



Roj: **STSJ GAL 6871/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:6871**

Id Cendoj: **15030340012017104922**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **1052/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO CG

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15030 44 4 2012 0003841

Equipo/usuario: MG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001052 /2014

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000758 /2012

Sobre: INCAPACIDAD TEMPORAL

RECURRENTE/S D/ña Celia

ABOGADO/A: FLAVIO LOPEZ LOPEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SERVICIO GALEGO DE SAUDE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

ILMA. SRA. D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001052 /2014, formalizado por D^a Celia , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000758 /2012, seguidos a instancia de D^a Celia frente a SERVICIO GALEGO DE SAUDE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Celia presentó demanda contra SERVICIO GALEGO DE SAUDE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticuatro de octubre de dos mil trece que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.- D^a Celia presta servicios como enfermera en el servicios de Urgencias del Centro HOSPITAL000 de A Coruña (CHUAC), dependiente del Sergas, en turnos de mañana, tarde y noche. Segundo.- La hija de la actora, nacida el NUM000 /2011, recibía lactancia materna en exclusiva desde su nacimiento. Tercero.- El 24 de mayo de 2012 fue emitido informe por el Jefe del servicio de la Unidad de Urgencias del CHUAC que expresa que el trabajo de enfermería en la referida Unidad presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural. Obra en autos como doc. 1 de la demanda y se da por reproducido por su extensión. Cuarto.- En informe del servicio de medicina preventiva- prevención de riesgos laborales de CHUAC de 3 de noviembre de 2011 se considera que la actora es apta para el desempeño de las tareas en su puesto de trabajo no existiendo riesgo para la lactancia. Quinto.- El 8 de mayo de 2012 la actora solicitó certificación médica de riesgo durante la lactancia natural. Por resolución de 10/05/2012 que se da por reproducida (expediente administrativo), el INSS resuelve que no procede la iniciación del procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación, por no haber quedado acreditado que las condiciones del puesto de trabajo que desempeña influyan negativamente en su salud o en la del hijo. Sexto. Formulada reclamación previa fue desestimada por resolución de 19/06/2012.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: SE DESESTIMA íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Celia frente al INSS y el SERGAS, ABSOLVIENDO a las demandadas de las pretensiones frente a ellas formuladas.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado por la codemandada SERVICIO GALEGO DE SAÚDE. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

QUINTO. Instruido el Ponente y tras deliberación de la Sala, se acordó, a través de Providencia de 20.5.2015, dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, presentándolas al efecto el Ministerio Fiscal.

SEXTO. Examinadas las alegaciones y tras nueva deliberación de la Sala, se dictó Auto de 17 de julio de 2015 acordando elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos:

Primera pregunta: ¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 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 (refundición), a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4 en relación con el 3, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia?

Segunda pregunta: 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 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?

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

Cuarta pregunta: 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/CE, la carga de acreditar, una vez se acredita la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, (1) que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante - artículo 26, apartado 2 en relación con el 4, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que traspone el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85/CEE -, 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 92/85/CEE -?

SÉPTIMO. Interín se resolvía la cuestión prejudicial se mantuvieron en suspenso los trámites seguidos por este Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

OCTAVO. Tal suspensión se levanta cuando se recibe en la Secretaría de este Tribunal la Sentencia de 19 de octubre de 2017 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuya parte dispositiva se declara lo siguiente:

"1) El artículo 19, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el 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.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación".

NOVENO. Recibida la Sentencia, se cita de nuevo a la Sala para deliberación, que tiene lugar el 3 de noviembre de 2017, y tras ello quedan los autos en manos del Ponente para el dictado de la presente Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. A la vista de los antecedentes de hecho y de los -no discutidos en recurso- hechos declarados probados en la sentencia de instancia, completados con un examen complementario e integrador de la totalidad de las actuaciones, las circunstancias que se tomaron en consideración para el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que ahora debemos tomar en consideración para el dictado de la presente Sentencia a la luz de la dictada por dicho Tribunal, son las siguientes:

1º. Doña Celia presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro HOSPITAL000 de A Coruña, dependiente del Servicio Galego de Saúde. A NUM000 .2011, la actora fue madre de una hija, que recibió lactancia materna en exclusiva desde su nacimiento.



