

## Riesgo laboral durante la lactancia natural: evaluación de los riesgos y carga de la prueba.

*STJUE (Sala quinta) de 19 de octubre de 2017. Asunto Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde*

## Occupational hazard during breastfeeding: risk assessment and burden of proof.

*Judgment of the ECJ (Fifth Chamber) of 19<sup>th</sup> October 2017. Case Elda Otero vs Servicio Galego de Saúde*

PILAR CHARRO BAENA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

PROFESOR VISITANTE DOCTOR  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

### Resumen

El TJUE se ha pronunciado recientemente sobre la aplicación de la normativa europea antidiscriminación en el supuesto de que una trabajadora impugne una decisión empresarial sobre la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo durante la lactancia natural. Luxemburgo ha considerado que cuando se lleva a cabo una evaluación sin respetar las exigencias contenidas en la Directiva 92/85 se produce una discriminación directa por razón de sexo. Con este importante pronunciamiento, el TJUE afirma que cuando la evaluación de riesgos no se ha llevado a cabo correctamente procede la inversión de la carga de la prueba cuando la trabajadora impugna ante un órgano judicial la prestación por riesgo durante la lactancia.

### Abstract

The ECJ has commented recently on the implementation of European anti-discrimination legislation assuming that a worker appeals a business decision about risk assessment in her position during breastfeeding. Luxembourg has considered that, when an assessment is carried out without observing the obligations set out in the Directive 92/85, it leads to gender discrimination. In that judgment, the ECJ states that, if risk assessment is not properly carried out, a reversal of the burden of proof occurs when the worker appeals the benefit for risks during breastfeeding before a judicial body.

### Palabras clave

lactancia; seguridad y salud; riesgo durante la lactancia; igualdad de trato; carga de la prueba

### Keywords

Breastfeeding; security and health; risks during breastfeeding; equal treatment; burden of proof

## 1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

En la sentencia objeto de análisis, la Sra. Otero Ramos, enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña («CHU») –dependiente del Servicio Galego de Saúde–, dio a luz a una hija el 22 de diciembre de 2011. El 19 de marzo de 2012, le comunicó al empresario que la niña recibiría lactancia materna de forma exclusiva y que, por las funciones de su puesto, solicitaba la adaptación de sus condiciones

de trabajo y la aplicación de medidas preventivas. El ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), las radiaciones ionizantes, las infecciones nosocomiales y el estrés laboral fueron las razones alegadas. Sin embargo, el informe de la dirección del CHU de 10 de abril de 2012 concluyó que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia. Por lo que la trabajadora acudió a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña para pedir la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural de su hija, a efectos de la concesión de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Sobre la base de la documentación facilitada por el CHU (declaración de la jefa de recursos humanos del CHU y un informe del Doctor del Servicio de Medicina Preventiva), el INSS desestimó la solicitud mediante resolución de 10 de mayo de 2012.

- En la declaración de la jefa de recursos humanos del CHU se afirma que la Sra. Otero trabajaba como enfermera del servicio de urgencias; que sus condiciones de trabajo incluían la realización de turnos de mañana, tarde y noche; que el riesgo específico durante la lactancia natural estaba identificado en un informe de medicina preventiva adjunto a su declaración; y que el puesto de trabajo desempeñado era «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».
- El informe del Doctor del Servicio de Medicina Preventiva indicaba que la trabajadora había sido valorada; que también habían sido examinados los informes médicos aportados; y que era «apta» «para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, no existiendo riesgo para la lactancia».

La trabajadora interpuso recurso contra la resolución del INSS ante el Juzgado de los Social nº 2 de A Coruña (aportó a su favor un informe de su superior jerárquico), que fue desestimado mediante sentencia de 24 de octubre de 2013. Interpuesto recurso de suplicación contra esta última, el TSJ de Galicia plantea al TSJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) «¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva [2006/54], a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4, en relación con el 3, de la [Ley 31/95], dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva [92/85]?»

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 riesgos 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, apartado 2 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que traspone el artículo 5, apartado 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, apartado 3 en relación con el 4, de la [Ley 31/1995], que traspone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva [92/85]–?».

Al amparo de la competencia que el artículo 267 TFUE le atribuye, el TJUE reformula las cuestiones planteadas por el TSJ de Galicia en el sentido de que «mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora 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, apartado 1, de la Directiva 92/85. En 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».

## 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Las cuestiones planteadas ante el TJUE sirven de base para establecer su doctrina con respecto a dos cuestiones de vital importancia en una situación de riesgo durante la lactancia natural: la forma en que deben evaluarse los riesgos laborales que puede sufrir una trabajadora durante este periodo; y la carga de la prueba en vía de recurso. Para ello, acudiendo al Derecho de la Unión Europea, se valora la aplicación el apartado 1º del artículo 19 de la Directiva 2006/54 ante una evaluación de riesgos que no se haya llevado a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1º de la Directiva 92/85; y, en ese caso, se explica cómo habría que proceder.

