



Roj: **ATSJ GAL 71/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:71A**

Id Cendoj: **15030340012016200003**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2016**

Nº de Recurso: **1397/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ GAL 71/2016,**
GTJUE 3/2018,
PTJUE 246/2018,
STSJ GAL 4804/2018

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981194 845/959/939

Fax: 881881133/981184853

NIG: 27028 44 4 2015 0001391

Equipo/usuario: MC

Modelo: N04160

RSU RECURSO SUPPLICACIÓN 0001397/2016 MCR

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000453/2015

Sobre: INCAPACIDAD TEMPORAL

RECURRENTE/S D/ña Irene

ABOGADO/A: JESÚS ANTONIO AMARELO FERNÁNDEZ

PROCURADOR: MARÍA IRENE CABRERA RODRÍGUEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: MUTUA UMIVALE, PROSEGUR ESPAÑA S.L.

ABOGADO/A: LORENZO SABELL PELÁEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Presidente:

Iltmo. Sr. D. Antonio García Amor

Magistrados/as:

Iltma. Sra. D^a. Beatriz Rama Insua

Iltmo. Sr. D. Carlos Villarino Moure



En A CORUÑA, a 30 de diciembre de 2016.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTITIA DE GALICIA, Sala de lo 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 el siguiente:

AUTO

En el Recurso de Suplicación número **1397/2016**, formalizado por el letrado D. Jesús A. Amarelo Fernández, en nombre y representación de la demandante D^a. Irene , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en sus autos nº 453/2015, seguidos frente a Prosegur España S.L. y la Mutua Umivale, en materia de prestación por riesgo durante la lactancia, siendo Magistrado-Ponente el lltmo. Sr. D. Carlos Villarino Moure y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra las mencionadas partes demandadas, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de juicio oral dictó la sentencia recurrida de fecha 30 de diciembre de 2015 -aunque por error manifiesto fechada como del año 2011-, cuyo FALLO señala: "Rechazo la demanda formulada por Irene contra Prosegur España S.L. y Mutua Umivale".

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario por la Mutua Umivale. Elevados los autos a este TSJ de Galicia, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

TERCERO.- Instruido el ponente y tras la deliberación de la Sala, se acordó por providencia de 19 de octubre de 2016 lo siguiente: "De acuerdo con lo previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antes art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea) se concede un plazo de 5 días para alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal, con carácter previo al posible planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE. Sin perjuicio del planteamiento definitivo de la cuestión la misma versaría, en principio, sobre los siguientes aspectos: (1) Si en un litigio donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia son de aplicación las reglas especiales sobre carga probatoria del art. 19 -en especial su apartado primero- de la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, todo ello en relación con el art. 2.2.c) de tal Directiva y en relación también con la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de las medida para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (2) Si puede interpretarse el art. 19 de la citada Directiva 2006/54/CE en el sentido de que son "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" por razón de sexo, con la consiguiente aplicación de las reglas especiales de carga probatoria previstas para tal caso, el que -en un litigio de una trabajadora donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural- se acredite que tal trabajadora, que realiza lactancia natural, presta servicios como vigilante de seguridad en horario nocturno en algunos de sus turnos de trabajo y sin que existan otros trabajadores que presten simultáneamente tal servicio en ese horario. € En el caso de que se respondiera afirmativamente a la cuestión anterior, si probados los "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" sería exigible a la trabajadora demandante que acreditara para ser dispensada del trabajo -con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales, como establece el art. 5.2 y 3 de la Directiva 92/85 - que la adaptación de las condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse y que no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse el cambio de puesto de trabajo, o dicha prueba corresponderá con el art. 19 Directiva 2006/54 en relación con el art. 5.2 y 3 Directiva 92/85 , a quien defienda la posibilidad de adaptación o cambio de puesto de trabajo y entre ellos a la empleadora. (4) Si ha de interpretarse el art. 7 de la Directiva 92/85/CEE en el sentido de que el trabajo nocturno que no han de verse obligadas a realizar las trabajadoras a las que se refiere el art. 2, incluidas por tanto las trabajadoras en periodo de lactancia, incluye no solamente le trabajo que se realiza enteramente en horario nocturno, sino también el trabajo a turnos cuando algunos de tales turnos, como ocurre en el caso de autos, se realizan en horario nocturno...".

CUARTO.- En sus alegación es el Ministerio Fiscal señaló que no era preceptiva su intervención, no formulando alegatos sobre la cuestión de fondo. La parte demandante se limitó a mostrar su conformidad con el plan eamiento de la cuestión prejudicial al TJUE en los términos sometidos a su consideración. Las restantes partes no formularon alegaciones.



QUINTO.- Dada cuenta de tales alegaciones, por providencia de 28 de noviembre de 2016, se acordó, de acuerdo con el art. 141.1 LRJS, notificar al INSS y a la TGSS la providencia de fecha 19 de octubre de 2016 a los efectos de que, en su caso, realizaran alegaciones en el plazo recogido en la misma, por poder tener interés por razón de sus competencias de acuerdo con el citado precepto. Ni el INSS ni la TGSS formularon alegaciones.

SEXTO.- Dada cuenta y examinadas las alegaciones y tras nueva deliberación, se dicta la presente resolución, con los siguientes fundamentos de derecho y parte dispositiva:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del litigio y hechos probados

Objeto del litigio: La trabajadora demandante solicita que se le reconozca el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, procediéndose a la suspensión del contrato de trabajo, y condenándose a la mutua codemandada al abono de la misma.

