prevención.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombre y mujeres.
- Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

2.- La suspensión del contrato de trabajo durante la situación de maternidad

Ya en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se puede ver como se procede a la protección de la mujer tanto en situación de maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. Ello debido a que en estos casos la ley tiene preparada la figura de la suspensión del contrato de trabajo mientras dure estas situaciones.

La regulación se encuentran en el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso de la maternidad el artículo 45.1.d) del citado texto normativa es donde se establece la suspensión del contrato por: *“Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”*.

En el caso del riesgo durante el embarazo y la lactancia, su regulación se encuentra en el artículo 45.1e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

“Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

[...]

e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.

[...].”

Lo que conlleva esta suspensión es la exoneración de la trabajadora de realizar su trabajo y del empresario de remunerar a ésta, tal y como establece el artículo 45.2 del Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores.

Entonces la cuestión es, ¿la trabajadora quedaría desprotegida en esta situación?

A la cuestión anterior, la respuesta podría parecer fácil y la respuesta sería no, pero hay que tener en cuenta que la trabajadora no obtiene ingresos a no ser que cumpla una serie de requisitos para recibir las prestaciones correspondientes, las cuales se explicarán posteriormente en su apartado correspondiente. Por lo tanto, una mujer trabajadora ante estas situaciones se podría quedar en una situación de indefensión.

Por todo lo anterior, en el apartado correspondiente a prestaciones se explicará quién quedarán incluidas o excluidas del derecho a las mismas.

3.- Protección de las trabajadoras embarazadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La protección de la que habla el título está regulada en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de Riesgos Laborales, la cual se va a ir explicando punto por punto del mismo, ya que se está hablando de una contingencia muy importante, y es de gran importancia entender como se regula. Como se podrá observar posteriormente, también se hará referencia a las contingencias del riesgo durante el embarazo y la lactancia, pero de forma somera, ya que en este trabajo se centra en las embarazadas.

Artículo 26. Protección de la maternidad.

“1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

En el desarrollo de este punto se pretende dejar claro que si posteriormente a realizar la evaluación de riesgos la trabajadora tanto embarazada, como lactante en el presente caso hay riesgo para la mima, la empresa tendrá que llevar a cabo todas las medidas para adaptar el puesto a la persona. Incluyendo la exclusión del trabajo nocturno o a turnos, pero como se puede comprobar solo cuando sea necesario, este no es como el caso de los menores que hay una prohibición absoluta en la legislación. Hay que tener en cuenta la situación en que se encuentre la trabajadora para no incluir estos tipos de trabajos.

“2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios

que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”.

Pero qué ocurre si aún adaptando el trabajo no es posible porque las condiciones son negativas y no pueden ser llevadas a cabo por la propia trabajadora. En ese caso pasamos al apartado segundo del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y por lo tanto se tendrá que llevar a cabo un puesto de trabajo distinto por el cual se contrató a la trabajadora embarazada.

Para que se aplique esta segunda regla hay que tener en cuenta los siguientes requisitos:

1.- Se tiene que certificar que el puesto influye de forma negativa por los Servicios médicos del INSS¹⁵, o la Mutua. Y para saber quién lo tiene que determinar, la empresa informará a la trabajadora con cual de ellos tiene convenida la los riesgos profesionales (ya que como se explicará posteriormente estamos ante una contingencia profesional).

2.- Acordar con los representantes de los trabajadores (siempre que los haya), cuáles son los puestos que no tengan riesgos de ningún tipo.

3.- Mantener la remuneración del puesto de origen, cuando tenga que cambiar de grupo o categoría semejante por no poder adaptar su puesto o haya otro igual.

“3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

15 Instituto Nacional de la Seguridad Social.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo”.

Y para finalizar, sin todo lo anterior no se puede llevar a cabo por ser imposible para la empresa, se tendrá que suspender el contrato de trabajo, según establece el artículo 45.1d) del Estatuto de los Trabajadores (este punto será profundizado posteriormente). Y por lo tanto, la trabajadora pasará a solicitar la prestación que corresponda (dependiendo si hablamos de riesgo durante el embarazo, la lactancia o maternidad) siempre y cuando cumpla una serie de requisitos, que ya serán explicados en su apartado correspondiente.

Esta situación es creada claramente para dar una protección eficaz a la trabajadora debido a su estado, ya que si esto no fuera así tanto la trabajadora como el feto o hijo (riesgo durante la lactancia) podrían sufrir complicaciones en su estado de salud. El legislador con ello quiere dar una protección total y eficaz, y con ello no pueda empeorar la salud de la trabajadora durante su relación laboral esté vigente.

“5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”.

Este punto simplemente se expone a efectos de seguir dejando clara la necesidad de protección ante una situación determinada, y que no se pierdan derechos por ésta. En este caso la trabajadora no perderá su retribución por tener que llevar a cabo ciertas visitas

médicas por su embarazo, siempre y cuando se justifique que tiene que ser durante el tiempo de trabajo, y no se puede llevar a cabo en otro momento distinto.

Por lo tanto, resumiendo lo anterior:

- 1.- Se intenta adaptar el puesto.
- 2.- Realizar otro puesto de trabajo, si no se puede adaptar a las necesidades por ser peligroso para la trabajadora.
- 3.- Si no es posible ninguno de los puntos anteriores, se procede a la suspensión del contrato de trabajo.

