

## La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, Otero Ramos (C-531/15)

### Breastfeeding protection: consequences derived from a wrong risk assessment. STJUE commentary, 19th October, Otero Ramos (C-531/15)

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

*PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

#### Resumen

La cuestión prejudicial versa sobre cómo ha de interpretarse el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, inversión de la carga de la prueba, a un supuesto de trabajadora en período de lactancia natural, para lo cual, el TJUE tiene que razonar, previamente, si nos hallamos ante un supuesto de discriminación. Para poder solventar la cuestión, el TJUE tiene que reformular la cuestión prejudicial y añadir la interpretación de otro precepto, el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, esto es, de cómo ha de practicarse la evaluación de un riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural. Es resuelta declarando que la inversión de la carga de la prueba procede cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente pero, con anterioridad, la trabajadora perjudicada tiene que acreditar los hechos, o aportar los elementos de prueba, que demuestren que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 porque, en tal caso, nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

#### Palabras clave

Evaluación del riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural (artículo 4.1 de la Directiva 92/85). Supuesto de discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, cuando no se efectúa de conformidad a la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. Procedencia de inversión de la carga de la prueba ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente acreditado previamente por la trabajadora afectada que la evaluación del riesgo fue incorrectamente practicada. Competencia del tribunal nacional tal comprobación y valoración.

#### Abstract

The reference for the preliminary ruling deals with the question of how to understand article 19.1 of Directive 2006/54, the reversal of the burden of proof, in relation to a worker who is breastfeeding; to do so, the CJEU must first consider if we are facing a case of discrimination. In order to resolve this issue, the CJEU must reformulate the reference for the preliminary ruling and add its interpretation for another precept, article 4.1 of Directive 92/85, i.e., how a risk assessment should be conducted in relation to a worker who is breastfeeding. This reference is solved by declaring that reversing the burden of proof is appropriate when the worker in question impugns a decision on the risk assessment in front of a court or another competent authority; but she must previously have proven the facts, or provided supporting evidence that shows that the risk assessment presented by her job was not accomplished in accordance with the article 4.1 of Directive 92/85, because, in that case, we would be facing a case of direct discrimination by reason of gender.

#### Keywords

Breastfeeding worker risk assessment (article 4.1 of Directive 92/85). Direct discrimination by reason of gender, within the meaning of Directive 2006/54, when not executed in accordance with occupational health and safety regulations. Reversal of the burden of proof in front of a court or another competent authority, previously proved by the worker the fact that the risk assessment was improperly practiced. Responsibility of the national court to make such verification and assessment.

## 1. LOS ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos (C-531/15), obedece a una petición de decisión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia relativa a la interpretación de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba en los asuntos, como el de autos, en los que la parte demandante alega la no aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo prevista en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 2006/2004). El litigio principal versa sobre una trabajadora en período de lactancia que considera que sus condiciones laborales afectaban negativamente a su salud y/o la de su hija. El recurso se interpone con arreglo a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), Ley que traspone al ordenamiento interno español 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 (Directiva 92/85/CEE). Los antecedentes de hecho son los siguientes:

La trabajadora, Sra. Otero Ramos, presta sus servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, *dependiente del Servicio Gallego de Salud*. El 22.12.2011, dio a luz a su hija a la que cría, en exclusiva, mediante lactancia materna, es decir, natural y no artificial. El 19.3.2012, informa a su empresario de tal circunstancia y de que las funciones que requería su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, “a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes, a las infecciones nosocomiales y al estrés”<sup>1</sup>. En consecuencia, presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. El 10.4.2012, la dirección del Centro Hospitalario emitió un informe en el que indicaba que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia natural de su hija y procedió a denegar la solicitud presentada.