La demanda fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en síntesis con arreglo a los siguientes argumentos: (1) El trabajo a turnos o nocturno "no supone que quepa apreciar la existencia de riesgo durante la lactancia" tal y como ha venido estableciendo el Tribunal supremo (jurisprudencia que más abajo se citará) y asimismo a la vista de la guía "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural" realizada por la Asociación Española de Pediatría. (2) El hecho de que la trabajadora tenga que "realizar rondas, tenga que atender a las alarmas por posibles urgencias (delitos, incendios) y, en definitiva, estar vigilante ante cualquier incidencia (actividades que en algunos casos se realizan en soledad) no "supone ningún riesgo para la lactancia ni imposibilidad de llevarla a cabo ya que es posible la extracción artificial de la leche en momentos que no sean de trabajo".

La trabajadora demandante recurre en suplicación alegando infracción de los preceptos que regulan la situación de riesgo durante la lactancia natural en la legislación española (que más abajo se citarán) y solicita que, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social, se le reconozca el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural. Y ello por cuanto, señala la recurrente en suplicación, "el trabajo de vigilante de seguridad, prestado en alguno de los turnos, solo por la actora, sin otro acompañante..., es un trabajo peligroso..." y que "conlleva situaciones de estrés", y "no existe otro puesto disponible que no conlleve tal circunstancia", además de ser "un trabajo sin horario fijo, pues se efectúa a turnos, y que conlleva además trabajo nocturno", no existiendo además un lugar destinado a la lactancia y no pudiendo abandonar su puesto de trabajo para realizar la lactancia. En síntesis, por tanto, la trabajadora demandante, y ahora recurrente, articula el riesgo para la lactancia en torno a tres ejes: (1) Por un lado, el propio contenido de la prestación laboral de un vigilante de seguridad (el peligro que conlleva y el estrés asociado a la misma); y ello en relación con un segundo aspecto, (2) como es el que el trabajo se realice a turnos y en ocasiones en horario nocturno y en solitario. Y añadiendo (3) la imposibilidad de desarrollar la lactancia natural en el centro de trabajo, alegando que no dispone de un lugar destinado al efecto y no puede abandonar su puesto de trabajo con tal fin.

Frente a tales alegaciones la mutua Umivale, que es la única parte que impugna el recurso de suplicación, argumenta en síntesis que: (1) no existe un riesgo real en la prestación de servicios de la actora, sino únicamente una "dificultad" en relación con dicha lactancia propia de cualquier actividad laboral. (2) La nocturnidad y el trabajo a turnos no implican por sí mismos un claro riesgo para la lactancia, "aunque puedan hacer que la lactancia sea más incómoda". (3) Las dificultades o la incompatibilidad de la toma directa del lactante "pueden paliarse con la extracción de la leche materna fuera del trabajo, dado que puede conservarse, incluso a temperatura ambiente, por largos periodos de tiempo".

B) Hechos probados y consideraciones adicionales sobre el marco fáctico del asunto:

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y cuya modificación no ha sido suscitada en suplicación son los siguientes:

"Primero.- Irene, mayor de edad presta servicios por cuenta ajena para Prosegur España S.L., con la categoría de vigilante de seguridad.

Desde el mes de marzo de 2015, la trabajadora realiza sus funciones en el centro comercial As Termas de Lugo con turnos rotatorios y variables de 8 horas. El servicio de vigilancia en el centro de trabajo se presta por un mínimo de 2 vigilantes de seguridad, excepto en los siguientes turnos (en los que solamente existe un único vigilante de seguridad):

-De lunes a jueves de 00:00 a 08:00 horas.

-Viernes de 02:00 a 08:00 horas.



-Sábados de 03:00 a 08:00 horas.

-Domingo de 01:00 a 08:00 horas.

Segundo.- El 8 de noviembre de 2014 nació Jacobo , hijo de Nazario y de Irene .

El pequeño recibe lactancia materna.

Tercero.- Irene solicitó a Mutua Umivale la prestación por riesgo durante la lactancia natural, lo que le fue denegado.

Formulada reclamación previa por escrito de 24 de abril de 2015 , fue rechazada el 4 de mayo de 2015.

Cuarto.- El INSS tiene editada la guía "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural", realizada por la Asociación Española de Pediatría. En la citada guía se indica que el trabajo a turnos o el trabajo nocturno no supone un riesgo para la lactancia."

Además, la sentencia fundamentación jurídica, con extremos relevantes:

-El trabajo de la demandante como vigilante de seguridad consiste en hacer rondas, atender alarmas ante posibles urgencias (delitos, incendios), y, en definitiva, estar vigilante ante cualquier incidencia (actividades que en algunos casos se realizan en solitario).

Por el contrario, no consta acreditado por ninguna de las partes que en el centro de trabajo exista un lugar habilitado para la lactancia natural o para la extracción de la leche materna. Tampoco se ha probado por ninguna de las partes que sea posible la adaptación o el cambio del puesto de trabajo para evitar las circunstancias en las cuales la recurrente funda el riesgo para la lactancia natural.

El expuesto es el marco fáctico sobre el que este órgano judicial ha de resolver el recurso de suplicación.

SEGUNDO-. Normativa y jurisprudencia española aplicable

La normativa española aplicable es la siguiente:

Constitución Española:

+Art. 40.2 "Asimismo , los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados."

B) Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que era la normativa en vigor al tiempo de la solicitud y denegación por la mutua demandada, no obstante se indica entre paréntesis el precepto correspondiente en el nuevo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que entró en vigor el 13 de noviembre de 2015):

+ Art. 45 . I. "El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: ... d) ... riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses ..." (art. 45.1 e) en el Real Decreto Legislativo 2/2015)

+ Art. 48.5 "En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otros compatible con su estado" (misma numeración del Real Decreto Legislativo 2/2015).

+Art. 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo.

"1 . A los efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral.

La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.



Resultará de aplicación a lo establecido en el párrafo segundo lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 de esta Ley. Igualmente, el Gobierno podrá establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas en el presente artículo para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad...

3. Se considera trabajo a turnos toda organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

4. Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente Ley" (misma numeración en el Real Decreto Legislativo 2/2015).

C) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales:

-Art. 26 Protección de la maternidad.

"1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley 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 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 el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, 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.

2. 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, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, 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.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda 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, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores ,



durante el periodo 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.

4. 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 los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo."

D) Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (siendo el citado texto refundido aplicable, por ser el que estaba en vigor al tiempo de la solicitud y denegación de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, no obstante ello se incluye al final de cada precepto la numeración que corresponde a tal norma en el nuevo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que entró en vigor el 2 de enero de 2016, cuyo texto es sustancialmente coincidente):

+Artículo 135 bis. Situación protegida.

"A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados." (art. 188 en el nuevo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015)

+Artículo 135 ter. Prestación económica.

"La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumple nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación." (art. 189 en el nuevo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015)

+Artículo 135. Prestación económica (al que remite el anteriormente citado art. 135 ter).

"1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.

4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales." (art. 187 en el nuevo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015).

E) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El mismo viene a desarrollar, a nivel reglamentario, los preceptos antes citados de la Ley General de Seguridad Social:

+Artículo 49. Situación protegida.



"1. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Asimismo, en el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, se considera situación protegida el periodo de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social correspondiente.

Cuando las circunstancias a que se refiere el mencionado artículo 26, afectasen a una funcionaria integrada en el Régimen General e incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico de Empleo Público, se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante la lactancia natural, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social, regulada en este capítulo.

2. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados."

+Artículo 50. Prestación económica.

1. "La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo..."

+Artículo 51. Gestión y procedimiento.

"1. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se llevará a cabo por la entidad gestora o colaboradora que resulte competente, de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 36 y 46, en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad, con independencia de que durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, según los casos.

2. El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio se llevará a cabo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y 47, cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo..."

F) Reglamento de servicios de prevención aprobados por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero:

+Artículo 4. Contenido general de la evaluación.

"1. La evaluación inicial de los riesgos que no hayan podido evitarse deberá extenderse a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurren dichos riesgos.

Para ello, se tendrán en cuenta:

a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

En particular, a efectos de lo dispuesto sobre la evaluación de riesgos en el artículo 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el anexo VII de este real decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición.

En todo caso la trabajadora embarazada no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva de la parte A del anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o las del feto. Igualmente la trabajadora en periodo de lactancia no podrá realizar actividades que supongan el riesgo de una exposición a los agente o condicione de trabajo enumerados en la lista no exhaustiva



del anexo VIII, parte B, cuando de la evaluación se desprenda que ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural. En los casos previstos en este párrafo, se adoptarán las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de evitar la exposición a los riesgos indicados..."

-ANEXO VII:

"Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural.

A. Agentes.

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

a) Choques, vibraciones o movimientos.

b) Manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares.

c) Ruido.

d) Radiaciones no ionizantes.

e) Frío y calor extremos.

f) Movimientos y posturas, desplazamientos, tanto en el interior como en el exterior del centro de trabajo, fatiga mental y físicas y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia..."

+ANEXO VIII:

"Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural..."

...B. Trabajadoras en periodo de lactancia.

1. Agentes químicos:

Las sustancias etiquetadas como H362 por el Reglamento (CE) nº 1272/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Las sustancias cancerígenas y mutágenas, de categoría 1ª y 1B incluidas en la parte 3 del Anexo VI del Reglamento (CE) nº 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo.-Trabajos de minería subterráneos."

G) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:

Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación...:

"1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad..."

En cuanto a la jurisprudencia nacional aplicable, parte de la cual cita la sentencia del Juzgado de lo Social, cabe resaltar la siguiente:

+ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 13 de mayo de 2015 (rec: 3114/2013) -ECLI:ES:TS:2015:3240- que recogiendo jurisprudencia anterior señala que:

"... Para llegar a la solución desestimatoria de la pretensión adoptada, la Sala de origen ha tomado en consideración el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 (R.C.U.D. 2488/2012) con cita de las anteriores de la misma Sala (entre otras, STS 17 (3)-3-2011, r. 1864/10, 1865/10 y 2448/10; 18(4)-3-2011, R. 1290/10, 1863/10, 1966/10 y 2257/10; 3-5-2011, R. 2707/10; 21-9-2011, R. 2342/10; 22-11-2011, R. 306/11; 23-1-2012, R. 1706/11; 25- 1-2012, R. 4541/10; 1-10-2012, R. 2373/11; y 21-3-2013, R.



1583/2012) ya ha sido unificada en el mismo sentido de la sentencia impugnada y puede resumirse, como ha hecho la citada en último lugar, de la siguiente forma:

"a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, 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 el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, 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 turno.

b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición.

Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo (así lo expresábamos en la mencionada STS de 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -).

Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de aportar las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulta posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) "pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado".

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1. d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el periodo 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"

2. Como asimismo recordaba nuestra precitada STS de 22-11-2011 (R. 306/2011), "... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgos tolerable y controlados".

3. También hemos sostenido con reiteración que la prestación de riesgo durante la lactancia, que se contempla en los arts. 135. Bis y 135. Ter de la LGSS y en el Real Decreto 295/2009, reglamento éste que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, y que ya estaba en vigor cuando la aquí actora dio a luz (NUM000 /2009), contiene una regulación particularmente compleja, porque el art. 135.bis de la LGSS delimita la situación protegida mediante la referencia al "periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995 ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". "La situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 26.2 LPRL) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2. 2º LPRL), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL)" (STS 21-9-2011, R. 2342/10).

4. Siguiendo igualmente a nuestra reciente STS 21-3-2013, cabe hacer una última referencia a la circunstancia de trabajo a turnos de la demandante que se menciona en la declaración de hechos probados: "En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) - reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de



2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría que acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante"..."

+ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014 (rec: 2542/2013) -ECLI:ES: TS:2014:5122-, donde se viene a reiterar que, por un lado, no cabe atribuir de forma automática al trabajo a turnos o nocturno la condición de factores de riesgo para la lactancia natural; y por otro lado, que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es una medida subsidiaria para cuando concurre un riesgo específico en un puesto de trabajo, y que solamente cabe adoptar tras la prueba de la existencia de tal riesgo específico y tras valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato: la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo. Señala tal sentencia:

"... Tal y como ha establecido la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 2014, recurso 1724/2013 , resolviendo asunto similar al ahora debatido, siguiendo la doctrina de la Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de contraste sentencia de 1 de octubre de 2011, recurso 2372/2011 : "SEGUNDO.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones ya cuenta con una copiosa -y reciente- doctrina jurisprudencial que se inicia con dos sentencias de 17/03/11 [recursos 1865/10 y rcud 2448/10 -] y que es continuada por las resoluciones que se dirán y otras muchas de innecesaria cita, pudiendo resumirse en las siguientes indicaciones:

a) . - De la correspondiente regulación normativa [arts. 26 LPRL y 45.1.d) ET] resulta que para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural puede percibir en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS , han de cumplirse todos los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva. Conforme a ello, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiera: 1º) la contestación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo art. 26.4 LPRL]; 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 62.2 LPRL); y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2.3º LPRL], o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL) (así, SSTS 18/03/11- rcud 2257/10 -; 18/03/11-rcud 1863/10 -; 23/01/12 -rcud 1706/11 -; 25/01/12 -rcud 4541/10 -; y 24/04/12 -rcud 818/11 -).

b).- Por ello no cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia, en la forma que se desprende del art. 26.1 LPRG, en relación con el 16 de la misma disposición, pues ello impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del art. 26 LPRL , de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiera el art. 48.5 ET (por ejemplo, SSTS 18/03/11 -rcud 1864/10 -; 17/03/11 - rcud 1865/10 -; 17/03/11- rcud 2448/10 -; 18/03/11 -rcud 1290/10 ; y 18/03/11 -rcud 1966/10 -).

c).- La complejidad de la situación protegida se pone de relieve, porque no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no ese habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas (en tal sentido, SSTS 18/03/11 -rcud 1863/10 -; 22/11/11 - rcud 306/11 -; y 23/01/12 - rcud 1706/11 -); y

d).- La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL , una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, solo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación



no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo (entre otras, SSTS 18/03/11 -rcud 1863/10 -; y 23/01/12 -rcud 1706/11 -)".

CUARTO.- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, la sentencia recurrida apreció la existencia de riesgo para la lactancia natural por las circunstancias concretas de la forma de prestación del tiempo de trabajo, el realizarse este a turnos y en jornada nocturna. Respecto a la incidencia de estas circunstancias de la prestación laboral en el citado riesgo la sentencia invocada como contradictoria señala: "De otra parte, ni la turnicidad ni la nocturnidad son factores de riesgo contemplados en el RSPRL ni en el caso concreto se han acreditado circunstancias que las puedan configurar como tal, por lo que resulta inadecuado considerarlos como una de las causas de reconocimiento de la prestación, cual hace la sentencia recurrida, por mucho que - como se indicaba en el informe técnico aportado por la actora y recoge aquélla resolución- sea recomendable no hacer turnos nocturnos o rotatorios y que los mismo no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados periodos de descanso; como ciertamente sería deseable -en tanto que desiderátum- para todos los trabajadores. Consideración no obstada por el hecho de que el art. 26.1 LPR contemple «la no realización de trabajo nocturno» respecto de la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente, «cuando resulte necesario»; que no es el caso"

Dada la identidad del asunto planteado en la sentencia recurrida con el de la citada de contraste, procede aplicar la doctrina contenida en esta última y, en consecuencia, estimar el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda interpuesta por..."

+ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2012 (rec: 2373/2011) -ECLI:ES:TS: 2012:8005-, en parte citada en la anterior, y que señala:

"... De otra parte, ni la turnicidad ni la nocturnidad son factores de riesgo contemplados en el RSPRL ni en el caso concreto se han acreditado circunstancias que las puedan configurar como tal, por lo que resulta inadecuado considerarlos como una de las causas de reconocimiento de la prestación, cual hace la sentencia recurrida, por mucho que - como se indicaba en el informe técnico aportado por la actora y recoge aquélla resolución- sea recomendable no hacer turnos nocturnos o rotatorios y que los mismo no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados periodos de descanso; como ciertamente sería deseable -en tanto que desiderátum- para todos los trabajadores. Consideración no obstada por el hecho de que el art. 26.1 LPR contemple «la no realización de trabajo nocturno» respecto de la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente, «cuando resulte necesario»; que no es el caso.

