

# La declaración de «apta» ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2017, recurso 1052/2014](#)

**Yolanda Maneiro Vázquez**

*Profesora contratada doctora.  
Universidad de Santiago de Compostela*

## 1. VOLUNTAD LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA

Es sabido que la [Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre](#), promueve la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer en situación de riesgo durante la lactancia. Dicha protección se activa en el caso de que esta desempeñe un puesto que resulte perjudicial para su salud o para la del menor lactante. Si no existe posibilidad de trasladarla a otro puesto de trabajo compatible, la [directiva](#) dispone el cese temporal en su puesto de trabajo y el derecho a percibir la correspondiente prestación sustitutoria del salario dejado de percibir.

Si bien es cierto que el mantenimiento de la lactancia natural frente a la artificial es una opción de la madre, los artículos 26.4 de la [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#) y 135.bis de la [Ley General de la Seguridad Social](#) (actual [art. 188 LGSS](#)) garantizan que los riesgos laborales no constituyan obstáculo alguno a dicha opción. Con todo, hasta el momento, algunos tribunales venían llevando a cabo una interpretación excesivamente rigorista sobre la carga de la prueba que en estos litigios correspondía a las trabajadoras solicitantes. En esta línea, la doctrina unificada se había limitado a pronunciarse sobre cuestiones como: 1) el tipo de evaluación respecto de los riesgos que para la lactancia pudieran derivarse del puesto de trabajo. Esta habría de ser «específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo» ([STS de 21 de septiembre de 2011, rec. 2342/2010](#)); 2) los requisitos necesarios para acceder a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, en concreto: «la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la

imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados» (STS de 22 de noviembre de 2011, rec. 306/2011), y 3) el deber empresarial de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora y, solo en caso de que esa adaptación «fuese imposible o insuficiente, pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, esta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado» (STS de 24 de junio de 2013, rec. 2488/2012, entre otras muchas).

La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia \(STSJ\) de Galicia de 8 de noviembre de 2017](#), aquí comentada, supone un importante paso adelante en la práctica judicial. De nuevo, una muy oportuna cuestión prejudicial –la que la propia sala gallega planteó para la resolución de sus dudas en este litigio– ha traído como resultado una modificación de la tradicional interpretación jurisdiccional de las normas sobre distribución de la carga de la prueba, al vincular directamente la protección frente al riesgo de la trabajadora en situación de lactancia natural y la discriminación indirecta por razón de sexo.

## 2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Este caso tiene su origen en la demanda presentada por la señora Otero Ramos contra el Servizo Galego de Saúde y el INSS para el reconocimiento de riesgo durante la lactancia. Su pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña al entender que no había quedado suficientemente acreditada la influencia negativa de las condiciones de su puesto de trabajo –enfermera en el servicio de urgencias de un centro hospitalario coruñés– en su salud o en la de su hijo lactante. Frente al informe médico aportado por la solicitante, la empresa se había limitado a aportar una declaración por la que se calificaba dicho puesto de trabajo como «exento de riesgo», así como otra declaración de la trabajadora como «apta» para el trabajo, sin mayor fundamentación.

Tras impugnar este fallo en suplicación, la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia acordó suspender el procedimiento para elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de la aplicabilidad a este litigio de las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba recogidas en la [Directiva 2006/54/CE](#). En concreto, se preguntaba si un informe médico de la situación de riesgo aportado por la trabajadora podría constituir un hecho a partir del que presumir una situación de discriminación directa o indirecta por razón de sexo; y si, una vez acreditada por la trabajadora una situación de riesgo para la madre o el hijo lactante, sobre cuál de las dos partes –trabajadora o empresa– recaería la carga de probar la ade-

cuación de las medidas adoptadas por la empresa. La [Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos \(C-531/15\)](#), respondió a estas cuestiones en el sentido que sigue:

- 1.º El artículo 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, es aplicable a la situación en la que una trabajadora en periodo de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional competente la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la [Directiva 92/85/CEE](#), 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.
- 2.º De acuerdo con el artículo 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), «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/CEE](#) y «que permitan así presumir la existencia de una discriminación por razón de sexo, en el sentido de la [Directiva 2006/54/CE](#)». A su vez, le corresponde a «la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por lo tanto, no se vulneró el principio de no discriminación».

Como consecuencia de la anterior sentencia, la [STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017](#), objeto de este comentario, estimó el recurso de suplicación presentado por la trabajadora, revocó íntegramente la sentencia de instancia declarando la nulidad de actuaciones frente al INSS y absolviendo al Servizo Galego de Saúde de toda responsabilidad en las prestaciones por riesgo durante el embarazo.