El 8.5.2012, la demandante solicita a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de A Coruña la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural a efectos de reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural (artículo 51.2 en relación al artículo 39.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). En la tramitación del correspondiente expediente, el INSS tuvo en cuenta, por un lado, una declaración de la jefa de recursos humanos del Centro Hospitalario en la que se exponía que el puesto de trabajo, enfermera en el servicio de urgencias, “figuraba como exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo que había confeccionado el propio Hospital previa consulta con representantes de trabajadores” y, por otro lado, un informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva que confirmaba que se había “valorado a la Sra. Otero Ramos y que era apta para el desempeño de las tareas propias de su

---

<sup>1</sup> Apartado 26.

puesto de trabajo”<sup>2</sup>. En base a estos documentos, el 10.5.2012 el INSS tramita el expediente y desestima la solicitud de la Sra. Otero Ramos por no haber acreditado que “el puesto de trabajo presentara un riesgo para la lactancia de su hija”<sup>3</sup>, indicándosele que no procedía la iniciación del procedimiento dirigido a la obtención de la prestación.

Se desea poner de manifiesto, por su trascendencia en el comentario de la sentencia –y tal y como se desprende de los autos–, que no queda argumentado porqué el puesto de trabajo está exento de riesgo ni motivado porqué la trabajadora afectada era apta para el desempeño de su puesto de trabajo, esto es, no individualiza ni especifica cuáles son las condiciones de trabajo ni cómo afectan éstas a la trabajadora y así evaluar si existe (o no) riesgo para la madre y/o el hijo lactante; no se garantiza, pues, una valoración objetiva ni subjetiva del riesgo, aparte de carecer de la pertinente motivación que exige el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de todo acto administrativo. Resaltar igualmente que, en base a los certificados emitidos por el Hospital, poca opción le quedaba a la Entidad Gestora salvo haber remitido a la Inspección de Trabajo el expediente para que actuara de oficio por una presumible incorrecta evaluación del riesgo y de las medidas preventivas a adoptar; por cierto, y en general, la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo o un cambio de puesto de trabajo, antes de llegar (directamente) a la suspensión del contrato de trabajo, lo que supone un ejercicio responsable y activo por parte de los servicios de prevención y de la empresa.

El 11.7.2012, la Sra. Otero Ramos interpuso demanda contra la resolución del INSS denegando ante el Juzgado de lo Social núm.2 de A Coruña, alegando que su puesto de trabajo la exponía a riesgos para la lactancia de su hija. En apoyo de su demanda, “presentó un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del Centro Hospitalario, en el que se indicaba, “en esencia, que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija”<sup>4</sup>. El 24.10.2013, el Juzgado de lo Social desestima la demanda “debido a que no se había demostrado que su puesto de trabajo presentara el riesgo alegado”. Además, considera “que el litigio de que conocía era similar a otros en los que el Tribunal Supremo y el tribunal remitente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, habían adoptado un criterio rigorista en cuanto a la apreciación de la prueba concerniente a la existencia de riesgo relevante para la concesión de la prestación, y que, en el caso de autos, no existían elementos nuevos que justificaran que se apartase de dicho criterio”<sup>5</sup>. Por eso, es de agradecer que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteara la cuestión prejudicial a resultados de lo acontecido.

Contra la sentencia de instancia la demandante interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el cual decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes contenidas en el apartado 38 de la sentencia:

---

<sup>2</sup> Literalidades contenidas en el apartado 29 de la sentencia.

<sup>3</sup> Apartado 30.

<sup>4</sup> Apartado 31. En concreto, *vid* el apartado 27 de las Conclusiones de la Abogada General.

<sup>5</sup> Apartado 32.

1) ¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54<sup>6</sup>, a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26.4, en relación con el apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva 92/85<sup>7</sup>?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿se pueden considerar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/54 la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias acreditados a través de un informe fundado emitido por un médico que es a la vez el jefe del servicio de urgencias del hospital donde la trabajadora presta sus servicios?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta, ¿se pueden considerar demostrativas, en cualquier supuesto y sin posibilidad de cuestionamiento, de que no ha habido vulneración del principio de igualdad en el sentido del citado artículo 19, las circunstancias de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa, previa consulta con representantes de trabajadores, y de que el servicio de medicina preventiva/prevención de riesgo laborales del hospital de que se trata ha emitido una declaración de aptitud, sin que se contengan más especificaciones acerca de cómo se han alcanzado esas conclusiones en dichos documentos?