3.1 Protección en el Reglamento de los Servicios de Prevención

En este caso hay que tener en cuenta que el artículo 4.1b) párrafos segundo y tercero del Real Decreto 39/1197, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en el cual se le da una especial protección a las embarazadas o en el período de lactancia natural.

En este apartado se establece que cuando se proceda a evaluar los riesgos laborales, como no se va a poder evitar los riesgos se tendrá que tener en cuenta esta situación.

Por ello este artículo, hace referencia a los anexos VI y VIII de dicho reglamento en los cuales se expone una lista exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que podrían ser perjudiciales para la trabajadora embarazada o en período de lactancia, en el caso del anexo VI. En el caso del VIII, la lista no exhaustiva para agentes y condiciones de trabajo en los cuales no podrán haber riesgo para las trabajadoras con las anteriores condiciones.

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, en el párrafo tercero del artículo 4.1b) de dicho Reglamento establece dos matices:

- Para embarazadas el anexo VIII apartado A, no podrá realizar las actividades o tareas que le expongan a dichos agentes o condiciones cuando en la evaluación se determine que es un riesgo para su propia seguridad o la del feto.
- En el caso de trabajadoras en situación de lactancia no podrán realizar actividades o tareas que supongan un peligro para su vida por exposición a

agentes o condiciones cuando la evaluación lo determine, que correspondan con el apartado B del anexo expuesto anteriormente.

A continuación se exponen los anexos VII y VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención:

“ANEXO VII

Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural

A. Agentes.

1. *Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:*

a) *Choques, vibraciones o movimientos.*

b) *Manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares.*

c) *Ruido.*

d) *Radiaciones no ionizantes.*

e) *Frío y calor extremos.*

f) *Movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.*

2. *Agentes biológicos.–Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, según la clasificación de los agentes biológicos establecida en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto y siempre que no figuren en el anexo VIII.*

3. *Agentes químicos.–Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que*

ponen en peligro la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, del feto o del niño durante el período de lactancia natural y siempre que no figuren en el anexo VIII:

a) Las sustancias etiquetadas como H340, H341, H350, H351, H361, H371, H361d, H361f, H350i y H361fd por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

b) Los agentes químicos que figuran en los anexos I y III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

c) Mercurio y derivados.

d) Medicamentos antimitóticos.

e) Monóxido de carbono.

f) Agentes químicos peligrosos de reconocida penetración cutánea.

B. Procedimientos.

Procedimientos industriales que figuran en el anexo I del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

ANEXO VIII

Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural

A. Trabajadoras embarazadas.

1. Agentes.

a) Agentes físicos:

Radiaciones ionizantes.

Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo, en locales a presión,

submarinismo.

b) Agentes biológicos:

Toxoplasma.

Virus de la rubeola.

Salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c) Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas como H360, H360D, H360F, H360FD, H360Fd, H360Df y H370 por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas, de categoría 1A y 1B incluidas en la parte 3 del Anexo VI del Reglamento (CE) n.º 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.–Trabajos de minería subterráneos.

B. Trabajadoras en período de lactancia.

1. Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas como H362 por el Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas, de categoría 1A y 1B incluidas en la parte 3 del Anexo VI del Reglamento (CE) n.º 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.–Trabajos de minería subterráneos”.

4.- Protección en la Ley General de la Seguridad Social.

Como se ha ido adelantando en los apartados anteriores, en este caso se va a proceder a explicar como la Ley General de la Seguridad Social regula la protección frente a la maternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia. Como adelantábamos ya el propio Estatuto de los Trabajadores habla de la suspensión del contrato de trabajo en estos casos, y por lo tanto, se va a pasar explicar como se regula cada caso en concreto.

En el primer supuesto está **la maternidad**, la cual se regula en los artículos 177 a 182 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En el artículo 177 de la LGSS¹⁶ se describen las situaciones protegidas entre las que se encuentran el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar. En este caso el que nos interesa es el nacimiento, ya que estamos hablando de la protección frente a dicha contingencia, ya que el resto no suponen un riesgo para la trabajadora.

En el artículo 178 de la LGSS se establecen cuales son los requisitos para ser beneficiario de en este caso, los cuales se exponen a continuación:

Artículo 178.- Beneficiarios.

1. Serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado de menor las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si la persona trabajadora tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de

¹⁶ Ley 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

2. En el supuesto de nacimiento, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

3. En los supuestos de adopción internacional previstos en el tercer párrafo del artículo 48.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el párrafo cuarto del artículo 49.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, la edad señalada en el apartado 1 será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda”.

Con lo cual, lo importante es:

1.- Tener un período mínimo de cotización, el cual difiere dependiendo de si la trabajadora es mayor o menor de 21 años, o mayor o menor de 26 años, teniendo por lo tanto tres franjas de edad para determinar la cotización necesaria.

2.- Tener en cuenta el requisito general del artículo 165.1 de la LGSS: Estar afiliadas y en alta o situación asimilada al alta. Las situaciones asimiladas al alta en este caso son las que siguen: la situación legal de desempleo total y subsidiado (y el paro involuntario una vez agotado éste), la excedencia forzosa, la excedencia por cuidado de hijo, la excedencia para

el cuidado de un familiar de hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, el traslado fuera del territorio nacional, la suscripción de convenio especial, período de inactividad entre trabajos de temporada, los períodos de prisión, etc.

