

LA NECESARIA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL AL EMPRESARIO: UN ANÁLISIS LABORAL Y PREVENTIVO

PABLO LÓPEZ ROLDÁN

Profesor Máster Prevención de Riesgos Laborales. Doctorando
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras Clave:** Maternidad, estado biológico; comunicación del embarazo; derecho fundamental

El estudio pretende ofrecer un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la comunicación del embarazo o lactancia natural de la trabajadora al empresario y cómo repercute este acto en la protección del empleo y en la puesta en marcha de la acción preventiva y protectora de la maternidad. Así, en materia de protección del empleo, el acto de comunicación no es necesario que se produzca para evitar la nulidad de un despido, existiendo un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas o lactantes. El TC dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada. En materia preventiva, el conocimiento por parte del empresario es fundamental para garantizar la efectiva protección de la maternidad en el ámbito laboral, puesto que es la única forma de adoptar medidas preventivas específicas que protejan no sólo la salud de la mujer, sino la del embrión primero y la del feto e hijo después. Sin embargo, el deber preventivo empresarial no surge desde el momento en el que la trabajadora comunique su estado biológico, sino que la LPRL exige la adopción inmediata de medidas preventivas sobre la situación de embarazo, que puede ser desconocido por el empresario, e incluso por la madre.

ABSTRACT **Key Words:** Maternity protection; known biological state; pregnancy, communication, fundamental right

The study aims to provide a normative, doctrinal and jurisprudential analysis on the pregnancy or breastfeeding communication from the worker to the employer and how this act affects on the protection of employment and the start-up of the preventive and protective action of maternity. Thus, in terms of employment protection, the act of communication doesn't need to occur to avoid the nullity of a dismissal, there being a mechanism of enhanced guarantee in the guardianship of pregnant or lactating workers. The TC exempts the worker from a test that can sometimes be enormously complicated. In preventive matters, knowledge on the part of the employer is essential to ensure effective protection of maternity in the workplace, since it is the only way to take specific preventive measures that protect not only the health of the woman, but also that of the embryo first and that of the fetus and son later. However, the business preventive duty does not arise from the moment in which the worker communicates its biological status, but the LPRL requires the immediate adoption of preventive measures on the situation of pregnancy, which may be unknown by the employer, and even by the mother.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ESTADO BIOLÓGICO CONOCIDO
3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
 - 3.1. Comunicación del embarazo y la lactancia natural vs despido de la trabajadora
 - 3.2. La carga de la prueba
4. LA ACTUACIÓN PREVENTIVA EMPRESARIAL FRENTE A LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD
 - 4.1. La comunicación del embarazo y la lactancia natural y el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo
 - 4.2. Propuestas preventivas para afrontar la problemática
5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Para garantizar el cumplimiento del deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales —establecido en el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)—, el empresario deberá tener constancia de todas las particularidades del personal a su cargo, al objeto de poner en funcionamiento su actividad preventiva y evitar posibles daños a la salud como consecuencia del trabajo realizado. En el supuesto de la mujer trabajadora embarazada o durante la lactancia natural, es fundamental que el empleador —y el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa— conozca el estado biológico en el que se encuentra la mujer, pues será la única forma de adoptar medidas preventivas específicas que protejan no sólo la salud de la mujer, sino la del embrión primero y la del feto e hijo después. El objetivo es que el empresario pueda cumplir con sus obligaciones legales —entre otras, realizar la evaluación de riesgos laborales del puesto que ocupa la mujer conforme a lo establecido en los arts. 16 y 26 LPRL—, de forma que se puedan evitar o minimizar los daños derivados del trabajo.

El empresario podrá tener constancia del embarazo o la lactancia de la mujer a través de diferentes vías: 1) Comunicación directa —verbal o por escrito— de la trabajadora o de terceras personas, en la que se manifieste su estado biológico y el estado de la gestación. Entendemos que el medio escrito es el más adecuado desde el punto de vista probatorio y de seguridad jurídica, respecto a un posible incumplimiento empresarial de la acción protectora de la maternidad¹. En este sentido, es recomendable que el escrito vaya acompañado de un certificado

¹ Garrigues Jiménez, A., “La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social”, *Consejo Económico y Social de España*, Madrid, 2004, pp. 56-57.

médico del facultativo que supervise el embarazo². Esta comunicación deberá ir dirigida al empleador o a los responsables de la prevención de riesgos laborales de la empresa, ello en función de la modalidad preventiva escogida; y 2) Comunicación indirecta: conocimiento empresarial por cualquier otro medio o manera, entre el que se encuentra el momento a partir del que será perceptible, por el inevitable aumento del abdomen o bien que el hecho del embarazo sea conocido en el centro de trabajo. Este último hecho será necesario que quede probado, puesto que no es suficiente que la trabajadora lo hubiera comunicado a sus compañeros, sino que debe quedar claro que sea una noticia de público conocimiento por parte de los responsables de la empresa, no bastando el argumento de que personas con cargo en la organización tuvieran noticias del embarazo³. En definitiva, cualquier medio puede ser válido siempre que así le conste al empresario de manera fehaciente⁴. Otros autores van más allá y estiman que debido a la importancia de los intereses objeto de protección, si existiera la sospecha del embarazo de la mujer trabajadora, el empresario deberá realizar las gestiones necesarias para confirmar o desmentir la situación y proceder en consecuencia⁵.

No podemos olvidar que la situación de embarazo o la lactancia de la mujer trabajadora forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE) (derecho a la intimidad personal y familiar) y como un derecho de los trabajadores recogido como tal por 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 (LET), en su art. 4.2.e); por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección de la seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su descendencia.

2. ESTADO BIOLÓGICO CONOCIDO

En la normativa europea, el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con

² Solé Gómez, M.D., et al, “Nota Técnica de Prevención (NTP) 959: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo* (INSST), 2012, p. 3.

³ STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003) (F.J. 6).

⁴ Sánchez Trigueros, C., “El riesgo durante el embarazo (Régimen Laboral y de Seguridad Social)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 54, 2004, p. 190; Pérez del Río, M.T., Ballester Pastor, “Mujer y salud laboral”, *Wolters Kluwer*, 1999, pp. 62-63.

⁵ Mella Méndez, L., “Situación de riesgo durante el embarazo. Aspectos laborales y de seguridad social”, *Aranzadi Social*, 5/1999, pp. 1211-1222.

arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), define a la trabajadora embarazada como “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”; estableciendo idénticas definiciones para la “trabajadora que ha dado a luz” y la “trabajadora en periodo de lactancia”. Es decir, el legislador europeo introduce el matiz de la comunicación de su estado biológico –embarazo, parto reciente o lactancia– al empresario sin el que no cabe concebir a la mujer trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en situación de lactancia. Esta comunicación no es un requisito meramente formal, sino que le atribuye una eficacia constitutiva de las obligaciones empresariales con relación a la protección de la maternidad, en la medida en que la incluye en la definición de los sujetos protegidos⁶. Además, el objetivo último de esta obligación de comunicación no es sólo la protección de la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino la protección de su empleo, puesto que esa comunicación hace que se “ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva”⁷.

En cuanto a las “legislaciones y/o prácticas nacionales”, son interesantes las conclusiones contenidas en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, en el que se afirma que la mayoría de los Estados miembros no definen el concepto de trabajadora embarazada; y a diferencia de España, la puesta en marcha del mecanismo preventivo empresarial de la mayor parte de los Estados miembros, “requiere que la trabajadora informe a la empresa de su embarazo, o del hecho de que ha dado recientemente a luz o que está amamantando, y el plazo de protección no comienza hasta que se haya hecho”. El informe explícitamente determina que “en España, la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad”⁸. En este sentido, debe quedar claro que la obligación del empresario de adoptar medi-

⁶ Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo”, *Bomarzo*, 2009, p. 82.

⁷ Castellano Burguillo, E., “Igualdad de trato entre hombres y mujeres: concepto de trabajadora embarazada”, *Temas Laborales*, 96/2008, p. 261.

