

# Riesgos por lactancia en el puesto de trabajo. Doctrina europea

## Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de GA\_P

---

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por un tribunal español para perfilar los derechos y, especialmente, la carga probatoria en relación con la suspensión contractual y, en su caso, con la prestación derivada de los riesgos por lactancia en el puesto de trabajo.*

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre del 2017, asunto C-531/15, *Otero Ramos*, resuelve el litigio planteado entre, por una parte, una trabajadora y, por otra, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Servicio Galego de Saúde acerca de la prestación económica por riesgo durante la lactancia. El conflicto se genera tras la denegación por la empresa del certificado acreditativo de que la ejecución por parte de la interesada de las funciones inherentes a su puesto de trabajo presentaba un riesgo para la lactancia natural de su hija.

Como es sabido y de acuerdo con la legislación nacional, en este caso, la española, el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), de Prevención de Riesgos Laborales establece que la evaluación de los riesgos para la seguridad o la salud de los trabajadores deberá comprender la repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, en cuyo caso el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo valiéndose de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabaja-

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

dora afectada. Cuando la adaptación no resultase posible o, a pesar de ella, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certificaran los servicios médicos competentes, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Pero si, finalmente, dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera exigirse razonablemente por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo —extensible al periodo de lactancia natural— prevista en el artículo 45.1d del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente prestación económica de la Seguridad Social, ex artículos 186 y siguientes de la ley reguladora de esta última.

En este caso, la trabajadora presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, que depende del Servicio Galego de Saúde. La trabajadora da a luz a una hija que, posteriormente, recibe lactancia materna en exclusiva. En este contexto, la enfermera informa a su empresario de que las funciones que requieren su puesto de trabajo pueden tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia, exponiéndola 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. La empresa responde con un informe en el que indica que el puesto de trabajo no presenta riesgo alguno para la lactancia de su hija y deniega la solicitud presentada. Tras la demanda interpuesta por la trabajadora en el Juzgado de lo Social, este último rechaza la petición por entender que no ha quedado demostrado que el puesto de la trabajadora presente el riesgo alegado.

2. Recurrida tal decisión, es el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el que interpone la cuestión prejudicial que origina el pronunciamiento analizado en estas páginas, en la que solicita aclarar si es posible aplicar las reglas relativas a la carga de la prueba previstas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio (DOUE de 26 de julio), sobre el principio de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación, para demostrar la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia natural. Según el citado tribunal, estas reglas deberían resultar de aplicación en la medida en que la *dispensa de trabajo* a que se refiere la Directiva 92/85, de 19 de octubre (DOUE de 29 de noviembre), 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 periodo de lactancia, puede significar también una «condición de empleo y de trabajo», en el sentido del artículo 14.1c de la Directiva 2006/54.

Pero, aun cuando resultara aplicable, el tribunal alberga dudas acerca de cómo debe repartirse la carga de la prueba entre las partes. En este sentido, se trata de conocer, por un lado, si un informe elaborado por la superior jerárquica directa de la trabajadora en el que se afirma la existencia de riesgos para la lactancia constituye un indicio que permita presumir la existencia de una discriminación por razón de sexo en el sentido de esta disposición y, por otro, si una

relación de puestos de trabajo exentos de riesgo elaborada por el empleador, en combinación con un informe emitido por el servicio de prevención, que declara, sin proporcionar explicaciones más detalladas, que la mencionada trabajadora es apta para el trabajo, basta para demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad de trato. Finalmente, de existir indicios sobre el riesgo alegado, deberá determinarse, por una parte, quién debe demostrar si la adaptación es posible o si, pese a ella, las condiciones del puesto de trabajo de la trabajadora en periodo de lactancia pueden influir negativamente en su salud o en la de su hijo y, por otra parte, que el cambio de puesto no es técnica u objetivamente viable y no puede exigirse razonablemente al empleador por motivos debidamente justificados.

3. A estos efectos, la sentencia recuerda los requisitos que debe cumplir la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia, con arreglo al artículo 4.1 de la citada Directiva 92/85. En este sentido, la evaluación de riesgos constituye un «examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional» que comprende al menos tres fases. La primera fase consiste en la identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales); la segunda prevé la identificación de las categorías de las trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en periodo de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos; y la tercera, esto es, 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 [...] a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores» (considerando 48).

Por lo demás, los riesgos pueden variar en función de si las trabajadoras están embarazadas, han dado a luz recientemente o están en periodo de lactancia. Concretamente, en lo que atañe a las mujeres en periodo de lactancia, los empresarios deben efectuar un examen periódico de los riesgos durante todo ese tiempo 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 como el plomo, los disolventes orgánicos, los pesticidas y los antimetabólicos. En efecto, algunas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a ellas. Y, así, cuando se señalan los «peligros específicos» se aclara 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 periodo de lactancia. Algunos de estos problemas pueden prevenirse y afectan en general a todas las mujeres, pero otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal.

En todo caso, y dado que la condición de la mujer en periodo de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, «[al] embarazo o [al] permiso por maternidad», las

trabajadoras en periodo de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz. En consecuencia, la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia debe considerarse un trato menos favorable dado a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo. No en vano, se deduce del artículo 5 de la Directiva 92/85 que la determinación, tras la evaluación, de la existencia de un riesgo para la salud o la seguridad de esta trabajadora o de repercusiones sobre la lactancia tendrá como consecuencias una adaptación de sus condiciones de trabajo o de su tiempo de trabajo, un cambio de puesto de trabajo o una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

Con todos estos argumentos, el tribunal resuelve que el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida y precisa que las reglas relativas a la prueba previstas en esta norma no se aplican en el momento en que la trabajadora solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Estas reglas sólo han de aplicarse en una fase posterior, a saber, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente (considerando 67). De ahí que incumba a la trabajadora que se considere perjudicada la presentación ante un órgano jurisdiccional —u otro órgano competente— de hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (STJUE de 21 de julio del 2011, as. C-104/10, *Kelly*). Si así fuere, se producirá la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser la parte demandada la que habrá de demostrar que no se ha producido una vulneración del principio de no discriminación. Mas, en este caso, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el tiempo necesario para proteger su seguridad o su salud y presenta elementos de prueba que permiten indicar que la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto no eran factibles, será el empresario quien deba acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían ser exigidas razonablemente.

4. Por lo tanto, será la parte demandada, cuando se consiguen aportar suficientes indicios, la que tenga que documentar que se ha producido una evaluación específica del riesgo, que existe un informe en que se declara que la prestación de los servicios está exenta de peligro para la trabajadora y que esta última es apta para ocupar su puesto de trabajo o el nuevo asignado, sin que constituya dicha decisión una presunción *iuris et de iure*.