En el artículo 179 de la LGSS, se establece la prestación económica que corresponde por dicha contingencia, consistiendo en un subsidio del 100% de la base reguladora correspondiente, siendo la misma por Contingencias Comunes y aplicándose la del mes anterior al hecho causante (por ejemplo, si el hecho causante es en marzo se cogerá la establecida en febrero).

El artículo 180 de la LGSS establece cuales son las causas de la pérdida o suspensión del derecho al subsidio expuesto en el párrafo anterior, no siendo de interés explicarlas en el presente trabajo.

El artículo 181 y 182 de la LGSS habla del supuesto de prestación por nacimiento de hijo, pero en este caso estamos ante lo conocido anteriormente como maternidad no contributiva, la cual se diferencia de la anterior de no tener que acreditar el período de cotización que exige el artículo 178 de la LGSS, y que el subsidio consistirá en el abono del 100 por cien del Índice público de renta a efectos múltiples (IPREM).

A continuación se pasa a ver la corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Este caso se regula en los artículos 183 a 185 de la LGSS. En este caso los beneficiarios deberán cumplir los mismos requisitos que los expuestos para el nacimiento y cuidado del menor (maternidad).

La prestación también es el 100% de la base de cotización por contingencias comunes, pero en proporción a la reducción de jornada que se solicite. La prestación se extingue a los 12 meses de vida del menor.

Riesgo durante el embarazo, el cual se encuentra regulado en los artículos 186 y 187 de la LGSS. Como ya se ha explicado anteriormente, esta situación conlleva la suspensión del contrato de trabajo, al no poder cambiar el puesto de trabajo de la trabajadora por no resultar posible, o no se pueda llevar a cabo por razones justificadas.

La prestación económica en este caso supone el 100 por cien de la base reguladora, pero en este caso el por contingencias profesionales, siendo este dato de importante relevancia a la hora del cálculo de la misma, ya que se tiene que obtener el dato de la base

de cotización por contingencias profesionales (BCP). Ésta se abonará desde la fecha de suspensión del contrato de trabajo hasta la suspensión por maternidad, o reincorporación de la trabajadora a su anterior puesto de trabajo o uno compatible con su estado.

Finalmente está el tema del **Riesgo durante la Lactancia**, regulado en los artículos 188 y 189 de la LGSS, el cual se regula de manera idéntica al riesgo durante el embarazo. Sus diferencias son:

- Se extingue cuando el hijo cumpla 9 meses.
- Se solicita posteriormente a la maternidad, debido a que ya se tiene el hijo.

Como se puede comprobar la opción del legislador en estos casos es facilitar a la trabajadora en caso de no poder llevar a cabo su trabajo, o adaptarse a otro. Y por lo tanto, se sustituye dicha relación laboral, por una prestación.

5.- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Uno de los mayores avances en materia de protección frente al tema de las mujeres embarazadas, y en situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia ha sido la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Con ésta se consigue que haya un reparto equitativo entre hombres y mujeres para conciliar su vida laboral y familiar, ya que su regulación lo que pretende es que se facilite la situación y no se creen situaciones de discriminación hacia la mujer por ciertas situaciones (como puede ser la maternidad).

En este caso no nos extendemos más en su redacción, debido a que lo que lleva a cabo esta Ley es modificar ciertos artículos de la legislación ya citada anteriormente, pero de cara a mejorar la situación de las mujeres, no creando discriminación.

6.-Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombre y mujeres.

Aunque toda la Ley es aplicable al caso, hay que centrarse en el trabajo, y según el tema que se está tratando el artículo relevante en esta ley son los artículos 8, 42, 43 y artículo 44.

Artículo 8.- Discriminación por embarazo o maternidad.

“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

De este tema se desarrollará un poco más tendido en el apartado que se detalle la jurisprudencia más importante.

Los siguientes dos artículos hacen referencia a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral.

Artículo 42.-Programas de mejora de empleabilidad a las mujeres.

“1. Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

2. Los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres”.

Artículo 43.- Promoción de la igualdad en la negociación colectiva.

“De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

El siguiente artículo lo que hace es reforzar lo ya expuesto en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ya que se exponen los derechos sobre la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Artículo 44.-Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

“1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”.

Como se puede comprobar la presente legislación lo que pretende es dar la mayor protección a las trabajadoras embarazadas, para que las empresas no abusen de su poder expuesto en el artículo 38 de la Constitución Española: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado...”*. De hecho, éste no está en el apartado de derechos fundamentales y libertades públicas, cosa importante debido a que si fuera así se le otorgaría a la empresa unos derechos tan amplios que no habrían protecciones posibles para los trabajadores, y más teniendo en cuenta el caso que se trata en el presente trabajo.

Finalmente, se puede observar que tanto la Ley 39/1999, de 5 de noviembre como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, son unos grandes avances para el caso de las trabajadoras durante su situación de estado o maternidad (entiéndase en este caso también los casos de riesgo durante el embarazo y la lactancia).

7.- Revisión jurisprudencial.