4) En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta y negativa a la tercera pregunta, ¿cuál de las partes –trabajadora demandante o empleadora demandada– tienen, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva 2006/54, la carga de acreditar, una vez se acredita la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, (1) que 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 lactante –artículo 26.2 en relación con el apartado 4 LPRL, que traspone el artículo 5.2 de la Directiva 92/85–, y (2) que el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados –artículo 26.3 en relación con el apartado 4 LPRL, que traspone el artículo 5.3 de la Directiva 92/85–.

---

<sup>6</sup> A cuyo tenor, “los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

<sup>7</sup> Por cuya virtud, si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la lactancia de una trabajadora, y no se puede llevar a efecto la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo por no resultar técnica y/u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, “la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud”.

## 2. LOS ASPECTOS PROCESALES Y MATERIALES DE LA SENTENCIA

El análisis de la sentencia se ha dividido en los siguientes apartados: (II.1) observaciones preliminares, la reformulación de las cuestiones prejudiciales planteadas, por el TJUE, (II.2) la evaluación del riesgo, (II.3) la aplicación de la Directiva sobre igualdad a la lactancia natural y (III.4) la inversión de la carga de la prueba, señalando que es característico de la misma el hallarnos ante una *sentencia interpretativa*.

### 2.1. Observaciones preliminares: La reformulación de las cuestiones prejudiciales planteadas

Sabido es que la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE), es un procedimiento que permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar al TJUE sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión Europea con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Ambas finalidades son ejercidas por el Alto Tribunal con el objetivo proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta que le permita dirimir el litigio del que conoce de conformidad con el ordenamiento de la Unión Europea. Es desde esta interpretación y óptica, lo que le permitió al TJUE reformular las cuestiones que fueron planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y declarar que “el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones prejudiciales remitidas por dichos órganos jurisdiccionales” [sentencias de 8 de marzo de 2007, Campina (C-45/0619)<sup>8</sup>; de 14 de octubre de 2010, Fuß (C-243/09)<sup>9</sup>; de 30 de mayo de 2013, Worten (C-342/12)<sup>10</sup>; de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull (C-5/12)<sup>11</sup> y de 13 de febrero de 2014, TSN e YTN (C-512/11 y C-513/11)<sup>12</sup>]; corresponde al TJUE extraer los elementos de Derecho “del conjunto de elementos aportados por el tribunal nacional y, especialmente, de la motivación del auto de remisión”<sup>13</sup>.

En aplicación de esta jurisprudencia entiende que aunque, desde un punto de vista formal, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia limitase sus cuestiones prejudiciales a la interpretación del artículo 19 de la Directiva 2006/54 y del artículo 5.2 y 3 de la Directiva 92/85, la impugnación de la Sra. Otero Ramos versa (en el fondo) sobre la *evaluación de los riesgos* que presentaba su puesto de trabajo, base de la resolución el INSS, por considerar que tal evaluación no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Cómo se practicó esta evaluación –en realidad, cómo ha de practicarse–, es la base de la cuestión prejudicial planteada, de la interpretación que ha de efectuarse del artículo 19 de la Directiva 2006/54 solicitada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

A results de tal reformulación, según el Alto Tribunal, la primera cuestión prejudicial, tiene por objeto dilucidar si el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 “se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora

<sup>8</sup> Apartado 30.

<sup>9</sup> Apartado 39.

<sup>10</sup> Apartado 30.

<sup>11</sup> Apartado 40.

<sup>12</sup> Apartado 32.

<sup>13</sup> Apartado 40.

impugna, ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate, la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo”, en la medida en que supuestamente no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Caso de respuesta afirmativa, “mediante sus cuestiones prejudiciales segunda a cuarta el tribunal remitente desea saber cómo se ha de aplicar el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 a una situación como la controvertida en el litigio principal”<sup>14</sup>.