2ª. A 8.5.2012 la trabajadora solicitó la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural ante la Dirección Provincial de A Coruña del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Dentro de la tramitación de esa solicitud de certificación médica aparecen los dos siguientes documentos:

- Una declaración empresarial sobre situación de riesgo durante la lactancia natural, donde la jefe de recursos humanos del Centro HOSPITAL000 de A Coruña declara (1) que la trabajadora solicitante "realiza las siguientes actividades y que las condiciones del puesto de trabajo son trabajo asistencia de enfermera en la unidad de urgencias - turnos mañana, tarde y noche", (2) "su categoría profesional es de enfermera", (3) "que el riesgo específico durante el embarazo o la lactancia natural es de se adjunta informe de medicina preventiva", y (4) "que el puesto de trabajo desempeñado 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".

- Un informe emitido por Doctor del Servicio de Medicina Preventiva - Prevención de Riesgos Laborales según el cual, "valorada la trabajadora Doña Celia con categoría profesional de enfermera con puesto de trabajo en el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 A Coruña, y con los informes médicos que aporta, comunico que la trabajadora es ... Apto (opción marcada con una equis de las tres expresadas en el informe: apto / no apto / apto con limitaciones)", concluyendo el informe con la afirmación de que "se considera, en el momento actual, APTA (en mayúsculas) para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo no existiendo riesgo para la lactancia".

3º. Por Resolución de 10.5.2012 de la Dirección Provincial de A Coruña del Instituto Nacional de la Seguridad Social se resolvió "no emitir la certificación requerida por no haber quedado acreditado que las condiciones del puesto de trabajo que desempeña influyan negativamente en su salud (o en la de su hijo) - en consecuencia, le indicamos que no procede la iniciación del procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación".

4º. Doña Celia presentó a 11.7.2012 demanda ante los Juzgados de lo Social de DIRECCION000, a la que acompaña un escrito firmado por la jefa de servicio de la unidad de urgencias del Complejo HOSPITAL000 A Coruña según el cual "el trabajo de enfermería en (dicha) unidad presenta unos riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural. Riesgo biológico: Un alto porcentaje de los pacientes que acuden a Urgencias lo hacen por infecciones, víricas (por ejemplo casos de gripe A) o bacterianas. También hay casos de pacientes infectados por gérmenes multirresistentes, precisando en muchos casos, aislamiento de contacto y/o respiratorio y, siendo el personal de Enfermería el que se encuentra en permanente contacto con estos pacientes. Añadiendo además en estos casos que permanecen en el servicio en contacto con el personal sin aislar el tiempo previo al diagnóstico. También trabajamos en contacto directo con pacientes infectados por VIH y Hepatitis con el consiguiente riesgo de contagio por accidente biológico. Riesgo físico: En nuestra unidad ingresan todo tipo de pacientes, predominando los que tienen grandes dificultades de movimiento o están limitados por la edad o por la propia patología aguda o crónica. Esto supone una carga física y postural para el personal de Enfermería, ya que es frecuente movilizar a estos pacientes para su primera atención y para sus cuidados directos. Esta sobrecarga física se incrementa cuando el paciente se encuentra en situación crítica, (pacientes en coma, paradas cardiorrespiratorias, enfermos terminales) al no poder colaborar, y esto es habitual en el servicio de Urgencias. Riesgo químico: Hay exposición a todo tipo de tratamiento dado que se atienden todo tipo de patologías. Riesgo psicosocial: Al estar sometido el personal a turno rotatorio complejo (turnicidad y nocturnidad). También hay estrés o carga mental por manejar situaciones diversas sin un ratio establecido 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. El trabajo a turnos y la realización del turno de noche, altera la producción de prolactina, encargada de la producción de leche. La secreción de prolactina atiende a un ritmo circadiano, por lo que al trabajar a turnos, el ciclo vital se ve alterado y con él la producción de prolactina y leche (hipogalactia o agalactia). El realizar las jornadas de trabajo tan dispares o durante la noche puede desarrollar mastitis por alterar el ritmo de extracción de la leche".

