

## **ABSTRACT**

The present doctoral dissertation – *Analysis of the European Union (EU) rules and the case-law established by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in matter of work-life balance*- has been written within the European Union Law. It focuses on how the EU rules have been dealing with this matter along its history as well as how this issue is protected and fostered by the CJEU when it applies and interprets these rules.

Identifying the possible shortage of these tools, as well as identifying their possible vices and defects is absolutely relevant and can be really useful for society. Thus, a contribution here is intended in order to reach a better solution to combine the different aspects of the private life and, consequently, improve all those areas affected to a greater or lesser extent by the work-life balance.

What is it to be understood by work-life balance? Which elements define this reality? How is this necessity ruled from the EU? How have these regulations evolved? Which ends are behind these regulations? Does the way this issue has been covered keep the traditional sexual division of labour between men and women? Or which role does the CJEU play in this respect? These are some of the questions to which, to a greater or lesser extent, the present dissertation answers.

\* \* \*

## **RESUMEN**

La tesis *Análisis de la normativa de la UE y la jurisprudencia del TJUE en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral* se encuadra dentro del Derecho de la Unión Europea. En ella se analiza el tratamiento normativo que la UE ha otorgado a esta cuestión a lo largo de su historia así como la protección y promoción llevada a cabo por parte del TJUE al aplicar e interpretar esta normativa.

La identificación de aquellas carencias que estos instrumentos pueden presentar, así como la identificación de sus posibles vicios y defectos son importantes y de gran utilidad para la sociedad. De este modo se contribuye a la búsqueda de una mejor solución para compaginar las distintas facetas de la vida de la persona y, por ende, a la mejora de todas aquellas áreas sobre las que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral repercute en mayor o menor grado.

¿Qué se entiende por conciliación de la vida personal, familiar y laboral?, ¿qué factores componen esta realidad?, ¿cómo se regula esta necesidad desde la Unión Europea?, ¿qué evolución ha experimentado esta regulación?, ¿qué fines se encuentran tras esta normativa?, ¿el tratamiento otorgado a esta cuestión mantiene la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres? o ¿qué papel ha jugado el TJUE al respecto? son algunos de los interrogantes a los que, en mayor o menor medida, da respuesta esta tesis.

Tradicionalmente esta cuestión ha sido abordada desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, con una marcada visión de género. En esta tesis se planteará la posibilidad de abordar la misma desde el ámbito de las políticas familiares con el fin de otorgar un tratamiento holístico y completo a esta realidad.

## **AGRADECIMIENTOS**

Una vez finalizado este proyecto me gustaría dar las gracias a todas aquellas personas que me han apoyado y animado a lo largo del mismo:

A la Universidad CEU Cardenal Herrera por confiar en mí y permitirme disfrutar de la beca que me ha llevado hasta aquí. Al Departamento de Derecho Público en el que he podido crecer, madurar y aprender de excelentes profesionales y excelentes personas.

Al Centro de Estudios de Derecho y Relaciones Internacionales, a todos sus miembros, por acogerme y permitirme participar y colaborar con ellos.

A la University of the Highlands and Islands y al TJUE por abrirme sus puertas. A Rebeca Wallace, Profesora en la Robert Gordon University, por su cariño y dedicación. A los jueces Rosario Silva de la Puerta, Allan Rosas y al Abogado General Pedro Cruz Villalón del TJUE por abrirme sus despachos y hacerme partícipe de sus experiencias y reflexiones. A Anne Murrie, Serge y Marie Jose, por su hospitalidad. A todas aquellas personas que me han hecho compañía en la tarea de la investigación en el extranjero.

A mis directoras Ruth Abril y Susana Sanz por haber confiado en mí, por su dedicación y empeño, por su tiempo, esfuerzo y cariño.

A mis amigas, por su ánimo en los momentos difíciles, por su aliento y consuelo. A mis compañeras de fatigas y también amigas: Ángela, Marta, Blanca, Mercé, Katia y Ana María, por todo el tiempo que hemos compartido.

A mi familia, a mis padres, Javier y Teresa, a mis abuelos, José y Lolita, a mis hermanas, Arantxa, Begoña, Ángela y Maite. Por lo mucho que se han preocupado por mí. Por ese cariñoso: “¿Cómo va la tesis?”.

A mi marido, Jacob, por dar su vida por mí, por dejar de hacer tantas y tantas cosas. Por esperar pacientemente a mi lado.

A Dios. Porque que todo es gracia.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>IX</b>
1. CUESTIONES PRELIMINARES .....	IX
1.1 Encuadre de la tesis doctoral en las disciplinas científicas .....	IX
1.2 Justificación de la elección y tratamiento del tema.....	IX
1.3 Objeto de estudio y estructura.....	XI
1.4 Metodología .....	XIV
2. CUESTIONES GENERALES.....	XXIV
2.1 Orígenes del interés por la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y relevancia de la cuestión.....	XXIV
2.2 Concepto y medidas de conciliación de la vida personal familiar y laboral .....	XXVIII
2.3 Estado actual de la cuestión en el ámbito internacional. Especial referencia a la Organización Internacional del Trabajo.....	XXXII
2.4 Estado actual de la cuestión en el ámbito de la sociedad europea .....	XXXV
<b>PARTE PRIMERA.....</b>	<b>45</b>
<b>CAPÍTULO I. EL DERECHO SOCIAL Y LA POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: SU SUBORDINACIÓN AL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA .....</b>	<b>47</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	47
2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES .....	49
2.1 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	58
2.2 Aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el TJUE .....	89
2.3 La interacción entre el sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el sistema de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa.....	98

3.	DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA .....	103
3.1	Origen y concepto de “derecho social europeo” en el ámbito europeo .....	103
3.2	Derecho social europeo y derecho social de la Unión Europea .....	109
3.3	Derecho social y política social.....	113
3.4	Proceso de construcción del derecho social de la Unión Europea ..	121

**CAPÍTULO II. EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES..... 161**

1.	LA LABOR CUASI LEGISLATIVA DEL TJUE: SU CONTRIBUCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA	161
2.	LA CONTRIBUCIÓN DEL TJUE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES .....	163
3.	LA COLISIÓN JUDICIAL ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS.....	170
3.1	Primera etapa: hasta el Tratado de Maastricht .....	171
3.2	Segunda etapa: a partir del Tratado de Maastricht.....	177

**IDEAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE PRIMERA ..... 187**

**PARTE SEGUNDA ..... 197**

**CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL..... 199**

1.	INTRODUCCIÓN .....	199
2.	ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL .....	204
2.1	Del Tratado de Roma al Tratado de Amsterdam.....	205
2.2	Del Tratado de Amsterdam hasta la actualidad.....	237

**CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN  
MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y  
LABORAL ..... 271**

1.	INTRODUCCIÓN .....	271
2.	EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	272
3.	ANÁLISIS CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL .....	273
4.	ANÁLISIS TRANSVERSAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL .....	480
4.1	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de permiso parental .....	480
4.2	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación en el acceso al empleo y en la promoción en el mismo por razón de maternidad	495
4.3	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección frente al despido por razón de maternidad o permiso parental.....	507
4.4	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación salarial por razón de maternidad o permiso parental.....	524
4.5	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de dicriminación en las condiciones laborales por razón de la maternidad o del permiso parental.....	535
5.	ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA JURISPRUDENCIA Y REFLEXIONES .....	556
5.1	Análisis cuantitativo y reflexiones particulares de cada una de las categorías .....	556
5.2	Análisis cuantitativo del conjunto de la jurisprudencia analizada ..	580

**CONCLUSIONS ..... 591**

**CONCLUSIONES ..... 591**

**FUENTES ..... 625**

1. FUENTES CITADAS..... 625

2.	FUENTES CONSULTADAS.....	642
3.	FUENTES PRIMARIAS .....	652
3.1	DOCUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA .....	652
3.2	DOCUMENTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES .....	656
3.3	JURISPRUDENCIA .....	657



## **INTRODUCCIÓN**

### **1. CUESTIONES PRELIMINARES**

#### **1.1 ENCUADRE DE LA TESIS DOCTORAL EN LAS DISCIPLINAS CIENTÍFICAS**

Esta tesis se encuadra dentro del Derecho de la Unión Europea (a partir de ahora UE). Se centra en el tratamiento que éste otorga a la regulación de todos aquellos aspectos que pueden influir en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral así como a la aplicación de esta regulación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a partir de ahora TJUE) dentro del marco de los derechos sociales.

#### **1.2 JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN Y TRATAMIENTO DEL TEMA**

*“Sigue sin encontrarse una solución para poder compaginar la vida profesional, familiar y privada”*. El Parlamento europeo realiza esta afirmación en el apartado AA de la Resolución sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010)<sup>1</sup>, emitida en junio de 2010.

La necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral constituye una cuestión de extraordinaria actualidad puesto que las repercusiones sociales que la misma conlleva tanto en la esfera pública como en la esfera privada son de importante relevancia. Tal y como la Organización Internacional del Trabajo (a partir de ahora OIT) ha puesto de manifiesto<sup>2</sup>, esta realidad se halla intrínsecamente vinculada a fenómenos como el incremento de la tasa de empleo femenino remunerado, los cambios demográficos, los cambios en los modelos familiares, la productividad de la empresas o el sostenimiento del Estado de Bienestar, en lo que a la esfera pública se refiere. En la

---

<sup>1</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 y recomendaciones para el futuro (2009/2242(INI)) (2011/C 236 E/13) 18.08.2011.

<sup>2</sup> 312ª Reunión del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, noviembre de 2011. Sección de Formulación de Políticas. Segmento de Empleo y Protección Social.

esfera privada afecta a cuestiones tales como el déficit de bienestar<sup>3</sup>, el estrés, las relaciones interfamiliares o el rendimiento escolar de los hijos. La actual crisis económica y las medidas de austeridad que la acompañan han exacerbado aún más los conflictos existentes entre el trabajo remunerado y las responsabilidades familiares.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE a partir de ahora) en uno de sus últimos dictámenes<sup>4</sup> sobre esta materia sostiene que favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los hombres contribuye a una distribución más equitativa del trabajo remunerado y no remunerado entre hombres y mujeres. Por otra parte, también argumenta que una distribución más equitativa del permiso parental entre ambos progenitores reduciría los factores que disuaden a los empresarios de contratar mujeres en edad de procrear.

En este mismo dictamen el CESE pone de manifiesto que los Estados miembros con mayor tasa de natalidad son también los que han hecho más para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar a los padres, y los que cuentan con altas tasas de empleo femenino. Por ello sostiene que los Estados miembros deberían facilitar un apoyo más eficaz, asequible, accesible y de calidad para las familias con hijos a través de políticas. El CESE propone políticas como:

1. Invertir en niños mediante programas de intervención en la infancia temprana, en particular aquellos que prestan servicios orientados hacia la familia, tanto en el hogar como en centros específicos.
2. Conciliar las responsabilidades familiares y laborales mediante la coordinación en una serie de ámbitos, como la prestación de servicios de guardería, permiso parental y lugares de trabajo favorables a la familia.
3. Crear un marco favorable para aumentar las tasas de fertilidad además de políticas de conciliación, mediante eficiencias y políticas orientadas a compartir más

---

<sup>3</sup> Según ESPING-ANDERSEN los estudios actuales intentan identificar el *déficit de bienestar* examinando la distancia entre las preferencias de los padres y la fecundidad real. Esto suele realizarse comparando los ideales que expresa la gente en cuanto al número de hijos con el índice sintético de fecundidad (ISF). ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *El déficit de la natalidad en Europa. La singularidad del caso español*. Barcelona: Obra Social “la Caixa”. Colección de Estudios Sociales. Núm. 36. 2013, p.31.

<sup>4</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El empleo de las mujeres y el crecimiento» (Dictamen exploratorio) DOUE núm. C 341 de 21.11.2013.

ampliamente los costes del cuidado de los hijos, así como a permitir a las parejas jóvenes acceder a una vivienda asequible e incorporarse sin problemas al mercado laboral.

Los estudios sobre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral son abordados en la mayoría de los casos desde perspectivas predominantemente sociológicas y económicas. Por ello este trabajo pretende adentrarse en este campo con un enfoque distinto, desde una perspectiva fundamentalmente jurídica. Se pretende observar el tratamiento normativo que la UE ha otorgado a esta cuestión a lo largo de su historia así como la protección y promoción llevada a cabo por parte del TJUE al aplicar e interpretar esta normativa.

La identificación de aquellas carencias que estos instrumentos pueden presentar, así como la identificación de sus posibles vicios y defectos son importantes y de gran utilidad para la sociedad. De este modo se contribuye a la búsqueda de una mejor solución para compaginar las distintas facetas de la vida de la persona y, por ende, a la mejora de todas aquellas áreas sobre las que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral repercute en mayor o menor grado.

### **1.3 OBJETO DE ESTUDIO Y ESTRUCTURA**

¿Qué se entiende por conciliación de la vida personal, familiar y laboral?, ¿qué factores componen esta realidad?, ¿cómo se regula esta necesidad desde la Unión Europea?, ¿qué evolución ha experimentado esta regulación?, ¿qué fines se encuentran tras esta normativa?, ¿el tratamiento otorgado a esta cuestión mantiene la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres? o ¿qué papel ha jugado el TJUE al respecto? son algunos de los interrogantes a los que, en mayor o menor medida, pretende dar respuesta esta tesis.

Esta investigación tiene por objeto analizar la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea existente en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Mediante este análisis se pretende conseguir los siguientes objetivos:

1. Identificar cuál es el verdadero fin que con una y otra se pretende alcanzar. ¿Verdaderamente se persiguen fines y objetivos exclusivamente sociales, o son ellos un mero disfraz, políticamente correcto, tras el que se esconden intereses económicos? Este trabajo tiene por objeto principal responder esencialmente a una pregunta: ¿La normativa europea reguladora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su aplicación e interpretación por el TJUE tienen un verdadero carácter social?

La tesis que sostiene el corte economicista de la Unión, es decir la primacía de las libertades económicas frente al resto de derechos, es mayoritaria en la doctrina<sup>5</sup>. En esta investigación se va a analizar cómo este sesgo se presenta en el ámbito de los derechos sociales y, en concreto y por ende, en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Se estudiará si la normativa en la materia persigue esta finalidad económica así como si el Tribunal mediante su jurisprudencia persigue también este objetivo.

2. Identificar si esta normativa y la jurisprudencia del TJUE presentan rasgos continuados a través de los cuales se mantiene la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres: ¿Determinadas medidas de conciliación contribuyen a que sea la mujer la que continúe asumiendo en exclusiva el papel de responsable de las obligaciones domésticas y familiares?

En muchas ocasiones las medidas planteadas con el fin de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral han sido dirigidas en exclusiva a la mujer lo cual ha conllevado la perpetuación de los roles que tradicionalmente han tenido asignados hombres y mujeres. Se examinará si la normativa de la UE que incide en esta materia y la jurisprudencia del TJUE contribuyen a esta perpetuación o si por el

---

<sup>5</sup> SZYSZCZAK, Erika. "Protecting Social Rights in the European Union." En HANSKI, R. y ROSAS A. *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd edition. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p.493; POIARES MADURO, Luis Miguel. "Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU." En ALSTON, Philip. *The EU and human rights*. Oxford: Oxford University Press. 1999, p. 449; MAESTRO BUELGA, Gonzalo. "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 7. enero-junio. 2000, p.123; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio. "La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE". *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 699-720.

contrario combaten la misma mediante la promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

3. Proponer la mejor perspectiva desde la cual abordar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Tradicionalmente esta cuestión ha sido abordada desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, con una marcada visión de género. En esta tesis se planteará la posibilidad de abordar la misma desde el ámbito de las políticas familiares con el fin de otorgar un tratamiento holístico y completo a esta realidad.

Para llevar a cabo este análisis, la tesis será estructurada en seis partes. La tesis presenta un capítulo introductorio, ante el cual nos hallamos, dividido en dos bloques. Por un lado, en la parte relativa a las “*cuestiones preliminares*”, se ha justificado la elección del tema y se ha descrito también su objeto. A continuación se presentarán la metodología empleada para la elaboración de cada una de sus partes así como los agradecimientos. Este capítulo introductorio contiene un segundo bloque en el que, bajo el nombre de “*cuestiones generales*”, se pretenden mostrar los orígenes y la relevancia del tema, así como dar a conocer el estado actual de la cuestión dentro del ámbito internacional y europeo.

