



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 11 de abril de 2013¹

Asunto C-5/12

Marc Betriu Montull
contra
Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida)

«Política social — Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras — Directiva 76/207/CEE — Artículos 2 y 5 — Directiva 92/85/CEE — Artículo 8 — Derecho a un permiso de maternidad en favor de las madres trabajadoras por cuenta ajena — Posibilidad de disfrute por la madre trabajadora por cuenta ajena o por el padre trabajador por cuenta ajena — Madre que no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena — Exclusión del padre trabajador por cuenta ajena del derecho al permiso — Directiva 96/34/CE — Acuerdo marco sobre el permiso parental — Derechos de la madre y del padre — Padres biológicos y padres adoptivos»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 3 de enero de 2012, versa sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo,² y de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.³

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 72. La Directiva 76/207 fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15). Dado que el artículo 2 de la Directiva 2002/73 prevé que debe ser transpuesta por los Estados miembros a más tardar el 5 de octubre de 2005, no se aplica *ratione temporis* a los hechos del litigio principal, que datan de 2004. La Directiva 76/207 fue derogada, con efectos al 15 de agosto de 2009, por el artículo 34 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) (DO L 204, p. 23). A pesar de estas modificaciones, considero que las presentes conclusiones siguen siendo pertinentes para interpretar la Directiva 2006/54. Más concretamente, el artículo 28 de la Directiva 2006/54 establece que ésta se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular, referida al embarazo y la maternidad, y que no afectará a lo dispuesto en las Directivas 96/34 y 92/85. Además, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 2006/54, titulado «acción positiva», «Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo [157 TFUE, apartado 4], con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral». En consecuencia, considero que la Directiva 2006/54 no ha modificado la esencia de las disposiciones de la Directiva 76/207 aplicables a los hechos del litigio principal.

3 — DO L 145, p. 4. La Directiva 96/34 fue derogada, con efectos al 8 de marzo de 2012, por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO L 68, p. 13). A pesar de las modificaciones introducidas por la Directiva 2010/18 en el régimen jurídico aplicable al permiso parental, considero que ésta no ha modificado la esencia de las disposiciones de la Directiva 96/34 invocadas en las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia en el caso de autos.

2. Las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida se enmarcan en un litigio entre el Sr. Betriu Montull y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «INSS») relativo a la aplicación combinada del artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores⁴ y del artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social.⁵ El artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores⁶ establece un permiso de maternidad de dieciséis semanas, de las cuales las seis primeras semanas posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre del menor. Ahora bien, la madre puede decidir ceder al padre todo o parte del resto del permiso de maternidad. El artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social dispone que se concederá una prestación por maternidad durante los períodos de descanso disfrutados por maternidad en virtud del artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

3. El Sr. Betriu Montull es trabajador por cuenta ajena y está afiliado al régimen general de la seguridad social española. La Sra. Ollé, Procuradora de los Tribunales, está dada de alta en la Mutuality General de los Procuradores (régimen ajeno al sistema público de seguridad social).⁷

4. Tras el nacimiento de su hijo el 20 de abril de 2004 en Lleida y, supongo, con el consentimiento de la madre del menor, como establece la normativa española, el Sr. Betriu Montull solicitó la prestación por maternidad en relación al período posterior a las seis primeras semanas de descanso obligatorio que la madre debe disfrutar inmediatamente después del parto. Mediante resoluciones de 28 de julio y 8 de agosto de 2004, el INSS desestimó la solicitud. Según éste, por no estar la madre encuadrada en ningún régimen público de Seguridad Social y por ello no ser titular del derecho originario al descanso que da lugar a la situación protegida por la Seguridad Social, en la maternidad biológica, ese derecho para el padre no es propio, autónomo e independiente del de la madre, sino que necesariamente, surge por derivación de éste último.

5. El 13 de septiembre de 2004, el Sr. Betriu Montull interpuso ante el Juzgado remitente un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del INSS en el que solicitaba el reconocimiento de su derecho a la prestación, alegando, entre otras cuestiones, la vulneración del principio de igualdad de trato.

6. El Juzgado remitente se pregunta si la normativa nacional controvertida, que concibe el derecho del padre a la prestación como un derecho derivado del de la madre, menoscaba el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

4 — El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE nº 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654), en su versión modificada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE nº 266, de 6 de noviembre de 1999 p. 38934) (en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), es de aplicación al caso de autos.

5 — Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE nº 154, de 29 de junio de 1994, p. 20658), en su versión resultante de la Ley 39/1999 (en lo sucesivo, «Ley General de la Seguridad Social»).

6 — En la versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal.