⁸ Comunicación COM (1999) 100 final, de 15/03/1999. Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, p. 7. Se trata de un documento interesante desde el punto de vista del Derecho Comparado que nos permite establecer analogías y diferencias entre los diferentes sistemas preventivos de la mujer trabajadora embarazada en la Unión Europea. Plantea que hay grandes discrepancias y diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la obligación de informar a la empresa, estableciendo una cuestión general: si es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, queda excluida del ámbito de la Directiva, aunque en la práctica éste tenga constancia del embarazo. Continúa el informe determinando que la Comisión reflexionará para hallar una solución a este problema.

das preventivas, no surge desde el momento en el que la trabajadora comunique su estado biológico, como así han establecido algunos Estados miembros, en clara contravención de la Directiva⁹.

La transposición de esta Directiva al Derecho español se efectuó principalmente por la LPRL (art. 26) y por el Real Decreto 298/2009, sobre todo en lo concerniente a los Anexos I y II de la Directiva: “Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo”¹⁰ (mencionada en el art. 4) y “Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo” (mencionada en el art. 6)¹¹.

En el ámbito internacional, la Recomendación núm. 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad, hace referencia en su art. 4.1 al periodo antes y después del parto, durante el cual es ilegal para el empleador despedir a una mujer, mencionando que tendrá constancia del mismo por medio de un certificado médico.

En la legislación española, el estado biológico conocido se menciona en el art. 25 LPRL (Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos), en el que se determina que “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, (...) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. Estos trabajadores no serán empleados en puestos en los que debido a su estado biológico conocido puedan exponerse a situaciones de peligro a nivel personal o hacia el resto de trabajadores.

Centrándonos en el contenido del art. 26 LPRL –protección de la maternidad–, el legislador no incluyó el requisito de la comunicación como una condición *sine qua non* para el despliegue de toda la acción preventiva del empresario. Ello no significa que se produzca un incumplimiento de la Directiva por la normativa interna, puesto que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales la configuración de esta comunicación. En este sentido, entendemos que no es necesaria una comunicación formal del estado biológico, pudiendo ser la misma bajo distintas modalidades. Al contrario, se produce una mejora sustancial con respecto al requisito de la comunicación, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida

⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (COM (1999) 100 1 C5-0158/1999 1999/2151(COS)).

¹⁰ El Anexo I fue modificado por la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n° 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

¹¹ Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), “superando los niveles mínimos de protección” y la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000)¹². Igualmente las modificaciones de este precepto efectuadas por la LCVFL y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), no incluyeron la obligación de la comunicación por parte de la trabajadora¹³. Por tanto, se deduce que “al omitir esta definición, se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85”¹⁴. Además, cualquier exigencia a la trabajadora podría ser calificada de atentatoria a la dignidad de la mujer embarazada e incluso contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional que en ningún momento ha exigido esa comunicación¹⁵.

Desde un punto de vista exclusivamente preventivo, se debe plantear la siguiente cuestión: *¿está obligada la trabajadora a comunicar su embarazo al empresario en base a la protección de la seguridad y salud personal y la de su feto?* Hay casos en la bibliografía que defienden que esta obligatoriedad debe estar justificada únicamente por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial. Es decir, se plantearía una excepción a la norma general de no obligatoriedad y siempre que: 1) el empresario haya cumplido con su obligación de evaluar los riesgos, y que de tal evaluación se hayan desprendido datos que permitan entender la existencia de un riesgo real o potencial para la madre o el feto; y 2) haya comunicado tal información a la trabajadora. En estos casos, entienden que hay un motivo por el que la trabajadora está obligada a comunicar su embarazo al empresario¹⁶.

El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) va más allá y es más preciso, recomendando esta comunicación en los siguientes casos¹⁷:

- a) Preconcepción: si la trabajadora tiene intención de quedarse embarazada y su trabajo implica la manipulación de agentes que puedan producir malformaciones congénitas, deberá saber que el riesgo es máximo entre la 3^a y 8^a semana de gestación. Por ello, teniendo en cuenta que un retraso

¹² Interesante defensa sobre este asunto realiza Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pp. 83-84.

¹³ En este sentido, Mella Méndez, L., “Situación de riesgo...”, op. cit., pp. 1211-1222, critica el desaprovechamiento de la reforma del art. 26 LPRL, en el que, al menos, se debería haber incluido la necesidad de que la trabajadora “informe cuanto antes al empresario sobre su situación, a efectos de la inmediata evaluación de los riesgos y, en su caso, adopción de las medidas protectoras correspondientes que puedan evitar la irreversibilidad de posibles daños tanto para la madre como para el hijo”.

¹⁴ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6^o).

¹⁵ SSTC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002) y 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003).

¹⁶ Fabregat Monfort, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH -Co. Betriebs- K)”, *Derecho Social*, 24/2003, p. 105.

¹⁷ Solé Gómez, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 915: Embarazo, lactancia y trabajo: vigilancia de la salud”, *INSST*, 2011, p. 3.

de 7 días significa que la mujer se halla en la 3ª semana de gestación, la comunicación por parte de la trabajadora de su intención de quedar embarazada o la determinación de la gonadotrofina coriónica en sangre a los 2-3 días de retraso podrían considerarse como elementos para poner en marcha las medidas preventivas oportunas.

- b) Sospecha de embarazo: si la trabajadora, con ciclos menstruales regulares y espontáneos, tiene un retraso de diez días, deberá ponerlo en conocimiento del empresario, en función de los factores de riesgo presentes en el lugar de trabajo.
- c) Embarazo: sería recomendable que lo comunicara cuando tuviera la confirmación del embarazo por los diferentes medios que puedan identificarlo, normalmente por determinación en orina de la gonadotrofina coriónica.
- d) Postparto: sería aconsejable que el empresario tuviera constancia cuando la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo antes de la finalización de las catorce semanas posteriores al parto, o las que le pudieran corresponder en los casos de parto múltiple.
- e) Lactancia materna: si la trabajadora, durante la lactancia materna pudiera amamantar a su hijo o extraerse la leche en el lugar de trabajo, sería recomendable que lo comunicara al empresario lo antes posible, para que se pudiese disponer de una sala habilitada al efecto.

No debe operar la obligatoriedad aun cuando su propósito fuera la protección integral de la mujer, de su feto o de su hijo, puesto que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación de embarazo o lactancia, hecho que no puede generar ningún tipo de duda. Es decir, el empresario debe actuar y poner en funcionamiento los mecanismos preventivos adecuados con independencia del conocimiento previo del embarazo de la trabajadora. Por tanto, la comunicación del embarazo no tiene carácter constitutivo ni se le puede exigir a la mujer para su tutela efectiva, siendo su valor “puramente instrumental”, debiendo “prevalecer, en principio, el derecho a la intimidad de la trabajadora”¹⁸. Sin embargo, a pesar de esta voluntariedad con carácter general, no podemos obviar lo aconsejable que es desde el punto de vista preventivo realizar esta comunicación a la mayor brevedad posible, todo ello en beneficio de la trabajadora y de su descendencia.

Llegados a este punto y ante la no obligatoriedad de comunicar el embarazo o la situación de lactancia por parte de la trabajadora, se plantean varios interrogantes:

- a) En primer lugar, *¿se produciría un incumplimiento sancionable de sus obligaciones?* En el art. 26 LPRL, no se exige expresamente a la trabajadora el deber de comunicar su embarazo o su situación de lactancia natural. Sin embargo, el art. 29.2.6º LPRL establece que “los trabajadores, con arreglo

¹⁸ Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo”, *Ediciones Laborum*, Murcia, 2016, p. 43.

a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán (...) cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”. En el mismo sentido, el art. 29.2.4º LPRL determina que los trabajadores deberán “informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores”. Las resoluciones judiciales determinan que estos deberes de información y cooperación no pueden interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación¹⁹. Como ya se ha citado, la situación de embarazo o lactancia de la mujer trabajadora forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido y protegido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar). Por tanto, no existiendo obligación, tampoco puede haber un incumplimiento sancionable, puesto que, de lo contrario, se produciría una discriminación directa por razón de sexo^{20 21}. Así pues, no se quebrantaría el art. 29.3 LPRL, que determina que “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos (...) tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores”; una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada²². Esta es la línea argumental que tiene mayor consistencia jurídica y la que mayor refrendo jurisprudencial la avala, como se verá en el siguiente apartado. Por el contrario, hay un sector doctrinal que considera que la ocultación del embarazo puede tener la consideración de incumplimiento laboral, pudiendo ser sancionada la trabajadora por tal motivo. Entienden que podría llegarse incluso al despido por el quebrantamiento de la buena fe contractual y las órdenes empresariales^{23 24}.

