

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 6 de abril de 2017 (1)

Asunto C-531/15

**Elisenda
contra
Servicio Galego de Saúde,
Instituto Nacional de la Seguridad Social**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia)

«Política social — Directiva 2006/54/CE — Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras — Artículo 19 — Normas que invierten la carga de la prueba — Directiva 92/85/CEE — Artículo 4 — Evaluación de las actividades que puedan conllevar una exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo»

1. Mediante su petición de decisión prejudicial, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicita orientación sobre la interpretación de las reglas que hacen recaer la carga de la prueba en la parte demandada en los asuntos en los que la parte demandante alega que no se le ha aplicado el principio de igualdad de trato por razón de sexo. Esta inversión de la carga de la prueba se deriva de 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. (2) El litigio principal versa sobre una trabajadora que aduce que, mientras estaba en período de lactancia, sus condiciones laborales podían haber afectado negativamente su salud o la de su hija. Interpuso su recurso con arreglo a la normativa nacional de incorporación al Derecho interno de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). (3) Las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente requieren que el Tribunal de Justicia proporcione orientación sobre cómo debe interpretarse esta Directiva en combinación con las reglas de la Directiva 2006/54 relativas a la carga de la prueba.

Derecho de la Unión

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

2. El artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (4) establece que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

La Directiva 89/391/CEE

3. La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, (5) define «prevención» como «el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa, con el fin de evitar o de disminuir los

riesgos profesionales». (6) La Directiva establece que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica (7) y faculta al legislador de la Unión para adoptar Directivas específicas a fin de promover la mejora del medio de trabajo en lo que atañe a la seguridad y la salud de los trabajadores. (8)

Directiva 92/85

4. Los objetivos de la Directiva 92/85 incluyen la introducción de disposiciones mínimas para promover la mejora, especialmente del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores. (9) Las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia se consideran un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles. (10) Esta protección 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. (11) Determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico de exposición de la trabajadora en período de lactancia a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos. En su caso, esos riesgos han de ser evaluados y el resultado de esta evaluación comunicado a las trabajadoras. (12) En el supuesto de que el resultado de dicha evaluación revele un riesgo para la seguridad o la salud de la trabajadora, debe establecerse un dispositivo encaminado a su protección. (13) La trabajadora en período de lactancia no debe realizar actividades cuya evaluación haya revelado un riesgo de exposición a determinados agentes o condiciones de trabajo particularmente peligrosos que ponen en peligro la seguridad o la salud. (14)

5. El artículo 1, apartado 1, establece que el objeto de la Directiva 92/85, «que es la décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva [89/391], 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 ».

6. El artículo 2, letra c), define trabajadora en período de lactancia como «cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales». (15)

7. Como requiere el artículo 3, apartado 1, la Comisión ha establecido las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2. (16)

8. El artículo 4, apartado 1, dispone que, 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, (17) el empresario deberá evaluar 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. Dicha evaluación se realiza para apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión, entre otras, sobre la lactancia de las trabajadoras, y para determinar las medidas que deberán adoptarse. Con arreglo al artículo 4, apartado 2, se comunicarán a la trabajadora afectada los resultados de la evaluación y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo. Las Directrices constituyen la base de esta evaluación.

9. El artículo 5 se titula «Consecuencias de los resultados de la evaluación», y establece lo siguiente:

«1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva [89/391], si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación

provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta 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.

[...]»

10. El artículo 11, punto 1, está así redactado:

«Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) En los casos contemplados en [el artículo 5] deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.»

Directiva 2006/54

11. Los considerandos de la Directiva 2006/54 enuncian, en primer lugar, que la Directiva 97/80/CE del Consejo (18) estableció disposiciones al objeto, entre otras cuestiones, de aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. (19) En segundo lugar, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Por lo tanto, dicho trato debe figurar expresamente en la Directiva 2006/54. (20) En tercer lugar, que el Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad. Por consiguiente, la Directiva 2006/54 debe aplicarse sin perjuicio de la Directiva 92/85. (21) En consecuencia, los objetivos de la Directiva 2006/54 incluyen la protección del derecho al trabajo de las mujeres en permiso de maternidad, la garantía de que sus condiciones laborales no se deterioren como resultado de dicho permiso y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia. (22)

12. En cuarto lugar, los considerandos reconocen que «la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, tal como sostiene el Tribunal de Justicia, deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. Sin embargo, es necesario precisar que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales. Más aún, los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante». (23)

13. El artículo 1 establece que el objeto de la Directiva 2006/54 es «garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación».

14. El artículo 2, apartado 1, letra a), define discriminación directa como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable». Se produce discriminación indirecta en «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [artículo 2, apartado 1, letra b)]. A los efectos del artículo 2, apartado 2, letra c), 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]».

15. En el título II se establecen disposiciones específicas, que incluyen la prohibición de discriminación en cuestiones de igualdad de retribución e igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social. El capítulo 3 forma parte del título II y contiene el artículo 14, que prohíbe la discriminación en lo que respecta al acceso al empleo, la formación profesional y a las condiciones de empleo y trabajo.

16. El artículo 19, que forma parte del título III («Disposiciones horizontales») establece:

«1. 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.

2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.

[...]

4. Los apartados [1 y 2] se aplicarán también:

a) a las situaciones cubiertas [...], en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, por [la Directiva 92/85];

[...]».

17. Con arreglo al artículo 28 de la Directiva 2006/54, ésta no obstará a las disposiciones (de la Unión Europea y nacionales) relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. También se establece específicamente que no obstará a lo dispuesto, entre otras normas, en la Directiva 92/85.

Normativa española

18. Con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo, «LPRL»), la evaluación de los riesgos para las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre una mujer embarazada o en período de lactancia, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de

una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

19. Con arreglo al artículo 26, apartado 2, de dicha Ley, cuando 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 feto, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. La transferencia a un puesto de trabajo de este tipo deberá realizarse en la medida en que sea posible. Sin embargo, el artículo 26, apartado 3, dispone que, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

20. En virtud del artículo 26, apartado 4, de la mencionada Ley, lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen, entre otros, los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26, apartado 3, por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses si en su caso resulta imposible transferirla a otro puesto.