7 — Se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el sistema de seguridad social español se compone de un régimen general y de regímenes especiales. Un Procurador de los Tribunales en España puede elegir estar afiliado, bien al régimen especial de los trabajadores autónomos, que forma parte del sistema español de seguridad social, bien a la Mutuality General de los Procuradores, mutua profesional destinada a los Procuradores de los Tribunales. La afiliación a la Mutuality General de los Procuradores puede tener también carácter complementario respecto al régimen general.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 76/207

7. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207 tiene el siguiente tenor:

«La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

8. El artículo 2 de dicha Directiva dispone:

«1. El principio de igualdad de trato[,] en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

9. Con arreglo al artículo 5 de dicha Directiva:

«1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

- a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;
- b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;
- c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; que, para las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las revisiones que sean convenientes.»

2. Directiva 92/85/CEE

10. La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE),⁸ tiene por objeto, según su artículo 1, apartado 1, «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».

11. El artículo 8 de la Directiva 92/85, titulado «Permiso de maternidad», dispone:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.»

3. Directiva 96/34

12. Según su artículo 1, la Directiva 96/34 tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), que figura en el anexo de dicha Directiva.

13. En virtud de la cláusula 1, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, el «Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro».

14. La cláusula 2 del Acuerdo marco, titulada «Permiso parental», establece:

«1. En virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales.

2. Para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes del presente Acuerdo consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible.

3. Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del presente Acuerdo. [...]»

⁸ — DO L 348, p. 1.

B. *Derecho español*

15. Con arreglo a su artículo 1, apartado 1, el Estatuto de los Trabajadores se aplica a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada «empleador» o «empresario».

16. En virtud del artículo 1, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores:

«Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley:

[...]

g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo [...].»

17. El artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, en su versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, acaecidos en 2004,⁹ establece:

«En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, [...]. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto [...].

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

[...]

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

[...]»

9 — Véanse los puntos 3 a 5 *supra*.

18. El artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores fue modificado posteriormente por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo (BOE n° 71, de 23 de marzo de 2007, p. 12611). A los efectos de las presentes conclusiones, el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores fue modificado mediante la adición del siguiente párrafo:

«En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente [suspensión del contrato de trabajo por paternidad]. [...]»¹⁰

19. El artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social dispone:

«A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública».

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

20. Además de los hechos descritos en los puntos 3 a 5 *supra*, es preciso poner de manifiesto que el 20 de abril de 2005 el Juzgado remitente planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. Mediante sentencia de 19 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional declaró que la norma cuestionada no era contraria a los artículos 14 (principio de no discriminación), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 41 (sistema de seguridad social) de la Constitución.

21. Sin embargo, el Juzgado remitente alberga dudas acerca de la conformidad de esta norma con el Derecho de la Unión y, más concretamente, con el principio general de igualdad de trato.

22. El Juzgado remitente observa que no hay discusión acerca del período de descanso obligatorio de seis semanas que la madre debe disfrutar inmediatamente después del parto. En cambio, por lo que se refiere al período posterior de diez semanas, estima que, en la medida en que el derecho del padre se configura como derivado del de la madre, la norma nacional trata de manera diferente al padre y a la madre trabajadores por cuenta ajena, mientras que sus situaciones respectivas son comparables.

23. Según el Juzgado remitente, el tiempo de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo configurado en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, salvo las seis semanas posteriores al parto, debe entenderse como un permiso parental y una medida de conciliación de la vida familiar y laboral, ya que la realidad biológica del embarazo y el parto, que atañe exclusivamente a la mujer, es determinante únicamente en lo que se refiere al período de descanso obligatorio de la madre.

24. Dicho Juzgado aprecia que, de hecho, el descanso controvertido en el litigio principal puede disfrutarse indistintamente por la madre o por el padre, en los supuestos en que ambos tengan la condición de trabajador por cuenta ajena, por su condición de progenitores del niño.

10 — Se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia y del texto del artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2007, que, si esta versión modificada hubiera estado en vigor en el momento de los hechos del presente asunto, el litigio principal no habría tenido lugar, ya que el padre podría haber suspendido su contrato y tener derecho a una prestación con independencia del hecho de que la madre estuviera o no afiliada a un régimen de seguridad social. El INSS y el Gobierno español confirmaron esta interpretación durante la vista.

25. En opinión del Juzgado remitente, la norma española controvertida trata además de manera diferente al padre biológico y al padre adoptivo. En efecto, en el supuesto de adopción, el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores permite al padre y a la madre, cuando ambos trabajen, distribuir el período de descanso como estimen conveniente. En este caso, el derecho al descanso no se configura como originario de la madre, que puede cederlo al padre, sino como un período de suspensión distribuido de común acuerdo entre el padre y la madre. De este modo, en caso de adopción, podrá el padre trabajador incluido en algún régimen de la Seguridad Social disfrutar el descanso por maternidad en su integridad, y percibir la prestación correspondiente, si la madre no es trabajadora incluida en un régimen de la Seguridad Social, mientras que, en este mismo supuesto, en caso de parto el padre no podrá disfrutar siquiera de las diez últimas semanas del período de descanso, al entenderse que es un derecho originario de la madre.

26. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Se opone a la Directiva [76/207] y a la Directiva [96/34] una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad del derecho al descanso por maternidad, en el supuesto de parto, después de pasado el período de seis semanas posteriores al alumbramiento y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, como derecho originario y autónomo de las madres trabajadoras, y como derivado a los padres de un niño y trabajadores por cuenta ajena, que sólo pueden disfrutar del citado descanso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora y opte por que el padre disfrute de una parte determinada del mismo?»
- 2) ¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo, y retribuida a cargo de la Seguridad Social, en el supuesto de parto, como un derecho originario de la madre, y no del padre, incluso después de pasado el período de seis semanas posteriores al parto y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, de modo que el permiso que tenga un trabajador por cuenta ajena dependa de que la madre del niño también sea trabajadora por cuenta ajena?»
- 3) ¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad originaria del derecho a una suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo, y retribuido por la Seguridad Social, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando adoptan un hijo, y, por el contrario, no les reconoce un derecho a esa suspensión propio, autónomo e independiente del de la madre, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando tienen un hijo biológico, sino únicamente un derecho derivado del de la madre?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. Han presentado observaciones escritas el INSS, los Gobiernos español y polaco y la Comisión Europea. Todos ellos presentaron observaciones orales durante la vista, celebrada el 21 de febrero de 2013.

V. Análisis

A. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

28. El Gobierno español considera que las cuestiones prejudiciales son inadmisibles. Afirma que el auto de planteamiento no exterioriza las razones concretas que justifican la pertinencia de las cuestiones prejudiciales, lo que pone de manifiesto el carácter meramente hipotético de las mismas. A su juicio, el Juzgado remitente solicita al Tribunal de Justicia una opinión consultiva respecto de la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión en relación con el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

29. En el acto de la vista, el INSS alegó también que las cuestiones prejudiciales eran inadmisibles. En su opinión, dado que el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece un permiso de una duración ininterrumpida de dieciséis semanas, las cuestiones prejudiciales, planteadas nueve años después del parto, son necesariamente hipotéticas, ya que se plantan en un momento en que queda excluida la posibilidad de disfrutar del permiso.

30. Según reiterada jurisprudencia, el procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el Tribunal de Justicia aporta a dichos órganos jurisdiccionales los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para resolver los litigios de los que conocen. En el contexto de esta cooperación, las cuestiones relativas al Derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia sólo puede rehusar pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte patente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas. En efecto, la función encomendada al Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial consiste en contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros, y no en formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas.¹¹

31. En el presente asunto, se desprende del auto de remisión y de las cuestiones prejudiciales que el juez nacional se pregunta si las disposiciones del Derecho de la Unión, a saber, las Directivas 76/207 y 96/34, se oponen a una norma como la prevista en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. Si bien es cierto que en el litigio principal el Sr. Betriu Montull solicitó el derecho a la «prestación por maternidad» establecida en el artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social y que dicha Ley no define los requisitos para obtener tal prestación, no lo es menos que el propio artículo 133 *bis* de la Ley remite al artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, que define los mencionados requisitos.

32. A la luz del vínculo previsto expresamente por el legislador español entre ambas disposiciones, no veo por qué las cuestiones del juez remitente hayan de ser de naturaleza general o hipotética ni por qué la respuesta del Tribunal de Justicia a estas cuestiones no tendría ningún interés para la solución del litigio principal.

33. Además, en lo que atañe a las observaciones del INSS, recogidas en el punto 29 *supra*, considero que, aun aceptando la imposibilidad que se alega de que el Sr. Betriu Montull disfrute con carácter retroactivo del período de descanso controvertido, éste, además de que solicita una prestación, puede en todo caso invocar su derecho a ser indemnizado por el INSS, lo que por otro lado evocó dicho organismo en la vista.

11 — Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Unió de Pagesos de Catalunya (C-197/10, Rec. p. I-8495), apartados 16 a 18 y jurisprudencia citada.