## 2.2. La evaluación del riesgo

Hay que partir del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, a cuyo tenor, “para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2” (de la Directiva 92/85) para poder: 1) apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras y 2) determinar las medidas que deberán adoptarse. Así pues, la Directiva impone la obligación al empresario de proteger a estas trabajadoras (embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), especialmente sensibles por su condición biológica, frente a *riesgos determinados y concretos* a los que pueda estar expuesta y que deriven del ejercicio de la actividad profesional, y lo ha de hacer de forma *individualizada*, no genérica. Por eso, la evaluación del riesgo se basa en un procedimiento que garantice una *valoración objetiva* del riesgo, la cual, puede ser corregida en función de las circunstancias *subjetivas* de la persona que ocupe un determinado puesto de trabajo, tal y como se establece en el artículo 5 del Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) en relación al artículo 16.2.a) LPRL.

En aplicación del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 fueron elaboradas unas Directrices por “la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo” (artículo 3.2 de la Directiva 92/85). Estas Directrices tienen por objetivo “servir de guía” para la evaluación del riesgo (artículo 3.2 de la Directiva 92/85). Están contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia<sup>15</sup>. En ellas se dice explícitamente que son “de máxima importancia todas las medidas dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores, en particular de algunos grupos especialmente vulnerables, como es, evidentemente, el de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sobre todo por el hecho de que los riesgos a que pueden estar expuestas podrían ser perjudiciales no sólo para su salud, sino también para la del niño que va a nacer y el recién nacido, habida cuenta del estrecho contacto fisiológico, e incluso emocional, existente entre la madre y el niño”. Por

<sup>14</sup> Apartados 42 y 43.

<sup>15</sup> COM/2000/0466 final.

consiguiente, la Comisión considera que son “un instrumento eficaz y eminentemente práctico” que ha de servir “de guía para la evaluación de los riesgos para la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”. Sobre la base de esta evaluación, “la determinación de las medidas que han de adoptarse” habrá de “efectuarse de modo más eficaz”. Indican, asimismo, que la evaluación debe comprender, por lo menos, tres fases: 1) identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales); 2) identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia); 3) evaluación de los riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Pues bien, como señala la Abogada General, Eleanor Sharpston, estas Directrices “dejan meridianamente claro que es difícil que una evaluación a grandes rasgos, genérica, del puesto de trabajo, de las condiciones que rodean a determinados puestos y del estado general medio de salud de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o que desee amamantar a su hijo cumpla los requisitos del artículo 4, apartado 1”<sup>16</sup>.

Así lo entiende y recoge el TJUE señalando, mediante un análisis exhaustivo de las Directrices<sup>17</sup>, que: 1) De ellas “se desprende que la evaluación de los riesgos constituye un *examen sistemático* de todos los aspectos de la actividad profesional” que comprende las tres fases indicadas contenidas en las mismas. 2) Los empresarios “deben realizar un *examen periódico* de los riesgos durante todo ese período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de estas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias... (puesto que) algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. 3) Indican que, “en determinados casos, puede ser necesario recabar el *asesoramiento de especialistas* en el ámbito de la medicina del trabajo”. 4) Contienen dos cuadros detallados: El primero relativo a “la evaluación de los riesgos, los *peligros de carácter general* y las situaciones asociadas a los que están expuestas la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia”. El segundo, titulado “*peligros específicos*”, señala que, “puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia”; algunos de estos problemas “pueden preverse y afectan en general a todas las mujeres; otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal”. A results de este análisis el Alto Tribunal considera que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, “la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un *examen específico* que tenga en cuenta la *situación individual* de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”<sup>18</sup>.

Y aquí reside el *quid* de la cuestión, puesto que de los antecedentes de la sentencia se deduce que, tanto la declaración de la jefa de recursos humanos del Centro Hospitalario,

<sup>16</sup> Apartado 43, recomendándose la lectura de los apartados 44 y 45 sobre la interpretación de cómo han de ser evaluados los riesgos según las Directrices.

<sup>17</sup> Apartados 47 a 50.