21. El artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social establece que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (en lo sucesivo, «prestación económica»), se considera «situación protegida» el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que no resulte posible que la trabajadora cambie de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 4, de la LPRL.

22. El tribunal remitente añade que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo disposiciones que regulan la situación de riesgo durante la lactancia natural. Antes de esa Ley, esta situación no estaba regulada por el Derecho español; se aprobó esta normativa para cumplir lo dispuesto en la Directiva 92/85, concretamente en el artículo 5, apartado 3.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

23. La Sra. Elisenda presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, dependiente del Servicio Galego de Saúde. El 22 de diciembre de 2011 dio a luz una hija, que recibió lactancia materna en exclusiva.

24. El 8 de mayo de 2012, la Sra. Elisenda solicitó ante el INSS una certificación médica que declarara que estaba incluida en la definición de trabajadora en período de lactancia en el sentido de la normativa nacional y que el desempeño de sus tareas como enfermera en el servicio de urgencias del Hospital la colocaba en una situación de riesgo. (24)

25. Al examinar la solicitud de la Sra. Elisenda, se consideró la siguiente información. *En primer lugar*, se analizó una declaración de la jefe de recursos humanos del Hospital en la que se afirmaba: i) que aquella trabajaba como enfermera del servicio de urgencias, ii) que sus condiciones de trabajo incluían la realización de turnos de mañana, tarde y noche, iii) que el

riesgo específico durante la lactancia natural estaba identificado en un informe de medicina preventiva adjunto a su declaración y iv) 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». En segundo lugar, se tuvo en cuenta un informe emitido por un doctor del servicio de medicina preventiva-prevención de riesgos laborales [mencionado en el inciso iii) anterior] que confirmaba que la Sra. Elisenda había sido valorada y que también habían sido examinados los informes médicos que aportaba; el doctor la consideró «apta» «[...] para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, no existiendo riesgo para la lactancia ». (25)

26. Dos días más tarde, mediante resolución de 10 de mayo de 2012, el INSS desestimó la solicitud de la Sra. Elisenda por no haber quedado acreditado que las condiciones de su puesto de trabajo influyeran negativamente en su salud (o en la de su hija). En consecuencia, se le indicó que no procedía la iniciación del procedimiento dirigido a la obtención de la prestación económica. (26)

27. El 11 de julio de 2012, la Sra. Elisenda interpuso demanda contra la resolución del INSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña. (27) Acompañaba su demanda de un escrito firmado por su superior jerárquica, la jefa de servicio de la unidad de urgencias (en lo sucesivo, «informe de la superior jerárquica»), que indicaba que el trabajo de enfermería en el servicio de urgencias presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural. El informe de la superior jerárquica incluía los siguientes detalles relativos a los agentes biológicos: el personal de enfermería está expuesto, por ejemplo, a casos de gripe A, a infecciones bacterianas, a gérmenes multirresistentes, al VIH y a la hepatitis. En relación con los agentes físicos, en el servicio de urgencias ingresa todo tipo de pacientes, predominando los que tienen grandes dificultades de movimiento por la edad o por la propia patología aguda o crónica. Ello genera una sobrecarga física y postural en el personal de enfermería, que se incrementa cuando el paciente se encuentra en situación crítica (pacientes en coma, paradas cardiorrespiratorias, enfermos terminales). En lo que atañe a los agentes químicos, hay exposición a todo tipo de tratamiento, dado que el servicio de urgencias atiende todo tipo de patologías. Existen riesgos psicosociales, ya que el personal está sometido a turno rotatorio complejo (turnicidad y nocturnidad). También hay estrés o carga mental por manejar situaciones diversas sin una ratio establecida enfermera-paciente, lo que supone en momentos de gran demanda asistencial una readaptación constante del trabajador para llevar a cabo su labor y organizar su trabajo. Para las trabajadoras en período de lactancia, el trabajo a turnos y la realización del turno de noche altera la producción de prolactina, encargada de la producción de leche. El realizar las jornadas de trabajo tan dispares o durante la noche puede provocar mastitis por alterar el ritmo de extracción de la leche.

28. El 24 de octubre de 2013, se desestimó la demanda de la Sra. Elisenda. El órgano jurisdiccional de primera instancia declaró que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, ha de aplicarse un criterio estricto en lo tocante al examen de las pruebas relativas a la existencia de riesgo a los efectos de conceder la prestación económica. La Sra. Elisenda interpuso recurso de suplicación ante el tribunal remitente, que desea que se dilucide si su situación está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54. De ser así, solicita que se le proporcione orientación, en particular, acerca de cómo debe interpretarse el artículo 19 de esa Directiva a la luz de lo dispuesto en la Directiva 92/85. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente plantea 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 [LPRL], 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 [de la Directiva 2006/54], 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 [LPRL], 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 de Prevención de Riesgos Laborales, que traspone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva [Directiva 92/85]—?»

29. La Sra. Elisenda, el INSS, el Gobierno español y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. En la vista celebrada el 19 de octubre de 2016, todas esas partes, a excepción de la Sra. Elisenda, formularon observaciones orales.

Análisis

Observaciones preliminares

30. El objetivo de la Directiva 92/85, que fue adoptada sobre la base del artículo 118 A del Tratado CEE (antecesor del artículo 153 TFUE), es promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (28) Esta Directiva es una de las medidas adoptadas en el marco de la Directiva 89/391. (29) La Directiva 92/85 identifica, entre otras, a las madres en período de lactancia como un grupo de trabajadores expuestos a riesgos especialmente sensibles que debe estar protegido contra los peligros que les afecten de manera específica y en favor de los cuales deben adoptarse medidas en relación con su seguridad y salud. (30) Esta protección no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. (31) La Directiva 2006/54 es un ejemplo de este último tipo de medida.