34. En consecuencia, a mi juicio las cuestiones prejudiciales son admisibles.

35. No obstante, cabe señalar ya desde ahora que, en la medida en que el Juzgado remitente no ha expuesto en el auto de remisión el marco jurídico nacional relativo al permiso parental, no examinaré si la Directiva 96/34 se opone a una medida como la prevista en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.¹²

B. Sobre la esencia de las cuestiones prejudiciales

1. Alegaciones

36. En relación con la primera cuestión, el INSS considera que no es contrario a la Directiva 92/85 no autorizar la transferencia al padre del derecho a percibir la prestación por maternidad cuando la madre no tiene derecho a la misma, al elegir libremente una mutualidad que no reconoce tal protección, toda vez que no se puede transferir lo que no se tiene.

37. El INSS observa que el permiso parental previsto por la Directiva 96/34 es distinto del que es objeto del litigio principal. Según el INSS, el derecho al permiso parental se ha recogido en Derecho español en el artículo 46, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, que establece que «los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los casos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa». Afirma que este permiso parental tiene como finalidad conciliar las responsabilidades profesionales y familiares de los progenitores que trabajan (sean varones o mujeres), mientras que el permiso controvertido en el litigio principal tiene por finalidad preservar la salud de la madre y las especiales relaciones entre la madre y el recién nacido tras la maternidad.

38. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el INSS señala que el Sr. Betriu Montull no tuvo derecho al permiso en cuestión porque la Sra. Ollé, la madre de su hijo, estaba afiliada voluntariamente a la Mutualidad General de los Procuradores, y no al régimen general de la Seguridad Social. Según el INSS, el derecho a suspender la actividad profesional con ocasión de la maternidad con el derecho a percibir una prestación económica durante el descanso y la posibilidad de compartir ese descanso retribuido con el padre del niño no depende del trabajo por cuenta ajena de la trabajadora, sino de la opción que la madre tiene para incluirse o no en el marco protector del sistema de Seguridad Social diseñado por la normativa nacional controvertida.

39. En relación con la tercera cuestión, el INSS considera que la diferencia de trato entre padres trabajadores por cuenta ajena, según sean adoptivos o biológicos, está perfectamente justificada, dado que, en el supuesto de la maternidad biológica, es razonable que la titularidad del derecho se pueda establecer exclusivamente en la madre, que debe recuperarse del embarazo y del parto, mientras que la suspensión del contrato por razón de la adopción o el acogimiento tiene por finalidad facilitar una integración armónica del nuevo hijo en el grupo familiar, lo que puede afectar indistintamente al padre o a la madre.

12 — Véanse los puntos 78 y 86 *infra*.

40. El Gobierno español observa que el legislador español ha obrado respetando el tenor del artículo 8 de la Directiva 92/85 y dentro del margen de apreciación reconocido a los Estados miembros. Según el Gobierno español, el hecho de que la madre no sólo pueda renunciar totalmente al período posterior a las seis semanas de descanso que debe tomar obligatoriamente después del parto, sino también compartirlo o cederlo al padre, respeta el tenor de la Directiva 92/85 y su finalidad, al permitir implicar al padre en las labores familiares.

41. El Gobierno español considera que la posibilidad de suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo en caso de adopción resulta conforme con las previsiones de las Directivas 96/34 y 76/207. A su juicio, la Directiva 96/34 reconoce que el nacimiento y la adopción de un hijo no son supuestos equiparables, en la medida en que la cláusula 2, apartado 3, letra c), del Acuerdo marco anexo a la Directiva 96/34 indica que los Estados miembros podrán en particular ajustar las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental a las circunstancias particulares de la adopción. Por consiguiente, afirma que el legislador europeo reconoce un margen de apreciación para modular el permiso parental a las circunstancias particulares de la adopción.

42. Según el Gobierno polaco, si el legislador nacional decide permitir a los padres trabajadores disfrutar de una parte del permiso de maternidad, es legítimo que este derecho se derive del de la madre trabajadora. Señala que es a la madre y no al padre a quien el Derecho de la Unión concede el permiso de maternidad. Dado que es ella quien lo ha adquirido, la madre puede renunciar a una parte de él y cedérselo al padre, pero este último no puede solicitar ocuparse del hijo y disfrutar del permiso de maternidad en lugar de la madre. Sostiene que tal solución sería contraria a los objetivos del permiso de maternidad, que están dirigidos a proteger a la madre y su relación con el menor. Considera que, si una mujer que no tiene la condición de trabajadora no ha adquirido ningún derecho al permiso, no podrá *a fortiori* transferirlo al padre del niño. Observa que sólo un análisis que presuponga el carácter derivado del derecho del padre del menor a disfrutar del permiso de maternidad permite preservar la función fundamental del permiso de maternidad y diferenciarlo del permiso parental.

43. A juicio del Gobierno polaco, el derecho al permiso de adopción y los requisitos de su ejercicio no están previstos en el Derecho de la Unión y siguen siendo competencia exclusiva del legislador nacional, de modo que no cabe examinarlos desde el punto de vista del principio general de igualdad de trato.