Uno de los puntos más importantes es la discriminación sufrida por parte de las mujeres embarazadas, y por ello el Tribunal Supremo a dejado claro su criterio, el cual es la declaración de nulidad de los despidos en estos casos. Para ello se aporta el fragmento de unas de sus sentencias más recientes en el cual se deja claro lo explicado en el presente párrafo.

STS 3958/2016, Recurso 450/2015. Sala de lo Social.

“Con respecto a la solicitud de la recurrente de declarar la nulidad del despido, denunciando la posible infracción de los arts. 53.4 y 55.5 del ET , que establecen la nulidad

del despido de las trabajadoras durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad. La Sala recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional conducente a considerar que, la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo, recordando que tal doctrina impulsó el cambio de criterio operado por esta Sala en sentencias tales como -las SSTs de 17/10/08 , 16/01/09 y 13/04/09 , que reproducen los razonamientos del Tribunal Constitucional.

La sentencia recurrida resume el criterio de esta Sala en cuanto a la doctrina referida, recordando que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo y que para ponderar tal exigencia es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre la situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de constituir la pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

Así, la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y ello lleva a entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”.

Otro ejemplo de la sentencia expuesta anteriormente, y para reforzar la importancia de la no discriminación se expone otra sentencia del Tribunal Supremo.

STS 2527/2016, Recurso 3245/2014. Sala de lo Social.

“La censura jurídica de la actora en suplicación plantea la infracción de lo dispuesto en los artículos 53.4 a) ET y 108.2 a) LRJS , al no haber declarado la nulidad por haber sido cesada cuando estaba disfrutando de la baja por maternidad. El Tribunal, tras referirse a la doctrina que considera de aplicación sobre la nulidad del despido, concluye que, en concreto, el art. 53.4.a) ET protege con la nulidad objetiva de la decisión extintiva de los

trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad. Y en el caso, según consta acreditado, cuando sobreviene el despido objetivo, la actora estaba disfrutando de la baja por maternidad. Y en el caso, según consta acreditado, cuando sobreviene el despido objetivo, la actora estaba disfrutando de la baja por maternidad, ya que las prestaciones por maternidad le fueron reconocidas en 13/04/2012 y el vencimiento estaba previsto el 02/08/2012, por lo que aquél debe ser calificado como nulo dado que no han quedado acreditadas las causas económicas y organizativas (pronunciamiento no recurrido en suplicación). Esto es, no se da la única excepción a la calificación de nulidad objetiva y automática, cual es, que se hubiera declarado la procedencia del despido por motivos no relacionados con el disfrute de dicha baja por maternidad”.

Como se puede comprobar es abundante la jurisprudencia la cual deja clara su postura de condenar a la nulidad los despidos sufridos por parte de las trabajadoras embarazadas.

Pero qué efectos tiene el reconocimiento de la nulidad:

1.- Readmitir a la trabajadora de forma inmediata, con los abonos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (a no ser que haya encontrado otro trabajo, lo cual conllevará el descuento de estas cantidades), ello según establece el artículo 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2.- No cumpliendo lo expuesto en el punto anterior, se darán las medidas de ejecución y sancionadoras (STS, Sala de lo Social, de 16/12/2009, Recurso 535/2009).

3.- La empresa dará de alta a la trabajadora desde la fecha de despido, cotizando por todo ese tiempo.

Otro punto importante en el presente caso es como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deja clara la necesidad de especial protección de las trabajadoras durante el embarazo, y para ello se expone en este caso la STS 4493/2018, Recurso 2654/2016, Sala de lo Social.

“El artículo 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre incluye en la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 del mismo texto legal , en general, y para el caso particular de la protección de la maternidad, la determinación de la naturaleza, el grado y la

duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Se encadena la noción de riesgo por lo tanto a dos hechos, en primer lugar la existencia de un embarazo que no presenta anomalías específicas salvo las molestias habituales que no comprometen su resultado y en segundo lugar a que esa situación de evolución natural pueda verse afectada por la incidencia de elementos ajenos al embarazo pero intrínsecos al puesto de trabajo de las que solo quepa alejar a la embarazada o al feto modificando el desempeño o excluyéndolo de modo absoluto mediante un cambio de puesto.

Si bien es cierto que en el caso sometido a nuestra consideración el embarazo de la trabajadora supone en si mismo una circunstancia de riesgo para la accionante y el feto incompatible en forma hipotética con cualquier actividad laboral pues ello incluiría desplazamientos diarios desde su domicilio con sujeción a horario y disciplina, considera la Sala que en el caso de la demandante, su profesión de dependiente, actividad que conlleva la bipedestación prolongada, unido a la falta de constancia de una oferta de cambio de puesto, implican la presencia de un riesgo cierto aún cuando a lo largo de la gestación las iniciales dificultades de adaptación tras la implantación artificial, hubieran sido superadas, razón por la cual el recurso deberá ser desestimado al no apreciar en la instancia la infracción denunciada”.

7.1 Infracciones y sanciones

Un punto importante es además conocer cuáles pueden ser las infracciones y sanciones que puede cometer la empresa en referencia a las embarazadas. Para ello, habrá que estar a lo que se dispone en el artículo 13 de la LISOS, el cual la califica como infracción muy grave.

Artículo 13.1 Infracciones muy graves.

“1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia”.

[...]

Pero qué sanción conllevará esta infracción. Ello está establecido en el artículo 40.2c) de la LISOS, con lo cual se estaría ante una sanción de 40.986 euros a 819.780 euros.