31. Es pacífico que en el momento de los hechos la Sra. Elisenda estaba incluida en la definición de trabajadora en período de lactancia del artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85 y que, en consecuencia, su empleador estaba obligado a llevar a cabo una evaluación de los riesgos con arreglo al artículo 4, apartado 1, de esta Directiva, de acuerdo con las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1.

32. Las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente están vinculadas entre sí, en la medida en que parten de la premisa de que una evaluación con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 llevada a cabo correctamente y sobre la base de todas las pruebas relevantes podría demostrar la existencia de un riesgo para la salud o seguridad de la Sra. Elisenda o de una potencial repercusión en su condición de madre en período de lactancia. Se

deduce de esta premisa que se cumplirían los requisitos para adoptar medidas adicionales establecidos en el artículo 5 de la Directiva 92/85.

Sobre la primera cuestión prejudicial

Observaciones generales

33. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber si la situación de la que conoce está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54. En particular, se pregunta si la carga de la prueba recae sobre la Sra. Elisenda o si se invierte y recae sobre las partes demandadas.

34. En el marco del procedimiento de remisión prejudicial, que establece una cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le hayan planteado. En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de 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 al Tribunal de Justicia. (32) En consecuencia, aunque la primera cuestión prejudicial del tribunal remitente sólo se refiere de manera expresa al artículo 5, apartado 3, de la Directiva 92/85, ello no obsta a que el Tribunal de Justicia proporcione al tribunal remitente todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión necesarios, incluidas otras disposiciones de la Directiva (en este caso, en particular, el artículo 4), que puedan ser de utilidad para resolver el litigio pendiente ante él, se haya referido o no el tribunal remitente a estas disposiciones en el tenor de sus cuestiones prejudiciales. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de datos aportados por el tribunal remitente, y especialmente de la motivación de su auto de remisión, las cuestiones de Derecho de la Unión que requieren una interpretación, habida cuenta del objeto del litigio. (33)

35. El auto de remisión indica que el INSS decidió «no emitir la certificación requerida por no haber quedado acreditado que las condiciones del puesto de trabajo que desempeña[ba] influy[er]an negativamente en su salud (o en la de su hijo) [...]». Aun así, la primera cuestión prejudicial parte de la premisa de que existía prueba en favor de la existencia de tal riesgo. (34)

36. La Directiva 92/85 introdujo un requisito para evaluar y comunicar los riesgos. Cuando los resultados de la evaluación de los riesgos efectuada conforme al artículo 4, apartado 1, de esta Directiva revelan un riesgo para la seguridad o la salud así como una repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora, el artículo 5, apartados 1 y 2, de la mencionada Directiva prevé que el empresario está obligado a realizar una adaptación provisional de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora. (35) Si ello resulta imposible en las circunstancias concretas, deberá cambiarse de puesto a la trabajadora. Sólo en caso de que dicho cambio de puesto resulte imposible, el artículo 5, apartado 3, de dicha Directiva establece que la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o a las prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su salud o de su seguridad. (36)

37. Sin embargo, si la evaluación llevada a cabo con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 no revela la existencia de riesgos, se desprende de esa disposición, en relación con el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 92/85, que entonces el empresario no está obligado a adoptar medidas adicionales. Se desprende de forma evidente del auto de remisión que el requisito establecido en el artículo 5 para que se plantee la cuestión de si deberían ajustarse las condiciones de trabajo de la Sra. Elisenda, si debería ser cambiada de puesto o si debería otorgársele una dispensa aún no se ha cumplido, precisamente porque la evaluación de riesgos llevada a cabo por el Hospital con arreglo al artículo 4 concluyó que la Sra. Elisenda estaba exenta de riesgo.

38. Es igualmente evidente que la Sra. Elisenda discute la evaluación realizada por el Hospital e impugna la resolución del INSS que desestima su solicitud de prestación económica. Considera que se desprende claramente de los hechos, tal como constan en el auto de remisión, que sus tareas como enfermera en el servicio de urgencias del Hospital sí la colocaban en una situación de riesgo y que obviamente habría sido imposible conciliar la posibilidad de que diera el pecho a su hija con las exigencias de su puesto.

39. El primer paso del procedimiento establecido en la Directiva 92/85 es determinar, con arreglo al artículo 4, si existe un riesgo para la salud o seguridad de una trabajadora incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2. Dilucidar si la evaluación del puesto de trabajo de la Sra. Elisenda fue correcta requerirá considerar cuestiones de hecho, que incumben al tribunal remitente. Sin embargo, la interpretación correcta de los requisitos establecidos en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 es una cuestión que corresponde al Tribunal de Justicia.

40. Por consiguiente, la primera cuestión prejudicial debe entenderse en el sentido de que se solicita orientación sobre: i) la interpretación del artículo 4 de la Directiva 92/85; ii) (cuando la trabajadora de que se trata impugna una decisión basada en una evaluación con arreglo a esta disposición) si la carga de la prueba recae en la parte demandante o la parte demandada a los efectos del artículo 19 de la Directiva 2006/54 y iii) (cuando se estima el recurso y se demuestra la existencia de un riesgo para la trabajadora afectada) si en ese caso incumbe al empleador determinar las medidas apropiadas que se han de adoptar con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85.

Directiva 92/85

41. Es pacífico entre las partes que es necesario determinar si la resolución del INSS —según la cual no existía un riesgo para la Sra. Elisenda— se basó en una evaluación correcta de su situación.

42. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, el empresario «deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición [...] de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2» respecto de «cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo» enumerados de manera no exhaustiva en el anexo I. Esta evaluación se realiza para «apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia [...]» y «determinar las medidas que deberán adoptarse». (37)

43. Dicha redacción debe interpretarse conjuntamente con las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/85, sobre las que el artículo 3, apartado 2, declara que «tendrán el objetivo de servir de guía para la evaluación a que se refiere el apartado 1 del artículo 4». Esas 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.