44. La Comisión observa que la legislación española se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, ya que el permiso de maternidad en el sentido de dicha Directiva no podría en ningún caso ser disfrutado por un trabajador (varón). Según la Comisión, el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece una diferencia de trato por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, entre las madres que tienen la condición de trabajador por cuenta ajena y los padres que tienen esa misma condición. Considera que esta diferencia de trato no puede justificarse por razones de protección del embarazo y de la maternidad, en el sentido del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

45. La Comisión afirma que el período de suspensión del contrato de trabajo de diez semanas, en causa en el litigio principal, se distingue en este sentido de los supuestos de descanso obligatorio para la madre, en particular, del período de seis semanas inmediatamente posterior al parto. Señala que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto constituyen un período de descanso obligatorio para la madre, vinculado por tanto a la protección de la madre y de las relaciones particulares entre la madre y su hijo tras el parto.

46. En cambio, la Comisión considera que cuando la legislación española permite el disfrute por el padre del período ulterior de diez semanas lo está desvinculando del hecho biológico de la maternidad. Asevera que este período se configura por la legislación española como un período de cuidado del hijo, que pueden disfrutar tanto la madre como el padre trabajadores por cuenta ajena.

47. La Comisión alega que lo establecido por el Tribunal en la sentencia de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez,¹³ es aplicable al presente asunto. En opinión de la Comisión, también en este caso los artículos 2 y 5 de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que reconoce a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto, más allá de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre, en tanto que los padres, trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar de dicha suspensión cuando la madre también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

48. La Comisión estima que no dispone de elementos suficientes para poder concluir que el período de descanso establecido por el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, salvo las seis semanas de descanso obligatorio para la madre, constituya un permiso parental en el sentido de la Directiva 96/34.

2. Análisis

a) Sobre las cuestiones primera y segunda

49. Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el Juzgado remitente desea saber, en esencia, si las Directivas 76/207 y 96/34 y el principio de igualdad de trato, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una diferencia de trato por razón de sexo, en la medida en que reconoce a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho a suspender el contrato de trabajo en el supuesto de parto más allá de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre con posterioridad al parto, excepto en los supuestos de que exista riesgo para su salud, mientras que los padres trabajadores por cuenta ajena sólo pueden tener derecho a esta suspensión si la madre tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena y decide (como le permite la norma controvertida) transferir al padre una parte determinada de este permiso.

50. Es cierto que el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece en el supuesto de parto un permiso de una duración ininterrumpida de dieciséis semanas, de las que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre. Además, se desprende claramente del tenor de esta disposición y de los autos en poder del Tribunal de Justicia que la madre puede elegir que el padre disfrute total o parcialmente del resto del permiso hasta un máximo de diez semanas. A tal efecto, es necesario poner de manifiesto que no se discute la elección de la madre en el litigio principal.

51. Por otro lado, el Juzgado remitente no plantea cuestiones relativas a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre posteriores al parto,¹⁴ y no se suscita en el presente asunto el riesgo para la salud de la madre, supuesto en el que ésta no puede decidir que el padre disfrute del resto del permiso.¹⁵

52. Con carácter previo, procede confrontar el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, con el artículo 8 de la Directiva 92/85.

13 — Asunto C-104/09, Rec. p. I-8661.

14 — El auto de remisión afirma que «no hay discusión sobre tal período».

15 — Véase el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

53. Deseo señalar que el artículo 8 de la Directiva 92/85 establece que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso de maternidad de al menos catorce semanas seguidas. Esta disposición no contempla permiso alguno para el padre del menor. A diferencia de este artículo, cuyo ámbito de aplicación *ratione personae* comprende sólo a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia,¹⁶ los trabajadores de sexo masculino están incluidos, con determinados requisitos, en el ámbito de aplicación del artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

54. No obstante, considero que el propio tenor del artículo 8 de la Directiva 92/85 permite la adopción por los Estados miembros de medidas adicionales o que vayan más allá de las exigencias mínimas establecidas por esta disposición, siempre que, evidentemente, se respeten dichas exigencias mínimas.¹⁷ A este respecto, opino, conforme a las observaciones del Gobierno español, recogidas en el punto 40 *supra*, que el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, al contemplar la posibilidad de que la madre permita al padre disfrutar de todo o de parte del permiso de maternidad, va más allá de las exigencias mínimas previstas en el artículo 8 de la Directiva 92/85 respetando al mismo tiempo el régimen obligatorio que impone a los Estados miembros.