<sup>18</sup> Apartado 51.

efectuada previa consulta con representantes de trabajadores, como el informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva, no han evaluado el riesgo según las prescripciones del ordenamiento de la Unión Europea ni según su trasposición al ordenamiento interno español: el artículo 26 LPRL y el RSP máxime, cuando la trabajadora “presentó un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHU, que indicaba, en esencia, que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija”<sup>19</sup>, que contradecía los anteriores documentos. Asimismo, es de presuponer que la evaluación practicada no siguió las prescripciones contenidas en las Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo<sup>20</sup>, teniendo en cuenta que, el Anexo VII, cuando menciona los agentes físicos en su apartado A.1.f), dice explícitamente, “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”, lo que supone, a nuestro entender, que su aplicación no haya de ser automática; igualmente, es de presumir que la evaluación tampoco se efectuó conforme a las Orientaciones para la evaluación del riesgo durante la lactancia natural elaboradas por la Asociación Española de Pediatría y el INSS (a revisar, se considera, tras esta sentencia del TJUE), que explícitamente indican:

1) Respecto a los riesgos biológicos que, “son varias las entidades que tienen posibilidades de transmitirse por la lactancia, ya sea por la presencia del agente infectante en la leche, o porque el contacto estrecho con la madre lo facilite. No obstante, de aquellas susceptibles de ser transmitidas, solo un número muy reducido puede llegar a producir enfermedad” bien especificado que “se entiende por exposición a agentes biológicos la presencia de éstos en el entorno laboral debido a la naturaleza de la actividad, y ello ocurre en laboratorios de investigación, en la *asistencia sanitaria* y en los trabajos relacionados con el manejo de animales, sus excretas o sus productos (Zoonosis)”; que se “debe valorar el riesgo según el tipo de trabajo que desarrolle la trabajadora, por ejemplo, sería más probable en personal sanitario de unidades de pacientes con VIH, laboratorios, etc... Estas trabajadoras tendrán que tomar las medidas necesarias para evitar una infección por VIH a causa de un accidente laboral y, en caso de que entraran en contacto con sangre de un paciente portador de VIH, o sufrieran un pinchazo accidental con material biológico, presuntamente infectado por VIH, deberán ponerlo de inmediato en conocimiento de una unidad de medicina preventiva, la cual evaluará el posible riesgo de infección accidental y aconsejará las medidas profilácticas a poner en marcha” (sin comentarios); que en caso de la hepatitis B, “la transmisión por la leche materna es posible aunque no es frecuente”, en el de la hepatitis A, “la transmisión a través de la leche humana se ha observado en un caso publicado, pero no

<sup>19</sup> Apartado 31, aunque se desconoce si este escrito figura en el expediente administrativo, antes de dictarse la resolución, o, por el contrario, fue aportado por la demandante en vía judicial, como prueba.

<sup>20</sup> En ellas se dice explícitamente que “en las fichas de riesgo se han incluido los agentes citados en los anexos VII y VIII del RD 39/1997 y otros agentes para los que existe evidencia o sospecha de efectos sobre la maternidad, proponiendo una serie de criterios técnicos para identificar (evaluación inicial y periódicas) el riesgo potencial del puesto de trabajo que, en el momento de la comunicación de la situación por parte de la mujer, deberán revisarse en función de las condiciones de trabajo concretas (exposiciones múltiples, duración y frecuencia de la exposición, procedimiento de trabajo...) y de las características o estado de salud de la trabajadora (evaluación adicional). Una vez identificados y evaluados los riesgos, corresponderá al Servicio de Prevención, en base a la legislación y al arte propio de las especialidades preventivas, proponer las medidas preventivas idóneas”, pág. 7.

hay datos acerca de la frecuencia de su aislamiento en la leche materna” si bien (menos mal) “existe la posibilidad de tratamiento al lactante en el momento de conocer la infección mediante vacuna e inmunoglobulina”, concluyendo, respecto al personal sanitario que, “con carácter general, el mero hecho de existir posibilidad de tener accidente biológico, no puede ser admitido como riesgo durante la lactancia en el sentido estricto. No se admite como tal el hecho de tener o poder tener un accidente”<sup>21</sup>, ¿supone ello que se ha de seguir trabajando en el servicio de urgencias<sup>22</sup> en vez de trasladar a la trabajadora a otro servicio exento (o con menos riesgo), en su caso, suspender la actividad laboral?. Honestamente, esta conclusión es difícil de mantener tras esta sentencia interpretativa del TJUE.