¹⁹ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6º).

²⁰ Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante...”, op. cit., pp. 43-44.

²¹ Lousada Arochena, J.F., “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *Actualidad Laboral*, 3/1998, p. 712.

²² Nevado Fernández, M.J., “El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social) (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 105/2001, p. 391.

²³ Entre otros, Gorelli Hernández, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995* (Coords. Ojeda-Avilés, A., Alarcón Caracuel, M.R., Rodríguez Ramos, M.J.), *Aranzadi*, 1996, pp. 189-254.

²⁴ Sobre ambas posiciones doctrinales realiza una descriptiva situación Pérez Campos, A.I., “Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL/2007, pp. 213-214.

b) En segundo lugar, *¿se produciría un quebrantamiento del deber de buena fe y por tanto un incumplimiento contractual?*²⁵ La buena fe contractual se debe entender como la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes²⁶. El art. 5 a) LET establece que los trabajadores tendrán el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, estableciendo que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. (art. 20.2 LET)²⁷. Asimismo, la doctrina del TS determina que “la buena fe, en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento”²⁸. Es decir, para que se produzca una transgresión de la buena fe contractual, debe producirse un incumplimiento contractual sancionable, hecho que no se produce en nuestro supuesto²⁹. Por ello, es claro que no existe ninguna infracción de la buena fe contractual por el hecho de que se omita la comunicación de la situación de embarazo, hecho que debe serle indiferente al empresario³⁰. Siguiendo esta línea, *¿se produciría un incumplimiento del deber de lealtad (susceptible de justificar un despido) por no comunicar el embarazo al empresario?* Las resoluciones judiciales del TJUE estiman que su estado biológico pertenece al ámbito de la intimidad de las trabajadoras y que por tanto carece de obligatoriedad ponerlo en conocimiento del empresario, sin que se pueda justificar un despido por el quebrantamiento del deber de lealtad³¹. Asimismo, entendemos igualmente que la ocultación del embarazo o la lactancia natural al empresario no supone una ruptura del vínculo de confianza que debe presidir toda relación laboral³².

²⁵ Art. 54.2.d) LET, despido disciplinario: incumplimiento contractual por la transgresión de la buena fe contractual.

²⁶ SSTs de 20/11/1989 (ROJ STS 6544/1989) y 26/02/1991 (rec. 33/1990).

²⁷ STC 4/1996 de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1996) y STS de 19/07/2010 (rec. 2643/2009).

²⁸ STS de 15/06/2009 (rec. 2660/2004) (F.D. 1º). Citado igualmente en la STS de 19/07/2010 (rec. 2643/2009).

²⁹ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 6º).

³⁰ Fabregat Monfort, G., “¿Obligación de comunicar el embarazo?...”, op. cit. pp. 105 y ss.

³¹ STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000* (2001\265); STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339).

³² Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p. 86.

c) Por último, ¿se activaría la acción protectora del empresario conforme al art. 26 LPRL? Esta sería la principal consecuencia de la inacción de la trabajadora, eximiendo al empresario de cualquier tipo de responsabilidad por no haber tomado medidas, que en principio no era necesario que adoptara. Sin embargo, si el embarazo es notorio, el empresario debe cumplir con sus obligaciones preventivas de acuerdo al art. 26 LPRL y actuar –si fuera necesario– aún en contra de la voluntad de la trabajadora³³. Ello se traduce en la elaboración de la evaluación de riesgos laborales y la planificación de las medidas preventivas, adoptando en su caso las acciones necesarias, incluso adaptando las condiciones de trabajo³⁴. Todo ello, sin perjuicio del nacimiento de las responsabilidades que puedan derivarse cuando esta trabajadora sufra una lesión, ya sea física o psíquica, pero sin que se pueda tener en cuenta el estado de embarazo³⁵. La acción protectora empresarial no es una acción automática, sino que requiere del conocimiento previo del estado de embarazo de la trabajadora, por comunicación directa de la misma o porque el empresario tenga constancia del mismo. Así, la prueba del conocimiento del estado biológico es suficiente para que nazca la obligación y en su caso, la responsabilidad laboral y administrativa³⁶.

Ahora bien, con independencia de que el empresario conozca esta información, el empleador no puede eludir su deber de protección general de los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 LPRL), desplegando todo el sistema preventivo que le otorga la LPRL. Así, deberá aplicar los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL) eliminando o minimizando todos los riesgos que puedan afectar a la mujer embarazada y a su descendencia, evaluando aquellos que no hayan podido evitarse e implementando medidas preventivas para que no afecten a la salud de las trabajadoras o su descendencia³⁷. En definitiva, el empresario deberá prevenir en la evaluación de riesgos –inicial o periódica– de cualquier puesto de trabajo, el hecho de que pueda ser ocupado circunstancialmente por una mujer embarazada o en situación de lactancia natural, suponiendo ello una mejora respecto a la Directiva 92/85/CEE que parte del supuesto

³³ Pérez Campos, A.I., “Salud laboral...”, op. cit. p. 213.

³⁴ STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) (F.J. 5º y 6º).

³⁵ García Viña, J., “La obligación del empresario de prevenir los riesgos físicos y psico-sociales en relación a la mujer embarazada. ¿Qué relación existe entre esta protección y el conocimiento del embarazo después de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio?”, *Aranzadi Social*, 14/2008, pp. 63-77.

³⁶ Cabeza Pereiro, J., “Maternidad y riesgos laborales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 17/2006, p. 244.

³⁷ INSST, “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”, 2011, p. 11.

de hecho de embarazo, postparto o lactancia ya existentes. En cambio, el art. 26 LPRL exige medidas preventivas aunque no hubiese certeza de riesgo, sino probabilidad del mismo sobre la situación de embarazo de la mujer que puede ser desconocido por el empresario e, incluso, por la madre³⁸; realizando a posteriori la evaluación de riesgos adicional cuando el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora³⁹. En otras palabras, la trabajadora sólo podrá beneficiarse de forma íntegra de la protección específica prevista en el art. 26 LPRL si informa de su embarazo o lactancia al empresario o el mismo tiene conocimiento previo del estado biológico de la trabajadora⁴⁰. Lo que no puede generar ningún tipo de duda es que la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación al empresario de la situación biológica concreta⁴¹.

Con relación a la responsabilidad empresarial ante la falta de adopción de medidas preventivas, la normativa determina que el incumplimiento del empresario ante estas obligaciones podrá constituir una infracción muy grave; concretamente tendrá esta calificación la no observación de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia. Asimismo, será igualmente una infracción muy grave la adscripción de trabajadores a puestos cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo⁴². En este sentido, parece que queda claro que si el empresario adscribe a una trabajadora embarazada a un puesto de trabajo incompatible con su estado biológico, cuando el mismo es conocido, podría cometer una infracción muy grave. Asimismo, si el empresario realiza esta adscripción –incompatible con su estado biológico– sin tener constancia del embarazo de la trabajadora, en principio, el empleador carecerá de responsabilidad, salvo que se evidencie que podía haber conocido el estado de la trabajadora por ser público y notorio⁴³.

³⁸ Apilluelo Martín, M., “Avances legislativos y judiciales en la protección de la maternidad”, *Documentación Laboral*, 86/2009, p. 15.

³⁹ INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 16.

⁴⁰ Conde Colmenero, P., “La trabajadora embarazada y los riesgos laborales: entre la plena incorporación femenina al mercado de trabajo y las emergentes patologías profesionales”, Comunicación presentada en el *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 2011, pp. 11-12.