55. En efecto, por un lado, el permiso de maternidad que únicamente la madre debe tomar es de seis semanas después del parto, siendo así que la Directiva 92/85 sólo impone dos (repartidas antes y/o después del parto) y, por otro, la posibilidad de que la madre transfiera al padre el resto del permiso desaparece si «en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre supon[e] un riesgo para su salud»,¹⁸ lo que se inscribe en el objetivo de la Directiva 92/85, consistente en impulsar la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.¹⁹

56. Es preciso señalar, en aras de la clarificación, que, aunque el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/85 establece que únicamente las dos primeras semanas (antes o después del parto) constituyen el permiso de maternidad obligatorio, la madre del menor no puede verse en ningún caso privada del derecho a disfrutar de las catorce semanas de permiso de maternidad previstas por el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 92/85 en contra de su voluntad en beneficio del padre del menor.²⁰

57. En consecuencia, considero que la posibilidad de que el padre del menor tenga derecho, en determinadas circunstancias y exclusivamente a instancias de la madre, a un permiso de diez semanas como en el litigio principal respeta el artículo 8 de la Directiva 92/85.

58. Esta posibilidad debe examinarse también a la luz de la Directiva 76/207.²¹ Tal como se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207, ésta contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, en particular, al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo. Este principio se precisa en los artículos 2 y 5 de la citada Directiva. Dicho artículo 2, apartado 1, establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda

16 — Artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85.

17 — Véase, a este respecto, el empleo en dos ocasiones de la expresión «como mínimo» en la disposición en cuestión. A mi juicio, el primer considerando de la Directiva 92/85, referente a su base jurídica, es decir, al artículo 118 A del Tratado CEE, que disponía que el Consejo establecería, mediante Directivas, las «disposiciones mínimas» para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, corrobora esta interpretación. Véase también, en este sentido, el artículo 153 TFUE.

18 — Artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

19 — Sentencia de 11 de octubre de 2007, Paquay (C-460/06, Rec. p. I-8511), apartado 27.

20 — En el apartado 58 de la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p. I-6401), el Tribunal de Justicia declaró «que, si bien en virtud del artículo 8 de [la] Directiva [92/85] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas, se trata de un derecho al que éstas pueden renunciar, salvo en lo que respecta a las dos semanas de permiso de maternidad obligatorio previstas en el apartado 2».

21 — El artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, al establecer un período de suspensión del contrato de trabajo, afecta a las condiciones de trabajo, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 76/207.

discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. El artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva prevé que la aplicación de este principio en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.²²

59. Se deduce claramente del auto de remisión que, más allá de las seis semanas de descanso inmediatamente posteriores al parto, una madre trabajadora por cuenta ajena tiene, en principio, derecho a disfrutar de diez semanas suplementarias de permiso, mientras que un padre trabajador asalariado sólo puede tener derecho a esas diez semanas con el consentimiento de la madre (lo que no es objeto de disputa en el litigio principal) y siempre que ambos progenitores tengan la condición de trabajador por cuenta ajena.

60. De hecho, esta medida es análoga a la controvertida en la sentencia Roca Álvarez, antes citada, que versaba sobre la interpretación de los artículos 2, apartados 1, 3 y 4, y 5, de la Directiva 76/207 y se enmarcaba en un litigio entre el Sr. Roca Álvarez y su empresario debido a la negativa de éste a conceder a aquél un permiso denominado «de lactancia».

61. La norma española controvertida en aquel asunto reservaba, en principio, el derecho al permiso denominado «de lactancia» a la madre del niño, dado que el padre sólo podía disfrutar de ese permiso si ambos progenitores tenían la condición de trabajador por cuenta ajena. Así pues, la cualidad de progenitor no era suficiente para permitir que los hombres que tuvieran la condición de trabajador por cuenta ajena disfrutaran del permiso, y lo era en cambio para las mujeres que tuvieran esa misma condición.²³

62. El Tribunal de Justicia, tras recordar su jurisprudencia según la cual «las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo»,²⁴ declaró que la norma en cuestión establecía «una diferencia de trato por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, entre las madres que tienen la condición de trabajador por cuenta ajena y los padres que tienen esa misma condición».²⁵

63. Seguidamente, el Tribunal de Justicia analizó si tal diferencia de trato estaba justificada con arreglo al artículo 2, apartados 3 y 4, de la Directiva 76/207, que puntualiza que ésta no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, ni a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo.

64. Según el Tribunal de Justicia, el que, en virtud de la normativa nacional, el permiso denominado «de lactancia» controvertido pudiera disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implicaba que tanto el padre como la madre podían asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo.

22 — Véase, en este sentido, la sentencia Roca Álvarez, antes citada, apartados 19 y 20.

23 — *Ibidem*, apartados 22 y 23.

24 — Véanse las sentencias Roca Álvarez, antes citada, apartado 24; de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 56, y de 19 de marzo de 2002, Lommers (C-476/99, Rec. p. I-2891), apartado 30.