2) Respecto a los riesgos psicosociales expresa que “tanto la *nocturnidad* como los *trabajos a turnos* (propios de un servicio de urgencias) no implican por sí mismos un claro riesgo para la lactancia, aunque podemos estar de acuerdo en que ambas circunstancias van a repercutir en una lactancia más incómoda debido al horario. Por ello entendemos que puede excluirse a la mujer en dicha circunstancia de la turnicidad y de la nocturnidad, sin que ello tenga que implicar la suspensión de la actividad laboral”, ¿no es un claro ejemplo, para éste y todos los trabajos con estas características, que lleve aparejado la obligación del empresario de trasladar a la trabajadora a otro puesto de trabajo?<sup>23</sup>. Honestamente, tras esta sentencia, se considera que sí.

La cuestión siguiente a interpretar por el TJUE es, si una evaluación incorrectamente practicada por los servicios de prevención, más purista, no conforme a lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85, vulnera el principio de igualdad.

### 2.3. La aplicación de la Directiva sobre igualdad a la lactancia natural

Aclarado en qué condiciones se ha de evaluar el riesgo tratándose de una trabajadora en período de lactancia natural, el TJUE entra a dilucidar la interpretación del artículo 19 de la Directiva 2006/54, en especial, la inversión de la carga de la prueba, por cuya virtud, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad, cuando los hechos permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, recordando, previamente, que el mencionado precepto, en su apartado 4.a), establece expresamente que esta regla se aplica a las situaciones cubiertas por la Directiva 92/85.

Desde esta perspectiva, la actuación del Alto Tribunal reside en determinar si una evaluación del riesgo de una trabajadora en situación de lactancia natural, incorrectamente practicada, constituye una discriminación por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54. Para ello, realiza una interpretación que acredita, de nuevo, que el avance en los derechos sociales de la mujer –en el caso de autos, en período de lactancia– es gracias, y sobre todo, a pronunciamientos como éste. En él, acoge las conclusiones de la Abogada General basadas en una premisa esencial –y nos atrevemos a decir, elemental–, a saber: que

<sup>21</sup> Págs. 53 a 56 y 66.

<sup>22</sup> Vid las definiciones de “urgencia” y “emergencia” de la OMS y extraídas del manual *Unidad de urgencias hospitalarias. Estudios y recomendaciones* elaborado en el 2010 por el entonces denominado Ministerio de Sanidad y Política Social, página 5.

<sup>23</sup> Págs. 58, mismo sentido, conclusiones, pág.67.

“la condición de madre en período de lactancia está ‘vinculada’ al embarazo y la maternidad”<sup>24</sup>; que “la condición de madre en período de lactancia está incluida en la expresión en relación con el embarazo o el permiso por maternidad”<sup>25</sup> contenida en el artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54<sup>26</sup>.

Es sabido que la finalidad de la Directiva 92/85 es 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 y, como señala uno de sus Considerandos, esta protección, en cualquiera de estas situaciones, “no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”. Es ésta, precisamente, la línea argumental de la jurisprudencia del TJUE, declarando, al respecto, que “el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz (Directiva 92/85/CEE), consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz” [SSTJUE de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03)<sup>27</sup> y 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09)<sup>28</sup>].

Es decir, el objetivo del Derecho de la Unión Europea, de estas Directivas, es proteger la maternidad en un sentido omnicomprendivo, lo que abarca el embarazo, el parto y el puerperio, e incluye, la lactancia natural. En palabras del TJUE, “el permiso de maternidad tiene por objeto proteger a la trabajadora embarazada, a la trabajadora que ha dado a luz y a la trabajadora en período de lactancia”<sup>29</sup>, declarando, en su virtud, que “la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad” por lo que “las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz”<sup>30</sup>, en consonancia, por cierto, con los tratados internacionales, en especial, el Convenio OIT núm.103 sobre la protección de la maternidad (revisado), artículo 5, y, más explícitamente, el Convenio OIT núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000), artículo 3, a cuyo tenor, “todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o *lactantes* a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”, Convenio éste último que entró en vigor el 7 febrero 2002 y que, según la página web de la OIT, no ha sido ratificado (aún) por España.