3.- Y en segundo término, tal como más arriba indicábamos, la Magistrada de instancia -en declaración fáctica que no fue objeto de revisión en sede del Tribunal Superior- no consideró acreditado que fuese imposible la adaptación de las condiciones en que se realizaba el trabajo de la demandante, para evitar la exposición a los "riesgos" [no suficientes para generar la prestación solicitada, según se ha razonado precedentemente], ni que tampoco fuese viable el cambio de puesto de trabajo o de función (incluso fuera de su grupo profesional, según admite el art. 26.2. LPRL). Conclusión de hecho que no solamente se ha de respetar, en tanto que hecho declarado e inmodificado en trámite de Suplicación, sino que se nos presenta de completa razonabilidad, habida cuenta de que la empleadora de autos es el Servicio de Salud de Murcia y el número de trabajadores que ocupa es notoriamente cuantioso.

4.- Con lo que -concluimos - la declaración del derecho a la prestación por riesgo en lactancia es improcedente, por inexistencia del riesgo y porque tampoco se han llevado a cabo las actuaciones empresariales que -siendo factibles - debieran haberse practicado para evitar la exposición a dicho riesgo. Lo que lleva a entender que concurren las infracciones normativas que se denuncian en el recurso y que el mismo ha de ser acogido..."

+ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 (rec: Recurso: 2488/2012) -ECLI:ES:TS:2013:4025- :

"...La cuestión controvertida en las presentes actuaciones, resuelta ya en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala , consiste en determinar la procedencia o no de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural , que en instancia le fueron reconocida a la demandante hasta el 30 de marzo de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña (autos 1406/ 09) y que fueron posteriormente denegadas por la sentencia de suplicación , dictada por la Sala de Galicia el 29 de junio de 2012 (R. 1095/ 11), pese a que mantuvo en su integridad el relato de hechos probados efectuado por la decisión revocada.

2. Consta en la sentencia ahora recurrida en casación unificadora que la actora, enfermera-due en un servicio (CHUAC) de neonatología dependiente del Servicio Gallego de Salud (SERGAS), desempeña su actividad en turnos de mañana, tarde y noche, y, tras tener una hija el NUM000 de 2009, a la que alimentaba exclusivamente mediante lactancia materna , solicitó certificación médica de riesgo durante la lactancia natural, resolviendo el INSS que no procedí a la emisión de la citada certificación por no haber quedado acreditado que las condiciones del puesto de trabajo influyeran de forma negativa en su salud o en la de su hija...



...El recurso, que, como vimos, denuncia la infracción del art. 135 bis de la LGSS, en relación con los arts. 45.1.d) del ET y 26 de la LPRL, debe ser desestimado porque, según aduce acertadamente de forma subsidiaria el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la doctrina al respecto (entre otras, STS 17 [3] -3-2011, R. 1864/10, 1865/10 y 2448/10; 18 [4] -3-2011, R. 1290/10, 1863/10, 1966/10 y 2257/10; 3-5-2011, R. 2707/10; 21-9-2011, R. 2342/10; 22-11-2011, R. 306/11; 23-1-2012, R. 1706/11; 25-1-2012, R. 4541/10; 1-10-2012, R. 2373/11; y 21-3-2013, R. 1563/12) ya ha sido unificada en el mismo sentido de la sentencia impugnada y puede resumirse, como ha hecho la citada en último lugar, de la siguiente forma:...

...También hemos sostenido con reiteración que la prestación de riesgo durante la lactancia, que se contempla en los arts. 135. bis y 135. ter de la LGSS y en el Real Decreto 295/2009, reglamento éste que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, y que ya estaba en vigor cuando la aquí actora dio a luz (NUM000 /2009) contiene una regulación particularmente compleja, porque el art. 135. bis de la LGSS delimita la situación protegida mediante la referencia al "periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995 ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". "La situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 26.2 LPRL) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2.29 LPRL), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL)" (STS 21-9-2011, R. 2342/10).

4. Siguiendo igualmente a nuestra reciente STS 21-3-2013, cabe hacer una última referencia a la circunstancia de trabajo a turnos de la demandante que se menciona en la declaración de hechos probados: " En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud . 818/ 2011) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011) -tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante".

TERCERO.- La doctrina ajustada a derecho, pues, se contiene en la sentencia recurrida (no en la de contraste), cuando fundó la desestimación de la prestación solicitada esencialmente en la ausencia de prueba sobre la exigencia de riesgos específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural, de manera que no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 y ter de la Ley General de la Seguridad Social si no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados, de manera específica en relación con la lactancia, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL ..."

TERCERO.- Disposiciones de la Unión Europea

En el caso de autos, entendemos relevantes para el caso de autos y para la formulación de esta cuestión prejudicial, las siguientes disposiciones de la UE:

A) 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), y, en especial, y sin perjuicio de otros preceptos que más adelante se citarán:

+Artículo 2 Definiciones

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:...

c) trabajadora en período de lactancia: 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."

+Artículo 4 Evaluación e información



"1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agente, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CE , deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresa o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

-apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;

-determinar las medidas que deberán adoptarse..."