44. De este modo, las Directrices ponen de manifiesto que «algunos de los peligros que existen en el lugar de trabajo pueden afectar a la salud y la seguridad de las mujeres embarazadas o que han dado a luz recientemente y la de sus hijos». Señalan 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». (38) La evaluación de los riesgos «debe tener en cuenta los aspectos preventivos de la [Directiva 89/391]». (39) Esta evaluación «presenta unos rasgos particulares, ya que se refiere a un estado en constante evolución que varía en función de cada

individuo. Además, no sólo afecta a la mujer en sí misma sino también al feto y al lactante. [...] Una evaluación única puede no ser suficiente, ya que el embarazo es un proceso dinámico y no una condición estática. Además, los diversos riesgos pueden afectar en distinto grado a las mujeres, a los fetos o a los niños recién nacidos no sólo durante las distintas fases de un embarazo, sino también después del parto [...]. Los consejos, informes y certificados médicos deben tener en cuenta las condiciones de trabajo. Esto es particularmente importante cuando se trata de los síntomas individuales [...]. La evaluación de los riesgos debe tener debidamente en cuenta los consejos médicos y las preocupaciones de cada trabajadora». (40) Las Directrices resaltan que los empresarios deben evaluar periódicamente los riesgos, señalando que «[los] que es preciso tener en cuenta son distintos [de los riesgos durante el propio embarazo] en el caso de las trabajadoras que han dado a luz recientemente y de las que están en período de lactancia. Los empresarios deben garantizar que las trabajadoras en período de lactancia no están expuestas a riesgos que puedan dañar su salud o seguridad durante todo el tiempo que dure la lactancia ». (41)

45. Las Directrices también contienen dos cuadros detallados. El primero se titula «Evaluación de los riesgos generales y situaciones asociadas», a «los que pueden enfrentarse la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia ». (42) El segundo se titula «Evaluación de los riesgos derivados de peligros específicos (y maneras de evitar los riesgos)». En su introducción se 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 continuación, el cuadro examina uno por uno agentes físicos, agentes biológicos, (43) agentes químicos y condiciones de trabajo. (44)

46. En el auto de remisión se afirma que el puesto de la Sra. Elisenda se calificó de «exento de riesgo» y que se la consideró «apta» para el trabajo. En mi opinión, ello sugiere que el enfoque adoptado por su empleador pudo no haber tenido totalmente en cuenta sus circunstancias individuales. En primer lugar, no está claro que la calificación de su puesto como enfermera en el servicio de urgencias de «exento de riesgo» demostrara que ese puesto estaba exento de riesgo para las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, o que se hubiera tenido en cuenta específicamente la situación de las madres en período de lactancia. (45) En segundo lugar, no existe ninguna indicación de que se hubiera llevado a cabo una evaluación de los riesgos a los que la Sra. Elisenda podía haberse enfrentado cuando desempeñaba este puesto como madre en período de lactancia, como los efectos potenciales en la lactancia o la posibilidad de mastitis o infección. En tercer lugar, no se dispone de información acerca de si se llevó a cabo una evaluación de su riesgo de exposición a los agentes físicos, biológicos y químicos enumerados en el anexo I de la Directiva 92/85.

47. En cuarto lugar, la evaluación realizada por el Hospital consiste efectivamente en una declaración de que la Sra. Elisenda era «apta» para desempeñar las tareas que forman parte de su puesto de trabajo, ya que no existía riesgo para la lactancia natural. Sin embargo, debo recordar que la evaluación es una medida preventiva que tiene como objetivo proteger a la madre que está en período de lactancia, (46) y que el informe de la superior jerárquica muestra un retrato del trabajo de una enfermera en el servicio de urgencias que presenta bastantes diferencias respecto de esta evaluación (al sugerir, por ejemplo, que los trabajadores pueden entrar en contacto con pacientes infectados con hepatitis). (47)

48. Incumbe al tribunal remitente, único que puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar que la evaluación realizada por el Hospital cumplió lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85. Si concluye que no fue así, el siguiente paso consiste en examinar si la demanda de la Sra. Elisenda está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54 y, en ese caso, si se aplica el artículo 19 de la Directiva. Más aún, en el auto de remisión se afirma implícitamente que el tribunal remitente también quiere examinar si la Sra. Elisenda podría haber estado protegida mediante medidas adoptadas con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85.

Directiva 2006/54

49. El INSS y España alegan que el presente asunto no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54. La Sra. Elisenda y la Comisión sostienen lo contrario.
50. Yo también estoy en desacuerdo con la interpretación restrictiva de la Directiva 2006/54 adoptada por el INSS y el Gobierno español.
51. De acuerdo con su artículo 1, el objeto de la Directiva 2006/54 es garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
52. Es cierto que las mujeres que disfrutan del permiso de maternidad previsto por el artículo 8 de la Directiva 92/85 «se encuentran en una situación específica que exige que se les conceda una protección especial, pero que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo». (48) No obstante, de ello no se desprende lo que el INSS y el Gobierno español intentan sugerir, que todas las trabajadoras cubiertas por el artículo 2 de la Directiva 92/85 están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54.
53. Los conceptos de discriminación directa e indirecta se definen en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2006/54, respectivamente. El artículo 2, apartado 2, letra c), declara que la discriminación por razón de sexo «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]».
54. El artículo 2, letra c), de la Directiva 92/85 define a la trabajadora en período de lactancia remitiéndose a las legislaciones o prácticas nacionales. El tribunal remitente afirma que, con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la LPRL, «la evaluación de los riesgos [...] deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras [...] en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico». En virtud del artículo 26, apartado 4, de la LPRL, esta disposición se aplica también a una trabajadora «durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen» las autoridades competentes. Los documentos incluidos en los autos en poder del Tribunal de Justicia no proporcionan más orientaciones acerca de cómo la normativa o la práctica nacional definen «el período de lactancia natural» en tanto que tal.
55. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, «respecto a la protección del embarazo y de la maternidad, [...] 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 maternidad”, [la Directiva controvertida] 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». (49)
56. A mi juicio, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el fáctico, (50) la condición de madre en período de lactancia está «vinculada» al embarazo y la maternidad. El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 92/85 deja claro que las trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 2 estarán dispensadas de trabajo si no es posible o razonable trasladarlas a otro puesto de trabajo. Por lo tanto, de ello se desprende que la condición de madre en período de lactancia está incluida en la expresión «en relación con el embarazo o el permiso por maternidad» contenida en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54. (51)
57. La expresión «trato menos favorable» incluye la aplicación incorrecta de los requisitos del artículo 4, apartado 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. Este trato desfavorable constituye una discriminación directa por razón de sexo.