En este sentido, recordando su propia jurisprudencia el TJUE en su apartado 61, declara que, “al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere ‘al embarazo y a la

---

<sup>24</sup> Apartado 50.

<sup>25</sup> Apartado 1.

<sup>26</sup> A cuyo tenor, “a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá...el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”.

<sup>27</sup> Apartado 42.

<sup>28</sup> Apartado 68.

<sup>29</sup> Apartado 58.

<sup>30</sup> Apartado 59.

maternidad’, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra” [SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann (C-184/83)<sup>31</sup>; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93)<sup>32</sup>; de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96)<sup>33</sup>; de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria (C-203/03)<sup>34</sup>; y 30 de septiembre de 2010, Roca-Álvarez (C-104/09)<sup>35</sup>].

En consecuencia, tratar de forma menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación” del artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54, y “constituye una *discriminación directa por razón de sexo*”<sup>36</sup> porque, como señala la Abogada General, la expresión “trato menos favorable” incluye la aplicación incorrecta de los requisitos del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 “a una mujer que está en período de lactancia. Si ello ocurre, se priva a la persona afectada de la protección que debería obtener con arreglo a esta disposición y se la expone a riesgos. En particular, ello es así porque entonces el empresario no procederá a adoptar las medidas preventivas necesarias con arreglo al artículo 5 de esa Directiva para proteger la seguridad y salud de la trabajadora”<sup>37</sup>. En su virtud, la sentencia declara que “no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario”<sup>38</sup>.

Es pues, de nuevo, la inexistencia de la evaluación del riesgo del puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en período de lactancia, conforme a las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, lo que determina que nos hallemos ante una discriminación directa por razón de sexo (artículo 2.2.c de la Directiva 2006/54), incluida en el artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54 en la medida en que está relacionado con las *condiciones de empleo y trabajo* de una trabajadora en período de lactancia puesto que tales condiciones se verían afectadas si, como consecuencia de la mencionada evaluación, se constata la existencia de un riesgo para la seguridad o salud la trabajadora o repercusión sobre la lactancia, en cuyo caso, se ha de proceder a la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo, cambio de puesto de trabajo y, en último extremo, a una suspensión del contrato de trabajo durante el período que fuera necesario para la protección de la seguridad o salud de la madre y/o el hijo (artículo 5 de la Directiva 92/85). Ello supone, dicho sea de paso que, la suspensión del contrato no opera como una y única solución.

En su virtud, el TJUE resuelve esta primera cuestión prejudicial declarando que el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 debe aplicarse cuando una trabajadora en período de lactancia impugna, ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del

---

<sup>31</sup> Apartado 25.

<sup>32</sup> Apartado 20.

<sup>33</sup> Apartado 17.

<sup>34</sup> Apartado 43.

<sup>35</sup> Apartado 27.

<sup>36</sup> Apartado 60.

<sup>37</sup> Apartado 57.

<sup>38</sup> Apartado 62.

Estado miembro de que se trate, el no llevarse a cabo la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo según lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85.

Resta por analizar las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, esto, es, cómo se ha de aplicar el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54.

#### **2.4. La inversión de la carga de la prueba**

Finalizamos como empezamos el comentario de la sentencia, con un tema procesal, sobre cómo se ha de aplicar el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, precepto que versa sobre la inversión de la carga de la prueba y, lo primero que hace el TJUE es aclarar que las reglas relativas a la prueba previstas en este precepto “no se aplican en el momento en que la trabajadora de que se trata solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, como en el litigio principal, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, exigiendo que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85” sino que “sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente”<sup>39</sup>. Y ello es así porque, estos supuestos, tiene la particularidad de constar de dos fases: En un primer momento, “incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación” [sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly (C-104/10)<sup>40</sup>]. En palabras de la sentencia objeto de comentario, incumbe, en primer lugar “a la trabajadora que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presentar, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”; que puedan demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y que, por lo tanto, “ha sido discriminada”. Acreditado estos extremos, ya procede la inversión de la carga de la prueba e incumbe a la parte demandada (el empresario) demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación<sup>41</sup>.