Los Capítulos I y II conforman la Primera Parte de la Tesis. Éstos tienen ambos un carácter descriptivo y de encuadre de la cuestión. Los Capítulos III y IV integran la Segunda Parte de la tesis. Éstos tienen un carácter analítico. El Capítulo I comprende un estudio acerca del reconocimiento y la protección de los derechos sociales en la Unión Europea como marco del derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral. Será analizada su evolución, así como la finalidad que mediante su tutela busca la Unión.

En el Capítulo II se analizará el papel que el TJUE ha desempeñado en el ámbito de los derechos sociales, con el fin de observar el tratamiento que les otorga y cómo aborda su colisión con las libertades económicas de la Unión. Este capítulo también busca introducir y facilitar la comprensión del análisis jurisprudencial que se realiza

estrictamente en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el Capítulo IV.

En el Capítulo III se llevará a cabo, cronológicamente, el examen de cada una de las normas de la UE que se han considerado más relevantes en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Además de describir el contenido y las aportaciones y contribuciones que cada una de ellas realiza a esta materia, se identificará el fin que con ellas se persigue lograr.

En el Capítulo IV se presenta un doble análisis. Por una parte, se plasma cronológicamente el análisis que de cada una de las sentencias se ha llevado a cabo. Por otra parte, se refleja el análisis transversal que se ha realizado de las mismas. La descripción de los análisis realizados se detalla en el apartado relativo a la metodología empleada.

Finalmente serán expuestas aquellas conclusiones a las que se ha llegado tras la elaboración de toda la investigación así como las posibles consecuencias de éstas. También se apuntarán posibles propuestas y medidas que facilitarían esta anhelada conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

## **1.4 METODOLOGÍA**

Es digna de mención la complejidad<sup>6</sup> que conlleva no sólo la selección de un método dentro del ámbito jurídico, sino la mera definición de una metodología determinada y propia en la esfera de la investigación y dogmática jurídicas. Esta dificultad puede atribuirse, en parte, al arduo debate acerca de si el saber jurídico alcanza o no el prestigio de ser científico.

Gracias a autores como KELSEN<sup>7</sup>, que han manifestado especial interés en la defensa de la calificación de la ciencia jurídica como ciencia, así como a la

---

<sup>6</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Editorial Porrúa S.A. 1984, p. 13.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa. 1993.

epistemología moderna, que ha debilitado la idea de ciencia y le ha otorgado un carácter más flexible, el jurista ya no siente ese complejo de inferioridad frente a otros científicos<sup>8</sup> y se puede hablar del derecho como ciencia. Se ha dicho que “*se denomina ciencia del Derecho a la actividad intelectual que tiene por objeto el conocimiento racional y sistemático de los fenómenos jurídicos*”<sup>9</sup>.

Aclarada esta primera premisa, aparece un nuevo interrogante metodológico, ¿existe un método propiamente jurídico? Muchas investigaciones jurídico-dogmáticas se caracterizan por adolecer de una apropiada reflexión, crítica y valoración sobre el tema que plantean, por lo que se tiende a pensar que existe un único método esencial para el derecho, consistente en el método hermenéutico<sup>10</sup>.

Por otra parte, algunos autores se limitan a exponer que el método jurídico es el método científico aplicado al derecho, mientras que otros aplican a éste los métodos del razonamiento lógico (deductivo e inductivo), sin embargo, ambos obvian ejemplificar cómo sería llevada a cabo esta aplicación<sup>11</sup>. Así también, se halla quien aboga por la aplicación a la esfera jurídica de los métodos interpretativos, históricos, conceptuales o teleológicos.

Previamente a la selección del método es necesario exponer dos ideas fundamentales que condicionarán tal elección. De un lado, la labor del jurista no es una, sino que son muy variadas y dispares las funciones que éste puede realizar, como la elaboración del derecho, la investigación y conocimiento del derecho, la aplicación del derecho o la enseñanza del derecho. En función del cometido se precisará de un determinado método.

De otro lado, son innumerables los posibles objetos de una investigación jurídica. El objeto elegido condicionará también, en gran medida, el método a seguir. En

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1986, p.25.

<sup>9</sup> LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ariel. 2002, p.109.

<sup>10</sup> COURTIS, Christian. (Coord.). “Prólogo”. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 15.

<sup>11</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Los métodos para los juristas”. En COURTIS, Christian. (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p.17.

consecuencia, conviene identificar en este punto el objeto del presente trabajo, es decir, exponer la cuestión o el problema<sup>12</sup> que a lo largo del mismo se tratará de resolver. “No hay verdadera investigación sin que exista un problema que ha de ser resuelto”<sup>13</sup>.

Este trabajo, como ya se ha expuesto, tiene por objeto principal responder esencialmente a una pregunta: ¿Tiene la normativa europea reguladora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su aplicación e interpretación por el TJUE un verdadero carácter social?

Todo objeto supone una pregunta y toda pregunta plantea algunas hipótesis a modo de respuesta<sup>14</sup>. Ellas sirven para marcar el camino y la estructura del razonamiento y de la exposición, así RAMÓN y CAJAL sostenía que “[a]ún siendo errónea, una hipótesis puede servir eficazmente al progreso con tal que esté basada en nuevas observaciones y marque una dirección original al pensamiento científico. Y en todo caso, la explicación rechazada por falsa siempre tendrá una ventaja: la de restringir, por exclusión, el campo de lo imaginable, eliminando soluciones inaceptables y causas de error. Con razón dice Le Bon “que quien rehúsa escoger la hipótesis por guía, debe resignarse a tomar el azar por maestro”<sup>15</sup>. La hipótesis fundamental que tratará de ser refutada en este trabajo se expone a continuación.

A la pregunta de si la normativa europea reguladora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la jurisprudencia del TJUE en esta materia tienen un verdadero carácter social, se le pretende responder mediante la argumentación de la hipótesis de que ambas adolecen de este carácter y persiguen un fin esencialmente económico.

Para dar respuesta a esta cuestión la exposición será dividida en dos partes claramente diferenciadas. Por una parte en los Capítulos I, II y III se abordará el análisis

---

<sup>12</sup> AZÚA REYES, Sergio Teobaldo. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. México: Editorial Porrúa S.A.1990, p. 7.

<sup>13</sup> DE LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 53.

<sup>14</sup> DE LIMA, José Reinaldo. *op cit.*, 2006, p. 57.

<sup>15</sup> RAMÓN Y CAJAL, Santiago. *Reglas y consejos sobre investigación científica*. Madrid: Librería Beltrán. 1935, p. 179.



del tratamiento otorgado por la UE a los derechos sociales y a la normativa reguladora de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar para cuya realización ha sido seleccionada una metodología determinada. Mientras que, por otra parte, el capítulo V, en el que se lleva a cabo un análisis jurisprudencial, la metodología empleada será distinta.

Para el primer bloque mencionado, es decir, para el conjunto de los Capítulos I, II y III, en primer lugar, se han empleado simultáneamente dos métodos. Se han empleado los métodos expositivo y descriptivo-teleológico, con el fin de exponer cuál es el contenido de cada una de las disposiciones analizadas, bien sean tratados o directivas fundamentalmente, y de identificar su verdadero interés y el fin que a través de ellos se pretende alcanzar.

Previamente al análisis se han llevado a cabo una serie de pasos como son: la búsqueda de información bibliográfica existente sobre cada una de las cuestiones tratadas en cada uno de los mencionados capítulos y la búsqueda y selección de aquellas fuentes o documentos primarios a analizar, tratados o directivas entre otros, que guardan relación con el objeto de la investigación.

La tarea expositiva puede ser definida como aquella dedicada a describir un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático<sup>16</sup>. PEÑA la caracteriza como “*una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, ordenándolo en términos más económicos y sencillos que aquellos con que aparece en su presentación original*”<sup>17</sup>.

La tarea descriptiva-teleológica, pese a lo que de su propia nomenclatura pueda intuirse, encierra entre otras muchas funciones, la labor de llevar a cabo una determinada interpretación del derecho positivo. No se limita a una tarea de descripción mecánica sino que implica una serie de problemas como es la determinación teleológica y axiológica de la norma, es decir la discusión acerca de sus fines y de los valores que

---

<sup>16</sup> COURTIS, Christian. “El juego de los juristas”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 113.

<sup>17</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “¿Qué hacen los civilistas?”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Núm. 28. 1993, p. 26.

consagra<sup>18</sup>. Es por ello que será fundamental el ejercicio de esta labor con el fin de responder al problema que se plantea como objeto del trabajo.

Continuando con este primer bloque, en segundo lugar, y con base en los resultados obtenidos en este primer análisis, se procederá a determinar el verdadero carácter de esta normativa sostenido en la hipótesis. Éste carácter será a su vez, analizado, valorado y criticado a través del método crítico. También en este punto, tratarán de ser expuestas las consecuencias de este planteamiento.

Mediante el empleo del método crítico se pretende valorar, en este caso, si es apropiado el fin que se esconde tras la normativa europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como las consecuencias que de ello se derivan. Al aventurarse el presente trabajo a plantear cuál debiera ser su carácter, así como su incardinación temática, podría hablarse en este punto de una hipótesis de *lege ferenda*.<sup>19</sup>

Ambos análisis serán estudiados transversalmente desde una perspectiva jurídico-sociológica. Es común el hecho de que “*un problema jurídico exija que otras ciencias vengan a auxiliar al jurista en su tarea*”<sup>20</sup>. Tal y como establece OLIVEIRA:

*“En realidad y contra lo que se podría pensar a primera vista- dado el positivismo normativista de corte kelseniano teóricamente dominante en las facultades de derecho-, en la mayor parte de las tesinas y tesis no prima la pureza. Es común encontrar, entre argumentos jurídicos, fugas hacia el exterior del mundo del derecho. Generalmente críticas [...]”*<sup>21</sup>.

En este mismo sentido se pronuncia SASTRE según el cual:

*“[...] si el derecho es un fenómeno social complejo que despliega sus funciones en una cultura política concreta, todo apunta a que no se trata de un objeto*

---

<sup>18</sup> COURTIS, Christian. *op cit.*, 2006, p. 114

<sup>19</sup> *Ibidem.* p. 115.

<sup>20</sup> DE LIMA LOPES, José Reinaldo. *op cit.* 2006, p. 56.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Luciano. “No me vengas con el Código de Hammurabi. La investigación socio-jurídica en los estudiantes de posgrado en derecho”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.280.

*precisamente aislado del mundo de los hechos y los valores. Por eso las aportaciones de otras especialidades pueden enriquecer el discurso jurídico.”*<sup>22</sup>

Se podría hablar en este caso de estar ante una investigación socio-jurídica<sup>23</sup>. La cuestión relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral tiene un marcado carácter sociológico, así como también las consecuencias que del enfoque que la UE da a esta normativa se derivan. Se trataría de una fuga hacia el exterior del mundo del derecho en toda regla.

El segundo bloque, integrado únicamente por el Capítulo IV, se ha elaborado también siguiendo una metodología expositiva, descriptiva-teleológica y crítica de cada una de las sentencias, es decir, se ha llevado cabo un análisis cualitativo de la jurisprudencia escogida y tras éste se ha procedido al análisis cuantitativo de los resultados del primero con el fin de obtener conclusiones científicas.

La novedad de la noción de conciliación sumada a la complejidad de la misma impide que el análisis de esta cuestión se haya desarrollado de manera directa, es decir, convirtiendo en objeto de estudio únicamente aquella jurisprudencia del TJUE que trata en exclusiva esta cuestión. Es por ello que el análisis se ha llevado a cabo de modo indirecto. La búsqueda y selección de jurisprudencia se ha realizado utilizando diferentes descriptores, elegidos por tratarse de nociones que conforman a su vez la compleja cuestión que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituye. Los descriptores o términos de búsqueda utilizados han sido “conciliación”, “maternidad” y “permiso parental”. La búsqueda ha sido realizada a través de la página web de que dispone el TJUE<sup>24</sup>. También han sido analizadas aquellas sentencias halladas por remisión doctrinal o jurisprudencial, es decir, aquellas que no han sido buscadas directamente sino que han ido surgiendo a lo largo de la investigación bien al ser citadas por otras sentencias, bien porque la doctrina las menciona.

---

<sup>22</sup> SASTRE ARIZA, Santiago. “Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 159.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Luciano. *op cit.* 2006, p. 291.

<sup>24</sup> <http://curia.europa.eu/>

De las setenta y cuatro sentencias obtenidas inicialmente, tras llevar a cabo una primera lectura, algunas de ellas fueron descartadas por no guardar una relación directa con el objeto de la investigación, siendo cincuenta y ocho sentencias las finalmente analizadas.

El período temporal que el análisis comprende transcurre desde 1952, fecha de creación del Tribunal de la CECA, hasta el 31 de agosto de 2013, fecha en la que se cierra el período de investigación de la presente tesis. Cabe puntualizar que el análisis de la jurisprudencia, a partir de 1989 (fecha de creación del Tribunal de Primera Instancia), se ha limitado exclusivamente a aquellas sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia, es decir, no ha sido contemplada en el análisis la jurisprudencia del Tribunal General ni la del Tribunal de la Función Pública. Tal decisión se ha adoptó por razón de economía, precisión y tras contrastar al analizar la jurisprudencia del TJUE que las referencias al Tribunal General eran escasas.

Por otra parte cabe tener en cuenta que el Tribunal de la Función Pública es competente para conocer en primera instancia de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 270 TFUE, por lo que su problemática no es representativa de la del conjunto de la ciudadanía europea.

En este capítulo se presenta un doble análisis. Por una parte, en él se plasma cronológicamente el análisis cualitativo que de cada una de las sentencias se ha llevado a cabo. Por otra parte, se refleja el análisis transversal, también cualitativo, que se ha realizado de las mismas, el cual es complementado por un análisis cuantitativo con el fin de mostrar gráficamente los resultados obtenidos y poder así extraer conclusiones.

El primero de los análisis se ha realizado examinando una serie de indicadores en cada uno de los asuntos. En primer lugar se ha identificado cada una de las sentencias con la categoría temática a la que se halla adscrita. Esta categorización se ha inspirado en la realizada por CARACCIOLLO di TORELLA y MASSELOT<sup>25</sup>. Ello ha permitido distinguir las siguientes categorías:

---

<sup>25</sup> CARACCIOLLO di TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *European Law Rev.* Núm. 26. 2001, pp. 239-260.

1. Permisos por cuidado de hijos (permisos de maternidad, paternidad y parentales)
2. Discriminación en el acceso al empleo por razón de la maternidad o del permiso parental.
3. Despido por razón de la maternidad o del permiso parental.
4. Discriminación salarial por razón de la maternidad o del permiso parental.
5. Discriminación en las condiciones laborales por razón también de la maternidad o del permiso parental.

El segundo indicador consiste en la norma o normas jurídicas que el Tribunal ha interpretado en cada uno de los asuntos. Estas son fundamentalmente la Directiva 75/117<sup>26</sup>, la Directiva 76/207<sup>27</sup>, la Directiva 92/85<sup>28</sup>, la Directiva 96/34<sup>29</sup> y la Directiva 2006/54<sup>30</sup>.

---

CARACCIOLLO y MASSELOT en este artículo plantean distintos sistemas de categorizar la jurisprudencia relativa a esta materia, tales como la clasificación cronológica de la misma, la clasificación atendiendo al tipo de discriminación que se presenta en cada asunto (directa e indirecta), la clasificación atendiendo a aquellos principio generales que el Tribunal establece en cada sentencia etc...