+Artículo 5 consecuencias de los resultados de la evaluación

"1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/ CEE , 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.

4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo mutatis mutandis."

+Artículo 6 Prohibiciones de exposición

"Además de las disposiciones generales relativas a la protección de los trabajadores y, en particular, las relativas a los valores límite de exposición profesional:...

2) La trabajadora en periodo de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud".

+Artículo 7 Trabajo nocturno

"1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o salud de la trabajadora afectada.

2. Con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, las medidas contempladas en el apartado 1 deberán incluir la posibilidad:

a) del traslado a un trabajo diurno, o

b) de una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados."

+Artículo 11 Derechos inherentes al contrato de trabajo

"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 los artículos 5, 6 y 7, 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 practicadas nacionales..."

+Anexo I Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo:



"A. Agentes

1. Agentes físicos, cuando se considere que pueden implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

...g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2."

B) 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

+ Artículo 2.2 "A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá:... c) 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/ CEE ."

+Artículo 14 Prohibición de discriminación

"1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con :... c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado... "

+Artículo 19 Carga de la prueba

"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 y otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de determinación 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.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente.

4. Los apartados 1 , 2 y 3 se aplicarán también:

a) a las situaciones cubiertas por el artículo 141 del Tratado y, en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, por las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE ;

b) a cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al Derecho nacional en aplicación de las disposiciones contempladas en la letra a), con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el Derecho nacional.

5. El presente artículo no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren."

CUARTO-. Razones que justifican las cuestiones prejudiciales, relación con el litigio principal, y punto de vista de este Tribunal sobre la respuesta que pudieran recibir

Debemos partir de que en el derecho español la situación de riesgo durante la lactancia natural, según los preceptos antes citados, y una vez se ha acreditado la existencia de tal riesgo y asimismo no es posible la adaptación o cambio de puesto de trabajo, conlleva la suspensión del contrato de trabajo anudada a una prestación de Seguridad Social pública.

Dicho esto, se nos plantea, en primer lugar, en relación a la interpretación del derecho de la Unión, si ha de interpretarse el art. 7 de la Directiva 92/85/CEE en el sentido de que el trabajo nocturno que no han de verse obligadas a realizar las trabajadoras a las que se refiere el art. 2, incluidas por tanto las trabajadoras en periodo de lactancia, incluye no solamente el trabajo que se realiza enteramente en horario nocturno, sino también el trabajo a turnos cuando algunos de tales turnos, como ocurre en el caso de autos, se realizan en horario nocturno.

Tal cuestión cobra relevancia en el caso que nos ocupa, pues la demandante -y ahora recurrente en suplicación- es justamente una trabajadora por cuenta ajena, vigilante de seguridad, que realiza trabajo a turnos, algunos de los cuales, como más arriba se indicó, se desarrollan en horario nocturno. Y por tanto, si bien no toda la prestación laboral de la demandante se desarrolla en horario nocturno, si al menos una parte de la misma. En tal sentido, nos genera dudas la interpretación que debe darse al concepto de trabajo nocturno del art. 7 de



la Directiva 92/85/CEE en relación a los supuestos en que concurre con un régimen de trabajo a turnos; y en especial, teniendo en cuenta, el gravamen adicional que el desempeño del trabajo a turnos puede comportar en una prestación laboral y asimismo para la lactancia. A este respecto, entendemos que, por ello, la protección para las trabajadoras en situación de lactancia natural, en tales casos de trabajo con turnos algunos de los cuales son nocturnos, no podría ser menor que la otorgada a una trabajadora que sólo realizara trabajo nocturno pero no a turnos.

En segundo lugar, en relación a los riesgos invocados por la trabajadora demandante -el trabajo nocturno y a turnos, si bien se probaron también otros posibles riesgos derivados de las condiciones en que desempeña su actividad laboral de vigilante de seguridad en los términos más arriba expuestos se nos plantea si la acreditación de tales extremos (trabajo a turnos, vigilante de seguridad haciendo rondas y atendiendo a urgencias tales como delitos, incendios y otras incidencias; y sin que conste acreditada la existencia de un lugar adecuado para dar la lactancia natural, o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche) son suficientes para que resulten de aplicación las reglas especiales sobre carga probatoria del art. 19 -en especial su apartado primero- de la Directiva 2006/54/CE, todo ello en relación con el art. 2.2 c) de tal Directiva y en relación también con el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE, y a la vista además del art. 19.4 a) de la citada Directiva 2006/54/CE, por entender que existen hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación por razón de sexo de la demandante.

A este respecto, y en relación a la posibilidad de aplicación de las reglas especiales de carga probatoria del art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE -traspuestas en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, en el art. 96.1 de la Ley 36/2011 - en relación a la Directiva 92/85 CEE, y en concreto respecto de su art. 5 -traspuesto en nuestro ordenamiento interno en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -, entendemos que el supuesto expuesto -suspensión del contrato de trabajo con la consiguiente prestación de Seguridad Social pública por riesgo durante la lactancia natural- podría tener encaje, dentro de las materias del art. 14 de la Directiva 2006/54/CEE en el apartado 1 letra c) "condiciones de empleo y trabajo". Todo ello en tanto se podría calificar como tal la dispensa de trabajo del art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE. En el mismo sentido, el art.2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE establece que "a efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá... c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE". Por lo demás, el acompañamiento de la dispensa de trabajo -suspensión del contrato en nuestro derecho interno- ante la situación de riesgo durante la lactancia con una "prestación adecuada" está previsto en el art. 11.1, en relación con el art. 5.3 de la citada Directiva 92/85/CEE.