Con respecto a la primera cuestión, para que la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia se realice conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate y determine si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. La evaluación debe realizarse de conformidad con las Directrices recogidas en la comunicación de la Comisión de 5 de octubre de 2000, a las que remite el artículo 3, apartado 2º de la

Directiva, donde se indica que la evaluación de riesgos constituye un «examen sistemático de todos los aspectos de la actividad» que comprende, al 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) indicación de las categorías de trabajadoras que están expuestas a uno o a varios de estos riesgos (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia); y 3) evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos (apartado 48). En particular, con respecto a esta última fase, se explica que «la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos “representa la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente, incluida la que facilite la propia mujer embarazada o sus consejeros, a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores”». La evaluación de riesgos debe incluir los riesgos y peligros de carácter general y la de aquellos peligros específicos que puedan afectar a la situación individual de la trabajadora.

El TJUE considera que cuando una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente de un Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el referido artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, procede la aplicación del artículo 19, apartado 1º de la Directiva 2006/54 y, por consiguiente, se producirá la inversión de la carga de la prueba de la vulneración del principio de igualdad de trato en vía de recurso, siempre que se presenten hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta.

El razonamiento que se recoge en la sentencia es fácil de seguir. El apartado 1º del artículo 19 de la Directiva 2006/54 establece que: «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». El apartado 4º, letra a), del mismo precepto, permite trasladar la inversión de la carga de la prueba a las situaciones cubiertas por la Directiva 92/85, en la medida en que exista discriminación de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54. Y esta última, en su artículo 2, apartado 2, letra c), incluye dentro del concepto de discriminación: «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]». Toda vez que el permiso de maternidad protege a la trabajadora embarazada, a la que ha dado a luz y a la que se encuentra en período de lactancia (artículo 8 de la Directiva 92/85), sin que pueda justificarse un trato menos favorable a una trabajadora porque se encuentre en período de lactancia (sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 68), la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia (en los términos previstos en el artículo 4, apartado 1º de la Directiva 92/85), supondría un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y, en consecuencia, una discriminación directa por razón de sexo.

Con respecto a la segunda cuestión, se afirma que el artículo 19, apartado 1 de la Directiva 2006/54, debe interpretarse en el sentido de que, en situaciones como la presente, la trabajadora afectada debe acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 para poder presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, *Kelly*, C-104/10, EU:C:2011:506, apartado 29). En cuyo caso, la parte demandada tendría que probar que la evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y, por tanto, sin vulneración del principio de no discriminación.

El TJUE señala que estas reglas relativas a la carga de la prueba no se aplican cuando una trabajadora solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, como en el litigio principal, una prestación económica; si no en una fase posterior, cuando se produce la impugnación de la decisión relativa a la evaluación de riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente. Y, sin prejuzgar los hechos y elementos de prueba, observa que en el escrito presentado por la trabajadora, firmado por la superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencia del CHU, se indican de forma motivada los riesgos de su puesto de trabajo (riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural), a diferencia de los documentos en los que se basa la evaluación del CHU y del INSS (como pone de manifiesto el Abogado General en los puntos 46 y 47 de sus conclusiones). Por lo que, «*a priori*, el escrito presentado por la Sra. Otero Ramos constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo ni incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual y que, por lo tanto, como se desprende del apartado 51 de la presente sentencia, esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85».

### 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La prestación por riesgo durante la lactancia no fue recogida en nuestro ordenamiento jurídico hasta su introducción por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con ello se trasponía muy tardíamente este relevante aspecto de la Directiva 92/85/CEE.

Como se sabe, la consideración del riesgo durante el embarazo como situación de necesidad se incorporó por primera vez en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL), que transpuso de forma parcial la Directiva 92/85<sup>1</sup>. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 11 de la norma comunitaria, el período de lactancia no quedaba protegido por la suspensión del contrato de trabajo (artículo 26 LPRL). La versión originaria de la LPRL extendía las obligaciones básicas para proteger la maternidad (apartados 1 y 2 del artículo 26 LPRL) a la situación de embarazo o parto reciente y al período de lactancia (ex artículo 26.4 LPRL). Sin embargo, la suspensión del contrato de trabajo se limitaba a los supuestos de riesgo durante

<sup>1</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “La prestación de riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999 (LA LEY 4218/1999)”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 105; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, p. 695.

el embarazo, sin incluir el riesgo durante la lactancia (artículo 26.3 LPRL)<sup>2</sup>. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), puso fin a esa situación y transpuso de forma completa la Directiva 92/85 mediante la introducción de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo: el «riesgo durante la lactancia natural del menor de nueve meses» (artículo 45.1 d) ET 1995, en la actualidad, artículos 45.1.e) y 48.8 ET 2015, en relación con el artículo 26 LPRL y los artículos 188 y 189 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o LGSS).