Sin embargo, la clasificación que ambas autoras proponen consiste en una categorización *ratione materiae*, que tiene por finalidad identificar la estrategia que el Tribunal sigue en relación a esta cuestión. En primer lugar proponen dividir los asuntos en dos grandes categorías, la primera de ellas englobará aquellos casos relacionados con el embarazo y la maternidad cuyos efectos repercutan en la vida familiar y, en segundo lugar, aquellos relacionados también con el embarazo y la maternidad cuyos efectos repercutan sobre la vida laboral. Dentro de esta segunda categoría las autores establecen, a su vez, tres nuevas diferenciaciones o subcategorías. En primer lugar, aquella que recoge aquellos asuntos que versen sobre el despido de trabajadores y trabajadoras. En segundo lugar, aquella cuyas casos guarden relación con cuestiones salariales y, finalmente, una tercera categoría que englobe aquellos asuntos que traten otras cuestiones laborales. Dentro de ésta última se engloban aquellas relativas a cuestiones tales como el acceso y la promoción en el empleo o la adaptación al puesto de trabajo.

El sistema de clasificación adoptado en la presente investigación ha descartado la primera división que CARACCIOLLO y MASSELOT realizan atendiendo al ámbito sobre el cual los asuntos repercuten con mayor intensidad (ámbito familiar y laboral) ya que en la mayoría de los casos se ha comprobado que el límite entre ambos es difuso. Es decir, con frecuencia, muchos de los asuntos poseen efectos sobre ambas esferas al mismo tiempo por lo que no se ha estimado oportuno y necesario aplicarla. Sin embargo sí se ha inspirado en las restantes categorías que propone.

<sup>26</sup> Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE núm. L 48, de 22.02.1975.

<sup>27</sup> 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. DOCE núm. L 39, de 14.02.1976.

<sup>28</sup> 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). DOCE núm. L 348, de 28.11.1992.

En tercer, cuarto y quinto lugar se concentran los indicadores que marcan los ejes fundamentales del análisis. A través de ellos se examina el tratamiento que el Tribunal ha dado a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en su jurisprudencia a través de un triple prisma. Han sido tres las perspectivas desde las que este conjunto de 59 sentencias ha sido analizado, de este modo en cada una de las sentencias expuestas cronológicamente se ha tratado de identificar los siguientes aspectos:

- a. El grado de protección que el Tribunal otorga a los derechos de los trabajadores y trabajadoras en relación con la protección y promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- b. El mantenimiento o no, por parte del Tribunal, de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres
- c. La primacía de los intereses económicos frente a los intereses sociales, o viceversa, en cada uno de los asuntos.

Finalmente se hace referencia explícita al nombramiento y aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por parte del Tribunal. Serán tenidas en cuenta tanto aquellas referencias en las que la Carta ya gozaba de carácter vinculante (tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), así como aquellas sentencias anteriores a esta fecha en las que se trataba de un documento político y no vinculante pero al que el Tribunal acudía con el fin de apoyar la interpretación de determinados derechos. También se estudiará el papel que los Abogados Generales han jugado en la evolución de estas cuestiones.

Una vez finalizado el análisis de cada una de las sentencias, se ha llevado a cabo un estudio transversal de la jurisprudencia tomando como ejes del mismo tres de los indicadores anteriormente mencionados (grado de protección de los derechos de los trabajadores y trabajadas, mantenimiento de la división tradicional sexual de roles y su

---

<sup>29</sup> 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. DOCE núm. L 145, de 19.06.1996.

<sup>30</sup> 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). DOUE núm. L 204, de 26.07.2006.

finalidad económica). Para ello, las sentencias han sido agrupadas atendiendo a su categoría temática y una vez agrupadas, cada una de las categorías ha sido analizada conjuntamente desde este triple prisma. De esta manera, se observará en cada una de las categorías temáticas descritas los siguientes aspectos:

- a. El grado de protección que el Tribunal otorga a los derechos de los trabajadores y trabajadoras en relación con la protección y promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- b. El mantenimiento o no, por parte del Tribunal, de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.
- c. La primacía de los intereses económicos frente a los intereses sociales, o viceversa, en cada uno de los asuntos.

Finalmente se han analizado cuantitativamente los datos obtenidos tras el análisis cualitativo con el fin de plasmar visualmente mediante gráficos los mismos y facilitar la elaboración de los resultados y las conclusiones.

## **2. CUESTIONES GENERALES**

### **2.1 ORÍGENES DEL INTERÉS POR LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y RELAVANCIA DE LA CUESTIÓN**

Históricamente las personas siempre han integrado y manejado, de alguna manera, las distintas facetas de sus vidas, el trabajo remunerado y no remunerado, las obligaciones familiares y otras actividades de cuidado, las amistades, el ocio y los intereses de la comunidad... Sin embargo, la necesidad de compaginar o hacer compatible la vida personal, familiar y laboral, tal y como hoy se conoce, no surgirá hasta la segunda mitad del siglo XX.

A lo largo del siglo XX esta necesidad de compaginar las distintas facetas de la vida de la persona se verá incrementada debido a diversos factores tales como la incorporación masiva de las mujeres al mercado laboral, el progresivo reconocimiento de la igualdad formal de las mujeres y los profundos cambios demográficos. Estos factores han propiciado la introducción de medidas de conciliación en las políticas y normativas laborales. En un primer momento estas medidas e instrumentos iban dirigidos exclusivamente a la mujer pero poco a poco sus destinatarios son tanto hombres como mujeres.

El avance en materia de igualdad unido a la salida de la mujer de la esfera privada, a la que tradicionalmente había quedado relegada, a la esfera pública, provocó profundas transformaciones sociales y económicas de diversa índole. Se entiende por esfera privada aquel ámbito que comprende el cuidado del hogar y de la familia, así como todas las relaciones que en éste se desarrollan. Con el concepto de esfera pública se hace referencia a aquellas tareas desempeñadas fuera del ámbito familiar, en la mayoría de los casos de carácter laboral, aunque también comprende otro tipo de actividades como aquéllas de índole político o religioso, así como todas aquellas relaciones sociales fruto de cada uno de estos ámbitos. Estas consecuencias han convertido esta realidad en una cuestión de actualidad y de gran trascendencia social y política.



Tradicionalmente en la cultura occidental, ha sido la mujer quien ha tenido atribuido el rol del cuidado de la familia y del hogar. Por ello, todavía hoy, es ella quien soporta en la mayoría de los casos la carga de compaginar sus obligaciones personales, familiares y laborales. La asunción por parte de las mujeres de un rol público no ha significado ni la liberación del rol privado tradicional, ni la reorganización del espacio público, ni tampoco la orientación de los varones hacia el trabajo doméstico<sup>31</sup>.

Las transformaciones demográficas y del mercado laboral, durante las últimas décadas, han provocado un importante desequilibrio entre las necesidades de los hogares y la construcción del Estado de Bienestar. Únicamente algunos Estados de Bienestar, fundamentalmente nórdicos, han dado respuesta efectiva a esta nueva realidad y han apoyado a la estructura familiar mediante la oferta de servicios y ayudas económicas. Ello ha dado lugar a una casi perfecta combinación de altas tasas de ocupación femenina, hogares de dobles rentas y fecundidad bastante elevada. Esta situación a su vez repercute beneficiosamente sobre el Estado de Bienestar puesto que la elevada tasa de ocupación femenina aumenta la base tributaria y disminuye la necesidad de ayuda a las familias. Por otra parte el sostenido número de nacimientos contribuye a disminuir la futura presión financiera sobre los fondos de pensiones<sup>32</sup>.

Sin embargo, en la Europa mediterránea no se ha instaurado este modelo y existe un elevado nivel de incompatibilidad entre el empleo de la mujer y la fecundidad. Ello provoca bajas tasas de ocupación femenina y al mismo tiempo bajos índices de fecundidad. Esta paradoja tiene como consecuencia la insostenibilidad de las finanzas del Estado de Bienestar.

Los avances tecnológicos también han favorecido la evolución de las medidas de conciliación puesto que han proporcionado la posibilidad de trabajar desde casa. La tecnología ha facilitado el proceso globalizador y ha permitido un mercado internacional 24 horas que ha conducido a la expansión de atípicos horarios laborales y

---

<sup>31</sup> CARRASQUER OTO, Pilar “En torno a la conciliación de la vida laboral y familiar. Una aproximación desde la perspectiva de la doble presencia”. *Revista Red Social EDSI*. Núm. 6. 2006, pp.9-11.

<sup>32</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. “Estados de Bienestar y Familias”. En MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA (Dir.). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Madrid: Fundación Once. 2000, p. 741.

a la necesidad de que las empresas desarrollen medidas de flexibilidad laboral. Por otra parte también ha contribuido a la transformación de modelo, el cambio en las responsabilidades y necesidades de los varones quienes cada vez más manifiestan su deseo de tener tiempo para involucrarse en las obligaciones familiares y del hogar.

Según LOUSADA AROCHENA pueden distinguirse tres etapas en lo que se refiere a la normativa encargada de tutelar los derechos relativos a la protección de la maternidad de la mujer así como a la facilitación de la conciliación de su vida laboral con su vida familiar<sup>33</sup>. La primera de las etapas, se caracteriza por su marcado corte paternalista en la que la legislación protectora de los derechos de la mujer se halla repleta de prohibiciones en relación con una serie de empleos que no podían ser desempeñados por mujeres, lo cual condicionaba su derecho al acceso al empleo y perpetuaba los tradicionales estereotipos de género.

La segunda etapa, se caracteriza por el pleno reconocimiento a la mujer de los mismos derechos que le eran atribuidos al varón. Se abandona la anterior visión proteccionista de la mujer y circunstancias tales como la maternidad pasan a ser consideradas como estrictas excepciones. En esta época se habla del reconocimiento de la igualdad formal de la individualización de los derechos de las mujeres.

En la tercera etapa, tras observarse que la mera equiparación de derechos entre hombres y mujeres no resulta suficiente, las medidas de protección de la maternidad pasan a ser concebidas como un instrumento para la consecución de la igualdad y no como estrictas excepciones. Surgen las medidas y acciones proactivas, aquellas dirigidas a alcanzar una igualdad real, es decir, a hacer efectiva la igualdad formal lograda en la etapa anterior. En este momento comienzan a aparecer también las denominadas acciones positivas<sup>34</sup> o de discriminación positiva a través de las cuales se pretende la creación de un modelo de sociedad diferente y no de la adaptación de la mujer a una sociedad cuyas reglas de juego han sido establecidas por y para hombres.

---

<sup>33</sup> LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “Maternidad y conciliación en el Derecho comunitario”. En FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel y MORALO GALLEGO, Sebastián. *Derecho social europeo*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. 2007, p. 245 y 246.

<sup>34</sup> Son aquellas estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales.

Es en este momento y junto con la necesidad de un cambio estructural, en el que comienzan a ser reclamados los derechos relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como un nuevo reparto de las responsabilidades familiares y laborales entre el hombre y la mujer. Surge así la noción de “corresponsabilidad”.

Con frecuencia la mujer encuentra dificultades y obstáculos en el acceso al empleo, la permanencia o reinserción en el mercado laboral, así como en la promoción dentro de su carrera profesional. Todas estas situaciones, en un alto porcentaje, tienen como causa y origen la existencia de obligaciones de carácter familiar como puede ser el cuidado de menores, adultos dependientes o personas con discapacidad.

Pese a que las acciones y medidas destinadas a favorecer la la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, son dirigidas en muchas de las ocasiones a las mujeres, en absoluto les corresponde a ellas en exclusiva esta labor. Por ello es necesario virar el planteamiento y tomar como base y punto de partida, tanto en el diseño como en la implementación de normativa, políticas y acciones, la corresponsabilidad entre el varón y la mujer. Muy gradualmente, está afirmándose la idea de que también los hombres pueden participar en el cumplimiento de las obligaciones familiares y de cuidado, aunque se trata de un proceso demasiado lento y todavía inacabado<sup>35</sup>.

La corresponsabilidad es uno de los principales objetivos a alcanzar, es decir, se ha de conseguir no sólo que las medidas de conciliación vayan dirigidas tanto a mujeres como a hombres, sino también que éstas sean solicitadas y empleadas en igual medida por ambos. Este reparto de tareas entre el hombre y la mujer de manera equitativa e independiente al sexo, debe ser puesto en práctica dentro del hogar, puesto que es la mejor manera de transmitirlo a las generaciones futuras.

El bajo nivel de presencia de normativas, políticas, acciones y medidas que faciliten y permitan la conciliación de la vida personal, laboral y familiar está dando lugar a importantes consecuencias y transformaciones sociales como son el retraso en la edad de emancipación de los jóvenes del hogar familiar, en la edad de contraer matrimonio y de tener el primer hijo o la reducción de la tasa de natalidad y el

---

<sup>35</sup> URSO, Elena. “Las medidas contra la discriminación de género: una visión comparada de un problema debatido a nivel nacional y europeo”. *Revista de Estudios Jurídicos*. Núm.11. 2011, p. 28.

consecuente incremento de hogares con un solo hijo. Efectos como la reducción de la tasa de natalidad conllevan, a su vez, serios resultados como es la insostenibilidad de los sistemas de protección social. Cabe poner de manifiesto cómo estos efectos se han visto multiplicados con la crisis económica.

Todas estas consecuencias constituyen aspectos fundamentales y trascendentales para la sociedad, puesto que afectan profundamente a su estructura. Por ello la promoción, adopción e implantación de medidas que favorezcan la conciliación repercutirá favorablemente y comportará beneficios para todos los miembros que la componen.

La conciliación se ha convertido en un “*hot topic*” para los medios de comunicación, gobiernos, investigación social así como en la vida diaria de las personas. Sin embargo, no terminan de ser relevantes los avances reales y tangibles llevados a cabo al respecto<sup>36</sup>. La sociedad parece atascada a la hora de realizar cambios exitosos y duraderos en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El trabajo remunerado o el trabajo fuera del hogar invaden cada vez más el resto de esferas de la persona lo cual dificulta el alcance del equilibrio entre la vida laboral y la vida personal y familiar. Son muchas las razones sociales, como el estrés, la pobreza, la desigualdad entre mujeres y hombres, la demografía o la búsqueda de modelos más eficientes de producción, las que provocan la incorporación en la agenda pública de la cuestión de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

## **2.2 CONCEPTO Y MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL FAMILIAR Y LABORAL**

No hay unanimidad en relación al término escogido para designar esta necesidad de hacer compatible la vida personal, familiar y laboral de una persona. Mientras en otros países de la Unión Europea han sido escogidos términos como *reconciliación*

---

<sup>36</sup> LEWIS, Suzan, RAPOPORT, Rhona y GAMBLES, Richenda. “Reflections on the integration of paid work and the rest of life”. *Journal of managerial psychology*. Núm.18 .2003, p. 824.

(reconciliation) o *equilibrio* (balance), el legislador español, en su momento, fue partidario de acuñar esta realidad bajo el vocablo *conciliación* al igual que en Francia (conciliation) o en Italia (conciliazione).

Cada uno de estos términos no queda exento de matices y connotaciones ideológicas. En este sentido, puede plantearse como ejemplo la palabra *reconciliación*, cuyo origen no es jurídico sino sociológico, que es empleada en el ámbito científico para designar la relación entre el trabajo doméstico y el profesional desde una perspectiva metodológica procedente de una corriente del feminismo partidaria de alterar los roles sociales y fomentar el reparto de responsabilidades en el seno social y familiar<sup>37</sup>. En el momento de su aparición, era objeto esencial de este término hacer frente a la doble jornada a la que en la mayoría de los casos se veía sometida la mujer, mediante un reparto de tareas entre hombres y mujeres, o lo que es lo mismo, mediante un fomento de la corresponsabilidad.

Es cierto, sin embargo, que este término también se ha visto desvirtuado, y algunos autores como STRATIGAKI opinan que en la actualidad ha adoptado un cariz económico<sup>38</sup>, muy alejado de sus matices originarios. Este giro ha sido duramente criticado por la teoría feminista que propugna la utilización y el fomento del concepto *corresponsabilidad* al que quiere dotar de un mayor contenido referente a la distribución de roles. Este sentido en el término *reconciliación* se ha ido diluyendo.

Desde un punto de vista conceptual, el término *corresponsabilidad* supone un nuevo estadio de carácter cualitativo en la protección otorgada a los trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de dependientes. Según BALLESTER PASTOR el concepto de conciliación hace referencia exclusivamente al mero equilibrio de tiempos y a su relación con el derecho de ausencia<sup>39</sup>. Sin embargo el término corresponsabilidad va más allá y trata de implicar a otros sujetos y actores. Con carácter

---

<sup>37</sup> JUNTER-LOISEAU, Annie y TOBLER, Christa. "Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work". VVAA. *Gender and the use of time*. The Hague: Kluwer. 1999, pp. 341-369.