En este punto, se nos plantean dos cuestiones relevantes para el presente caso a la vista de lo expuesto. En primer lugar, la más genérica de si puede aplicarse el art. 19 de la Directiva 2006/54/CE, y las reglas especiales de carga de la prueba que recoge en su apartado primero -traspuestas en nuestro ordenamiento interno, entre otros, en el art. 96.1 de la Ley 36/2011 - a los efectos de la acreditación de los requisitos que recoge el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE -traspuesto en nuestro ordenamiento interno en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - para la dispensa de la obligación de trabajar por riesgo durante la lactancia con, en su caso, las demás consecuencias que se prevean en la legislación nacional. cuestión que entendemos, sin perjuicio del mejor criterio del Tribunal al que nos dirigimos, que debería obtener respuesta afirmativa a la vista del tenor del art. 19.4 a) de la citada Directiva 2006/54/CE.

En todo caso, nos parece una cuestión de relevancia en el caso que se encuentra sometido a nuestra decisión; pues justamente la trabajadora que solicita la prestación de riesgo durante la lactancia natural, habría acreditado elementos indiciarios de la situación de riesgo, si bien no constan probados todos los requisitos establecidos "en cascada" en el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE -traspuesto en nuestro ordenamiento interno en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - para que tenga lugar la dispensa de la obligación de trabajar -en nuestro derecho interno suspensión del contrato de trabajo- con la anudada prestación de Seguridad Social pública.

Más dudas nos plantea otra cuestión, una vez supuesta una respuesta afirmativa a la anterior tesis relativa a la aplicación del art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE en relación con el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE. La misma vendría a abordar el alcance que han de tener los "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" a los que se refiere el art. 19.1 del citado. En este sentido, nos plantea dudas si es suficiente para entender concurrentes tales "hechos" que invierten la carga probatoria, haberse acreditado -en apoyo de la pretensión de la trabajadora que solicita la protección de art. 5 de la Directiva 92/85/CEE - la realización de determinados trabajos que, con carácter general, pueden comportar un riesgo para la lactancia, tales como turnos nocturnos a la vista del art. 7 de la Directiva 92/85/CEE, u otras circunstancias de la prestación laboral como vigilante de seguridad como la realización de algunos turnos en solitario y haciendo rondas y atendiendo a urgencias (delitos, incendios u otras incidencias); y todo ello sin que además conste



acreditada la existencia de un lugar adecuado para dar la lactancia natural, o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche.

La resolución de tal cuestión sobre el alcance que han de tener, en relación al art. 5 de la Directiva 92/85/CEE, los "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" a los que se refiere el art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE, tiene relevancia en el caso de autos, pues justamente partimos de un supuesto, sometido a nuestra decisión en vía de recurso, en el que no se han probado cumplidamente por la trabajadora todos los requisitos que "en cascada" viene a recoger el citado art. 5 de la Directiva 92/85/CEE, traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Por último, en el caso de que se respondiera afirmativamente a la cuestión anterior, y en directa conexión con la misma se nos plantea la duda sobre la interpretación que ha de darse el art. 19.1 de la Directiva 2006/85/CEE, para el caso de que probados los "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" hubiera una falta de demostración del principio de igualdad de trato". Y más en concreto si en tal supuesto sería exigible a la trabajadora demandante que acreditara para ser dispensada del trabajo -con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales, como establece el art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE y en su caso anudando a ello la correspondiente prestación prevista en el derecho interno de acuerdo con el art. 11.a) de tal Directiva- que 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, y que además no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse dicho cambio de puesto de trabajo. O bien, por el contrario, la acreditación tales requisitos correspondería a los demandados -en el caso de autos la empresa empleadora y la entidad colaboradora que cubre la prestación anudada a la suspensión del contrato de trabajo-.

Nos atrevemos a apuntar, a este respecto, que sin perjuicio del mejor criterio del Tribunal al que nos dirigimos, acaso la respuesta debería ser favorable a la primera posibilidad enunciada. Esto es, que correspondería a las partes denunciadas, y no a la trabajadora, la carga de acreditar los sucesivos criterios que "en cascada" el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE (o el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que lo traspone en nuestro ordenamiento) establece para reconocer la dispensa de trabajar por riesgo durante la lactancia, una vez que la citada trabajadora ha acreditado hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta por razón de sexo fundados en la prueba de extremos que, con carácter general, permiten determinar la existencia de un riesgo para la lactancia. Y ello, a nuestro parecer y sin perjuicio de mejor criterio, dado que: (a) los arts. 4.1 y 5.1 y 2 de la Directiva 92/85/CEE establecen como una obligación, en concreto, del empresario la de determinar la naturaleza, grado y duración de la exposición a un riesgo, la de adaptar el puesto de trabajo para evitar el riesgo, y, subsidiariamente, la de cambiar el puesto de trabajo con tal finalidad. (b) Puesto que dadas las facultades de organización y dirección del empresario, son las mismas las que permiten conocer la viabilidad de tales posibilidades de adaptación y cambio de puesto de trabajo; lo cual requerirá, en su caso, realizar cambios en la organización interna de la empresa cuyo alcance la trabajadora pueden desconocer, resultándole de muy difícil prueba. Por ello, entendemos que (c) imponer una carga adicional de prueba a la trabajadora -una vez acreditados indicios de la existencia de un riesgo en relación a la lactancia- podría hacer inviable, en la práctica, la protección de la trabajadora que está dando lactancia natural, y frustrar además la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, aspectos a los que se refieren las Directivas antes mencionadas.