Así pues, cuando una madre trabajadora solicita una certificación y su empleador lleva a cabo una evaluación de los riesgos con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 (la primera fase del proceso de concesión de protección con arreglo a la Directiva), aún no se aplican las reglas del artículo 19.1 de la Directiva 2006/54. Y no procede su aplicación porque, como razona la Abogada General, este “procedimiento, como tal, está incluido en la competencia del empleador”. En cambio, las reglas de inversión de la carga de la prueba del artículo 19 de la Directiva 2006/54, “adquieren relevancia cuando la decisión subsiguiente es objeto de recurso ante un tribunal u otra autoridad competente”, es entonces cuando entran en juego estas reglas para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato

<sup>39</sup> Apartado 67.

<sup>40</sup> Apartado 30.

<sup>41</sup> Apartados 68 a 70.

(Considerando 30 de la Directiva 2006/54) y que se consigan los objetivos perseguidos por las Directivas 92/85 y 2006/54, objetivos que no se alcanzarían “si los recursos interpuestos contra decisiones que deniegan la protección exigieran a la mujer afectada que demuestre que está en riesgo” puesto que es “poco probable que tenga acceso a los especialistas en salud laboral necesarios para evaluar su puesto de trabajo, sus condiciones de trabajo y los riesgos a los que ella o su hijo pueden estar expuestos, o que disponga de los medios para correr con los gastos de dicha evaluación”<sup>42</sup>.

Aplicado estos argumentos al supuesto de autos, la demandante presentó un escrito de su superiora jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias que, en palabras del TJUE, “parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural, y, por lo tanto, contradecir los resultados de la evaluación de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo en que se fundamenta la resolución del INSS y que dicha trabajadora impugna”. Los documentos en que se basa la evaluación del riesgo, como señala la Abogada General, “no contienen explicaciones motivadas sobre el modo en que se llegó a las conclusiones recogidas en ellos”. Como indica la sentencia, el escrito presentado por la demandante, la Sra. Otero Ramos, “constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual” y que “esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas” en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85. Por su parte, la parte demanda (el empresario), debe demostrar que la evaluación de los riesgos se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 así como presentar los elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección prevista en el artículo 5.1 y 2 de la Directiva 92/85 (adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto), no eran factibles por ser técnica u objetivamente imposibles puesto que “una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de ‘exento de riesgo’, en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es ‘apta’ para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción *iuris et de iure*”, porque de ser así, tanto artículo 4.1 de la Directiva 92/85 como las reglas de prueba del artículo 19 de la Directiva 2006/54 “se verían privadas de todo efecto útil”<sup>43</sup>.

Resta por añadir que el TJUE también determina que la comprobación y valoración concreta de los hechos o elementos de prueba alegados por trabajadora afectada de los que se pueda desprender que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85, de los que se pueda presumir la existencia de discriminación directa, es competencia del tribunal remitente, “único competente para apreciar a la luz de la normativa procesal nacional los hechos y los elementos de prueba pertinentes”<sup>44</sup>, quien se considera, “está obligado, al aplicar su Derecho nacional, a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue” [SSTJUE sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89); de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92) ; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer (C-397/01); y de 10 de

<sup>42</sup> Apartados 63 a 66 de sus Conclusiones.

<sup>43</sup> Apartado 74.

<sup>44</sup> Apartado 73.

marzo de 2005, Nikoloudi (C-196/02)], como así ha acontecido en los presentes autos, sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017 (recurso de suplicación 0001052/2014), en virtud de la cual, estima totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Sra. Otero Ramos.

Por lo expuesto, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta declarando que el artículo 19 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

Se concluye este comentario recalcando la importancia que tiene el que nos hallemos ante una sentencia interpretativa. En su virtud, los órganos e instituciones nacionales –incluidos los servicios de prevención de las empresas y los empresarios– deben aplicar los criterios interpretativos instaurados por la misma sobre la protección de la lactancia natural.