<sup>38</sup> STRATIGAKI, Maria. "The Cooptation of Gender Concepts in EU Policies: The Case of Reconciliation of Work and Family". *Social Politics*. Núm. 1, vol. 11, 2004. p.30.

<sup>39</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo. "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad". *Revista de Derecho Social*. Núm. 51, 2010, p. 31.

general suele reducirse excesivamente el alcance que este término posee al limitarlo meramente a la implicación masculina en el cuidado, no obstante en el ámbito jurídico laboral este término implica otros sujetos como los distintos miembros de la unidad familiar, los empleadores, los poderes públicos y la sociedad. Ésta última puede intervenir a través de una doble vía. De un lado, puede invertir financieramente para colaborar en las actividades de cuidado y, de otro lado, puede intervenir normativamente para garantizar la corresponsabilidad de la unidad familiar y del empresario o empleador.

Dejando a un lado estas discusiones terminológicas, y tomando como término a utilizar en la presente investigación el de “conciliación” debido a su extendido uso y a su carácter más comprensivo de las distintos factores que integran esta cuestión, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral podría ser entendida como aquel fenómeno consistente en compaginar estas tres facetas de la vida de una persona. Cada una de ellas se caracteriza por requerir de un determinado tiempo para ser desarrollada. La conciliación, consecuentemente, persigue el logro de un equilibrio entre los tiempos dedicados a cada uno de estos tres aspectos, independientemente que sea hombre o mujer quien haya de compaginarlos.

Son muchas las medidas e instrumentos que tratan de facilitar esta conciliación, y son éstos lo que logran dar contenido a esta cuestión con el fin de atender a las necesidades provocadas por la combinación de algunos de los factores.

De acuerdo con RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, las medidas, e instituciones jurídicas que permiten y facilitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pueden agruparse en tres grupos. Un primer grupo estaría integrado por los permisos que posibilitan a los trabajadores dedicarse por completo al cuidado familiar durante intervalos temporales, más o menos largos, y al finalizar, recuperar su empleo. Un segundo grupo quedaría compuesto por aquellas medidas de flexibilidad horaria para adaptar el tiempo a la vida privada y al trabajo. Finalmente un tercer grupo estaría

compuesto por aquellas medidas relativas a servicios públicos adecuados de atención a dependientes en general.<sup>40</sup>

Por su parte BALLESTER PASTOR sostiene que la regulación en materia de conciliación ha de girar en torno a tres ejes. En primer lugar esgrime que el concepto de conciliación no se halla integrado únicamente por los permisos parentales, aunque ello no es óbice para que sean considerados uno de sus componentes fundamentales. En segundo lugar aboga por una reestructuración en el reparto de tareas familiares, como una de las vías fundamentales para eliminar las incompatibilidades entre la vida personal, familiar y laboral. En tercer lugar afirma que la conciliación ha de conllevar necesariamente el replanteamiento del trabajo y concretamente del tiempo de trabajo<sup>41</sup>. Estas directrices van a facilitar la identificación y selección de normas a analizar que guardan relación con el objeto de la investigación.

Según FLAQUER y BRULLET entre las medidas de conciliación más frecuentes cabe citar la protección de las trabajadoras embarazadas y los permisos de maternidad, excedencias laborales, reducciones de la jornada laboral, trabajo a tiempo parcial, regulación de los horarios, servicios de guardería y políticas de cuidados de las personas dependientes<sup>42</sup>.

El objetivo de las medidas de conciliación consiste en lograr una mayor flexibilidad en la organización en los tiempos de trabajo para que hombres y mujeres puedan hacer frente a sus responsabilidades familiares, en las mejores condiciones posibles tanto para ellos como para las personas dependientes a su cargo y sin experimentar penalizaciones excesivas.

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares. Albacete: Editorial Bomarzo. 2010, p. 16.

<sup>41</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo. *op. cit.* p. 34.

<sup>42</sup> FLAQUER, Lluís y BRULLET, Cristina. "Política familiar a Catalunya: Una primera aproximació". En NAVARRO, Vicenç et al. *Les desigualtats socials a Catalunya*. Barcelona: Editorial Mediterrànea. 1999, pp. 75-191.

### **2.3 ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

La OIT en su 312ª Reunión del Consejo de Administración celebrada en Ginebra en noviembre de 2011 por el Segmento de Empleo y Protección Social, adscrito a la Sección de Formulación de Políticas, elabora un documento muy clarificador el cual resulta de gran utilidad para definir el estado actual de la cuestión en el ámbito internacional.

En él se establece que a lo largo de la última década, la cuestión de la conciliación del trabajo y la vida familiar ha ido cobrando visibilidad en los programas de políticas internacionales y nacionales y declara que la familia constituye una parte importante de la vida personal para la mayoría de las personas a lo largo de su ciclo vital.

De acuerdo con el documento, el interés que suscita actualmente, desde el punto de vista de las políticas, la conciliación del trabajo y la vida familiar, guarda relación con los nuevos desafíos que plantean fenómenos como la expansión del empleo femenino remunerado y de los empleos atípicos, la intensificación del trabajo, el envejecimiento de la población y los cambios en los modelos familiares, en particular, el crecimiento de los hogares monoparentales. La actual crisis económica y las medidas de austeridad que la acompañan han exacerbado aún más los conflictos existentes entre el trabajo remunerado y las responsabilidades familiares.

El hecho de no prestar atención a los conflictos entre la vida laboral y la vida familiar repercute negativamente no sólo en las oportunidades de empleo, la calidad del empleo, y la salud y productividad de los trabajadores afectados, sino también en sus familias, niños y adultos por igual, en los países desarrollados y en desarrollo. La conciliación del trabajo y la vida familiar debe considerarse una parte integral de las estrategias de protección social y de los programas dirigidos a mejorar la seguridad social y económica y el bienestar de las familias, y en particular de las madres trabajadoras. Si se diseñan adecuadamente, las medidas para conciliar la vida laboral y



la vida familiar también pueden contribuir a la igualdad de género, tanto en el mercado laboral como en la vida personal.

Entre las causas determinantes de las tensiones entre trabajo y familia podemos destacar las siguientes: la distribución desigual de las tareas de prestación de cuidados entre hombres y mujeres; las tendencias demográficas, sociales y ambientales; los cambios en las modalidades de trabajo; las políticas sociales de apoyo a la familia precarias o inexistentes y el impacto de la crisis económica.

En cuanto a los efectos de estas tensiones, el informe sostiene que cuando no se dispone de medidas eficaces para conciliar la vida profesional y la vida familiar y persisten las funciones estereotipadas tradicionales de los hombres en lo que respecta a las tareas de prestación de cuidados, las funciones sociales y reproductivas de la mujer siguen limitando sus oportunidades para participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres. En los países industrializados, la tasa de empleo de las madres tiende a ser menor que la de las mujeres sin hijos; y cuanto mayor es el número de hijos, menor es la tasa de empleo de la mujer. Por otra parte, la mayoría de las mujeres con hijos suelen trabajar a tiempo parcial y con horarios flexibles.

Las medidas de conciliación se clasifican por la OIT en seis categorías: políticas relativas a licencias o permisos; prestaciones de seguridad social; tiempo de trabajo y organización del trabajo; servicios de prestación de cuidados; reinserción laboral; y reducción del trabajo no remunerado. Se recomienda que las mismas sean adoptadas de manera holística puesto que resultan más eficaces cuando tienen en cuenta las necesidades de todos los trabajadores y de sus familiares a cargo a lo largo del ciclo de la vida.

Estas medidas producen numerosos efectos positivos sobre la sociedad. En primer lugar cabe sostener que estas medidas son elementos esenciales de las políticas de activación laboral y desempeñan una función fundamental en la promoción del empleo de la mujer y la reducción de la pobreza infantil. En segundo lugar, una inversión elevada en políticas de conciliación también se asocia a unas tasas de fecundidad más elevadas. En tercer lugar, también se ha comprobado que el permiso de maternidad y la protección del empleo durante el embarazo e inmediatamente después

del parto aumentan la participación de las mujeres en el mercado laboral, sin que ello afecte a sus ganancias. En los estudios realizados no se han observado efectos negativos en la productividad y éstos apuntan a beneficios considerables para los empleadores<sup>43</sup>.

El documento recuerda que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar deben ser aplicadas tanto a las mujeres como a los hombres. Es esencial aplicar medidas que favorezcan el cambio de comportamiento e impliquen a los hombres en las responsabilidades familiares desde el mismo momento del nacimiento de sus hijos para una paternidad plena, el bienestar de sus hijos y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>44</sup>.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar son condiciones necesarias para una recuperación económica integradora y sostenible, ya que actúan como estabilizadores sociales, crean empleos y promueven el trabajo de la mujer. El desarrollo de servicios comunitarios bien equipados y de la ayuda a domicilio para el cuidado no parental de los niños y otras personas a cargo puede generar economías de escala y rendimientos elevados, incluso en tiempos de austeridad. Asimismo, las inversiones en infraestructuras públicas básicas pueden reducir la carga que supone para las mujeres y los niños la prestación de cuidados no remunerados, al ahorrarles tiempo y energía para que puedan tener acceso a unas mejores oportunidades de empleo y a la educación. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen una función fundamental que desempeñar en la concepción y aplicación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> GORNICK, Janet C. y HEGEWISCH, Ariane. *The impact of “family-friendly” policies on women’s employment outcomes and the costs and benefits of doing business*. Informe encargado para el Banco Mundial (Washington, D.C., 2010). pp.10, 19 y 20; CAPARAS, Maria Victoria Q. (Dir.). *Work-life balance: Best practices from family-responsible employers and executives*. Pasig City: Universidad de Asia y el Pacífico. 2008, pp. 13-62.

<sup>44</sup> ASHER, Rebecca. *Shattered: Modern motherhood and the illusion of equality*. Londres: Harvill Secker. 2011, pp. 192-193.

<sup>45</sup> 312ª Reunión del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, noviembre de 2011. Sección de Formulación de Políticas. Segmento de Empleo y Protección Social, punto 46, p. 20.

## 2.4 ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SOCIEDAD EUROPEA

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral es fundamental para el rediseño del Estado contemporáneo. La aparición de la familia de doble ingreso desafía a los Estados a asumir nuevas responsabilidades puesto que las familias ya no pueden brindar su atención a tiempo completo a sus responsabilidades familiares, ni pueden permitirse el lujo de confiar el cuidado de sus dependientes exclusivamente a aquellas opciones que le ofrece el mercado. Hay, sin embargo, diferentes formas de abordar esta necesidad de cuidado y cada una tiene diferentes implicaciones para la igualdad<sup>46</sup>.

En las economías de libre mercado, como es el caso de Estados Unidos, la existencia de una mano de obra poco cualificada y con unos bajos salarios ha permitido desarrollar un mercado privado de cuidado de niños para desarrollar, evitando que los gobiernos federales y estatales tengan que subsidiar estas medidas.

En la UE, cuya meta es el logro de una economía social de mercado, por el contrario, las estrictas regulaciones del mercado laboral, los salarios y el grado de sindicación elevan el coste de la mano de obra e impiden el crecimiento de un mercado privado de cuidado de niños o dependientes. Como resultado, los gobiernos con el objetivo de promover el empleo de las mujeres o asegurar la educación de los niños pequeños se sentirán presionados para ofrecer subvenciones públicas para estos servicios<sup>47</sup>. La “defamilización”<sup>48</sup> o externalización del cuidado, como consecuencia de la creciente tasa de participación laboral de las mujeres, conlleva una de las nuevas demandas para los Estados. Éstos deberán asumir nuevas responsabilidades, ya que las familias no pueden basarse exclusivamente en los mercados para satisfacer estas necesidades.

---

<sup>46</sup> MAHON, Rianne. “Child Care: Toward what kind of “Social Europe”?” *Social Politics*. 2002, pp. 343-379.

<sup>47</sup> MORGAN, Kimberly J. “The “Production” of Child Care: How Labor Markets Shape Social Policy and Vice Versa”. *Social Politics*. Vol.12. Núm. 2. 2005, pp. 243-263.

<sup>48</sup> “Defamilialization”: término utilizado por Rianne Mahon en MAHON, Rianne. “Child Care: Toward what kind of “Social Europe”?” *Social Politics*. 2002, p. 343.

El rediseño del Estado de Bienestar ya no tiene lugar exclusivamente dentro de las fronteras nacionales sino que resulta necesaria la coordinación por parte de entes supranacionales como la UE. Ésta ha mostrado su preocupación por esta cuestión, entre otros motivos por la enorme repercusión que tiene sobre la propia estructura y sistema europeos. Esta inquietud ha sido manifestada por las distintas instituciones de la Unión.

Las decisiones que las familias adoptan en relación a la conciliación de su vida personal, laboral y familiar, no permanecen exclusivamente en la esfera privada, sino que repercuten en la estructura estatal y de la Unión. Estas decisiones determinan aspectos tan importantes como la participación en el mercado laboral o la tasa de fecundidad. Esta argumentación era puesta de relieve en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2008<sup>49</sup>. La UE es consciente de que se encuentra ante una cuestión de gran trascendencia y es conocedora del valor fundamental que tiene la familia a todos los niveles, como núcleo y base de la sociedad, y como lugar en el que se desarrolla y crece la persona.

En la UE hay doce millones más de mujeres que de hombres en situación de pobreza. Además de recibir salarios más bajos, las mujeres tienen una menor participación en el mercado de trabajo y trabajan menos horas, en parte debido a las tareas domésticas, de cuidado de los hijos y de cuidados de larga duración no remuneradas<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”. Bruselas, 3.10.2008. COM (2008) 635 final, p. 2.

<sup>50</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020”. Bruselas, 20.2.2013. COM(2013) 83 final, p.8. En la página 9 concreta los siguientes datos: “*la tasa de actividad femenina sigue estando un 16,4 % por debajo de la masculina, lo que refleja divisiones de género persistentes en las responsabilidades del hogar (un 64,9 % frente a un 77,6 % en el grupo etario de quince a sesenta y cuatro años en 2011); una proporción más elevada de mujeres trabajan a tiempo parcial, lo que supone un promedio de un 17,0 % menos de horas semanales trabajadas (33,7 horas frente a 40,6 horas en 2011); •la diferencia salarial entre mujeres y hombres es del 16,2 % (retribuciones medias por hora en 2010), en parte debida a que ellas reciben salarios inferiores por un trabajo de igual valor, y en parte porque el empleo femenino se concentra en puestos de trabajo peor retribuidos.*”

La importancia de esta realidad fue reconocida de manera clara y expresa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, donde el artículo 33 establece que:

*“1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.*

*2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.”*

En junio de 2010 el Parlamento europeo emitió una resolución sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010) en el que se hacía balance de algunas cuestiones relativas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El texto consideraba con carácter general por una parte, la ausencia de una solución eficaz que dé respuesta a la cuestión relativa a la conciliación. En este sentido sostenía en el apartado AA que *“sigue sin encontrarse una solución para poder compaginar la vida profesional, familiar y privada”*. Por otra parte, establecía la importancia de la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres y mencionaba como importante instrumento para su consecución la previsión del permiso de paternidad.

En relación con la promoción de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, la Resolución del Parlamento Europeo sobre Pekín +15, Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género<sup>51</sup>, alude en su considerando D a la importancia de la misma entre hombres y mujeres y establece la necesidad de ofrecer a los hombres oportunidades realistas, en particular en materia de licencia parental, para compartir las responsabilidades familiares y domésticas en pie de igualdad con las mujeres. El mismo texto en su apartado 5 insta a la Comisión a tener en cuenta entre las prioridades de su Plan de trabajo la conciliación del trabajo, la familia y la vida privada.

---

<sup>51</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2010, sobre Pekín +15 - Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género. DOUE Núm. C 348, de 21.12.2010.