### 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL PRECEPTO DE REFERENCIA

Sin lugar a duda, la [STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017](#) abre una puerta, hasta ahora inexplorada, sobre la carga de la prueba, en general, y sobre el valor de la prueba, en particular, aportada por ambas partes en la solicitud de la prestación de riesgo durante el embarazo. En primer lugar, porque rompe con una tradicional interpretación rigorista respecto del valor de la prueba de los informes presentados por la parte solicitante. La sentencia reconoce que el informe de la trabajadora puede aportar indicios suficientes de la vulneración del derecho a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por causa de la denegación de la protección por riesgo durante la lactancia. En este caso, así se entendió a partir un informe en el que tanta importancia se le concede a la imparcialidad de quien lo emite —un órgano sobre el «que ninguna de las partes

demandadas ha puesto en duda su imparcialidad»—, como a su contenido —«presenta un detalle minucioso acerca de las condiciones de empleo de la trabajadora y de cómo las mismas pueden afectar a la lactancia natural, alcanzando unas razonadas conclusiones»—. La sala no lo entendió como una prueba plena de la discriminación por razón de sexo, pero «sí, cuando menos, un indicio suficiente para poder sospechar de la existencia de tal discriminación que, como indicio, las partes demandadas pueden invalidar acreditando que no ha habido ninguna conducta por su parte de discriminación por razón de sexo». Esto es, habrían de acreditar que la evaluación de los riesgos se realizó adecuadamente y que las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto no eran factibles.

Sin embargo, los demandados no consiguieron romper la presunción de discriminación por razón de sexo. Para la sala, «ninguna prueba documental o de otra clase se ha aportado por las partes demandadas demostrativa de la existencia de la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o de la existencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora». La sola consideración de la trabajadora como apta y la declaración de inexistencia de riesgo durante la lactancia natural no resulta suficiente para acreditar que se hubiera llevado a cabo una evaluación del riesgo acorde a los requisitos del artículo 4.1 de la [Directiva 92/85/CEE](#). En concreto, reprocha la sala que: «la entidad gestora, cuando se le solicitó la prestación, bien pudo realizar indagaciones al respecto con la empleadora, pero ni aquella realizó tales indagaciones, ni esta parece proclive a alterar la gestión de su personal por la circunstancia de que una trabajadora estuviera lactando naturalmente a su hijo». Como resultado de esta conducta, se afirma, «no le quedaba otra posibilidad [a la trabajadora] más que reclamar la prestación con la finalidad de evitar las consecuencias de la discriminación por razón de sexo que supone el cumplimiento por las partes de las citadas normas».

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN AD FUTURUM

Es indudable la trascendencia, tanto sustantiva como procesal, que cabe esperar de la [STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017](#). Hasta el momento, ningún tribunal había vinculado la impugnación judicial de la negativa al reconocimiento de su prestación con una posible discriminación por razón de sexo. Este es precisamente el punto en el que ha venido a incidir la sentencia gallega tras la oportuna cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el valor de los medios de prueba aportados por la trabajadora solicitante de la prestación. Al respecto, la [Sentencia Otero Ramos](#) ha indicado 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 no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual y que, por lo tanto (...) esta evaluación no era conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85». En consecuencia, «corresponderá a la parte demandada demostrar que la evaluación de los riesgos prevista en el artículo 4 de la Directiva 92/85 se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en esta disposición».

A tal efecto, se entiende que «documentos como 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* de que este es el caso. De no ser ello así, tanto dicha disposición como las reglas de prueba previstas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 se verían privadas de todo efecto útil».

De todo lo anterior, la [Sentencia Otero Ramos](#) concluyó que los informes presentados por una solicitante de la prestación son elementos de prueba suficientes para trasladar a la empresa la carga de probar la imposibilidad de adoptar otras medidas de protección: «en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente».

Al margen de lo anterior, esta sentencia pone de manifiesto la potencia del principio *iura novit curia* en relación con el ordenamiento comunitario, pues de la lectura de la sentencia parece desprenderse que el recurso de la trabajadora recurrente se centraba en la normativa nacional, sin referencia alguna a la incorrecta interpretación de las directivas de la Unión Europea. La sala gallega, al identificar las normas nacionales como normas de transposición, abrió el camino a la aplicación al caso del ordenamiento europeo, a lo que está obligada por el principio de efecto directo. No ha de olvidarse que este es tanto el derecho del ciudadano a que se le aplique, como el deber del juez de aplicarlo al caso.