25 — *Ibidem*, apartado 25.

65. En consecuencia, no podía considerarse que dicha norma permitiera asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo, en virtud del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207. En efecto, la norma nacional desvinculaba el permiso denominado «de lactancia» del hecho biológico de la lactancia natural, con el resultado de que no estaba incluido en la excepción establecida en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

66. El Tribunal de Justicia también declaró en aquella sentencia que el hecho de considerar que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso denominado «de lactancia», en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, podía contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. A renglón seguido, el Tribunal de Justicia afirmó que denegar el disfrute del permiso a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer trabajadora por cuenta propia se viera obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño. Según el Tribunal de Justicia, la norma controvertida en aquel asunto ni eliminaba ni reducía las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ni era «una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas».²⁶

67. Retomando el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Roca Álvarez, antes citada, es manifiesto que la medida controvertida en el litigio principal establece, por lo que respecta a los períodos de descanso controvertidos en el caso de autos, una diferencia de trato por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/2007, entre las madres que tienen la condición de trabajadora por cuenta ajena y los padres que tienen esta misma condición.

68. Como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 24 de la sentencia Roca Álvarez, antes citada, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo.

69. Seguidamente, es preciso examinar si esta discriminación contraria al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207 puede estar justificada en virtud de los apartados 3 y 4 de dicho artículo, que permiten establecer excepciones al principio de igualdad de trato.

70. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la protección del embarazo y la maternidad, es jurisprudencia reiterada que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar dicha protección, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.²⁷

26 — *Ibidem*, apartados 36 a 38.

27 — Sentencias Roca Álvarez, antes citada, apartado 27; de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185), apartado 17, y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria (C-203/03, Rec. p. I-935), apartado 43.

71. No obstante, a diferencia de las seis semanas de descanso inmediatamente posteriores al parto, que, para proteger su condición biológica, deben ser disfrutadas obligatoriamente por la madre, el permiso de diez semanas controvertido en el litigio principal no puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207. En efecto, al establecer que la madre podrá, al inicio del permiso de maternidad, decidir que, salvo las seis primeras semanas, el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida de las diez semanas siguientes de permiso, el legislador español ha desvinculado esas diez semanas de permiso de la condición biológica de la madre y, en consecuencia, de la finalidad del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207. De ello se deriva que este permiso no puede estar incluido en el ámbito de aplicación de dicha disposición.²⁸

72. Por otro lado, las circunstancias del litigio principal deben distinguirse de las controvertidas en la sentencia Hofmann, antes citada. Efectivamente, se deduce de esa sentencia que el permiso de maternidad en cuestión en dicho asunto estaba íntegramente reservado a la madre, con exclusión de cualquier otra persona, y estaba estrictamente vinculado a la protección de la condición biológica de la madre.²⁹

73. De lo anterior se desprende que, al igual que el permiso denominado «de lactancia» examinado en la sentencia Roca Álvarez, antes citada, el permiso de diez semanas del caso de autos se concede a los trabajadores por su mera condición de progenitores del menor, y no está vinculado a la protección de la condición biológica de la mujer tras su embarazo o a las relaciones particulares entre ella y su hijo.³⁰

74. En segundo lugar, en relación con la excepción prevista por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, que permite establecer una salvedad al principio de no discriminación contemplado en el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en el ámbito de las condiciones de trabajo, es jurisprudencia reiterada «que [dicha disposición] tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. Esa disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres [...]. El citado artículo 2, apartado 4, pretende lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas [...]».³¹

75. El Gobierno español observa que, al permitir la cesión del período voluntario al padre, en vez de su pérdida en caso de renuncia, la norma en cuestión pretende corregir el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer que mantiene a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental.

76. En mi opinión, si bien tal objetivo de promover la corrección de los efectos que pueden contribuir a perpetuar un reparto tradicional de los roles entre hombres y mujeres es loable y debe fomentarse, basta con recordar que el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 36 de la sentencia Roca Álvarez, antes citada, que el hecho de que sólo la madre que tuviera la condición de trabajadora por cuenta ajena fuese titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en dicho asunto, en tanto que el padre que tuviera la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular,

28 — Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartados 54 a 56.

29 — Sentencia Hofmann, antes citada, apartados 25 y 26.

30 — Véase, por analogía, la sentencia Roca Álvarez, antes citada, apartado 31.

31 — *Ibidem*, apartados 33 y 34.

podía en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. El Tribunal de Justicia añadió que denegar el disfrute del permiso al padre que tenga la condición de trabajador por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría precisamente dar lugar a que una mujer se viera obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.³² Este razonamiento es de aplicación *mutatis mutandis* a una medida como la controvertida en el litigio principal. De ello se desprende que la diferencia de trato establecida por una medida como la controvertida no puede estar justificada con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207.