Bajo el marco de la Estrategia de la Comisión para la igualdad entre hombres y mujeres (2010-2015)<sup>52</sup> el Consejo ha llevado a cabo la adopción del Pacto Europeo por la igualdad de género<sup>53</sup> el cual ha destacado, en su segundo objetivo de los tres que plantea, la importancia de la conciliación del trabajo y la vida familiar. La conciliación se plantea como condición previa para la participación en pie de igualdad en el mercado de trabajo de hombres y mujeres. Así se establece en el mismo la necesidad de *promover un mejor equilibrio entre vida laboral y vida privada para mujeres y hombres a lo largo de toda su vida, con el fin de impulsar la igualdad de género, aumentar la participación de la mujer en el mercado laboral y contribuir a superar los desafíos demográficos.*

Es relevante la importancia que le otorga el Pacto a la cuestión relativa a la conciliación. Sin embargo cabe poner de manifiesto que la misma aparece en todo momento vinculada bien al incremento de la tasa de actividad femenina, bien a la reversión de la crisis demográfica que en la actualidad atraviesa la UE, lo que en definitiva posiciona esta cuestión en el ámbito económico de la Unión. La conciliación es promovida con el fin de contribuir al empleo, al crecimiento y al desarrollo económico.

Cabe destacar que este Pacto es adoptado en estricta relación con la “Estrategia Europa 2020”, la nueva estrategia europea para el empleo y el crecimiento<sup>54</sup> que se establece con el objeto de ayuda a los Estados miembros y a la Unión Europea a conseguir elevados niveles de competitividad, productividad, crecimiento, cohesión social y convergencia económica. Esta estrategia incluye como uno de sus objetivos principales el de aumentar hasta el 75 % la tasa de empleo de mujeres y hombres de entre 20 y 64 años, lo que significa que, al aplicar la estrategia, habrá que procurar sobre todo eliminar las barreras a la participación de las mujeres en el mercado laboral.

---

<sup>52</sup> Comunicación de la Comisión, “Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres”. Bruselas, 21.9.2010.COM (2010)491 final.

<sup>53</sup> Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020). DOUE Núm. C 155, de 25.05.2011.

<sup>54</sup> Comunicación de la Comisión “Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Bruselas, 3.03.2010. COM (2010) 2020.

La UE ha desarrollado diversas estrategias con el fin de facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin embargo es necesario poner de manifiesto que las competencias de la Unión en los sectores en los que principalmente deberían ser desarrolladas acciones y medidas de conciliación, son limitadas. La competencia de la UE es compartida con los Estados miembros y el principio de subsidiariedad juega un papel fundamental. En consecuencia se afirma que la actuación de los Estados miembros es imprescindible.

Bajo este período que comprende la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) se han desarrollado distintos documentos que refieren a la conciliación de la vida personal, familiar u laboral desde distintas perspectivas. Es por ello que a continuación se distinguen tres apartados en los que se diferencian tres enfoques desde los que esta cuestión es tratada. Éstos son el empleo, la cuestión demográfica y la infancia.

En primer lugar, y en lo que se refiere al empleo, la UE acostumbra a relacionar estrechamente las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con éste, la potenciación del mismo y el desarrollo económico de la Unión. En este sentido el CESE ha sostenido que para que pueda llevarse a cabo el aprovechamiento de los potenciales de ocupación disponibles es necesario aplicar a gran escala una política que fomente las oportunidades de participación que prevea medidas tales como aquéllas dirigidas a facilitar la compaginación de la vida profesional y la vida laboral<sup>55</sup>.

En esta misma línea el Parlamento Europeo en su Resolución sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible<sup>56</sup> argumenta en su apartado 39 la necesidad de promover la conciliación del trabajo y de la vida familiar

---

<sup>55</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El futuro del mercado de trabajo en Europa — En busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas» (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 318, de 29.10.2011. Apartados 1.3 y 3.9.

*Vid.* ABRIL STOFFELS, RUTH: “El Comité Económico y Social Europeo y la Conciliación entre la vida personal, familiar y laboral”. En ABRIL STOFFELS, Ruth (Ed.) *Conciliación, Hoy*. Madrid: FUD San Pablo CEU. 2012, pp. 37-74; ABRIL STOFFELS, RUTH “El comité económico y social europeo y la protección de la maternidad”. En ABRIL STOFFELS, R Y JUARISTI BESALDUCH, E. *Políticas públicas de atención social a la maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pp. 89-131.

<sup>56</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible. DOUE núm. C 308, de 20.10.2011

mediante una asistencia a la infancia adecuada y de calidad y mediante medidas en el lugar de trabajo que favorezcan a la familia. El Parlamento argumenta que entre las causas de la pobreza femenina<sup>57</sup>, como puede ser la reciente crisis económica, se encuentra los obstáculos creados por la falta de conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente cabe destacar también, la conciliación de la vida familiar y laboral como uno de los principales instrumentos que se prevén en la Comunicación de la Comisión, *[e]l equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*<sup>58</sup>. En este sentido establece que la Comisión contribuirá al desarrollo de políticas para compaginar la vida laboral, la privada y la familiar, especialmente gracias a enfoques innovadores que vengan propiciados por el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y que apoyen la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral y en los puestos de toma de decisiones.

También sostiene que la Comisión ha de trabajar con los Estados miembros para que aprovechen al máximo las oportunidades de cofinanciación que ofrecen los Fondos Estructurales, con el fin de fomentar el acceso de las mujeres al empleo y su evolución profesional y de mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a la cuestión demográfica, son muchos los documentos europeos de carácter relativamente reciente que ponen en relación la conciliación de la vida profesional y familiar con esta cuestión. En las Conclusiones del Consejo sobre la conciliación del trabajo y la vida familiar en el contexto de cambio demográfico<sup>59</sup>, adoptadas en Luxemburgo el 17 de junio de 2011, se ponen de

---

<sup>57</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre el rostro de la pobreza femenina en la Unión Europea. DOUE núm. C 199, de 7.7.2012. Apartado 6.

<sup>58</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Bruselas, 14.11.2012. COM(2012) 615 final.

<sup>59</sup> Council conclusions, Reconciliation of work and family life in the context of demographic change.3099<sup>th</sup>. Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs.Council meeting. 17.06.2011.



manifiesto la directa interacción existente entre la conciliación de la vida familiar y laboral y la cuestión demográfica.

El Comité Económico y Social Europeo también ha puesto de relieve esta relación en algunos de sus dictámenes<sup>60</sup>, manifestando la influencia que la política familiar ejerce sobre el cambio demográfico. Se plantea cómo las medidas favorecedoras de la conciliación pueden incidir en el incremento de la tasa de natalidad, y corregir la actual tendencia hacia una población cada vez más envejecida, que plantea problemas tales como la insostenibilidad del sistema de protección social o de atención sanitaria.

El CESE sostiene que el envejecimiento de la población europea, es decir, el incremento de la proporción de personas mayores, se explica haciendo alusión a dos aspectos. Por una parte, esta realidad viene marcada por el aumento de la esperanza de vida y, por otra parte, por un importante descenso de la natalidad que impide la sustitución generacional<sup>61</sup>.

Esta sociedad envejecida provoca también una nueva necesidad de cuidado de las personas mayores<sup>62</sup> que afecta en mayor medida a las mujeres debido a la división tradicional sexual de los roles, en virtud de la cual las tareas de cuidado han sido asignadas a la mujer. Esta premisa ubica a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad.

En respuesta a esta realidad el punto 18 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece<sup>63</sup> solicita que se fomenten políticas de apoyo al funcionamiento del núcleo familiar que permita decidir

---

<sup>60</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros”. (Dictamen exploratorio) DOUE núm. C 218, de 23.07.2011; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa — En busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas”. (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 318, de 29.10.2011.

<sup>61</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros». (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 218, de 23.07.2011. Apartado. 2.3.

<sup>62</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece. DOUE núm. C 308, de 20.10.2011.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

a sus integrantes si optan por cuidar ellos mismos a sus familiares de mayor edad o por solicitar servicios sociales complementarios manteniendo que en ambos casos la ayuda deberá estar igualmente retribuida.

En este mismo sentido la Resolución del Parlamento Europeo sobre los cuidados a largo plazo para las personas de edad avanzada<sup>64</sup> solicita a la Comisión y a los Estados miembros que tengan en cuenta las necesidades de los cuidadores informales, que prestan una proporción significativa de los cuidados a las personas de edad avanzada, y que tomen medidas concretas para apoyar y salvaguardar este recurso mediante la formación, los cuidados temporales y medidas de conciliación de la vida laboral y la vida familiar.

Del mismo modo, la enmienda 31 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros: Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020<sup>65</sup> establece que para facilitar el acceso de las mujeres y de los jóvenes al mercado de trabajo, teniendo en cuenta los retos demográficos, *“deberán crearse las condiciones para que se disponga de suficientes estructuras de atención infantil, a fin de facilitar a cualquier niño en edad preescolar un lugar de acogida extrafamiliar”*.

En tercer lugar, y en lo que se refiere a la infancia, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral puede y debe ser tratada también desde la óptica de la infancia. El derecho a conciliar debe ser entendido como un derecho que beneficia directamente al niño. Esta idea consistente en plantear la protección de la conciliación desde la perspectiva de los derechos del niño ya ha sido contemplada con anterioridad en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, sin embargo puede decirse que la misma adquiere fuerza al vislumbrarse esta misma intención en el apartado 3.9 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento

---

<sup>64</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre los cuidados a largo plazo para las personas de edad avanzada. DOUE núm. 308, de 20.10.2011.

<sup>65</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros: Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020 (COM (2010)193 – C7-0111/2010 – 2010/0115(NLE)) DOUE núm. 308, de 20.10.2011.

Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones -Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño” . De lo dispuesto en el mencionado apartado se desprende la necesidad de dar prioridad a las posibilidades de proteger y aplicar efectivamente los derechos del niño en ámbitos tales como la conciliación de la vida familiar y la vida profesional.

Este enfoque queda fuera de nuestro objeto de estudio, sin embargo, es preciso poner de manifiesto su importancia y originalidad, así como la posibilidad de tratarlo en futuras investigaciones.



# **PARTE PRIMERA**



# CAPÍTULO I. EL DERECHO SOCIAL Y LA POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: SU SUBORDINACIÓN AL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar puede ser calificado como derecho social y como derecho fundamental atendiendo a una doble categorización. Ello se puede deducir de su inclusión en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989 en la que en su artículo 16 establecía la conveniencia de “*desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares*”.

Nuevamente en el año 2000 este derecho se consagrará como derecho fundamental mediante su introducción en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora CDFUE), proclamada en Niza el 12 de diciembre de 2000<sup>66</sup>. Previamente a estos reconocimientos, este derecho había sido anteriormente protegido, aunque de manera indirecta, a través del desarrollo de otros derechos fundamentales que componen esta problemática referente a la conciliación. Tal es el caso del derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamado en la mayoría de textos garantes de derechos fundamentales tanto a nivel estatal como internacional.

En virtud del anterior razonamiento, este derecho, en torno al cual girará la presente investigación, puede incardinarse bajo la expresión de derecho social fundamental, puesto que aúna ambas categorías. Por ello, para lograr una mayor comprensión de la protección de la que disfruta y ha venido disfrutando este derecho en la Unión Europea, así como de su *status* frente a otros, es conveniente hacer un análisis de la protección otorgada en el ámbito de la Unión Europea a los derechos fundamentales, de una parte, y a los derechos sociales, de otra parte. Este doble análisis se realizará en el segundo y tercer epígrafe de este capítulo respectivamente.

---

<sup>66</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000. DOCE (2000/C 364/01) de 18.12.2000

Resulta conveniente la exposición del sistema de protección de derechos fundamentales del que dispone la UE, así como la evolución de la protección que este derecho a la conciliación ha experimentado en este ámbito tras su reconocimiento por la CDFUE, y especialmente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>67</sup> que reconocerá vinculatoriedad jurídica a la misma.

Si, como se ha establecido en el capítulo introductorio, uno de los objetos de la presente tesis consiste en el análisis teleológico de este derecho a conciliar, resultará de gran ayuda conocer la finalidad de los derechos sociales, así como el papel que éstos, en su conjunto, han venido desempeñando y el lugar que han ocupado en el ordenamiento jurídico de la UE.

No es sencillo dar una definición de los derechos sociales fundamentales. Por ello se optará por combinar de un lado el concepto de derecho social y de otro lado el relativo a derecho fundamental, con el fin de identificar qué derechos quedan bajo el paraguas de esta expresión.

El jurista italiano MAZZIOTTI define el derecho social como *“el derecho general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se refleja en derechos específicos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos (...) es el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales”*<sup>68</sup>.

FERRAJOLI sostiene que, atendiendo a la teoría del derecho y desde una perspectiva teórico-jurídica, los derechos fundamentales pueden ser identificados con aquellos que *“están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto*

---

<sup>67</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE (2007/C 306/01) de 17.12.2007. Entra en vigor el 1 diciembre de 2009.

<sup>68</sup> MAZZIOTTI, M. “Diritti sociali”. En VVAA. *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè. 1964, p. 804.



*ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables*”<sup>69</sup>.

Sin embargo, si se acude al concepto dado por el Derecho positivo, tanto en la dogmática constitucional como internacional, son derechos fundamentales aquellos derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo estatal e internacional. De esta manera, puede decirse que son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.

Esta definición positiva de los derechos fundamentales va a facilitar la determinación e identificación de los derechos sociales fundamentales. En consecuencia, se entiende por tales aquellos derechos sociales que gocen del rango de derechos fundamentales, debido al hecho de haber sido positivizados y reconocidos por una determinada declaración estatal o internacional que así los reconozca y les otorgue este carácter.

## **2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES**

Los Tratados constitutivos de la Unión Europea guardan silencio acerca de la protección de los derechos fundamentales. Ello se debe fundamentalmente al carácter esencialmente técnico que los tratados perseguían así como por la convicción de que esta cuestión quedaba suficientemente cubierta por la protección otorgada a través de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y por la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (a partir de ahora CEDH)<sup>70</sup>. A pesar de la inclusión de determinados derechos individuales, los Tratados constitutivos de las

---

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 15, julio-diciembre. 2006, p. 117.

<sup>70</sup> Firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

tres Comunidades no se referían explícitamente a los derechos fundamentales. Ello no parecía, en un principio, necesario puesto que las competencias conferidas por los Tratados a las Comunidades quedaban circunscritas al ámbito esencialmente económico<sup>71</sup>.

El proceso de construcción europea vino marcado por su integración originariamente económica en la que las exigencias de recuperación de la economía, la eficiencia productiva y la competitividad eran una prioridad. De esta manera, las cuestiones sociales quedaron relegadas a un segundo plano en la agenda político-institucional de la época<sup>72</sup>. Tal y como sostiene SZYSZCZAK y como a lo largo del presente capítulo se pone de manifiesto, los derechos sociales ocupan un lugar controvertido en el sistema normativo de la Unión Europea<sup>73</sup>. Ésto es debido a que el desarrollo de la legislación social de la UE será consecuencia principalmente del proceso de integración económica<sup>74</sup>.

En el Preámbulo del Acta Única Europea (AUE a partir de ahora) aparece la primera mención expresa a los derechos fundamentales con la referencia siguiente:

*“DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social,[...]”.*

---

<sup>71</sup> RODIÈRE, Pierre. *Droit Social de l' Union Européenne*. Paris: Lextenso éditions. 2008, p.8; LYON-CAEN, Antonie. “Fundamental social rights as benchmarks in the construction of Europe”. En BETTEN, L. y MAC DEVIT, D. *The protection of fundamental rights in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International. 1996, p.43; BECK, Wolfgang, VAN DER MAESEN, Laurent y WALKER, Alan. *The Social Quality of Europe*. The Hague: Kluwer Law International. 1997, p.3.

<sup>72</sup> VUOTO, Salvatore. “Social Rights”. En HENRY, Barbara y LORETONI, Anna. *The emerging European Union*. Firenze: Edizioni ETS. 2004, p. 125.

<sup>73</sup> En la cita original: “*Social rights occupy a contested place in the European Union legal system*”. SZYSZCZAK, Erika. “Protecting Social Rights in the European Union.” En HANSKI, R. y ROSAS A. *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd edition. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p.493.

<sup>74</sup> POIARES MADURO, Luis Miguel. “Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU. En ALSTON, Philip. *The EU and human rights*. Oxford: Oxford University Press. 1999, p. 449.