⁴¹ Sánchez Castillo, M.M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p. 84. En referencia a Moreno Gené, J., Romero Burillo, A.M., “Maternidad y salud laboral”, *Tirant Lo Blanch*, 2000, p. 40. Similares argumentos expone Lousada Arochena, J.F., “La protección de...”, op. cit. p. 713.

⁴² Art. 13 del 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.

⁴³ García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.

Por último, el Código Penal determina que los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, pueden cometer un delito contra los derechos de los trabajadores⁴⁴. Se trata de un delito de difícil configuración, que obliga a acudir a la normativa laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo para comprender mejor su efectividad. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores al no facilitar los medios para que ese colectivo desempeñe su actividad en condiciones adecuadas. Se deben producir tres elementos: 1) “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”; 2) la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; y 3) la puesta en peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores⁴⁵.

Como situación específica, el art. 21.1 c) del Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, establece que la empresa externa deberá informar a las trabajadoras expuestas, antes de iniciar su actividad, sobre “la necesidad de efectuar rápidamente la declaración de embarazo y notificación de lactancia, habida cuenta de los riesgos de exposición para el feto, así como el riesgo de contaminación del lactante en caso de contaminación radiactiva corporal”. Asimismo, el art. 10 determina que se desplegará la acción protectora cuando la trabajadora comunique su embarazo o informe de su estado en caso de lactancia, todo ello en el marco de la protección especial durante el embarazo y la lactancia. En este sentido, el reglamento considera una infracción grave “incumplir las prescripciones relativas a embarazo y lactancia (...), una vez que la trabajadora haya comunicado su estado al titular de la práctica” (art. 69.2.b.7º)⁴⁶. Es decir, en el supuesto de trabajadoras expuestas a radiaciones ionizantes, se plantea como una “necesidad” la comunicación de la trabajadora de su embarazo o de la situación de lactancia natural para que el empresario pueda desplegar toda su acción protectora. Hay que tener en cuenta que las radiaciones ionizantes constituyen un riesgo importante para toda la clase trabajadora en general y para la madre gestante o lactante en particular que no puede ser ignorado. El daño que causa la radiación en los órganos y tejidos depende de la dosis recibida, o dosis absorbida, pudiendo afectar al funcionamiento de órganos y tejidos, y producir efectos agudos tales como enrojecimiento de la piel, caída del cabello, quemaduras por radiación o síndrome de irradiación aguda. En el caso de mujeres embarazadas, la radiación ionizante puede

⁴⁴ Art. 316 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este caso, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

⁴⁵ Rillo Peralta, E., “El delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista Técnico Laboral*, 144/2015, pp. 259-261.

⁴⁶ Normativa e información recogida en la ficha de riesgo “Agentes físicos AF1: radiaciones ionizantes”, *INSSST*, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 77.

producir daños cerebrales en el feto tras la exposición prenatal aguda a dosis elevadas, debiendo adoptarse medidas preventivas y protectoras enérgicas para evitar que se produzcan daños derivados del trabajo^{47 48}. Por todo ello, el legislador atendiendo a la especial gravedad de este riesgo, y aunque no venga impuesto como un deber, considera fundamental que la mujer embarazada o lactante comunique su estado lo antes posible para adoptar las medidas preventivas o protectoras adecuadas⁴⁹.

En la misma línea se pronuncia el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) que estima “imprescindible” que la trabajadora expuesta gestante, en cuanto tenga constancia de su embarazo, lo comunique al encargado de la protección radiológica del centro en el que trabaja y al responsable de la instalación radiactiva, con el objetivo último de proteger adecuadamente al feto⁵⁰.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

3.1. Comunicación del embarazo y la lactancia natural vs despido de la trabajadora

La protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido es una garantía objetiva y automática (art. 55.5. b) LET), vinculada 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. En estos supuestos, la cuestión central se halla en la determinación de la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

⁴⁷ Información publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS):

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs371/es/> (Consulta realizada 16/09/2018). Así, por ejemplo determina que cuando se produzca una emergencia nuclear, las embarazadas deben tomar pastillas de yoduro de potasio cuando así lo indiquen las autoridades competentes para proteger tanto su tiroides como el del feto. Cuando esté indicado, las mujeres lactantes también deben tomar pastillas de yoduro de potasio para protegerse a sí mismas y proporcionar al lactante yoduro de potasio con leche materna.

⁴⁸ El feto resulta especialmente vulnerable frente a las radiaciones ionizantes, puesto que su exposición conlleva riesgos específicos, como las malformaciones, que no se dan en la exposición de los seres ya nacidos. Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), *Protección de las trabajadoras gestantes expuestas a radiaciones ionizantes en el ámbito sanitario*, Madrid, 2003.

⁴⁹ Con relación a la exposición a radiaciones ionizantes de trabajadoras embarazadas, Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Tirant Lo Blanch*, 2014, pp. 350-351, citando la opinión manifestada por Jean Jacquain, que se cuestiona retóricamente si “¿puede un empleador no infringir la ley... si continúa exponiendo a radiaciones ionizantes a una trabajadora encinta de 8 meses que no le ha informado de su estado?”, “Protection de la maternité. L’execution de la directive européenne 92/85”, CGSP, Bélgica, 1995, pp. 8 y 9. En este sentido el autor expone que “si el empresario conoce el estado de la trabajadora –por ser notorio o conocerlo de otro modo distinto a la comunicación de la trabajadora–, la conclusión más lógica es que estará obligado a cumplir con la norma”.

⁵⁰ Información publicada por el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN):

<https://www.csn.es/proteccion-radiologica/trabajadores/trabajadoras-gestantes> (Consulta realizada 16/09/2018).

Los pronunciamientos judiciales sobre este asunto tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada o durante la lactancia natural, siendo la cuestión principal la calificación del despido de la trabajadora.

Así, a nivel comunitario, la STJCE de 04/10/2001, *Asunto Tele Danmark C-109/2000* (2001\265), determina en su apartado 24 que “la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado, puesto que este último no puede tenerlo en cuenta en el momento de la contratación”. Asimismo, estima que “si se admitiera dicha obligación de informar al empresario, se correría el riesgo de privar de efecto a la protección de las trabajadoras embarazadas establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, cuando el legislador comunitario ha deseado que dicha protección sea especialmente elevada”. En el mismo sentido se manifiesta la STJCE de 27/02/2003, *Asunto Busch C-320/2001*, en la que se estima que “puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta”. La STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339), justifica el carácter autónomo del concepto de trabajadora embarazada contemplado en la Directiva 92/85/CEE, en la que remite a las legislaciones y/o prácticas nacionales las modalidades de comunicación del estado de la trabajadora al empresario⁵¹ 52.

La doctrina del TC –a partir de la STC 92/2008 de 21 de julio⁵³– insiste en que la Directiva 92/85/CEE prevé expresamente la necesidad de comunicar el embarazo al empresario, a efectos de poder calificar a la mujer como “trabajadora embarazada” o en situación biológica análoga. Sin embargo, explica que el legislador español en su transposición al ordenamiento jurídico interno, omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva. Por ello, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 LET), no es necesario el cumplimiento de este requisito, puesto que se trata de una garantía objetiva y automática, que otorga la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, en el supuesto de que el empresario desconozca el embarazo de la trabajadora en el momento de producirse el despido. Por tanto, se dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se configura así

⁵¹ Apartado 53. Similar argumento se expuso en la STJCE de 20/09/2007, *Asunto Kiiski C-116/06* (2007\237) (apartado 24). Véase Miranda Boto, J.M., “La Directiva 92/85/CEE como instrumento fundamental de protección de la mujer embarazada: jurisprudencia reciente”, en AA.VV., *Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Dir. Borrajo Dacruz, E.) La Ley, Madrid, 2010, p. 722-724.

⁵² Sobre la posición de la jurisprudencia comunitaria en esta materia, véase Gómez Caballero, P., “La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, 130/2015, pp. 187-193.

⁵³ (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008).

por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional⁵⁴.