58. Deseo añadir que el artículo 28 (y el considerando 24) de la Directiva 2006/54 establecen que lo dispuesto en ella «se entenderá sin perjuicio» de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y a la maternidad. El significado habitual de esta expresión sugiere que la Directiva 92/85 coexiste con las medidas que la Directiva 2006/54 establece para aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Por lo tanto, los derechos relacionados con la seguridad y salud regulados por la Directiva 92/85 no se ven menoscabados, ni mucho menos excluidos, por la Directiva 2006/54.

59. ¿Se cumplen los requisitos para aplicar el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54?

60. En mi opinión, la respuesta es «sí».

61. La Sra. Elisenda se considera claramente una persona perjudicada, en el sentido de dicho disposición. Alega que existe discriminación por razón de sexo en la medida en que, a su juicio, su empleador ha incumplido lo dispuesto en la Directiva 92/85. El artículo 19, apartado 4, letra a), de la Directiva 2006/54 establece expresamente que las reglas que invierten la carga de la prueba recogidas en el artículo 19, apartado 1, se aplican a estos casos.

62. El hecho de no llevar a cabo una evaluación que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 4, apartado 1, el anexo I y las Directrices a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/85 constituye un trato menos favorable de una trabajadora en período de lactancia. (52) Tal trato está incluido en la definición de discriminación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54, está cubierto por la referencia a la Directiva 92/85 que realiza el artículo 19, apartado 4, letra a), de la Directiva 2006/54 y constituye discriminación por razón de sexo, en el sentido de esta disposición. De ello se desprende que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a estas alegaciones.

63. Cuando una madre solicita una certificación y su empleador lleva a cabo una evaluación de los riesgos con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 (la primera fase del proceso de concesión de protección con arreglo a esta Directiva), aún no se aplican las reglas del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54. Ello es así porque ese procedimiento, como tal, está incluido en la competencia del empleador. Sin embargo, estas reglas adquieren relevancia cuando la decisión subsiguiente es objeto de recurso ante un tribunal u otra autoridad competente.

64. Entonces, la carga de la prueba de que *prima facie* se está ante un supuesto en el que ha existido discriminación recae en la persona afectada —en el presente asunto, la Sra. Elisenda—. (53) En el litigio principal, la parte demandante tendría que presentar prueba (como la contenida en el escrito de su superior jerárquica) (54) que sugiera de manera verosímil que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 fue malinterpretado o aplicado incorrectamente. En ese caso, la carga de la prueba recae en la parte demandada en el procedimiento nacional.

65. El objetivo de las normas sobre la carga de la prueba es garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. (55) Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, 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, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz. (56) Este objetivo, que informa tanto a la Directiva 92/85 como a la Directiva 2006/54, no podría alcanzarse si los recursos interpuestos contra decisiones que deniegan la protección exigieran a la mujer afectada que demuestre que está en riesgo.

66. En circunstancias en las que el empleador de una mujer lleva a cabo una evaluación con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y determina que está exenta de riesgo, en mi opinión no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detallada de riesgos para refutar la evaluación de su empleador de un modo que no deje lugar a dudas. 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. Este enfoque privaría de contenido a la protección de la que disfruta con arreglo a la Directiva 92/85. A mi juicio, el artículo 19 de la Directiva 2006/54 está orientado a abordar precisamente esta situación.

67. A mayor abundamiento, apoya esta afirmación el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en el artículo 23 de la Carta, de acuerdo con el cual ha de garantizarse la igualdad «en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución». La expresión «en todos los ámbitos» propugna una lectura del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 que garantice que los derechos de las personas protegidas por la Directiva 92/85 puedan garantizarse de manera efectiva.

68. El tribunal remitente pregunta si el hecho de que, con arreglo al Derecho español, la prestación económica abonada en virtud del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 92/85 a una madre en período de lactancia cuando se la dispensa del trabajo se califique como prestación de seguridad social significa que esta cobertura no pueda estar incluida en el ámbito de la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Directiva 2006/54. Considera que, si el período de dispensa corriera a cargo del empleador de la trabajadora, estaría incluido dentro del ámbito de aplicación de esa prohibición.

69. A mi juicio, la calificación de la prestación concedida con arreglo a los sistemas nacionales no afecta a la aplicabilidad de las normas que regulan la carga de la prueba en el artículo 19 de la Directiva 2006/54. Si debiera trazarse una distinción en función de si la dispensa de trabajo corre a cargo del empleador o de la seguridad social estatal, el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54 variaría dependiendo de las fórmulas adoptadas en los diversos Estados miembros. (57) Tal resultado no se compadecería con la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, y por ello debe rechazarse. (58) Incumbe al tribunal remitente, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, examinar los hechos y aplicar las disposiciones relevantes de la Directiva 2006/54. (59)