En principio esta cláusula no modificaba el sistema de protección existente hasta el momento cuyo principal promotor había sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de ahora TJCE)<sup>75</sup>. La inicial ausencia de protección de los derechos fundamentales por la UE había sido suplida por la acción del TJCE, que había desarrollado una doctrina jurisprudencial en virtud de la cual los derechos fundamentales debían ser protegidos por medio de su consideración como principios generales de Derecho comunitario<sup>76</sup>. Así se estableció por primera vez en la sentencia *Stauder*<sup>77</sup>.

Esta asimilación requería la determinación por parte del TJCE de qué derechos gozan de la calificación de fundamentales. Para ello fueron esenciales dos sentencias a través de las cuales fueron establecidos sendos criterios con el fin de facilitar esta determinación. Por una parte la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>78</sup> y por otra parte la sentencia *Nold*<sup>79</sup>. La primera de ellas afirma en su parágrafo 4 que:

---

<sup>75</sup> RIPOL CARULLA, Santiago. “Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales”. En BENEYTO PÉREZ, J.M., MAILLO GONZÁLEZ ORÚS J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi. 2009, p.74.

“Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” es la nomenclatura que ostenta hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, momento en el que pasa a denominarse “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

<sup>76</sup> PESCATORE, Pierre. “Les droits de l’homme et l’integration européenne”. *Cahiers de Droit Européen*. 1968. pp. 627-657; ALSTON, Philip, BUSTELO, Mara y HEENAN, James (Eds.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University. 1999; CASSESE, Antonio, CLAPHAM, Andrew y WEILER, J.H.H (Eds.). *The Human Rights Challenge*. Baden-Baden: Nomos. 1991. RIDEAUX, Jöel. “L’Union européenne et les droit de l’homme”. *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya*. Núm. 265. 1997, p.30. MENDELSON, Maurice H. “The Court of Justice and Human Rights. *Yearbook of European Law*. Tomo I. 1981. pp. 125-165; SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: Un encaje de filigrana”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 221. 2003, p. 2.

<sup>77</sup> Erich Stauder y Stadt Ulm - Sozialamt, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69, parágrafo 7): “[...] la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”.

<sup>78</sup> *Internationale Handelsgesellschaft y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970 (C- 11/70).

<sup>79</sup> *J. Nold, Kohlen- undBaustoffgrosshandlung y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974 (C-4/73).

*“[...] que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”<sup>80</sup>.*

La segunda, la sentencia *Nold*, por una parte reafirma, en su párrafo 13, las argumentaciones manifestadas en las sentencias *Stauder* e *Internationales Handelgesellschaft* sosteniendo que:

*“Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal;*

*que, al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados”<sup>81</sup>.*

Por otra parte, la sentencia *Nold*, en el mismo párrafo, aporta otro instrumento clarificador para la identificación de aquellos derechos que cuentan con el rango de derechos fundamentales de la siguiente manera:

*“[...] que los Tratados internacionales para la protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”.*

De esta manera, tanto las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como los tratados internacionales de protección de los derechos humanos de los que éstos son parte, serán los elementos que ayudarán a la determinación en el caso concreto del principio general del Derecho comunitario que garantiza el derecho fundamental en cuestión.

---

<sup>80</sup> Internationale Handelsgesellschaft y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970 (C- 11/70, párrafo 4).

<sup>81</sup> J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung y Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974 (C-4/73, párrafo 13).

Sin embargo, será la sentencia *Hauer*<sup>82</sup> la que aúne todas estas ideas en su párrafo 15 el cual establece que:

*“El Tribunal de Justicia subrayó igualmente en la sentencia citada y, posteriormente, en la sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia; que al garantizar la protección de estos derechos el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de forma que no serían admisibles en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados; que los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros pueden aportar también indicaciones que deben tenerse en cuenta en el marco del Derecho comunitario. Esta concepción fue reconocida posteriormente por la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977, la cual, después de recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se refiere, por una parte, a los derechos garantizados por las constituciones de los Estados miembros y, por otra, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950”.*

Son tres las ideas fundamentales recogidas en el párrafo anterior, sobre las cuales se construye el llamado “sistema pretoriano” de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. La primera consiste en la concepción comunitaria de los derechos fundamentales. La segunda se materializa en el reconocimiento de que los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto se asegura. La tercera se concreta en el hecho de que el Tribunal, con el fin de identificar los derechos fundamentales, así como su contenido, acudirá a las constituciones de los Estados miembros y a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente al CEDH.

En 1989, concretamente el 9 de diciembre, se adoptó la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. El objetivo de la misma consistía en otorgar una mayor importancia a la dimensión social comunitaria. Sin

---

<sup>82</sup> *Liselotte Hauer y Land Rheinland-Pfalz*, sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79, párrafo 15).

embargo la misma carecería de valor jurídico vinculante, por lo quedaría en una mera declaración política. A pesar de esta falta de fuerza jurídica, la misma supuso un hito en el sistema de protección comunitaria de los derechos fundamentales.

Más tarde, con el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht en 1992, la mención a los derechos fundamentales que realiza el Preámbulo del AUE pasará a formar parte del articulado del Tratado. Concretamente el artículo F, apartado segundo establecerá que:

*“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.*

Este precepto otorga carácter normativo y por tanto obligatorio al compromiso de respeto de los derechos fundamentales. Ello se debe a su incardinación en la parte dispositiva del texto. De su ubicación en el Título I también se deriva que el mismo sea aplicable a la Unión Europea en su conjunto, y no únicamente a un ámbito competencial determinado. Y finalmente, la mención a los principios generales del Derecho comunitario conlleva la posibilidad de que los mismos sean invocados y aplicados directamente por el TJCE.

La protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales se enuncia también dentro de los objetivos de la política común exterior y de seguridad (artículo J.1, sección 2) y de la política de cooperación con los países en desarrollo (Artículo 177, sección 2). El Tratado de Maastricht recoge también el compromiso de respetar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Ginebra de 1951 en lo relativo al estatus de los refugiados en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior (artículo K, sección 1).

El Tratado de Ámsterdam presenta como principal novedad, referente a la protección de los derechos fundamentales, la modificación del artículo L, nuevo artículo 46, incluyendo el contenido del artículo F.2, nuevo artículo 6, dentro de las

competencias del TJCE. Así también, este tratado, con su artículo 13 refuerza el principio de no discriminación.

El Tratado de Niza, por su parte, mantiene el contenido del artículo 6. Únicamente modificará el artículo 7 que había sido introducido con el fin de proteger una posible violación de los principios de democracia y respeto de los derechos humanos por un Estado miembro.

Ambos Tratados avalaron el sistema de protección de los derechos fundamentales emprendido y desarrollado por el TJCE<sup>83</sup> basado en la aplicación del principio general del derecho comunitario para la protección de los derechos fundamentales que se definirían en cada caso concreto a partir de la remisión a los textos internacionales y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Con el fin de completar este sistema de protección pretoriana de los derechos fundamentales, se plantean durante la década de los años noventa dos alternativas. Por una parte, se esgrime como posibilidad la adhesión al CEDH de la UE y, por otra parte, la elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales.

La primera posibilidad fue descartada por el TJCE en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, que emitió tras la consulta que le fue remitida por el Consejo acerca de esta cuestión. En el mismo el Tribunal sostenía en su parágrafo 35 que:

*“Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones constitucionales serían así mismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”<sup>84</sup>.*

Concluye en el parágrafo 36 que *“en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio”*.

---

<sup>83</sup> SILVA DE LA PUERTA, Rosario. “La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución”. En BENEYTO PÉREZ, J.M., MAILLO GONZÁLEZ ORÚS J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Coords.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Madrid: Aranzadi*. Vol. 2. 2009, pp. 19-58.

<sup>84</sup> Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de marzo de 1996, parágrafo 35.

La segunda de las alternativas planteadas, la relativa a la formulación de un catálogo propio de derechos fundamentales fue fraguando hasta la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>85</sup> (a partir de ahora CDFUE) adoptada por la Conferencia Intergubernamental de Niza y proclamada por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo en diciembre de 2000.

Este documento recoge gran parte de los derechos contenidos en el CEDH, de hecho su Preámbulo manifiesta expresamente que los derechos y libertades que la Carta recoge proceden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de textos internacionales de los que son parte todos los Estados miembros, y fundamentalmente del CEDH. La influencia del CEDH se refleja principalmente en el capítulo I (Dignidad), II (Libertades) y VI (Justicia). Por otra parte muchos de los artículos recogidos en los capítulos III (Igualdad) y IV (Solidaridad) son tomados de la Carta Social Europea. Al tiempo incorpora derechos, no expresamente reconocidos el ámbito comunitario hasta el momento, como el derecho a la libertad de artes y ciencias (artículo 3), los derechos del niño (artículo 24) los derechos de las personas mayores (artículo 25) o los derechos de las personas con discapacidad (artículo 26).

Las cuestiones relativas a la fuerza jurídica de la Carta y a su valor y papel en relación a la protección de los derechos sociales, punto fundamental para esta tesis, serán tratadas en el siguiente subepígrafe. Es importante esta aproximación a la Carta puesto que uno de los temas a analizar en la presente investigación consiste en la determinación de la influencia de la CDFUE en la protección del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral por el TJUE, así como si ésta se ha visto fortalecida tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el cual otorga a la Carta el valor de texto vinculante.

Finalmente, la última modificación que ha experimentado el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE ha tenido lugar con el Tratado de Lisboa, el cual ha modificado el artículo 6 quedando redactado de la siguiente manera:

---

<sup>85</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000. DOCE (2000/C 364/01) de 18.12.2000.



*1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

*Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.*

*Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.*

*2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

*3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”*

Este artículo introduce dos nuevas e importantes modificaciones. Por una parte, otorga valor jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que hasta el momento consistía en una mera declaración política. Ello no implica que ésta no hubiera desplegado efectos jurídicos hasta la fecha, ni que careciera de relevantes repercusiones en el ámbito de la Unión y en el relativo a los Estados miembros. Como se expondrá más adelante, esta Carta ya había sido utilizada como instrumento interpretativo por parte del TJCE en varios asuntos.

Por otra parte, el citado precepto establece la posibilidad de que la UE pueda adherirse al CEDH. Hasta la modificación de este precepto y conforme al Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, emitido por el Tribunal de Justicia, la UE no era considerada competente para ello. El Dictamen establecía que “*en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad carece de competencia para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*”.

Es el Tribunal el que, como se explicará detalladamente a continuación, ha ido desarrollando un sistema de protección de los derechos fundamentales mediante su consideración como parte del ordenamiento jurídico comunitario como principios generales del mismo. La evolución de este precepto en los distintos tratados refleja la tarea que el TJUE ha ido desempeñando en este ámbito desde la sentencia *Stauder*<sup>86</sup>.

## **2.1 LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **2.1.1 ANTECEDENTES**

El presente epígrafe realiza un inciso especial en la explicación de la CDFUE debido a que mediante este documento el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, alcanza su reconocimiento formal como derecho fundamental en el ámbito de la UE<sup>87</sup>. El análisis de la cuestión relativa a la influencia que el reconocimiento de este derecho por la CDFUE ha tenido en el grado de protección del mismo, así como la invocación de este derecho por parte del TJUE, constituirán dos de los principales objetivos de la presente tesis. También se estudiará si ha resultado determinante la adquisición de fuerza jurídica de este documento a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2010, en virtud de lo dispuesto en su artículo 6.1 de la versión consolidada del TUE.

Siguiendo con la línea establecida en el apartado relativo al sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE que acaba de ser expuesto, y con el objetivo de clarificar el marco normativo en el que se encuadra el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se procede a exponer brevemente los antecedentes de la Carta, su valor jurídico (con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), su contenido y estructura, el

---

<sup>86</sup> *Erich Stauder y Stadt Ulm - Sozialamt*, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69).

<sup>87</sup> Cabe tener en cuenta que este derecho ya fue establecido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 en su artículo 16. Sin embargo se destaca su reconocimiento en el artículo 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000 por su carácter vinculante a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

lugar que los derechos sociales ocupan en la misma, su ámbito de aplicación, así como las críticas que a ésta se han realizado.

Hasta la aparición de la CDFUE, el sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE venía marcado por la ausencia de referencia a los mismos en los textos de los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas<sup>88</sup>. El Tratado de Roma tutelaba algunos derechos fundamentales como la igualdad salarial entre hombres y mujeres en su artículo 119 o el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en su artículo 6. Sin embargo, la protección de los mismos respondía más a la construcción del proyecto económico que al amparo de la dignidad de la persona.

En un primer momento esta ausencia de referencia a los derechos fundamentales fue obviada, no obstante, progresivamente se fue demandando a la UE que diera una respuesta a esta realidad<sup>89</sup>. Se venía acusando la necesidad de estar en posesión de un instrumento claro y propio de protección de los derechos fundamentales. Esta carencia fue suplida por la acción del TJ, que desarrolló una doctrina jurisprudencial, originada en la sentencia *Stauder*<sup>90</sup>, en virtud de la cual se establecía que los derechos fundamentales serían protegidos por medio de su consideración como principios generales de Derecho Comunitario.

El TJUE fue perfilando a través de su jurisprudencia<sup>91</sup> esta doctrina en virtud de la cual los derechos fundamentales quedaban integrados, a título de principios generales del Derecho comunitario, en el acervo comunitario mediante la remisión tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos como a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

---

<sup>88</sup> Vid. LÓPEZ CASTILLO, Antonio. “La Carta declarativa de derechos fundamentales de la Unión Europea entre la novedad y la tradición: algunas consideraciones introductorias”. En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, pp. 257-286.

<sup>89</sup> SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: Un encaje de filigrana”. *op. cit.* p. 47.

<sup>90</sup> *Erich Stauder y Stadt Ulm - Sozialamt*, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69).

<sup>91</sup> *Internationale Handels gesellschaft mbH y Ein fuhr- und Vorrats stelle für Getreide und Futter mittel*, sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, (C-11/70); *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974 (C-4/73); *Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz*, sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79).

Con el Tratado de Maastricht, esta fórmula sería codificada en el artículo F.2, que más tarde con el Tratado de Ámsterdam pasaría a integrar artículo 6.2 y quedaría bajo el ámbito competencial del TJCE.

Fueron distintas las fórmulas que desde la UE se propusieron para subsanar este déficit de tutela. Entre ellas podemos citar, en primer lugar, la vía consistente en el mantenimiento del sistema basado en la protección estrictamente judicial de los derechos fundamentales al que se acaba de hacer referencia. Sin embargo, es necesario mencionar que, pese a la importantísima labor emprendida por el TJ ante la ausencia de instrumentos para la protección de esta categoría de derechos, ésta consistía en una protección casuística, y en consecuencia fragmentaria e insuficiente<sup>92</sup>, produciendo al mismo tiempo inseguridad jurídica.

Esta vía, a través de la cual se había comenzado a forjar el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, gozaba de partidarios y detractores. Entre estos últimos, se hallaban aquellos que, considerando este sistema insuficiente, proponían como opción la adhesión al CEDH. Éstos sostenían que la adhesión también contribuiría a lograr una convergencia entre los dos procesos de unión política, es decir, el llevado a cabo por el Consejo de Europa y el de la CE<sup>93</sup>. Esta alternativa fue rechazada por el TJCE en su dictamen 2/94, emitido el 28 de marzo de 1996, el cual estimó que la Comunidad Europea no era competente para la celebración de un tratado internacional en materia de derechos humanos.

Según ESCOBAR el TJCE *“de esta forma cerró en falso el debate sobre la adhesión, sobre la base de un argumento competencial que subyacía al mismo: la conveniencia de someter a las instituciones comunitarias- incluido el Tribunal de*

---

<sup>92</sup> SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: Un encaje de filigrana”. *op cit.* p. 48.

<sup>93</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 2004, p. 43.

*Justicia- a un control externo, que garantizara el respeto efectivo de los derechos humanos en el desempeño de sus actividades”<sup>94</sup>.*

Entre las consecuencias a las que la adhesión al CEDH hubiera dado lugar en aquel momento, se hallaba la extensión de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo, lo que significaba el control por parte de éste de aquellos actos comunitarios que hubieran violado el Convenio. De esta manera la Unión quedaba ubicada frente al TEDH al mismo nivel que los Estados miembros.