Los pronunciamientos iniciales del TS sobre esta cuestión establecían que el empresario debía tener conocimiento del embarazo para que en el supuesto de un despido, se pudiera alegar un posible trato discriminatorio⁵⁵. No se exigía la comunicación del estado de embarazo al empresario –por parte de la trabajadora–, sino que bastaba con que éste tuviera constancia del mismo⁵⁶, bien porque fuera apreciable a simple vista por el evidente aumento del abdomen o bien porque fuera conocido en el centro de trabajo⁵⁷. Es decir, a diferencia de la doctrina que marcó la STC 92/2008, hubo una corriente jurisprudencial que determinó que el empresario debía conocer el embarazo de la trabajadora para poder declarar el despido nulo, en caso de que se produzca el mismo, hecho que no implica necesariamente la obligación de la mujer de comunicarlo al empresario.

Como se afirmaba en la STS de 12/03/2008 (rec. 1695/2007), “el supuesto para que un despido sea discriminatorio, es decir, causado o motivado por el embarazo de una trabajadora, es el conocimiento de dicho estado de gestación por parte del empresario que despide”. La sentencia ahonda más en esta tesis, afirmando que otra de las razones en las que se apoya que el conocimiento del empresario es requisito imprescindible es que debe producirse el principio de “seguridad jurídica” (art 9.3 CE), hecho que no sucedería en caso contrario.

Sin embargo, a raíz de la STS de 17/10/2008 (rec. 1957/2007), se produjo un cambio de doctrina respecto a la STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005), en la que el TS se ve obligado a cambiar sus pronunciamientos sobre esta materia debido

⁵⁴ SSTC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008); 124/2009 de 18 de mayo (BOE núm. 149 de 20 de junio de 2009) y 173/2013 de 10 de octubre (BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2013). Hasta la STC 92/2008 de 21 de julio, el TC planteaba una postura contraria como se pone de manifiesto en la STC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002), en la que se establecía que si se quiere poner de manifiesto que la causa del despido es el embarazo, el empresario debe tener conocimiento previo de este hecho o bien, según establece la STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003), que el embarazo sea conocido en el centro de trabajo o por directivos de la empresa. Sobre la STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), véase comentario de Elorza Guerrero, F., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas”, *Temas Laborales*, 98/2009, pp. 239-248. Sobre la nulidad objetiva, véase aportación que realiza sobre la STC 173/2013 Rodríguez Copé, M.L., “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional”, *Temas Laborales*, 123/2014, pp. 185-196.

⁵⁵ SSTC de 26/02/2004 (rec. 2569/2003) y 24/07/2007 (rec. 2520/2006); STSJ de Andalucía de 08/01/2003 (núm. 21/2003), STSJ de Cataluña de 20/07/2007 (núm. 5520/2007). Sobre la STS de 24/07/2007 (rec. 2520/2006), véase comentario de Rodríguez Copé, M.L., “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, *Temas Laborales*, 96/2008, pp. 229-239.

⁵⁶ STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005).

⁵⁷ STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003).

a la doctrina marcada por el TC a través de su STC 92/2008⁵⁸. A partir de este pronunciamiento judicial, se produce un cambio drástico en la jurisprudencia del TS, en la que se estima que la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada no precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. Desvincula el deber de comunicación –que se establece en la Directiva 92/85/CEE como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma–, con las exigencias en la aplicación del art. 55.5 b) LET, sobre despidos discriminatorios. Es decir, que el deber de comunicación sea un requisito de la Directiva 92/85/CEE para que se produzca la activación de los derechos y garantías previstos en esa norma, no implica que deba exigirse esta idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET⁵⁹.

En definitiva, la norma no establece como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora, la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado⁶⁰. En estos supuestos, se excusa a la trabajadora de las pruebas de indicios de la discriminación por razón de embarazo y al empresario de que tiene constancia del embarazo. La STC 92/2008 revocó la doctrina marcada hasta el momento por la jurisprudencia y que determinaba que conocer esta información constituía un requisito para justificar una discriminación por sexo con relación al despido; la existencia del conocimiento debía probarlo quién lo alegaba⁶¹.

⁵⁸ Fabregat Monfort, G., “El embarazo en el Derecho del Trabajo: la nueva tutela jurídica en el despido de la trabajadora embarazada”, *Derecho Social*, 48/2009, pp. 167-169, mantiene una postura radicalmente opuesta, estimando que a raíz de la STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) y STC 124/2009 de 18 de mayo (BOE núm. 149 de 20 de junio de 2009) (sentencia que comenta en su artículo), no se ha producido un cambio en la doctrina constitucional, sino que se ha originado un cambio legal como consecuencia de la modificación del art. 55 LET –donde expresamente consta la nulidad del despido de la trabajadora embarazada– que ha propiciado el cambio jurisprudencial que se ha producido en el TS y TC. En este sentido afirma que se trata de proteger el embarazo sin más, sin necesidad de que exista intencionalidad, mala fe, voluntad de daño, etc. adquiriendo el embarazo y la maternidad autonomía por mandato legal.

⁵⁹ Comparten la misma doctrina las SSTs de 16/01/2009 (rec. 1758/2008); 17/03/2009 (rec. 2251/2008); 13/04/2009 (rec. 2351/2008); 30/04/2009 (rec. 2428/2008); 06/05/2009 (rec. 2063/2008); 18/04/2011 (rec. 2893/2010), 25/01/2013 (rec. 1144/2012), 31/10/2013 (rec. 3279/2012), 14/01/2015 (rec. 104/2014) y 28/11/2017 (rec. 3657/2015). Las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes comunidades autónomas siguieron la misma senda, entre otros: SSTSJ de Castilla La Mancha de 06/04/2009 (núm. 586/2009) y 09/12/2011 (núm. 1353/2011); SSTSJ de las Islas Canarias de 07/06/2011 (núm. 407/2011), 18/12/2012 (núm. 2325) y 15/01/2015 (núm. 9/2015); SSTSJ de Cataluña de 13/07/2011 (núm. 5002/2011) y 21/03/2016 (núm. 1846/2016); SSTSJ de Madrid 05/11/2010 (núm. 871/2010), 22/12/2011 (núm. 865/2011), 16/03/2012 (núm. 243/2012) y 14/02/2014 (núm. 143/2014); SSTSJ de Andalucía de 19/04/2012 (núm. 749/2012), 17/12/2015 (núm. 1951) y 22/11/2017 (núm. 1962/2017); y STSJ de Aragón de 14/01/2014 (núm. 8/2014). Sobre la STS de 06/05/2009 (rec. 2063/2008), véase comentario de Rodríguez Copé, M.L., en “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial...¿con efectos perversos?”, *Temas Laborales* 103/2010, pp. 209-218.

⁶⁰ STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) (F.J. 8).

⁶¹ Entre otras: STC 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002); STC 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003); STS de 26/02/2004 (rec. 2569/2003); STS de 19/07/2006 (rec. 387/2005); STS de 24/07/2007 (rec. 2520/2006); STS de 29/02/2008; STS de 12/03/2008 (rec. 1695/2007).

Si el empresario, sin tener comunicación formal del embarazo de la trabajadora, conociese del embarazo de ésta, se la debería dotar con el nivel de protección contra el despido recogido en dicho art. 10 de la Directiva 92/85/CEE⁶².

3.2. La carga de la prueba

En cuanto al hecho probatorio del embarazo de la trabajadora en los casos sobre discriminación por su estado biológico, el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social establece que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, (...) y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En este sentido, el TC viene determinando en estos casos que “cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga, recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”⁶³. Es decir, si no se acredita esa constancia empresarial, se rompe la conexión lógica entre el hecho base y el hecho consecuencia; no basta con que la trabajadora estime que su despido es discriminatorio, sino que tiene que acreditar prueba de indicio o principio de prueba que generen una sospecha razonable. A partir de ahí, la empresa asume la carga de la prueba, en la que tendrá que demostrar que la decisión extintiva obedece a una causa legítima y que es ajena a todo móvil discriminatorio. Lógicamente, si la trabajadora comunica su embarazo al empresario, ya se activa la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empresario justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado biológico de la mujer, teniendo que alegar por tanto, otra causa que sea justa y objetiva⁶⁴.