5º. Le correspondió esa demanda por turno al Juzgado de lo Social 2 de DIRECCION000, y, tras los trámites oportunos y celebrado juicio oral, se dictó Sentencia de 24.10.2013 en la cual se desestima la demanda, argumentándose, en la fundamentación jurídica de la sentencia, "es oportuno poner de manifiesto 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", y citándose al efecto Sentencias del Tribunal Supremo y de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con situaciones que la sentencia considera semejantes a la de las presentes actuaciones, para acabar concluyendo que "tomando en consideración los parámetros doctrinales y los antecedentes jurisdiccionales expuestos, la decisión ha de ser desfavorable a la demandante".



SEGUNDO. Frente a esa Sentencia del Juzgado de lo Social, la trabajadora demandante anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, en concreto, se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 -actual artículo 188 de la vigente LGSS /2015-, en relación con el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores y en relación con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, citando adicionalmente diversas sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina que, aunque desestimatorias de unas similares pretensiones, son, a juicio de la recurrente, supuestos diferentes al de los autos, y argumentando, dicho en apretada esencia, que la sentencia de instancia realiza una interpretación rigorista de las exigencias legalmente establecidas para el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia natural cuando es que, en el caso de autos, la ahora recurrente ha aportado prueba documental de los riesgos existentes para la lactancia natural, mientras las demandadas se han limitado a aportar un informe del servicio de medicina preventiva del centro de trabajo de la recurrente donde se considera que la recurrente es apta para el desempeño de las tareas en su puesto de trabajo.

Opuesta a la expuesta denuncia jurídica, el Servizo Galego de Saúde, empleadora codemandada, ahora recurrida, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia. No se ha presentado impugnación de la Entidad Gestora.

TERCERO. Planteada la cuestión litigiosa en los términos anteriormente expuestos, y a la vista de los antecedentes y hechos probados antes detallados, la denuncia jurídica debe ser totalmente acogida a la luz de la interpretación ofrecida en su Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea partiendo de la afirmación general -contenida en el apartado 1) del fallo de su Sentencia- de resultar aplicables a la evaluación de riesgos contemplada en el 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, las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación contempladas en el artículo 19 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 (refundición).

Conviene precisar, ahora ya desde la perspectiva del derecho español interno, que el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE se encuentra traspuesto, con carácter general, en el artículo 12 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y específicamente en lo que al proceso laboral se refiere, en el artículo 96.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, aparte de que la flexibilización de la distribución de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo se ha venido aplicando desde sus primeras sentencias por el Tribunal Constitucional de España, así como por los órganos del Poder Judicial. Asimismo conviene precisar que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE se encuentra traspuesto en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. No había, pues, ningún problema de trasposición legal del derecho europeo al derecho interno español en relación con el riesgo durante la lactancia natural, sino de aplicación e interpretación de las normas, que ahora debemos aplicar según nos indica el Tribunal de Justicia.

CUARTO. A partir de la expuesta afirmación general -contenida en el apartado 1) del fallo de la STJUE-, su aplicación al caso concreto -que se realizará conforme a las indicaciones contenidas en el apartado 2) del fallo de la STJUE- obliga a examinar, como primer paso, si, conforme a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo, la trabajadora ha aportado hechos de los que se pueda deducir la existencia de una discriminación por razón de sexo y, a juicio de la Sala, sí lo ha hecho en la medida en que ha aportado un informe firmado por la jefa de servicio de la unidad de urgencias del Complejo HOSPITAL000 A Coruña donde se detallan una serie de riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural presentes en el puesto de trabajo de la recurrente. Para llegar a esa conclusión debemos considerar tanto quien emite el informe como el contenido del mismo. En cuanto a quien emite el informe, se trata de la jefa de servicio de la unidad donde trabaja la recurrente, con lo cual es perfectamente conocedora de las condiciones de empleo en cuanto las vive directamente en el día a día, tiene conocimientos médicos suficientes para apreciar en qué medida esas condiciones de empleo pueden afectar a la lactancia natural, y, dado que es la jefa de la trabajadora, no se aprecia objetivamente ninguna tacha de parcialidad en su informe, aparte de que ninguna de las partes demandadas ha puesto en duda su imparcialidad. En cuanto al contenido del informe - que se ha transcrito en el fundamento de derecho primero de esta nuestra Sentencia-, 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. De este modo, y aunque no podamos apreciar la existencia de una prueba plena de la discriminación por razón de sexo, sí existe cuando menos un indicio suficiente para poder sospechar de la existencia de una tal discriminación que, como tal indicio, las partes demandadas pueden invalidar acreditando que no ha habido ninguna conducta por su parte de discriminación por razón de sexo.