Según la misma autora, el TJCE, pese a proclamar explícitamente el papel central que los derechos fundamentales han de desempeñar como límite de la legalidad comunitaria, extravió una perfecta ocasión para tratar el fondo de diversos e importantes problemas técnicos, lo que hubiera ayudado a esclarecer la problemática relativa a la adhesión. En lugar de hacer frente a la cuestión en su conjunto, el Tribunal se limitó en su dictamen a pronunciarse únicamente en lo referente a la cuestión competencial, dejando de lado otras cuestiones esenciales.

Debido al hecho de que la posibilidad referente a la adhesión al CEDH se viera desechada por el dictamen del Tribunal, cobraba fuerza la opción relativa a la elaboración de un catálogo comunitario de derechos fundamentales. Es por ello que en cumplimiento del mandato de la cumbre de Colonia de junio de 1999<sup>95</sup>, se emprendía

---

<sup>94</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996)”. *Revista de Instituciones Europeas*. Núm. 23. 1996, p. 837.

*Vid.* FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 12. Núm. 3. 1985, pp. 701-722; SANZ CABALLERO, Susana. “A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. *Boletín europeo de la Universidad de La Rioja*. Núm. 11. 2003, pp. 69-80; CORTÉS MARTÍN, José Manuel. “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”. *Revista General de Derecho Europeo*. Núm. 22. 2010; SANZ CABALLERO, Susana. “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 38. 2011, pp. 99-128

<sup>95</sup> En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 en su Anexo IV - Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea- se establecía que: “*La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de*

esta tercera vía, alternativa a las dos anteriormente planteadas y consistente en la redacción de un catálogo de derechos que detallara e identificara el elenco de derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la UE.

Esta opción ya había sido planteada con anterioridad por el Comité de Sabios en 1996 en el informe *"Por una Europa de los derechos cívicos y sociales"* a la Conferencia Intergubernamental, en febrero de 1996, con motivo de la reforma del Tratado de Ámsterdam. Este informe, también presentado en el primer Foro de la Política Social, en marzo de 1996, planteaba la necesidad de reconocer una serie de derechos fundamentales e incorporarlos al Tratado.

El informe publicado por el Comité de Sabios de febrero de 1996 a instancias de la Comisión Europea afirmaba que:

*"[...] la Unión Europea sólo podrá convertirse en una entidad política original si consigue definir claramente la ciudadanía que ofrece a sus miembros. La inclusión en los tratados de derechos cívicos y sociales permitiría llenar de contenido esta ciudadanía y mitigar la impresión de que se trata de una Europa elaborada por élites tecnocráticas más bien alejadas de las preocupaciones ciudadanas".*

A raíz del impulso llevado a cabo por el Consejo Europeo de Colonia se emprendió el proceso de elaboración del mencionado catálogo, para lo que se acudió a la fórmula de la "Convención"<sup>96</sup>. Este órgano fue compuesto por quince representantes de los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros, un representante del Presidente de la Comisión Europea, dieciséis miembros del Parlamento Europeo elegidos por el propio Parlamento y treinta representantes de los Parlamentos nacionales, designado por los propios Parlamentos nacionales<sup>97</sup>. Autores como

---

*una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance".*

<sup>96</sup> El gobierno alemán, que manifestó un especial interés en el reforzamiento de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, promovió la creación de un órgano, denominado Convención en memoria de la Convención que redactó la Declaración francesa de los Derechos del hombre de 1789.

<sup>97</sup> DUTHEIL DE LA RÔCHERE, Jacqueline. "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales". En BENEYTO PÉREZ, José María (coord.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), BECERRIL ATIENZA, Belén. *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi. 2009, p. 171.

JIMENA QUESADA<sup>98</sup> y SANZ CABALLERO<sup>99</sup> realizan una crítica al método de la Convención, cuya legitimidad democrática consideran que es más aparente que real.

La Carta, por indicación del Presidente de la Convención, Roman Herzog, fue redactada como si de un texto vinculante se tratara o de un texto que en algún momento adquirirá este carácter, lo que confirió un carácter riguroso a todo el proceso. De hecho, autores como DUTHEIL, consideran que el mismo puede ser caracterizado por sus notas de formalidad, transparencia y por la búsqueda de consenso<sup>100</sup>.

El mandato de Colonia sostenía que la Carta incluiría no sólo derechos civiles y políticos, como lo hacía el CEDH, sino también económicos y sociales. El Consejo de Europa recoge estos últimos en la Carta Social Europea, proclamada en Turín en 1951. De este modo, la Carta cuando es proclamada en Niza, en diciembre de 2000, recoge a un mismo nivel derechos sociales y económicos y derechos civiles y políticos. Esta paridad formal entre los derechos civiles, políticos, económicos y sociales es una de las principales novedades y avances a tener en cuenta de la CDFUE<sup>101</sup>.

Este texto originario sería modificado primeramente a raíz de las enmiendas introducidas por la Convención II constituida el 28 de febrero de 2002, fundamentalmente en lo referente a la aplicación e interpretación de la Carta, a su vez introdujo nuevas “Explicaciones”<sup>102</sup>. El Praesidium de la Convención II, durante el período que hubiera finalizado con la adopción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, previó la incorporación de la Carta al derecho originario

---

<sup>98</sup> JIMENA QUESADA, Luis. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: rango legal y contenidos sustantivos”. *Cuadernos europeos de Deusto*. Núm. 40. 2009, p. 66.

<sup>99</sup> SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado Constitucional Europeo: ¿Para este viaje hacen falta tantas alforjas?”. *Ágora, Revista de las Ciencias Sociales*. Núm.12. 2003, p.192.; SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: Un encaje de filigrana”. *op. cit.* p. 48.

<sup>100</sup> DUTHEIL DE LA RÔCHERE, Jacqueline. *op cit.* p. 174.

<sup>101</sup> BERCUSSON, Brian. “Episodes on the Path Towards the European Social Model: The EU Charter of Fundamental Rights and the Convention on the Future of Europe”. En Catherine BARNARD, Simon F. DEAKIN, B. A. HEPPLER, Gillian S. MORRIS. *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 181.

<sup>102</sup> Documento en el que queda reflejado el origen o fuente de inspiración de cada uno de los artículos mencionados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

mediante su integración en la Parte II del Tratado Constitucional. De esta manera se pretendía poner fin a la discusión relativa a su vinculatoriedad jurídica.

Tras el fracaso del proyecto de Tratado Constitucional, se inició la reformulación de otro texto a través de la convocatoria de una nueva Conferencia Intergubernamental en 2007. Así, además de modificar las referencias que la Carta realizaba al Tratado Constitucional por las oportunas al TUE, mediante la redacción del artículo 6 TUE fueron aclaradas una serie de cuestiones en relación a la misma. El citado artículo establece que la Carta no aumenta las competencias normativas de la UE e informa acerca de la existencia de unas “Explicaciones”<sup>103</sup> a la misma. La Carta no logró ser integrada en el cuerpo del Tratado, a diferencia de la previsión que se había realizado con el fallido Tratado Constitucional.

#### 2.1.2 VALOR JURÍDICO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las principales novedades aportadas por el Tratado de Lisboa consiste en el reconocimiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados a partir de su entrada en vigor en diciembre de 2010, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1<sup>104</sup> de la versión consolidada del TUE. Es por ello que este instrumento de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión no ha gozado siempre del mismo valor jurídico y en consecuencia en la exposición se distinguirá como etapas fundamentales, por una parte, aquel período anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por otra parte, el período posterior a la entrada en vigor del mismo.

---

<sup>103</sup> Publicadas en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 (2007/C 303/02).

<sup>104</sup> Artículo 6 TUE: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.



### 2.1.2.1 Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

El proceso de adopción del texto de la Carta no fue un proceso sencillo, así tampoco lo fue el debate acerca del *status* jurídico que la misma debía adoptar. El Consejo Europeo celebrado en Colonia en junio de 1999 emprendió la propuesta de elaborar una Carta con vocación codificadora, pero sin determinar su valor jurídico, cuestión que quedaría pospuesta. El siguiente Consejo Europeo, celebrado en Tampere en octubre del mismo año, se limitó, en la práctica, al diseño del método de trabajo del órgano que elaboraría la Carta así como a su composición.

En octubre de 2000 el Consejo de Biarritz acordó unánimemente la Carta, que sería firmada y proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. La Convención había redactado la Carta concibiéndola como vinculante. Sin embargo la cuestión relativa a su valor jurídico continuaba quedando aplazada a un momento ulterior. Así quedaría establecido en la Declaración número 23, aneja al Tratado de Niza, en la que se convocaba una nueva Conferencia Intergubernamental para el año 2004 donde se trataría este tema. El Tratado de Niza no asumía el texto de la Carta, pese a que la incorporación de la misma al Tratado era la vía que la Convención<sup>105</sup>, junto con la Comisión y el Parlamento, habían previsto para otorgar obligatoriedad jurídica al texto.

Como se ha expuesto, el Tratado de Niza no integra la Carta en el Derecho primario de la UE. En el caso de que así hubiera sido, ello podía haberse realizado a través de su incursión en un título del Tratado de la CE o bien mediante un Protocolo anejo al Tratado de la UE, sin embargo los argumentos contrarios a otorgar a la misma efectos jurídicos pesaron más. Entre ellos se barajaban razones tales como el hecho de que la jurisprudencia del TJCE en la materia podía quedar estancada, la necesidad de la preservación de la unidad del espacio europeo en torno al Convenio y al Tribunal

---

<sup>105</sup> Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 13.09.2000, COM (2000) 559 final. Párr. 3: “*el anteproyecto se basa en el método elegido por la Convención desde el inicio de sus trabajos, que consiste en redactar el proyecto para el Consejo Europeo como si se debiera incorporarse posteriormente a los Tratados comunitarios con fuerza jurídica vinculante.* Párr. 33: “*la Convención se orientó desde el comienzo de sus trabajos hacia la redacción de un proyecto de Carta cuyo contenido permitiera contemplar su incorporación a los Tratados*”.

Europeo de Derechos Humanos, el riesgo de expandir las competencias de la Unión o el relativo a la conversión de derechos sociales en derechos subjetivos<sup>106</sup>.

Pese a esta carencia de vinculatoriedad jurídica es preciso señalar que ello no significó la ausencia de efectos jurídicos. Su vocación codificadora, plasmada en el Preámbulo de la misma, favoreció que fuera oída y respetada en el ámbito de la Unión y que sirviera de instrumento inspirador para sus órganos y Estados miembros. En el Preámbulo se recoge lo siguiente:

*“La presente Carta reafirma [...] los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, el tratado de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos u las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.*

El alcance jurídico de la Carta, en este momento, también puede ser valorado en función de la invocación y aplicación de la misma por los distintos sistemas judiciales, tanto a nivel internacional, comunitario como nacional. La Carta, a su vez, también gozaba de un valor extrajurídico debido a su carácter didáctico, cívico, ético y político<sup>107</sup>. La doctrina científica subraya de forma mayoritaria que *“la ausencia de virtualidad jurídica de la Carta no la relega al estatus de simple retórica vacía”*<sup>108</sup>. En este mismo sentido, la Comisión en su Comunicación de 11 de octubre de 2000 pronosticó que la Carta, a pesar de no ser vinculante, produciría efectos jurídicos:

*“La Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya. Como la Comisión lo defendiera en el debate en el Parlamento Europeo del 3 de octubre de 2000, es evidente el Consejo y la Comisión, que están llamados a proclamarla solemnemente, difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo*

---

<sup>106</sup> ROLDÁN BARBERO, Javier. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su estatuto constitucional”. *Revista de derecho comunitario europeo*. Núm. 16. 2003, p. 947.

<sup>107</sup> ROLDÁN BARBERO, Javier. *Ibidem*. p. 948.

<sup>108</sup> REQUEJO ISIDRO, Marta. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación”. En RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 2004, p. 214.

*Europeo por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en un mismo foro.*

*Del mismo modo, parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales. Se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario”<sup>109</sup>.*

De acuerdo con PI LLORENS la Carta, tal y como establece el párrafo anterior, podría servir de inspiración al TJCE, sin embargo, ésta no es directamente exigible por los ciudadanos, sino que éstos únicamente podrían invocarla como mero referente, de la misma manera que venían haciendo con la tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>110</sup>.

En relación al despliegue de efectos jurídicos es preciso hacer mención a las conclusiones del asunto C-353/99 en las que el Abogado General Leger sostiene que:

*“Es cierto que no debe ignorarse la voluntad claramente expresada por los autores de la Carta de no dotarla de fuerza jurídica obligatoria. Sin embargo, dejando al margen cualquier consideración sobre su alcance normativo, la naturaleza de los derechos enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales impide considerarla como una simple enumeración de principios meramente morales y sin consecuencia alguna. Debe recordarse que tales valores tienen en común el ser compartidos unánimemente por los Estados miembros, que han decidido dotarlos de mayor presencia en una Carta para reforzar su protección. Es innegable que la Carta ha situado los derechos que reconoce en el más alto nivel de los valores comunes de los Estados miembros.*

*Hay que admitir que no todos los valores políticos y morales de una sociedad encuentran siempre su reflejo en el Derecho positivo. Sin embargo, cuando se trata de derechos, libertades y principios que, como los descritos en la Carta, deben ocupar el más alto nivel de los valores de referencia en el conjunto de los Estados miembros, sería inexplicable no acudir a dicha Carta para identificar los elementos que permitan distinguir los derechos fundamentales de los demás derechos.*

---

<sup>109</sup> COM (2000 644, final).

<sup>110</sup> PI LLORENS, Monserrat. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Centre de Estudis Internacionals, Universitat de Barcelona. 2001, p. 103.

*La mayor parte de las fuentes de tales derechos, enumeradas en el preámbulo de la Carta, están dotadas de fuerza vinculante en los Estados miembros de la Unión Europea. Es natural que las normas de Derecho positivo comunitario se beneficien, a efectos de su interpretación, del rango que ocupan en la escala de los valores comunes los valores que tales normas incorporan.*

*Como se desprende de la solemnidad de su forma y del procedimiento que llevó a su adopción, la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. Ésta contiene indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de Derecho positivo”<sup>111</sup>.*

En estas conclusiones se afirma que los derechos contenidos en la Carta son concebidos como valores del más alto nivel, comunes a los Estados miembros. El Abogado General también destaca la utilidad de la Carta para identificar los derechos fundamentales y distinguirlos de otras categorías de derechos y la califica de instrumento privilegiado debido a la solemnidad de su forma así como al procedimiento a través del cual es adoptada.

Años más tarde, esta postura se reafirma y el Abogado General Ruíz-Jarabo, en las conclusiones del asunto C-303/05, sostiene que:

*“En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido. Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico.*

*Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge del vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando, según expresa su preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE, letra d), cualesquiera que sean la naturaleza jurídica y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000.*

---

<sup>111</sup> Consejo y Heidi Hautala, Conclusiones del AG Léger presentadas el 10 de julio de 2001, (C-353/99, párrafos 80 a 83).

*En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su talante meramente programático y declarativo; además, el Tribunal de Primera Instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones. Sin embargo, en las sentencias del Tribunal de Justicia rara vez aparece la Carta, ni siquiera para refutar la posición de sus abogados generales, y sólo en fechas muy recientes, hace apenas dos meses, cuando la sentencia Parlamento/Consejo 80 anunció un golpe de timón, fallando que, si bien no es un instrumento jurídico vinculante, ha de significarse su importancia (apartado 38).*

*Se ha de abandonar, pues, ese mutismo, y la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igualmente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás”<sup>112</sup>.*

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, presentaba como novedad la incorporación de la Carta en el mismo, concretamente en su Parte II. De esta manera quedaba superada la situación anterior y la Carta adquiriría obligatoriedad jurídica. De acuerdo con el artículo 6 del Anteproyecto constitucional de 28 de octubre de 2002, podía haberse optado entre otras posibilidades como “*hacerse referencia a la Carta, establecerse el principio de la integración de la Carta, incorporando el articulado de ésta en otra parte del Tratado o en un protocolo especial anejo a la Constitución o integrarse el articulado completo de la Carta*”. Sin embargo, esta solución nunca llegaría a hacerse efectiva debido al fracaso de este proyecto.