Sobre la prueba de indicio, el TC ha considerado que “el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace

⁶² Apartado 55 de la STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010/339).

⁶³ STC 92/2008 de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008) (F.J. 3).

⁶⁴ Castellano Burguillo, E., “Igualdad de trato...”, op. cit., p. 261.

al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”. Es decir, para que se produzca la inversión de la carga de la prueba, “no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio”⁶⁵.

4. LA ACTUACIÓN PREVENTIVA EMPRESARIAL FRENTE A LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD

La Protección de las trabajadoras embarazadas en materia de salud laboral, no es una garantía automática, sino que, está condicionada al previo conocimiento empresarial del estado biológico de la trabajadora. Por ello, en nuestro caso lo que nos interesa, es determinar cómo puede verse afectada la trabajadora embarazada o en situación de lactancia natural en materia de prevención de riesgos laborales, en todos los supuestos que giran en torno al conocimiento empresarial del embarazo o la lactancia. La cuestión de fondo es resolver sobre el incumplimiento de las medidas preventivas dirigidas a la mujer trabajadora embarazada (art. 40.2 CE).

4.1. La comunicación del embarazo y la lactancia natural y el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

Continuando con los pronunciamientos jurisprudenciales, comentados en apartados anteriores, nos detenemos en la relación que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL. Así, la comentada STJUE de 11/11/2010, *Asunto Dita Danosa C-232/09* (2010\339), flexibiliza en cierta manera el requisito de la comunicación exigido en el art. 2 de la Directiva, de forma que explica en su apartado 55 que “si el empleador, sin haber sido informado formalmente del embarazo de la trabajadora por la propia interesada, tuviese conocimiento del embarazo de ésta, sería contrario a la finalidad y al espíritu de la Directiva 92/85 interpretar restrictivamente los términos del artículo 2, letra a), de esta Directiva y denegar a la trabajadora afectada la protección contra el despido recogida en dicho artículo 10⁶⁶.”

⁶⁵ Son numerosas las SSTC que se refieren a la inversión de la carga de la prueba, entre otras: 41/2002 de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002); 17/2003 de 30 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2003); 175/2005 de 4 de julio (BOE núm. 186, de 05 de agosto de 2005); 342/2006 de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007) y 17/2007 de 12 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007). Ésta última, anula la STSJ del País Vasco de 11/03/2003 (rec. 155/2003).

⁶⁶ Similar argumento defiende Navarro Nieto, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, 5/2012, pp. 58-59.

Encontramos en la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000) una resolución judicial muy descriptiva de esta conexión en la que, en primer lugar, desarrolla unos fundamentos jurídicos similares a la doctrina actual que sobre esta materia ha emanado del TC y TS –a pesar de que aquella es muy anterior a la opinión jurisprudencial actual, que tiene su origen en la STC 92/2008 y STS de 17/10/2008 (rec. 1957/2007)–; determinando que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85/CEE. En segundo lugar, incide en que la actuación empresarial preventiva dirigida a la protección de la maternidad (art. 26 LPRL) se pone en marcha desde el momento en que la trabajadora comunica su estado de embarazo o lactancia al empresario, pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso. Es decir, la acción preventiva se desplegará ante un caso concreto de maternidad, careciendo de sentido una protección ad cautelam de todas las trabajadoras en edad fértil por si en algún momento pudieran estar embarazadas⁶⁷. En el supuesto de desconocimiento real, no se puede exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. Y en tercer lugar, determina que el art. 29.2.6º LPRL no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 LPRL, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora⁶⁸.

Por todo lo expuesto, entendemos que es necesario que todas las medidas que se adopten tiendan a alcanzar un adecuado equilibrio entre el derecho a la intimidad de la trabajadora –protegido en la CE– y el despliegue efectivo y específico de la acción preventiva empresarial dirigida a la protección de la maternidad en sus dos vertientes principales: embarazo y lactancia natural. Así, a raíz de la normativa y jurisprudencia mayoritaria que hemos analizado, entendemos que la trabajadora embarazada no tiene la obligación de comunicar su estado de gestación al empresario, porque: 1) no hay norma legal o reglamentaria que así lo exija; los deberes que se imponen al trabajador en la LPRL son genéricos, no referidos en exclusiva a las situaciones referidas a la maternidad. No estamos en sintonía con parte de la doctrina científica que ha considerado que sobre la trabajadora pesa la obligación de índole preventiva de informar al empresario de su estado, a tenor del art. 29.2.4º y art. 29.2.6º LPRL, con la consiguiente sanción disciplinaria en caso de que no

⁶⁷ García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.

⁶⁸ Sobre la STS de 18/05/2000 (núm. 206/2000), véase Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles”, *Tirant Lo Blanch*, 2010, pp. 210-219.

se produzca (art. 58 LET)⁶⁹ 70. El hecho de que la mujer no comunique su estado biológico al empresario, no debe interpretarse como un incumplimiento del art. 29 LPRL, que en cualquier caso, no debe prevalecer sobre el derecho fundamental a la intimidad contemplado en la CE. Por tanto, a nuestro juicio debe quedar claro que la acción de no comunicar el embarazo, parto o lactancia, o de ocultarlo, no podrá ser sancionada, puesto que se produciría una discriminación por razón de sexo; y 2) en un nivel específico hallamos el Real Decreto 783/2001, que si bien no obliga ni establece deber de comunicación e información de la trabajadora hacia el empresario, debido a la importancia del riesgo laboral en cuestión, el legislador estima necesaria esta comunicación previa a la implantación de medidas preventivas y proteccionistas de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Por ello, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora embarazada o durante la lactancia se ponga en funcionamiento. La cuestión central no debe ser el hecho de que la mujer oculte su estado biológico al empresario, sino el perjuicio en la salud que puede originarse para ella misma y para su feto o hijo que no comunique su situación personal al empleador. El derecho a la salud de la trabajadora es –como regla general– un bien disponible para ella, que se basa en su libertad individual, expresado por ejemplo en el art. 22.1 LPRL. Ahora bien, nos encontramos ante un caso de responsabilidad y de protección ante el no nacido o el recién nacido, de forma que el silencio voluntario de la madre, no debería constituir un riesgo para la salud de su hijo. Asimismo, si la trabajadora ha recibido la información sobre los riesgos a los que se encuentra expuesta –el empresario evalúa sus riesgos y se lo comunica a la trabajadora–, entendemos que su derecho a la intimidad debe ceder en favor de la protección de la seguridad y salud de su hijo⁷¹. En nuestra opinión, la trabajadora tiene una “obligación personal” de esta comunicación, en tanto las condiciones de trabajo pudieran ser perjudiciales tanto para ella como para el feto o hijo. Sin embargo, debe quedar claro que la norma no condiciona la protección de la trabajadora a la previa comunicación del embarazo, debiendo el empresario adoptar medidas específicas, con independencia del estado biológico de la trabajadora. Es decir, a diferencia de la Directiva 92/85/CEE, el art. 26 LPRL no vincula la

⁶⁹ Entre otras: Igartua Miró, M. T., “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, 91/2007, p. 270; Morgado Panadero, P., “La triple tutela del embarazo y de la lactancia en la normativa laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 144/2009, p. 960; Sánchez Castillo, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., pp. 88-89; Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 217; Moreno Gené, J., Romero Burillo, A.M., “Maternidad y salud...”, op. cit., p. 41; y Rodríguez Bravo de Laguna, J.J., “Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2015, p. 83.

⁷⁰ Misma opinión se comparte en Benavente Torres, M. I., “El riesgo durante...”, op. cit., p. 44; y Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., p. 378.

⁷¹ Sánchez Castillo, M. M., “La protección de la maternidad...”, op. cit., p.88.

protección –en materia de prevención de riesgos laborales– a la comunicación de la trabajadora de su embarazo⁷².