8.- Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la LPRL

Este punto del trabajo es uno de los más importantes, debido a que las empresas suelen olvidar a este tipo de trabajadores, y por tanto no se aplican los protocolos necesarios que identifiquen las características especiales, así como las adaptaciones de los puestos.

1.- Legislación aplicable.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleos de minusválidos.
- Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.
- Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
- Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

2.- Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la LPRL.

Dado que este título puede ser muy amplio y acoger a muchos trabajadores, en este trabajo nos vamos a centrar en los discapacitados teniendo en cuenta su especial sensibilidad.

La RAE¹⁷ define la discapacidad de esta forma:

1.- Condición de discapacitado. Percibe una prestación por su discapacidad.

2.- Manifestación de una discapacidad. Persona con discapacidades en las extremidades.

Por otro lado está la definición de la Organización Mundial de la Salud¹⁸: *“El efecto, determinado por el entorno, de una deficiencia que, al interactuar con otros factores en un contexto social específico, puede hacer que un individuo experimente una desventaja indebida para poder desarrollar el trabajo”*.

Y para terminar con la determinación de la consideración de minusválidos, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1414/2006, de 1 de diciembre, en el cual se determina la consideración de persona con discapacidad a efectos de la Ley 51/2003, de 2 diciembre:

Se considera que una persona tiene discapacidad cuando se le haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por cien:

1. Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en su grado de total, absoluta o gran invalidez.
2. Los pensionistas de las Claves Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad¹⁹.

Para empezar hay que estar a lo que dispone el artículo 25 de la LPRL: *“1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus*

17 Definición extraída de forma literal de la RAE

18 Extracto extraído literalmente de la guía de Medidas preventivas para empresas con trabajadores con discapacidad publicado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y CEOE.

19 Todo lo que se necesita saber sobre la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad (iberley.es)

propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias”.

Como ya hemos dicho vamos a hablar en este caso de los trabajadores con discapacidad física (personas en sillas de ruedas, con muletas, bastones. etc), psíquica (retraso mental), como sensorial (visual, sordera, gustativa, etc), por lo que el resto de casos no van a ser tratados aquí.

Por lo tanto, qué tiene que hacer la empresa para limitar estas desventajas:

- Lo primero que tiene que hacer es adaptar el trabajo a la persona (principio básico en prevención de riesgos).
- Segundo, teniendo en cuenta lo expuesto en el punto anterior la empresa debe conocer cuáles son sus limitaciones en su puesto.
- Tercero, trazar un plan de medidas a tomar para que se consiga la adaptación que se pretende, por ello a continuación se van a exponer algunos ejemplos.

Ejemplos de medidas a adoptar dependiendo del tipo de discapacidad²⁰:

²⁰ Extracto adaptado de ejemplos de la guía de Medidas preventivas para empresas con trabajadores con

1.- Física:

1. Accesibilidad al puesto de trabajo.
2. Ajustar el trabajo al ritmo del trabajador.
3. Ayudarles a desplazar, levantar o alcanzar objetos/pesos.

2.- Sensorial:

1. Hacerles señales siempre que se les vaya a hablar.
2. Ser precisos y exactos en los mensajes que se les pretenda dar.
3. Expresarse con un vocabulario que sea fácil y sencillo de comprender.
4. Paciencia en las explicaciones y conversaciones.
5. Directrices claras, explicando con ejemplos cuando sea necesario.

3.- Psíquica.

1. Adaptar el trabajo con turnos, rotando, etc.
2. Tomar medidas cuando la maquinaria a usar sea peligrosa.
3. No realizar trabajos que tengan pausas o muy complejos, que no puedan comprender.

Pero todo lo anterior, no siempre se cumple, ya que las empresas no suelen tener en cuenta a este grupo de trabajadores (discapacitados), por ello éstos son un colectivo bastante vulnerable y tienen un amplio abanico de riesgos. Por todo esto, la empresa tiene que pasar a la acción dotándoles de mecanismos y procedimientos para su plena adaptación al puesto de trabajo.

La empresa lo que tendría que hacer es siempre es realizar una guía de buenas prácticas, tomando como referencia las publicaciones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo sobre discapacidad y trabajo, además de las Notas Técnicas de Prevención NTP 490 (trabajadores minusválidos: diseño del puesto de trabajo), NTP 1003

discapacidad, ya citada anteriormente.

(Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: principios básicos), NTP 1004
(Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad).

3.- Discapacidad y empleo

En la legislación Española si que se puede hablar de distintas modalidades de empleo protegido, como son los centros ocupacionales o centros especiales de empleo. Pero esto solo es cuando estamos ante trabajadores con discapacidades media-severa, cuando ésta es leve este puede ocupar un puesto de trabajo ordinario²¹. Todo ello regulado en el Real Decreto 2273/21985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de minusválidos.

Este Real Decreto se desglosa de la siguiente manera:

1. Capítulo I: Concepto, estructura y organización de los Centros Especiales de empleo; del artículo 1 al 4.
2. Capítulo II: Carácter de los centros; artículo 5.
3. Capítulo III: Creación, calificación e inscripción; del artículo 6 al 7.
4. Capítulo IV: De los trabajadores; artículo 8.
5. Capítulo V: Gestión; artículo 9.
6. Capítulo VI: Financiación; del artículo 10 al 11.
7. Capítulo VII: Convenio; artículo 12.
8. Capítulo VIII: Seguimiento y control; artículo 13.
9. Una disposición transitoria, una derogatoria y una final.