Por lo demás, la relevancia de esta última cuestión es clara a nuestro parecer. Pues nada consta probado en autos sobre la posibilidad o no de adaptar el puesto de trabajo de la actora o en relación al cambio del mismo.

Las dudas sobre la interpretación de los preceptos citados de las dos Directivas mencionadas, nos llevan a plantear la presente cuestión prejudicial, pues la respuesta que se ofrezca a su vez determinaría la interpretación conforme a la misma de la normativa interna de trasposición más arriba expuesta. Principio de interpretación conforme que viene recogida expresamente en nuestro derecho interno en el art. 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial - "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"-; y que, por lo demás, reiteradamente ha venido siendo recogido en las sentencias del TJUE. Y así la como ha señalado la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015), tal principio "se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional "está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado" -actual 288 TFUE (SSTJ 13/11/1990, asunto "Marleasing"; "Pfiffer", aps. 113 y 114; "Kucukdeveci", ap. 48; y "Dansk Industri", ap. 31)."

Por lo demás, no podemos dejar de señalar que, con un contenido en parte similar al presente, ya ha sido planteada una cuestión prejudicial por este mismo Tribunal mediante auto de 17 de julio de 2015 en el procedimiento de recurso de suplicación nº 1052/2014, actualmente pendiente de resolución por parte del TJUE (Asunto c-531/15).



Todo ello nos lleva a plantear las cuestiones prejudiciales recogidas en la parte dispositiva de acuerdo con el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Y asimismo se acuerda la suspensión de las actuaciones en tanto no se resuelva la presente cuestión.

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS el planteamiento de las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las cuales se formulan en relación a la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; y también en relación a la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación:

1ª Cuestión: ¿Ha de interpretarse el art. 7 de la Directiva 92/85/ CEE en el sentido de que el trabajo nocturno que no han de verse obligadas a realizar las trabajadoras a las que se refiere el art. 2, incluidas por tanto las trabajadoras en periodo de lactancia, incluye no solamente el trabajo que se realiza enteramente en horario nocturno, sino también el trabajo a turnos cuando algunos de tales turnos, como ocurre en el caso de autos, se realizan en horario nocturno?

2ª Cuestión: En un litigio donde se discute la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia de una trabajadora, ¿son de aplicación las reglas especiales sobre carga probatoria del art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE -traspuesto en el ordenamiento español, entre otros, en el art. 96.1 Ley 36/2011 - en relación con los requisitos previstos en la art. 5 de la Directiva 92/85/CEE -traspuesto en el ordenamiento español en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - para la dispensa del trabajo de la trabajadora en período de lactancia y, en su caso, para el reconocimiento de la prestación anudada a tal situación en el ordenamiento interno de acuerdo con el art. 11.1) de la misma Directiva 92/85/CEE ?

3ª Cuestión: ¿Puede interpretarse el art. 19.1 de la citada Directiva 2006/54/CE en el sentido de que son "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" de una trabajadora en periodo de lactancia -en un litigio de donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural con dispensa de la obligación de trabajar, prevista en el art. 5 de la Directiva 92/85/CE y traspuesta en el ordenamiento español en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - el que: (1) la trabajadora preste servicios en régimen de trabajo a turnos como vigilante de seguridad, y con horario nocturno en algunos de los turnos de trabajo que además realiza en solitario, y además (2) haciendo rondas y atendiendo, en su caso, urgencias (delitos, incendios u otras incidencias); y todo ello sin que además (3) conste la existencia de un lugar adecuado para dar la lactancia natural en el centro de trabajo, o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche materna?

4ª Cuestión: .Acreditados los "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta" con arreglo al art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE en relación con el art. 5 de la Directiva 92/85/ CEE -traspuesto en el ordenamiento español en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - en un litigio donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural con dispensa de la obligación de trabajar: ¿Sería exigible a la trabajadora en periodo de lactancia que acreditara para ser dispensada del trabajo con arreglo a la legislación interna -que traspone el art. 5.2 y 3 de la Directiva 92/85/CEE - que 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 y que no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse un cambio de puesto de trabajo? ¿O bien, por el contrario, la acreditación de tales extremos correspondería a las partes demandadas (empresario y entidad que cubre la prestación de Seguridad Social anudada a la suspensión del contrato de trabajo)?

-Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la «Tribunal de Justicia de la Unión Europea- Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, L-2925 Luxemburgo». Acompañese a tal testimonio, escrito con indicación del órgano jurisdiccional remitente, partes del litigio y las personas que las representan, incluyendo direcciones postales, número de teléfono o fax, y, en su caso, dirección de correo electrónico de las mismas. Remítase el citado testimonio y los datos indicados con arreglo a los aspectos formales (formato de papel y texto, tamaño de caracteres e interlineado, márgenes y paginación) previstos en el anexo a las recomendaciones del TJUE (2016/C439/01) publicadas en el DOUE de 25-11-2016.

-Remítase copia simple de esta resolución al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea) - Fax: 91 700 63 50-



Notifíquese esta resolución a las partes, al INSS y a la TGSS, advirtiéndose que contra la misma no cabe recurso alguno. Todo ello suspendiéndose el curso de las actuaciones en tanto no se resuelva la presente cuestión prejudicial.

Así por esta resolución, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