77. En su primera cuestión prejudicial, el Juzgado remitente se refiere igualmente a la Directiva 96/34, mediante la que se aplica el Acuerdo marco sobre el permiso parental.

78. Procede señalar que el Juzgado remitente no ha incluido en el auto de remisión el marco jurídico nacional relativo al permiso parental. Más concretamente, no ha indicado la pertinencia a este respecto del artículo 46, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores y los vínculos de esta disposición con el artículo 48, apartado 4, de dicho Estatuto. Por consiguiente, considero que, a falta de detalles en los autos sobre el contenido de la normativa española en materia de permiso parental, no procede examinar si la Directiva 96/34 se opone a una medida como la prevista en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

79. En cualquier caso, toda vez que considero que los artículos 2, apartados 1, 3 y 4, y 5 de la Directiva 76/207 se oponen a una medida nacional como la establecida en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, no es necesario examinar esta disposición a la luz de la Directiva 96/34.

80. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que declare, en respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, que los artículos 2, apartados 1, 3 y 4, y 5 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una diferencia de trato por razón de sexo en la medida en que reconoce a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho a la suspensión del contrato de trabajo, más allá de las seis semanas de descanso obligatorio para ellas después del parto, mientras que los padres trabajadores por cuenta ajena sólo pueden tener derecho a esta suspensión si la madre que decide transferir al padre una parte determinada de este permiso tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena.

b) Sobre la tercera cuestión

81. Las respuestas que propongo a las cuestiones prejudiciales primera y segunda me dispensan de responder a la tercera, que pregunta al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el principio de igualdad de trato de una disposición nacional, como el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad originaria del derecho a una suspensión del contrato de trabajo retribuida por la Seguridad Social a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando adoptan un hijo, mientras que, cuando tienen un hijo biológico, el derecho que se les reconoce no es sino derivado del de la madre.

82. Sin embargo, me permito señalar que, aunque se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores lleva a cabo una discriminación clara y manifiesta entre padres adoptivos y biológicos en detrimento de éstos, el Derecho de la Unión no contiene ninguna disposición que proteja directamente a un padre biológico víctima de esta discriminación. Tal discriminación no se aborda ni en el Tratado FUE, ni en Directiva alguna, en

32 — *Ibidem*, apartado 37.

particular, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,³³ que tiene por objeto, en este ámbito, luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.³⁴

83. Además, como se ha señalado en el punto 53 *supra*, los trabajadores (varones) no están incluidos en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 92/58, que se refiere únicamente a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Sería precisa la intervención del legislador de la Unión para ampliar su ámbito de aplicación a los trabajadores (varones) y eliminar el vínculo ineludible entre el permiso de maternidad establecido por dicha Directiva y la condición biológica de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

84. Por último, la diferencia de trato controvertida tampoco está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, que se refiere únicamente a la discriminación entre hombres y mujeres. En el caso de autos, la diferencia de trato se aplica entre trabajadores de sexo masculino.

85. A lo sumo, cabría preguntarse si una discriminación como la controvertida en el litigio principal es o no conforme con la cláusula 2 del Acuerdo marco contenido en la directiva 96/34, que, en su apartado 1, no establece ninguna diferencia entre el nacimiento y la adopción de un menor para conceder un derecho individual a un permiso parental y en su apartado 3 permite a los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones mínimas del Acuerdo marco, definir las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental. Me inclino a pensar que una diferencia de trato tan clara entre padres adoptivos y padres biológicos, siendo así que el apartado 1 de la cláusula 2 del Acuerdo marco anejo a la Directiva 96/34 no establece ninguna diferencia entre nacimiento y adopción, iría más allá del respeto de las disposiciones mínimas que exige el apartado 3 de la cláusula 2 de dicho Acuerdo marco.

86. Dicho esto, vista mi respuesta contenida en el punto 78 *supra* y la falta de descripción en los autos de la normativa española en materia de permiso parental, no es posible pronunciarse útilmente sobre la tercera cuestión.

VI. Conclusión

87. A la vista del conjunto de consideraciones precedentes, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida del siguiente modo:

«Los artículos 2, apartados 1, 3 y 4, y 5, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una diferencia de trato por razón de sexo en la medida en que reconoce a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho a la suspensión del contrato de trabajo, más allá de las seis semanas de descanso obligatorio para ellas después del parto, mientras que los padres trabajadores por cuenta ajena sólo pueden tener derecho a esta suspensión si la madre que decide transferir al padre una parte determinada de este permiso tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena.»

33 — DO L 303, p. 16.

34 — Véase el artículo 1.