QUINTO. El segundo paso en la aplicación de las reglas de la distribución de la carga de la prueba obliga a examinar si la entidad gestora competente y la empleadora han cumplido con la carga de la prueba que les corresponde una vez que la trabajadora demandante ha aportado hechos de los cuales se puede deducir la existencia de una discriminación por razón de sexo. A juicio de la Sala, las partes demandadas no han cumplido con las exigencias que esa carga de la prueba les impone pues se han limitado a aportar un informe emitido por Doctor del Servicio de Medicina Preventiva - Prevención de Riesgos Laborales que se limita a especificar que la trabajadora "se considera, en el momento actual, APTA (en mayúsculas) para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo no existiendo riesgo para la lactancia". No se contienen en las actuaciones mayores explicaciones sobre cómo se ha alcanzado esa conclusión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia contiene en su fundamentación algunas precisiones muy útiles a los efectos de corroborar esta conclusión. Principalmente el Tribunal de Justicia nos recuerda la existencia de unas directrices emanadas de la Comisión sobre cómo se debe realizar la evaluación de riesgos durante el embarazo, parto reciente y lactancia -Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 2000, 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-, y no solo el Tribunal de Justicia nos recuerda su existencia, sino que además precisa su contenido en lo que sería de interés al caso de estos autos -en los numerales 47 a 50 de la STJUE-, cuya sola comparativa con el informe aportado por las partes demandadas para acreditar que la trabajadora era apta y que no había riesgo para la lactancia pone en evidencia que no se ha realizado la evaluación del riesgo conforme a lo exigido en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE, y en el artículo 26.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que lo traspone al derecho interno español.

Y es que -como también afirma el Tribunal de Justicia, ahora en el numeral 74 de su Sentencia- 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 -continúa diciendo el Tribunal-, tanto el artículo 4.1 de la Directiva 92/85/CEE como las reglas de prueba previstas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE se verían privadas de todo efecto útil. Supondría -esto ya lo añadimos nosotros- que la entidad gestora o el empresario tendrían la última palabra en orden a la aplicación de esas normas comunitarias -o de las internas que las trasponen-, olvidando que la última palabra la deben tener siempre los tribunales de justicia, y la trabajadora tiene derecho a pedir que estos se pronuncien como contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva.

SEXTO. Una vez acreditada la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia natural, el Tribunal de Justicia también nos aclara -en el numeral 75 de su Sentencia- que "las mismas reglas de prueba se aplican en el marco del artículo 5 de la Directiva 92/85. En particular, en la medida en que una trabajadora en período de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el período 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". En el caso de autos, 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. Las partes demandadas han centrado todas sus alegaciones y pruebas en intentar acreditar que no había riesgo durante la lactancia natural, sin intentar acreditar que las condiciones de trabajo podían ser adaptadas, o que era posible un cambio de puesto de trabajo. Al respecto, 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. Con lo cual, se viene a ratificar, de un lado, que la conducta de las partes demandadas no ha sido conforme a lo establecido en las normas aplicables sobre el riesgo durante la lactancia natural, y, de otro lado, que a la trabajadora demandante no le quedaba otra posibilidad más que reclamar la prestación con la finalidad de evitar las consecuencias de la discriminación por razón de sexo que supone el incumplimiento por las partes demandadas de las citadas normas.

SÉPTIMO. Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de suplicación será totalmente estimado y, con revocación íntegra de la sentencia de instancia, se estimará totalmente la demanda rectora de actuaciones frente a la Entidad Gestora -el Instituto Nacional de la Seguridad Social-, absolviendo a la empleadora -el Servicio Galego de Saúde- al no alcanzarle ninguna responsabilidad en las prestaciones de riesgo durante la licencia de maternidad.



FALLAMOS

Estimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por Doña Celia contra la Sentencia de 24 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Servizo Galego de Saúde, la Sala la revoca íntegramente, y, con estimación total de la demanda rectora de actuaciones, declaramos el derecho de Doña Celia a las prestaciones derivadas de riesgo durante la lactancia natural, y, en consecuencia, condenamos a su abono durante el tiempo en que se debieron percibir al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos. Queda absuelta, al no alcanzarle ninguna responsabilidad prestacional, el Servizo Galego de Saúde.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 ? en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.