La finalidad de los presentes centros especiales son las integración del empleo de los trabajadores minusválidos. Y teniendo en cuenta el anterior Real Decreto, no nos podemos olvidar el del Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Todo ello, con la intención de no dejar detrás a las personas con discapacidad. Por ello, las empresas tiene que favorecer la integración social, la cual viene

²¹ Proceeding of 12th International Conference on Occupational Risk Prevention.

regulada en el presente Real Decreto obligando, entre otros aspectos a lo siguiente:

- A contratar un 2% como mínimo a trabajadores minusválidos en empresas de 50 o más empleados o adoptar las medidas alternativas que se describen en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Cada año las empresas deberán enviar a las oficinas de empleo de la provincia una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores discapacitados y aquellos que estén reservados a los mismos, según establece el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

Pero, ¿Cuál es dicho cumplimiento alternativo?

Para ello hay que estar a lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril: *“1.Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad son las siguientes:*

- a)La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.*
- b)La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.*
- c)Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.*

•d) *La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.*

2. El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad y de los contratos entre los centros especiales de empleo y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales de las medidas previstas en los párrafos a), b) y d) del apartado anterior habrá de ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

El importe anual de la medida alternativa prevista en el párrafo c) del apartado anterior habrá de ser, al menos, de un importe de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento".

- Además se dispone de la necesidad de ayudas para adaptar los puestos de trabajo y la eliminación de las barreras arquitectónicas.

4.- Sanciones por los incumplimientos laborales

En el primer caso, y haciendo referencia al apartado anterior está el incumplimiento de las reservas de los puestos de trabajo para trabajadores discapacitados, lo cual puede conllevar:

- Artículo 15.3 de la LISOS, la cual es una infracción grave: “3. *El incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional*”. Ello podría conllevar una sanción entre 2046 a 40985 euros, tal y como establece el artículo 40.2b) de la LISOS.
- Prohibición de contratar con las administraciones públicas, de conformidad en lo establecido en el artículo 60d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14

de noviembre.

- Al igual que el punto anterior, según dispone el artículo 71.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta en este caso la sección II de la LPRL en la cual se dispone la infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la cual es aplicable en todos los supuestos anteriormente citados (menores, embarazadas y trabajadores minusválidos), aunque después hayan especialidades para cada caso.

5.- Normativa internacional y europea en referencia a la discapacidad.

En primer lugar, se va a proceder a ver la internacional:

- Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad: Lo que ha llevado a una mejora de los derechos de los trabajos de carácter general, no siendo tan solo a efectos laborales. Esta fue aprobada por la Asamblea General en fecha 24 de enero de 2007.

Su estructura es la siguiente:

- Anexo I: Formado por un preámbulo y 50 artículos.
- Anexo II: Formado por 18 artículos.

No nos centramos más en el mismo, ya que es de carácter genérico y de mucha extensión para el presente trabajo, ya que lo que no es de interés es el área de la prevención de riesgos por el tema que estamos tratando, pero es de gran interés para conocer los derechos de las personas discapacitadas.

En segundo lugar, se expone la de la Unión Europea:

- Directiva 2000/78/CE del consejo de 27 de noviembre de 2000: la que supuso una gran lucha por la igualdad por diversos motivos, entre los que se encuentra los de empleo y ocupación, para que los Estados miembros aplicaran la igualdad de trato.

La estructura es la siguiente:

- Formada por 21 artículos.

6.- Jurisprudencia de importancia.

Entre la más importante podemos encontrar la Sentencia del TJUE²² de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18). En la presente se determina que por ostentar la condición de trabajador especialmente sensible (artículo 25 LPRL), no significa que una persona tenga una discapacidad, ya que los requisitos a nivel nacional no son los mismos que los que establece el TJUE.

Solo se puede considerar a una persona como discapacitada en el sentido de la Directiva expuesta en el punto 5 de este apartado (normativa europea), siempre que las capacidades se vean mermadas, tanto sean físicas, psíquicas que impidan la actividad laboral, siempre que sea de larga duración. Ésta viene de una cuestión prejudicial que solicitó el Juzgado de los Social nº3 de Barcelona.

En esa misma sentencia se establece la necesidad de que la empresa tiene que haber llevado a cabo todos los procedimientos necesarios para adaptar el puesto de trabajo antes de proceder a despedir al trabajador.

Por otro lado se encuentran la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 22 de enero de 2010, Rec. 241/2009. En esta se establece que lo primero es adaptar un puesto de trabajo a las condiciones del propio trabajador, y no pudiendo ser así se procederá a no poder emplear a éste, por sus condiciones especiales.

²³*“La obligación de vigilancia expuesta, encuentra una manifestación específica en lo dispuesto en el artículo 25 del mismo texto legal , que dispone la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. En este sentido, se establece:*

“El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará

22 Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

23 STSJ de Navarra de 22 de enero de 2010, Rec. 241/2009

las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo."