La situación de riesgo durante la lactancia aparece específicamente referida a la lactancia natural, quedando al margen de la tutela preventiva la lactancia artificial<sup>3</sup>. Así desprende del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), que se refiere exclusivamente a la primera. La finalidad es proteger al recién nacido de los riesgos biológicos derivados de la prestación del trabajo en determinadas condiciones, circunstancia que no se produciría en los supuestos de lactancia artificial.

Conforme a la normativa vigente, los riesgos laborales deben estar debidamente descritos, valorados y acreditados, analizándose su relación con la lactancia, su alcance en el puesto de trabajo y su incidencia en la madre lactante (artículos 26 y 16 LPRL)<sup>4</sup>. La relación de causalidad entre el riesgo para la salud y la situación de lactancia son un elemento clave para determinar si debe producirse la suspensión del contrato. Y por ello se incide en la necesidad de acreditar la influencia negativa de las condiciones laborales en el período de lactancia natural a través de un certificado emitido por los Servicios médicos del INSS o las Mutuas, con el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora lactante o a su hijo/a (apartado 4º del artículo 26 LPRL). De este modo se pretende evitar que los factores de riesgo derivados de las condiciones laborales de la madre se transmitan al hijo a través de la leche materna<sup>5</sup>.

Una vez acreditada la situación de riesgo durante la lactancia natural, la LPRL exige la adopción de una serie de medidas de carácter temporal que operan de forma sucesiva<sup>6</sup>: 1) la adaptación del horario o de las condiciones de trabajo<sup>7</sup>; 2) el cambio de funciones o puesto de trabajo<sup>8</sup>; y 3) la dispensa de realizar todo trabajo, cuando no se hayan podido adoptar las

---

<sup>2</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación...*op. cit.*, p.369; y AGUILERA IZQUIERDO, R.; y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad...op.cit.*, p.158.

<sup>3</sup> NAVARRO NIETO, F., “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, p. 46; AGUILERA IZQUIERDO, R., “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en AA. VV., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Navarra, 2007, p. 370; y AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo, Civitas, Navarra, 2010, p. 159.*

<sup>4</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 mayo 2011, FJ. 5º.

<sup>5</sup> PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, Mª. A., *Mujer y salud laboral, La Ley-actualidad*, Madrid, 1999, p.10.

<sup>6</sup> Vid. SÁNCHEZ CASTILLO, M.L., *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 148.

<sup>7</sup> Vid. GARCÍA TESTAL, E., y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 67.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *Westlaw*, 2003, BIB 2003/144, p. 2.

medidas anteriores o no se haya conseguido eliminar el riesgo<sup>9</sup>. El artículo 26.4 LPRL (en relación con el artículo 45.1 d) ET), permite la suspensión de la relación laboral por riesgo durante la lactancia natural hasta que el lactante cumpla nueve meses (sin perjuicio de las condiciones más favorables que puedan establecerse por convenio colectivo o por la voluntad de las partes)<sup>10</sup>.

La sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, que ahora se comenta, resulta de gran trascendencia en la medida en que, ante una posible evaluación deficiente del riesgo laboral durante la lactancia por no haberse tenido en cuenta las exigencias contenidas en el art. 4.1 de la Directiva 92/85 puede constituir una conducta discriminatoria contra la mujer, y permite la inversión de la carga de la prueba de la vulneración del principio de igualdad de trato cuando ésta haya aportado hechos o elementos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta.

Lo anterior exigirá a las empresas, a sus servicios de prevención, a tomar en consideración la situación específica de la trabajadora en período de lactancia, a la hora de evaluar los riesgos inherentes al puesto de trabajo, en el bien entendido de que una declaración empresarial en la que se contenga que el puesto de trabajo está exento de riesgo y que la trabajadora es apta para el puesto de trabajo, sin proporcionar explicación suficiente que permita alcanzar dicha conclusión puede constituir una discriminación por razón de sexo.

Así ocurrió en el asunto que nos ocupa. La empresa presentó un informe emitido por el doctor del Servicio de Medicina Preventiva en el que se indica que la trabajadora era apta para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, sin que existiese riesgo para la lactancia, pero la falta de mayores explicaciones y, en particular, la ausencia de una evaluación de riesgos por parte de la empresa conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y en el artículo 26.1 LPRL, unida a la inactividad de la entidad gestora (que no hizo las oportunas indagaciones), condujo a que, al amparo de un informe aportado por la trabajadora –firmado por la jefa del servicio de la Unidad de Urgencias– donde se detallaban una serie de riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural en el puesto de trabajo, se le concediese a la demandante la prestación derivada de riesgo durante la lactancia natural.

---

<sup>9</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid), 21 de noviembre 2016 (rec. 2001/2016).

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: disconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Trabajo y Derecho*, n° 38, 2018, p. 13.