70. En consecuencia, concluyo que es preciso responder a la primera cuestión prejudicial que, cuando se lleva a cabo una evaluación con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe realizarse un examen de la situación concreta de la trabajadora en período de lactancia para que se declare si su seguridad y salud o la seguridad y salud de su hijo están en riesgo con arreglo a esta disposición, al anexo I y a las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva. La realización incorrecta de esta evaluación constituye un trato menos favorable de la trabajadora afectada y una discriminación a los efectos del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54. Tal trato es una discriminación por razón de sexo, en el sentido del artículo 19, apartado 4, letra a), de la Directiva 2006/54, y por esa razón está incluida en el ámbito de aplicación de las reglas establecidas en su artículo 19, apartado 1, que hacen recaer la carga de la prueba en la parte demandada. Incumbe al tribunal remitente comprobar si los hechos del asunto de que conoce demuestran la existencia de trato discriminatorio. En la medida en que, en el procedimiento nacional, dicho tribunal necesite determinar si, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85, deberían haberse adoptado medidas adicionales para proteger la seguridad y salud de la trabajadora afectada (y, en su caso, cuáles), lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 se aplica a esa apreciación.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta

Admisibilidad

71. Las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta parten de la premisa de que la primera cuestión prejudicial se conteste en sentido afirmativo. En esencia, el tribunal remitente desea que se dilucide el modo en el que las normas que invierten la carga de la prueba se aplican en tales supuestos.
72. El Gobierno español sostiene que las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta son inadmisibles porque el tribunal remitente, en realidad, solicita orientación sobre cómo analizar los hechos en el caso de la Sra. Elisenda.
73. No estoy de acuerdo.
74. Efectivamente, incumbe al tribunal nacional, en lugar de al Tribunal de Justicia, pronunciarse sobre si las circunstancias del asunto de la Sra. Elisenda constituyen discriminación a los efectos de la Directiva 2006/54. Sin embargo, mediante las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, el tribunal remitente no solicita al Tribunal de Justicia que realice este pronunciamiento, sino que, más bien, desea que le proporcione orientación acerca de la interpretación del artículo 19 de esa Directiva con el fin de permitirle aplicar correctamente la normativa relevante a las pruebas que se le han presentado.
75. En consecuencia, las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta son admisibles.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

76. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber si el informe de la superior jerárquica de la Sra. Elisenda (la jefe del servicio de urgencias del Hospital), que presentó en apoyo de su demanda, basta para presumir la existencia de una discriminación. (60)
77. El INSS y el Gobierno español afirman que el informe de la superior jerárquica presenta escasa relevancia. En primer lugar, consideran que un superior jerárquico será automáticamente parcial en favor de la trabajadora que desea obtener la prestación controvertida y, en segundo lugar, señalan que el informe no ha sido redactado por un especialista en riesgos laborales.
78. Ninguna de estas alegaciones me parece convincente.
79. La relevancia y el peso que haya de darse al informe de la superior jerárquica es una cuestión que incumbe al tribunal que conoce del asunto. Sin embargo, sólo puede determinarse que un superior jerárquico es parcial en favor (o en contra) de un trabajador concreto si se aporta prueba relevante al efecto. No se puede presumir la existencia de una determinada parcialidad basándose en el estatus del superior y de la relación jerárquica con la persona de que se trate. En relación con el segundo punto, aunque la superior jerárquica no sea especialista en riesgos laborales, el informe fue redactado por una doctora que tiene conocimiento de primera mano de las circunstancias particulares de la recurrente en el litigio principal y de su puesto de trabajo. La superior jerárquica puede aportar prueba pertinente acerca de las funciones de la recurrente y de los riesgos genéricos y específicos a los que es posible que esté expuesta.
80. El tribunal remitente debe tomar en consideración este informe a la luz de las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/85. Los riesgos biológicos y físicos descritos en el informe de la superior jerárquica se reflejan en las Directrices. (61) Aunque incumbe en última instancia a ese tribunal determinar el valor concreto del informe de la superior jerárquica de acuerdo con las normas procesales nacionales, un documento de esta naturaleza no puede ser rechazado de antemano basándose en la presunción de que su contenido adolece de parcialidad y falta de conocimientos profesionales.

81. De este modo, para determinar si se cumplen los requisitos del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 en el caso de autos, el tribunal remitente ha de examinar el informe de un superior jerárquico relativo al puesto del trabajador afectado. Corresponde a dicho tribunal pronunciarse sobre si ese informe aporta información sobre las circunstancias concretas de la trabajadora que deba ser tenida en cuenta en su apreciación.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

82. La tercera cuestión prejudicial pretende que se dilucide si una declaración de un empresario según la cual un puesto de trabajo está «exento de riesgo», combinada con una declaración de que la trabajadora de que se trate es «apta» para el trabajo, prueba *iuris et de iure* que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, en el sentido del artículo 19 de la Directiva 2006/54.

83. En su auto, el tribunal remitente afirma que determinadas resoluciones de los tribunales españoles muestran que «[...] se impone progresivamente a nivel jurisprudencial un criterio rigorista en cuanto a la apreciación de la prueba concerniente a la existencia de riesgo relevante para la concesión de la prestación».

84. Si tal enfoque quiere decir efectivamente que en estos casos se aplica una presunción *iuris et de iure*, de modo que ningún recurso puede prosperar en la práctica, es una cuestión de Derecho nacional que debe ser comprobada por el tribunal remitente.

85. De ser ello así, a mi juicio ese resultado es incompatible con el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54. (62) En primer lugar, es contrario al objetivo de garantizar que el principio de igualdad de trato pueda ser aplicado eficazmente. En segundo lugar, es contrario al artículo 23 de la Carta, ya que no protege a una categoría de mujeres particularmente vulnerable —las que están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85— de un trato desfavorable por razón de sexo. En tercer lugar, es difícil concebir que ese enfoque constituya un medio proporcionado de examinar la prueba en estos casos. En cuarto lugar, las normas nacionales que hacen excesivamente difícil para una persona que se considera perjudicada por una inaplicación del principio de igualdad de trato impugnar estas decisiones pueden obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 2006/54. (63) Una presunción *iuris et de iure* que opere en favor de la parte demandada sería precisamente una norma de este tipo.