Es evidente que el nivel preventivo no podrá ser el mismo que si tuviera constancia del embarazo; por ejemplo, no se podrá realizar la evaluación de riesgos adicional que así establece el INSSST. Asimismo, entendemos que en materia de salud laboral, las consecuencias de la comunicación siempre serán más beneficiosas que perjudiciales para la trabajadora embarazada⁷³. Sin embargo, no podemos olvidar que probablemente la mayoría de los motivos por los que la mujer decide no comunicar su embarazo están relacionados con el deseo de proteger su derecho a la intimidad y con el miedo al despido, a una posible discriminación laboral⁷⁴ (por ejemplo en los supuestos de periodos de prueba⁷⁵), a la no prórroga del contrato, a cambios en sus condiciones laborales o a la discriminación en el empleo; en definitiva se trata de temores a posibles perjuicios en sus derechos y expectativas, por lo que se deberá hacer especial hincapié en las consecuencias positivas frente a las negativas que presenta esta comunicación. A modo de ejemplo, en términos generales y en presencia de agentes biológicos, los efectos más graves ocurren durante el primer trimestre de embarazo; periodo en el que la mujer embarazada se puede encontrar más desprotegida frente a los riesgos laborales, ya que con frecuencia no ha comunicado su estado al empresario y éste no es evidente a simple vista⁷⁶.

4.2. Propuestas preventivas para afrontar la problemática

Para la efectiva ejecución del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, es necesario el fomento de iniciativas que muestren a las trabajadoras la enorme importancia de esta comunicación y a los empresarios, que una pronta actuación preventiva podría evitar importantes daños derivados del trabajo tanto para la mujer como para el feto y futuro hijo. Bajo un prisma preventivo, se deben articular dos tipos de medidas:

- a) Acciones formativas e informativas, dirigidas tanto a las trabajadoras que estén asignadas a puestos de trabajo con riesgo para la maternidad (es decir, no incluidos en el listado de puestos de trabajo exentos de riesgo)⁷⁷,

⁷² Lousada Arochena, J.F., “El derecho fundamental a la igualdad...”, op. cit., p. 360.

⁷³ Opinión extendida entre diversos autores, entre los que destacamos: Moreno Solana, A., “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 217; y Fernández López, M. F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, 79/2005, p. 37.

⁷⁴ Navarro Nieto, F.; Vaquero Abellán, M., “Políticas de tutela frente a los riesgos en supuestos de embarazo y lactancia”, *Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales*, 2012, pp. 41-42.

⁷⁵ SSTSJ de Cataluña de 20/06/2011 (núm. 4358/2011) y 21/03/2016 (núm. 1846/2016).

⁷⁶ INSSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 36.

⁷⁷ Art. 26.2 LPRL.

como al personal directivo de las empresas y a los técnicos de prevención de riesgos laborales, todo ello de acuerdo a los arts. 18 y 19 LPRL. Estas acciones se deben centrar en los riesgos específicos de los puestos de trabajo que pueden resultar nocivos para el embarazo y la lactancia y en la necesidad de la pronta comunicación de la situación (embarazo, parto reciente o lactancia materna y, en ciertos casos, pre-concepción) para que se puedan poner en marcha las medidas preventivas adecuadas al objeto de salvaguardar su salud y la de su descendencia⁷⁸. Así, en primer lugar, la formación e información dirigida a la población trabajadora femenina en edad fértil, es esencial para que sean conscientes de la trascendencia de informar al empresario para evitar riesgos para su salud o la de su futuro hijo; si desconoce los riesgos que puede implicar para su embarazo o lactancia el desarrollo de una actividad concreta (propia de su puesto de trabajo), difícilmente será exigible el deber de colaboración de la trabajadora^{79 80}. Asimismo, si no lo comunica y el empresario adopta medidas específicas cuando ya es notorio el embarazo, puede tener consecuencias negativas, pues los primeros meses de la gestación son los que concentran el mayor peligro para el feto, coincidiendo con el periodo de la organogénesis^{81 82}. Para dotar de la importancia debida al acto de la “comunicación del estado biológico”, la trabajadora debe conocer que los cambios fisiológicos que se producen en la maternidad (cardiocirculatorios, endocrinológicos, metabólicos, etc.), junto con la presencia de riesgos específicos en el lugar de trabajo, dotan a la mujer de una “especial sensibilidad” que justifica la singular protección jurídica laboral de la trabajadora con relación a determinados estados biológicos⁸³. En segundo lugar, es igualmente necesaria la implementación de programas formativos dirigidos a los directivos y mandos intermedios empresariales. En muchas ocasiones, los responsables directos de las trabajadoras

⁷⁸ INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., pp. 11 y 37. En el mismo sentido, Sánchez Trigueros, C., “El riesgo durante...”, op. cit., p. 190; Pérez del Río, M.T., Ballester Pastor, M.A., “Mujer y salud...”, op. cit., pp. 62-63.

⁷⁹ Navarro Nieto, F., “La problemática jurídica...”, op. cit. p. 49.

⁸⁰ Navarro Nieto, F.; Vaquero Abellán, M., “Políticas de tutela...”, op. cit., p. 42.

⁸¹ Igartua Miró, M. T., “Prevención de riesgos laborales...”, op. cit., p. 270.

⁸² Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos laborales...*, op. cit., p. 217.

⁸³ Las principales alteraciones cardiocirculatorias están relacionadas con el aumento de una serie de parámetros como el pulso (de 10 a 15 latidos/minuto), el volumen sanguíneo (de un 25-45% como media) y el volumen espirado por minuto. En cuanto a los cambios endocrinológicos, se pueden producir alteraciones en el metabolismo basal, y en el consumo de oxígeno (incremento del 20% y entre el 20-30% respectivamente) (Bascuas Hernández, J., et al, “Gestación y trabajo: protocolización de la asistencia a la trabajadora embarazada en Salud Laboral. I. Revisión de los fundamentos legales y técnicos relativos a los agentes de riesgo para la reproducción humana”, *Mapfre Medicina*, 2004, vol. 15, núm. 1, pp. 32-33).

carecen de la formación mínima necesaria que les permita saber actuar ante situaciones de riesgo laboral para la maternidad⁸⁴. Su papel será determinante para crear un ambiente de trabajo que propicie que la trabajadora no encuentre perjuicios en comunicar su estado biológico a su superior jerárquico. De esta forma, facilitarían la comunicación entre las trabajadoras y el técnico de prevención, convirtiéndose por tanto, en un “factor prioritario para una gestión eficiente del riesgo laboral”⁸⁵. En nuestra opinión, la mayor presencia de la mujer en puestos de responsabilidad empresarial, podría ser un estímulo para facilitar la comunicación del estado biológico por parte de la trabajadora⁸⁶. Y en tercer lugar, la formación del técnico de prevención de riesgos laborales debería incluir contenidos específicos relacionados con los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 LPRL) y concretamente sobre aspectos relacionados con los riesgos que pueden ser perjudiciales para la maternidad. Se trata de una materia regulada con el máximo nivel de detalle por los anexos IV, V y VI del RSP, en los que se especifican los contenidos formativos y su duración en horas para los técnicos básicos, intermedios y superiores en prevención de riesgos laborales. Una simple revisión del Reglamento, nos permite apreciar la falta de contenidos formativos relacionados con este tema, por lo que, en nuestra opinión, el legislador debería plantearse incluirlos bajo un prisma protector de la maternidad, definiendo al máximo nivel de detalle los elementos formativos básicos para el técnico de prevención. De esta forma, el prevencionista podrá disponer de las herramientas necesarias para saber evaluar un puesto de trabajo y adoptar las

⁸⁴ De los resultados de un reciente estudio realizado por Sierra Hernáiz, E., “Prevención de Riesgos Laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2016, pp. 93-120; en el que tras analizar los contenidos preventivos –en materia de protección de la maternidad– de numerosos convenios colectivos y planes de igualdad, únicamente se detectó un caso en el que se establecía como una medida específica “incluir contenidos que contemplen la perspectiva de género en la prevención de los riesgos laborales en la formación que reciben los y las miembros de los comités de seguridad y salud laboral así como los y las delegadas de prevención” (Plan de igualdad de oportunidades para empleadas y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (*Diario Oficial de Castilla La Mancha*, núm. 42, de 2 de marzo de 2011)).