Así mismo, el resto de preceptos alegados (4.2.h) y 19 del Estatuto de los Trabajadores y 15 y 40.2 de la Constitución) aluden a la necesaria preservación de la integridad física del trabajador, configurándose un derecho a la preservación de la salud, que comprende tanto medidas preventivas como reparadoras de los eventuales daños o riesgos que puedan derivarse del desempeño de la actividad laboral".

Con lo cual, se puede observar que esta sentencia ya dejó claro los preceptos antes de que el TJUE lo estableciera en la sentencia que se ha expuesto en el primer párrafo del presente apartado.

Pero qué ocurre, si se procede a la extinción de la relación laboral antes del intento de adaptación del puesto de trabajo. Ello ha sido resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1999, Rec 4095/99), y posteriormente por otras sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, como por ejemplo la STSJ de Valladolid de 03 de enero de 2001, Rec. 2185/2000 o la STSJ de Madrid de 2008, Rec. 76/2008. En todas ellas, la conclusión es la misma, y por lo tanto, el despido debe ser la última opción, y antes se tiene que encontrar otras vías (en estas dos últimas sentencias no se habla de la adaptación del puesto de trabajo como tal, pero se deja clara la intención de los juzgadores de utilizar el despido como último recurso ante una situación especial).

Aun así, en el primer caso la no adaptación anterior a la extinción se considera por los tribunales discriminatorio y por tanto nulo.

9.- Material y métodos.

Extracción de los datos.

Todos los datos usados en el presente trabajo han sido extraídos de textos legales y

de la jurisprudencia y doctrina de los tribunales tanto a nivel nacional como Europeo, todo ello para dar al lector una explicación más simple de la necesidad de proteger a un grupo de trabajadores que son especialmente sensibles durante el desarrollo de una relación laboral.

De hecho, se ha ido extrayendo los datos por temática y posteriormente se ha dado la visión global de como se trata a cada uno de estos grupos tan característicos.

Análisis de los datos

Lo que se ha hecho en este caso concretamente es recopilar toda la normativa que se creía de interés para el tema a tratar, y posteriormente se ha profundizado buscando jurisprudencia de casos concretos para ver como han ido desarrollando los tribunales la normativa que se ha expuesto en primer lugar.

Hay que dejar claro que en el caso de la jurisprudencia, solo se ha hecho referencia a temas que han sido muy contravertidos durante mucho tiempo, o que pudieran hacer ver como un tema puede ser interpretado desde distintos puntos de vista por parte de la administración correspondiente y de la justicia.

Finalmente, hay que dejar claro que los datos aportados son los que se han creído que aportarían mayor información al lector para el conocimiento del tema a tratar.

Listado

Aquí se va a hacer una lista del material tratado.

1.- Normativa: en este caso se puede nombrar alguna como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Estatuto de los Trabajadores, Ley Infracciones y Sanciones en el Orden Social, etc.

2.- Jurisprudencia tanto a nivel Nacional tanto del Tribunal Supremo (TS) y Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), como a nivel Europeo como es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

3.- Páginas Web de interés como puede ser la del INE, para dar a conocer estadísticas concretas (como se ha hecho en el presente trabajo), u otras páginas en la cuales se citan contenidos concretos que dan una visión mucho más global de la temática tratada.

10.- Resultados y discusión.

En el presente trabajo no se da tal y como se suele entender en un trabajo de investigación o de campo este apartado o discusión, ya que lo que se pretende es dar un enfoque más claro de como se regula las especialidades de un grupo de trabajadores en referencia a la LPRL.

Ya en el apartado tercero del presente trabajo se queda más que justificado cual es la intención de este trabajo.

Lo único claro que se presenta en este caso es la necesidad de cumplir con la LPRL en referencia a todos los puntos anteriormente explicados debido al alto número de accidentes que sufridos sobre todo en el caso de trabajadores menores, y más concretamente en el caso de los hombres. Todo ello está extraído de la página oficial del Instituto Nacional de la Seguridad Social²⁴, en el cual se observa que los entre los menores son el grupo que más Accidentes de trabajo sufren, el cual se va a representar el siguiente cuadro:

Incidencias de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales en 2018.

Edades	HOMBRES	Mujeres
	Incidencia	Incidencia
16-19	6626,3	3135,3
20-24	5643,9	2434,8
25-29	4768,3	1916,8
30-34	4978,5	1863
35-39	5109,1	1906,1
40-44	4753,3	1907,1
45-49	4502,7	2079,8
50-54	4281,8	2368,2
54-59	3914,8	2454,7
60 y más	2945,5	2139,9

De los datos se deja claro que sin no se interviene de manera inmediata el problema

²⁴ Informe de Accidentes de Trabajo en España

seguirá no desaparecerá. De ello, la importancia de proceder al cumplimiento de la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales.

En el caso de las embarazadas y los trabajadores discapacitados no se dan tanto dicha incidencia pero es debido a su menor número en los puestos de trabajo, y es que está claro que las empresas no cumplen con éstos procediendo a su inmediata extinción del contrato de trabajo en cuanto es posible. Es decir, que aunque al principio se ha expuesto que el número de mujeres está aumentando el ámbito laboral, también es cierto que en cuanto la empresa es conocedora de su contingencia intenta que la relación laboral sea extinguida.