86. En consecuencia, concluyo que cuando las normas nacionales hacen excesivamente difícil para una persona que se considera perjudicada por una vulneración del principio de igualdad de trato actuar contra esta situación son incompatibles con el artículo 19 de la Directiva 2006/54. El tribunal nacional debe decidir si éste es el caso.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

87. La cuarta cuestión prejudicial parte de la premisa de que una evaluación realizada correctamente con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 podría haber mostrado la existencia de un riesgo para la madre en período de lactancia y que, por lo tanto, es necesario considerar qué medida debería haberse adoptado para proteger su seguridad y salud con arreglo al artículo 5 de dicha Directiva.

88. Esta premisa no se ve reflejada en la descripción de los hechos llevada a cabo por el tribunal remitente en el auto de remisión. No obstante, el tribunal remitente no ha indicado que esta cuestión exceda del ámbito del procedimiento principal. (64) En consecuencia, propondré una respuesta a la cuarta cuestión prejudicial con la intención de proporcionar al tribunal remitente todos los elementos necesarios para resolver el litigio que pende ante él.

89. Si el tribunal remitente declara que existía un riesgo para la Sra. Elisenda y se demuestra necesario a efectos de ese procedimiento determinar si deberían haberse adoptado medidas

adicionales a los efectos del artículo 5 de la Directiva 92/85, la carga de la prueba recaerá sobre la parte demandada. La Sra. Elisenda seguiría siendo la «perjudicada» a los efectos del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54, porque se consideró que no reunía los requisitos para obtener la dispensa y la prestación abonada a las trabajadoras en período de lactancia durante el período de ausencia del puesto de trabajo.

90. Cuando los resultados de la evaluación de los riesgos efectuada conforme al artículo 4 de la Directiva 92/85 «revelan un riesgo para la seguridad o la salud así como una repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora, [en el sentido del artículo 2,] el artículo 5, apartados 1 y 2, de la misma Directiva prevé que el empresario está obligado a realizar una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, o si ello no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, a disponer un cambio de puesto de trabajo[, para evitar que la trabajadora esté expuesta a tales riesgos]. Sólo en caso de que dicho cambio de puesto resulte igualmente imposible, el artículo 5, apartado 3, [...] establece que la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o a las prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su salud o de su seguridad». (65)

91. En la medida en que la apreciación de la procedencia de la adopción de medidas adicionales con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85 forma parte del litigio principal, la carga de la prueba con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 sigue recayendo en la parte demandada.

Conclusión

92. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia del siguiente modo:

«1) A los efectos del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), cuando se lleva a cabo una evaluación, debe realizarse un examen de la situación concreta de la trabajadora en período de lactancia para que se declare si su seguridad y salud o la seguridad y salud de su hijo están en riesgo con arreglo a esta disposición, al anexo I y a las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva. La realización incorrecta de esta evaluación constituye un trato menos favorable de la trabajadora afectada y una discriminación a los efectos del artículo 2, apartado 2, letra c), de 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. Tal trato es una discriminación por razón de sexo, en el sentido del artículo 19, apartado 4, letra a), de la Directiva 2006/54, y por esa razón está incluida en el ámbito de aplicación de las reglas establecidas en su artículo 19, apartado 1, que hacen recaer la carga de la prueba en la parte demandada.

- Incumbe al tribunal remitente comprobar si los hechos del asunto de que conoce demuestran la existencia de trato discriminatorio.
- En la medida en que, en el procedimiento nacional, dicho tribunal necesite determinar si, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85, deberían haberse adoptado medidas adicionales para proteger la seguridad y salud de la trabajadora afectada (y, en su caso, cuáles), lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 se aplica a esa apreciación.

2) Para determinar si se cumplen los requisitos del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 en el caso de autos, el tribunal remitente ha de examinar el informe de un superior jerárquico relativo al puesto del trabajador afectado. Corresponde a dicho tribunal pronunciarse sobre

si ese informe aporta información sobre las circunstancias concretas de la trabajadora que deba ser tenida en cuenta en su apreciación.

- 3) Cuando las normas nacionales hacen excesivamente difícil para una persona que se considera perjudicada por una vulneración del principio de igualdad de trato actuar contra esta situación son incompatibles con el artículo 19 de la Directiva 2006/54. El tribunal nacional debe decidir si éste es el caso.
- 4) En la medida en que la apreciación de la procedencia de la adopción de medidas adicionales con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85 forma parte del litigio principal, la carga de la prueba con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 sigue recayendo en la parte demandada.»

1 Lengua original: inglés.

2 DO 2006, L 204, p. 23.

3 DO 1992, L 348, p. 1.

4 DO 2010, C 83, p. 389 (en lo sucesivo, «Carta»).

5 DO 1989, L 183, p. 1.

6 Artículo 3, letra d).

7 Artículo 15.

8 Artículo 16, apartado 1.

9 Véase el primer considerando.

10 Véanse los considerandos séptimo y octavo.

11 Véase el noveno considerando.

12 Véase el décimo considerando.

13 Véanse los considerandos décimo y undécimo.

14 Véase el duodécimo considerando.

15 En las presentes conclusiones emplearé también la expresión «madre en período de lactancia».

16 Véase 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, COM(2000) 466 final/2 (en lo sucesivo, «Directrices»).

17 La lista incluye agentes físicos, biológicos y químicos. El cuadro que contiene parte de las Directrices a las que se refiere el artículo 3, apartado 1, incluye una descripción detallada de estos agentes. En determinadas circunstancias, los agentes incluidos están cubiertos por normativa específica de la Unión. Por ejemplo, los agentes biológicos a los que se refiere el anexo I, parte A, apartado 2, de la Directiva 92/85 están enumerados en la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores

contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391) (DO 2000, L 262, p. 21). Con arreglo a esta Directiva, los agentes biológicos se clasifican en cuatro grupos de riesgo, según su diferente índice de riesgo de infección. El grupo 1 recoge el menor riesgo (resulta poco probable que cause enfermedad en el hombre), mientras que el grupo 4 se refiere al mayor (causa una enfermedad grave en el hombre y supone un serio peligro para los trabajadores) (véase el artículo 2 de la Directiva 2000/54).