⁸⁵ INSST, “Directrices para la evaluación...”, op. cit., p. 14.

⁸⁶ Entendemos que en determinadas circunstancias, los cargos directivos ocupados por mujeres podrían tener una “mayor sensibilidad” en estos temas. Aunque este estudio no analiza asuntos relacionados con el género y la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, creemos conveniente poner de manifiesto algunos datos que muestran la mayor presencia masculina en puestos de responsabilidad empresarial. Se trata por tanto, de datos objetivos facilitados por el *Instituto Nacional de Estadística*, en el que un estudio de 2017, determina que “en el año 2016, el porcentaje de mujeres en el conjunto de Consejos de Administración de las empresas que forman parte del Ibex-35 era del 19,1%, (...), casi el doble que el del año 2010, y superior en casi un punto al del año 2014. Dicho porcentaje desciende tres puntos respecto al alcanzado en 2015”. (<http://www.ine.es>. Consulta realizada 20/09/2018). En cualquier caso, para realizar una afirmación de este tipo, se deberán realizar los estudios oportunos para determinar si la presencia femenina en puestos de responsabilidad facilitaría la comunicación del estado biológico.

medidas preventivas adecuadas en presencia de situaciones relacionadas con la maternidad biológica.

En cuanto a las acciones formativas e informativas, es interesante citar a modo de ejemplo, la propuesta del INSSST, que estructura estas acciones en tres grupos: i) empleo de material divulgativo para informar sobre la maternidad saludable en el puesto de trabajo; ii) formación de mandos intermedios en técnicas de apoyo a las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia natural; y iii) formación del personal sanitario del servicio de prevención (ya sea propio o ajeno: art. 10 RSP) en la mejora de conocimientos y habilidades para realizar el seguimiento de las trabajadoras⁸⁷.

- b) Elaboración e implantación de un procedimiento o protocolo de prevención de riesgos laborales y protección de la maternidad en el lugar de trabajo⁸⁸. Es fundamental que el servicio de prevención elabore este documento, en el que se deberá prestar especial atención a que el acto de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador, se realice a la mayor brevedad posible. Se deben destacar los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la mujer como para el feto la pronta actuación de la trabajadora. Este documento debe ser sencillo y ágil para evitar retrasos en la acción preventiva y protectora. A tal efecto, el INSSST ha elaborado un documento, que en nuestra opinión es muy completo, en el que trata de ofrecer a las empresas una propuesta de procedimiento para la gestión de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural⁸⁹. En el procedimiento, se debe especificar que para realizar cualquier intervención, es esencial que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario. Esta comunicación deberá realizarse por la trabajadora embarazada y lactante; hacerla siempre por escrito (de hecho el procedimiento debería contemplar algún impreso al efecto); y dirigirse al servicio de prevención propio. En caso que este no exista, al responsable inmediato superior.

⁸⁷ Solé Gómez, M.D., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 914: Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud”, *INSSST*, 2011, p. 3.

⁸⁸ Un procedimiento es un documento que contiene todas las actuaciones previstas en el sistema de gestión de la prevención, con sus correspondientes protocolos específicos, en los que han de indicarse fundamentalmente sus objetivos, los responsables de realizarlos y en qué circunstancias son exigibles y cómo han de aplicarse, con los registros a cumplimentar para evidenciar y controlar lo realizado (*INSSST*, “Manual de procedimientos de prevención de riesgos laborales. Guía de elaboración”, 2003, p. 8).

⁸⁹ Neus Moreno, S., “Nota Técnica de Prevención (NTP) 992: Embarazo y lactancia natural: procedimiento para la prevención de riesgos en las empresas”, *Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSSST)*, 2013.

5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

En resumen, con relación a la comunicación del embarazo o la situación de lactancia natural al empresario, destacamos que la información sobre su estado biológico forma parte de su intimidad personal y se encuentra recogido como un derecho fundamental en el art. 18.1 CE y como un derecho de los trabajadores en el art. 4.2.e) LET. Por ello, es necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía del cumplimiento de este derecho fundamental y la protección laboral de la trabajadora en sus vertientes preventiva –protección eficaz en materia de seguridad y salud de la mujer embarazada y la de su futuro hijo– y laboral –garantía de estabilidad en el empleo y condiciones de trabajo–.

La Directiva 92/85/CEE establece como requisito esencial que la trabajadora embarazada comunique su estado biológico al empresario con el objetivo no sólo de proteger la salud de la mujer embarazada y la de su feto, sino igualmente la protección de su empleo. La transposición de esta norma al ordenamiento jurídico interno, omitió expresamente el requisito de la comunicación “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva.

En materia de protección del empleo, para que se produzca la nulidad de un despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE (art. 55.5 LET), no es necesario que se lleve a efecto el acto de comunicación del estado biológico al empresario. La doctrina del TC dispensa a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Se trataría por tanto, de un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional. Por tanto, si no hay obligación, no puede producirse un incumplimiento sancionable y por ello, no se produciría una trasgresión de la buena fe contractual ni del deber de lealtad; una sanción por ocultar su estado biológico sería tan grave como despedirla por estar embarazada.

En materia de prevención de riesgos laborales, destacamos la STSJ de Madrid de 18/05/2000 (núm. 206/2000), que se revela como una sentencia esencial para comprender la conexión que existe entre el requisito de comunicar el embarazo establecido en el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE y el despliegue de la actuación preventiva empresarial del art. 26 LPRL, en la que se incide en la no obligatoriedad de comunicar el estado biológico.

Por tanto, la acción preventiva empresarial no debe estar supeditada a la previa comunicación de la situación de embarazo o lactancia, por lo que el empresario deberá prever en la evaluación de riesgos –inicial o periódica– de cualquier puesto de trabajo, el hecho de que pueda ser ocupado circunstancialmente por una mujer embarazada o lactante; realizando a posteriori la evaluación de riesgos adicional cuando conozca la situación biológica de la trabajadora. La acción

preventiva y protectora –completa y específica– que debe adoptar el empresario de acuerdo al art. 26 LPRL deberá ponerla en marcha aun cuando no tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora, dejando la evaluación que plantea el INSSST cuando sea conocido el estado biológico.

Sin embargo, desde el prisma del técnico de prevención, entendemos que es fundamental que la trabajadora comunique su estado biológico al empresario, para que todo el sistema preventivo y proteccionista empresarial en materia seguridad y salud laboral de la trabajadora se ponga en funcionamiento. La cuestión debe centrarse en el perjuicio en la salud que puede originarle para ella misma y para su feto o hijo lactante que no comunique su situación personal al empleador⁹⁰.

Nuestra propuesta se resume en dos tipos de medidas: 1) acciones formativas e informativas dirigidas a trabajadoras –que estén asignadas en puestos con riesgo para la maternidad–, a directivos empresariales y a técnicos de prevención; y 2) elaboración e implantación de un protocolo o procedimiento o de comunicación del embarazo o la lactancia al empleador, destacando los efectos beneficiosos que puede tener tanto para la trabajadora como para el feto la pronta actuación de la misma. En cualquier caso, no creemos efectivas las medidas muy proteccionistas de la mujer trabajadora embarazada o lactante, puesto que pueden generar un problema añadido: dificultades de las mujeres para el acceso al mercado de trabajo, especialmente las que se encuentren en edad fértil⁹¹.

⁹⁰ En este sentido, Nores Torres, L.E., “Protección de la maternidad”, en AA.VV. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español* (Coord. Ballester Pastor, M.A.), *Tirant lo Blanch*, 2010, p. 137, establece que el “coste” de la medida, no sería tan elevado, teniendo en cuenta que en pocos meses el embarazo será conocido por el empresario sin necesidad de comunicarlo.

⁹¹ García Viña, J., “La obligación del empresario...”, op. cit., pp. 63-77.