11.- Conclusiones

Lo que ha quedado claro en todo lo expuesto, es que la manera más efectiva para que los trabajadores estén en su puesto de trabajo sin riesgos es llevar a cabo una buena política preventiva, y no esperar a que sucedan los problemas.

Actualmente en España, el problema viene configurado del simple hecho de que las empresas no ven la prevención como una herramienta útil y eficaz para evitar los riesgos, sino que para éstas es un coste más añadido a otros que tienen que cubrir y que se les imponen por vía normativa, con sus correspondientes sanciones administrativas en caso de incumplimiento. Este es el mayor problema, por el cual, muy pocas empresas aplican políticas preventivas útiles y lo ven como una ventaja y no como una imposición legal.

Por tanto, toda la normativa expuesta en este trabajo lo que pretende es que se le dé la mayor protección a los trabajadores, y sobretodo a aquellos que se consideran de una especial sensibilidad como es el caso de los menores, de las embarazadas y de los discapacitados. Por lo tanto, en caso de incumplimiento será la administración la que actuará en consecuencia aplicando las medidas correctivas necesarias (sancionando o requiriendo a que se actúe de una manera concreta).

Como se ha podido ir comprobando a lo largo del presente trabajo, se está ante un tema muy complejo debido a que hay una amplia normativa sobre cada caso concreto. En primer lugar, está la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, base para dar los primeros pasos para la protección de los colectivos que se han

desarrollado aquí, pero con ella no se puede dar por terminada la protección que se pretende dar a cada caso concreto. Por ello, se tiene que ir complementando con la normativa correspondiente como se ha explicado en cada uno de los apartados de los temas a tratar (punto 6, 7 y 8 del presente trabajo).

El artículo 15 de la Constitución Española establece el derecho a la vida e integridad física y moral de todos. No obstante, aunque el legislador intenta ser lo más completo posible en la protección de todos los trabajadores, y más cuando se habla de los que pueden ser más sensibles, hay que tener en cuenta que este trabajo no se consigue en la mayoría de casos, y ello es debido a la falta de cultura preventiva que asola a nuestro país. Ésta va ligada a que se interpreta como un coste y no como una inversión, como ya se ha dicho en párrafos anteriores.

España es uno de los países con mayor siniestralidad laboral en Europa²⁵, de hecho su siniestralidad anual no suele ser muy variable y las cotas suelen ser bastante altas, todo ello debido a la baja calidad en la cultura preventiva.

Con lo cual, con el presente trabajo lo que se pretende es dar una pequeña guía para que los trabajadores tengan un conocimiento básico de como actuar en cada caso concreto, o al menos saber que derechos les amparan.

Personalmente creo, que para que haya un cambio preventivo, el primer paso a seguir es formar al empresario, hacerlo participe de cómo actuar de manera preventiva es más beneficioso que intentar proteger (de forma posterior al hecho, como puede ser un accidente) al trabajador. En especial, formarlo y hacerle comprender que hay trabajadores que por su sensibilidad su trabajo es más importante. Si ello no es así, nunca habrá ese cambio que se espera por parte de los trabajadores.

25 Fuente: Eurostat

12.- BIBLIOGRAFIA

Para llevar a cabo el presente máster se ha consultado las siguientes normas:

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978, 29313 a 29424. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. “DOCE”, 216 de 20 de agosto de 1994, 12 a 20. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1994-81324>
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, 269, de 10 de noviembre de 1995, 32520 a 32611. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Boletín Oficial del Estado, 266, de 06 de noviembre de 1999, 38934 a 38942. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21568>
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 71, de 23 de marzo de 2007, 12611 a 12645. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 281, de 24 de noviembre de 1995, 33987 a 34058. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, 10, de 12 de enero de 2000, 1139 a 1150. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 189, de 8 de agosto de 2000, 28285 a 28300. Recuperado de

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-15060>

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015, 100224 a 100308. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 206, de 25 de julio de 1889, 249 a 259. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Boletín Oficial del Estado, 289, de 03 de diciembre de 2013, 95635 a 95673. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>
- Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres. Boletín Oficial del Estado, 217, de 26 de agosto de 1957, 785 a 797. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1957-11398>
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Boletín Oficial del Estado, 27, de 31 de enero de 1997, 3031 a 3045. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853>
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 261, de 31 de octubre de 2015, 103291 a 103519. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>
- Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido. Boletín Oficial del Estado, 294, de 9 de diciembre de 1985, 38811 a 38812. Recuperado

de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-25591>

- Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se aprueba el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 94, de 20 de abril de 2005, 13466 a 13469. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-6308>
- Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos. Boletín Oficial del Estado, 133, de 4 de junio de 1983, 15548 a 15549. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-15813>

Texto usado:

- Agún, et al., (2012). *Prevención de Riesgos Laborales. Instrumentos de aplicación*. Valencia: tirant lo blanch.

Además se ha consultado diversas sentencias del:

- TSJ, recuperadas de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- TS, recuperadas de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- TJUE, recuperadas de https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es

Estadísticas:

- Estadística de población activa de mujeres años 2006-2019. Recuperado de <http://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4942#!tabs-grafico>.
- Estadística de población activa de hombres año 2006-2019. Recuperado de <http://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4942#!tabs-grafico>.

- Estadística de población activa con discapacidad años 2014-2017. Recuperado de http://ine.es/prensa/edp_2017.pdf