18 Directiva de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DO 1998, L 14, p. 6). La Directiva 2006/54 derogó y sustituyó varias Directivas relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, incluida la Directiva 97/80.

19 Véase el considerando 1.

20 Véase el considerando 23.

21 Véase el considerando 24.

22 Véase el considerando 25.

23 Véase el considerando 30.

24 Véanse los puntos 18 a 22 de las presentes conclusiones.

25 Denominaré conjuntamente a la declaración del director de recursos humanos del hospital, junto con el informe del doctor del servicio de medicina preventiva, «evaluación realizada por el Hospital».

26 Me referiré a este período de dos días como «el momento de los hechos».

27 Mientras que en el cuerpo del auto de remisión se hace referencia al Juzgado de lo Social n.º 2 de Santiago de Compostela, en su encabezamiento se indica que el Juzgado de origen de los autos de que conoce el tribunal remitente es el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña. Se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia junto con el auto de remisión que el correcto es el último.

28 Véanse el primer considerando y el artículo 1 de la Directiva 92/85 y la sentencia de 18 de marzo de 2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169), apartados 29 y 30 y la jurisprudencia citada.

29 Véase el punto 3 de las presentes conclusiones.

30 Véanse los considerandos séptimo y octavo de la Directiva 92/85.

31 Véase el noveno considerando de la Directiva 92/85.

32 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de febrero de 2014, TSN e YTN (C-512/11 y C-513/11, EU:C:2014:73), apartado 32 y la jurisprudencia citada, y de 11 de septiembre de 2014, B. (C-394/13, EU:C:2014:2199), apartado 21 y la jurisprudencia citada.

33 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de febrero de 2014, TSN e YTN (C-512/11 y C-513/11, EU:C:2014:73), apartado 33 y la jurisprudencia citada, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571), apartados 40 y 41.

34 Sobre la evaluación realizada por el Hospital, véanse los puntos 25 y 26 de las presentes conclusiones; sobre la prueba que aparentemente contradice esta evaluación, véase el punto 27 anterior.

35 Véanse el undécimo considerando de la Directiva 92/85 y la sentencia de 1 de julio de 2010, Parviainen (C-471/08, EU:C:2010:391), apartado 31 y la jurisprudencia citada.

36 Sentencia de 1 de julio de 2010, Parviainen (C-471/08, EU:C:2010:391), apartados 31 y 32 y la jurisprudencia citada.

37 Véanse los guiones primero y segundo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y el undécimo considerando de dicha Directiva.

38 Véase la página 6 de las Directrices.

39 Véase la página 8 de las Directrices, las cuales, sobre este particular, se remiten al documento de la Comisión titulado «Directrices para la evaluación de los riesgos en el trabajo» (ISBN 97-727-4278-9), del que se afirma que «constituye una base ideal para la preparación de las directrices mencionadas en el apartado 1 del artículo 3 de la [Directiva 92/85]».

40 Véanse los «Puntos específicos que deben subrayarse» en las páginas 8 y 9 de las Directrices.

41 Véase la página 12 de las Directrices, donde se realiza una remisión a la Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (primera Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 1989, L 393, p. 1).

42 La primera entrada en el cuadro está relacionada con la «Fatiga mental y física y tiempo de trabajo», enuncia que «algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos» e identifica riesgos específicos derivados de desempeñar dicho trabajo para, entre otras, la posibilidad de lactancia de la trabajadora que ha dado a luz recientemente.

43 La primera entrada en esta sección del cuadro se refiere a los «agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4 [de los establecidos en la Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 1990, L 374, p. 1)]», e identifica riesgos para la lactancia derivados, entre otros, de la hepatitis y del VIH.

44 La primera entrada en esta sección del cuadro se refiere a la «manipulación manual de cargas» e identifica posibles riesgos, en particular, para las mujeres que han dado a luz recientemente o en período de lactancia.

45 Al llevar a cabo una evaluación de los riesgos, los empresarios deben ser conscientes de que es necesario trazar una distinción entre los riesgos para las mujeres embarazadas, para las que han dado a luz recientemente y para las que están en período de lactancia: véase, por ejemplo, la página 12 de las Directrices.

46 Véanse los considerandos undécimo y duodécimo de la Directiva 92/85.

47 Las cepas B y D de la hepatitis (y las que aún no se conocen) están clasificadas como «grupo de riesgo 3» en la Directiva 2000/54, lo que quiere decir que el agente puede causar una enfermedad humana grave y presentar un serio riesgo para los trabajadores.

48 Sentencia de 1 de julio de 2010, Parviainen (C-471/08, EU:C:2010:391), apartado 40 y la jurisprudencia citada.

49 Sentencia de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561), apartado 27 y la jurisprudencia citada.

50 Sólo una mujer que haya dado a luz recientemente produce la leche requerida para amamantar a un niño.

51 Véase, asimismo, el considerando 23 de la Directiva 2006/54.

52 Véase el punto 56 de las presentes conclusiones.

53 Sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506), apartado 29.

54 Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

55 Considerando 30 de la Directiva 2006/54.

56 Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674), apartado 68.

57 En efecto, las fórmulas de aplicación del artículo 11 de la Directiva 92/85 varían entre los diferentes Estados miembros. Véase, por ejemplo, el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, COM(1999) 199 final, pp. 15 a 19.

58 Véase además el considerando 25 de la Directiva 2006/54.

59 Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674), apartado 72.

60 Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

61 Véanse los puntos 43 a 47 de las presentes conclusiones, así como el análisis de riesgos genéricos y situaciones asociadas y el análisis de riesgos específicos en los cuadros anexos a las Directrices.

62 Véase asimismo el considerando 30 de la Directiva 2006/54.

63 Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506), apartados 30 a 35.

64 Véanse los puntos 25 y 26 de las presentes conclusiones.

65 Sentencia de 1 de julio de 2010, Gassmayr (C-194/08, EU:C:2010:386), apartados 35 y 36.