---

<sup>112</sup> *Advocatenvoor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, Conclusiones del AG Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 12 de septiembre de 2006 (C-303/05, parágrafo 76 a 79).

### 2.1.2.2 Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

Con el Tratado de Lisboa, debido a la reticencia de algunos Estados miembros a la integración del texto de la Carta en el texto del Tratado, se acudió a la vía de la incorporación por referencia<sup>113</sup> mediante la que, al mismo tiempo, se le otorgaría fuerza jurídica al equipararla aparentemente al valor que los Tratados poseen<sup>114</sup>.

La incorporación por referencia supone, sin embargo, que la Carta no se sitúe exactamente al mismo nivel jerárquico que los Tratados puesto que en caso de colisión entre la descripción dada por la Carta y por los Tratados de un mismo derecho prevalecerá aquella establecida por éstos últimos. Ello se debe a que de acuerdo con el apartado 2 del artículo 51 de la Carta, ésta no crea ninguna competencia nueva. Es decir, para que la Carta opere es preciso que se haya otorgado a la Unión una competencia en los Tratados. La Carta no puede funcionar independientemente de otras competencias de la Unión, es decir, los derechos fundamentales de la Carta no gozan de autonomía, deberán ejercitarse en virtud de lo dispuesto en los Tratados<sup>115</sup>. Por otra parte y en esta misma línea el apartado 2 del artículo 52 de la Carta establece que “[l]os derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”.

La regulación que la Carta realiza de los derechos de ciudadanía difiere en algunos aspectos de la que establece el TFUE, en consecuencia, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 52 de la CDFUE, los derechos de ciudadanía se ejercerán de acuerdo con lo previsto en los artículos 20 a 25 del TFUE, y no de acuerdo con lo previsto en la Carta en lo relativo a los derechos regulados.

La mencionada referencia es realizada a través del artículo 6.1 del TUE el cual afirma que la Carta tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Debido a las

---

<sup>113</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz. “La incorporación por referencia en el derecho de los tratados”. *Revista española de Derecho Internacional*. Núm.1. Vol. 37. 1987, p. 7.

<sup>114</sup> MANERO SALVADOR, Ana. “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”. En FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Castor M. *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*. Madrid: Dykinson. 2008, p. 122.

<sup>115</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. “El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 2008. Núm. 15, p. 29.

modificaciones que el texto de la Carta experimentó desde su proclamación en el año 2000, el Parlamento Europeo en 2007 aprobó una nueva versión de la Carta<sup>116</sup>, así como de las “Explicaciones”. Más tarde, en 2010, se publica la actual versión en vigor<sup>117</sup>.

La incidencia de la adquisición de vinculatoriedad jurídica por la Carta será analizada en el último epígrafe del presente apartado, donde será puesta en relación con la invocación de la misma por parte del Tribunal de Justicia a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

### 2.1.3 CONTENIDO Y ESTRUCTURA

Respecto al contenido de la Carta puede decirse que la misma recoge algunos de los derechos fundamentales diseminados en los Tratados constitutivos, en el CEDH, en las Cartas sociales, así como algunos derechos reconocidos a través de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH<sup>118</sup>. Al mismo tiempo, innova derechos no contemplados en ninguno de los textos anteriores como la prohibición de clonar seres humanos y de vender partes del cuerpo humano en el artículo 3 o el derecho al secreto a las telecomunicaciones en el artículo 7.

La Carta presenta una estructura innovadora frente a las tradicionales clasificaciones de derechos que acostumbran a distinguir, bien entre derechos civiles y políticos, de un lado, y económicos y sociales, por otro o entre derechos individuales y colectivos. La Carta sistematiza sus 54 artículos en torno a una serie de valores que

---

<sup>116</sup> DOCE nº C. 303 de 14.12.2007.

<sup>117</sup> DOCE nº C 83 de 30.3.2010

<sup>118</sup> El Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el DOUE 2010/C 83/02, de 30.3.2010 sostiene que: “*La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.*”

rubrican 6 de los 7 títulos que la misma presenta. De esta manera el Título I, bajo la rúbrica de “Dignidad” agrupa los artículos del 1 al 5, el Título II, bajo la rúbrica de “Libertades” agrupa los artículos del 6 al 19, el Título III, bajo la rúbrica de “Igualdad, agrupa los artículos del 20 al 26, el Título IV bajo la rúbrica de “Solidaridad”, agrupa los artículos del 27 al 38, el Título V, bajo la rúbrica de “Ciudadanía”, agrupa los artículos del 39 al 46 y, finalmente el Título VI, bajo la rúbrica de “Justicia”, agrupa los artículos del 47 al 50.

Esta clasificación atendiendo a distintos valores jurídicos otorga, aparentemente, a la Carta un carácter integrador, al tiempo que parece evitar la distinción entre derechos de primer y segundo nivel. De esta manera, se podría interpretar que los derechos sociales alcanzan una mayor visibilidad y logran equipararse al menos sobre el papel, a los derechos civiles y políticos.

Sin embargo, en la práctica no ocurre de este modo. Algunos autores como SANZ CABALLERO ponen en duda la utilidad de esta innovadora estructuración, y argumentan que ésta puede dar lugar a confusión *“puesto que algunos de los derechos podrían ser catalogados en dos o tres categorías diferentes<sup>119</sup>”*. Esta autora también expone que esta distribución no resulta tan evidente ni intuitiva como se podía pretender en el proceso de su elaboración en el que uno de sus objetivos era aproximar UE al ciudadano y otorgar una mayor visibilidad a los derechos fundamentales que ésta protege.

Por otra parte, la estructura en torno a distintos valores transversales, así como el título genérico de la Carta calificando de “derechos fundamentales” a todos los reconocidos en ella, parece querer evitar toda categorización de los mismos. Sin embargo, este afán que parece huir de todo tipo de discriminación entre preceptos y querer lograr la igualdad entre los mismos, puede quedar limitado al encontrar en el Preámbulo la diferenciación entre derechos y principios.

Entre las críticas que pueden realizarse a la Carta cabe mencionar el hecho de que su carácter innovador es cuestionable, ya que recopila todos aquellos derechos

---

<sup>119</sup> SANZ CABALLERO, Susana. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado Constitucional Europeo: ¿Para este viaje hacen falta tantas alforjas? *op. cit.* p. 196.



fundamentales que se encontraban en el acervo comunitario, sin embargo no crea, modifica, ni amplía competencias de la UE. Ello dificultará su ejercicio.

También puede ser puesta en duda su eficacia debido a su carácter extremadamente amplio, así como a sus enunciados abiertos en los que no se prevé garantía alguna para la protección de los derechos particularmente reconocidos ni tampoco un recurso general que pueda ser utilizado por los ciudadanos por violación de los derechos fundamentales. Por otra parte también se puede apuntar la remisión, en numerosos artículos, a las leyes de cada uno de los Estados miembros, lo que puede ocasionar distintos niveles de protección de un mismo derecho.

Es necesario hacer mención a la existencia de las llamadas cláusulas horizontales<sup>120</sup> (a las que más tarde se hará referencia) las cuales delimitan el alcance e interpretación de los derechos, lo que contradice la “*rimbombante declaración como derechos fundamentales de todas sus disposiciones*”<sup>121</sup>. El artículo 6.1 TUE sostiene que “[l]os derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Finalmente, junto a la mencionada delimitación del ámbito de aplicación de la Carta desarrollada en el artículo 51 de la misma, se encuentra el hecho de que algunos derechos reconocidos en otros textos internacionales como universales en la presente Carta reducen su titularidad a los ciudadanos de la Unión, como el derecho de acceso a la información. A pesar de todo ello es necesario reconocer, tal y como ha sido defendido en el presente epígrafe, el valor de su proclamación.

---

<sup>120</sup> Denominadas “cláusulas horizontales” por ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2001, p. 151.

<sup>121</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *op cit*, p. 58.

#### 2.1.4 LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Tradicionalmente la literatura internacionalista había acostumbrado a distinguir entre “categorías” o “catálogos” de derechos con el fin de diferenciar entre los derechos civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales por otro. A finales de la década de los setenta aparece la noción de “generaciones” de derecho.

Con base en los tres pilares de la revolución francesa, VASAK elabora la teoría de las generaciones de derechos<sup>122</sup>. La primera generación hace referencia al pilar de la libertad y comprende los derechos civiles y políticos. La segunda, hace referencia a la igualdad y comprende los derechos económicos, sociales y culturales. Dicha diferenciación entre unos y otros denota una sutil menor importancia de estos últimos frente a los primeros<sup>123</sup>. La tercera generación hace referencia a la fraternidad y comprende los llamados derechos de la solidaridad.

Entre las principales diferencias entre ambas generaciones destaca por un lado, el papel que juega el Estado en relación a cada una de estas categorías de derechos y, por otro lado la exigibilidad jurídica de los derechos según la generación a la que pertenezcan.

Los derechos civiles y políticos no requieren, en principio, de intervención directa por parte del Estado, son denominados derechos negativos. Con frecuencia son violados a causa de acciones positivas de los gobiernos por lo que la mejor manera de asegurar su disfrute es requiriendo a los gobiernos para que no interfieran en la vida y la libertad de los individuos. Los derechos sociales y económicos sí precisan de la actuación del Estado, puesto que requieren de cierta infraestructura para que puedan ser ejercidos. Es por ello son conocidos como derechos positivos, programáticos y

---

<sup>122</sup> VASAK, Karel. “Le Droit International des droit de l’Homme”. *RCADI*. Tomo 140. 1974, pp. 343-346.

<sup>123</sup> En la cita original: “The term second generation relates logically to the fact that instruments comprising social and economic rights came chronologically after the first generation, but also tends to denote a less important label attached to social rights in comparison with classical political rights”. Vid. LORBER, Pascale. “Labour Law”. En PEERS, Steve y WARD, Angela. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, law and policy*. Portland: Hart Publishig. 2004, p. 212.

promocionales. Sin embargo, la distinción entre derechos positivos y negativos se halla hoy en día superada por los comentarios del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que afirman que pueden hallarse derechos de primera generación que entrañen obligaciones positivas en relación al Estado.

Respecto a su exigibilidad jurídica, los derechos civiles y políticos son jurídicamente exigibles, mientras que parte de los sociales tienden a no serlo debido a su vaguedad o a su carácter ingarantizable como es el caso al derecho al trabajo o el derecho a una vivienda digna reconocidos en los artículos 35 y 47 respectivamente de la Constitución Española. Es por ello que en muchas ocasiones no son susceptibles de ser incardinados de un modo sencillo bajo la definición de derechos fundamentales. Estas son algunas de las razones que se hallan en el origen del debate acerca de la devaluación de los derechos sociales<sup>124</sup>.

El surgimiento en el ámbito comunitario de los derechos sociales fue un proceso lento y siempre costoso debido al cariz económico que en éste imperaba<sup>125</sup>. Puede recordarse a modo de ejemplo cómo Reino Unido forzó el Protocolo sobre la Política Social anexo al Tratado de Maastricht al no querer que tales derechos figuraran en el interior del cuerpo del Tratado. Por ello la inserción de los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ha de ser considerada como una victoria<sup>126</sup>.

Sin embargo, la labor de protección de los derechos sociales fundamentales en el ámbito comunitario es previa a la proclamación de la Carta. Esta tarea era desempeñada esencialmente por el TJCE, el cual acostumbraba a invocar para su protección textos como la Carta Social Europea<sup>127</sup>, Convenciones de la OIT<sup>128</sup> o por supuesto normativa comunitaria como la Carta de los Derechos Sociales de los Trabajadores<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> LORBER, Pascale. *op. cit.* p. 213.

<sup>125</sup> *Vid.* FUNK, Lothar. "Protecting fundamental rights and social rights: an economy analysis. En ARNULL, ANTHONY y WINCOTT, DANIEL. *Accountability and legitimacy in the European Union*. Oxford: Oxford University Press. 2002, pp. 307-325.

<sup>126</sup> *Ibidem.* p. 217

<sup>127</sup> *Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978, (C-149/77, párrafo 28); *Blaziot*, sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1988, (C-24/86, párrafo 17).

En cuanto a la cuestión relativa a los derechos sociales en la Carta, es necesario poner de manifiesto la falta de consenso que hasta el momento caracterizaba a la UE en torno a este tema. El mandato de Colonia sostenía que estos derechos serían tenidos en cuenta a la hora de redactar la Carta y, a su vez, impuso la no utilización de fórmulas que simplemente estableciesen objetivos para la acción de la Unión. Ello obligaría a distinguir entre meros objetivos de política económica y social y derechos subjetivos propios. Pese a ello, gran parte de los derechos pueden enmarcarse mejor bajo la noción de principio que bajo la noción de derecho pues por su imprecisión se aproximan más a la proclamación de objetivos y valores comunes que a la noción de derechos directamente invocables.

Muchos de los derechos sociales plasmados en la Carta ya habían sido recogidos previamente en otros textos internacionales de los que son tomados como la Carta Social Europea de 1961 o la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Así es el supuesto de los artículos 14,15, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 ó 38. En este sentido, PI LLORENS ha llegado a afirmar que la Carta se limita a *“explicitar los derechos, que de forma general, ya se hallan mencionados en el actual artículo 6 del TUE, que estipula en términos generales, en una fórmula extraída por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el respeto por parte de la Unión de los derechos fundamentales”*<sup>130</sup>.

Tal y como se ha establecido anteriormente, la paridad formal entre los derechos sociales y económicos, de un lado, y civiles y políticos, de otro, es una de las principales novedades que introduce la declaración. Algunos autores como MENÉNDEZ han afirmado que *“la Carta se constituye así en el primer catálogo*

---

<sup>128</sup> *Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978, (C-149/77, párrafo 28) menciona el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y de profesión, de 25 de junio de 1958; *Levy*, sentencia del TJCE de 2 de agosto de 1993, (C-158/91, párrafo 3) menciona el Convenio n° 89 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 de julio de 1948, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria; Comisión de las *Comunidades Europeas y República Francesa*, sentencia del TJCE de 13 de marzo de 1997, (C-197/96, párrafo 6) menciona también el Convenio n° 89 de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>129</sup> *Wippel*, sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004, (C-131/02, párrafo 28); *Chacón Navas*, sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, (C-13/05, párrafo 11).

<sup>130</sup> PI LLORENS, Monserrat. “El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balances y perspectivas”. En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, p. 142.

*supranacional de derechos que afirma la indivisibilidad de los derechos fundamentales, ya sean civiles, políticos o sociales*”<sup>131</sup>. Realmente, no es novedosa solamente esta paridad, derivada de la clasificación en torno a valores jurídicos que la Carta establece sino también la mera inclusión de los derechos sociales en la misma. Ello obedece al mandato formulado por el Consejo de Colonia en virtud del cual la misma debería incluir ambas categorías de derechos y no sólo la relativa a los derechos civiles y políticos, tal y como realiza el CEDH.

Según autores como BERCUSSON<sup>132</sup> Y HEPPLÉ<sup>133</sup> durante el debate previo a la proclamación de la Carta se manifestaron dos posturas claramente diferenciadas en relación a los derechos sociales fundamentales. Por una parte, la de aquellos partidarios de integrar todas las categorías de derechos sin realizar distinción alguna y, por otra parte, la de aquellos que abogaban por la exclusión de la Carta de los derechos sociales y económicos.

En nuestra opinión, la clasificación de los distintos preceptos contenidos en el texto atendiendo a distintos valores jurídicos otorga a la Carta un carácter integrador, al tiempo que evita la distinción entre derechos de primer y segundo nivel. De esta manera los derechos sociales alcanzan una mayor visibilidad y logran equipararse al menos sobre el papel, a los derechos civiles y políticos.

El elenco de derechos sociales que la Carta contiene es amplio y diverso. La mayoría de ellos se hallan agrupados bajo el Título IV, que lleva por rúbrica “Solidaridad”, sin embargo, no se trata en absoluto de un *numerus clausus*, puesto que, de hecho, pueden identificarse a lo largo del articulado otros derechos sociales no recogidos bajo el mencionado título. Pueden encontrarse diversos sistemas de clasificación de los derechos sociales contenidos en la Carta.

---

<sup>131</sup> MENÉNDEZ, José. “Fundamentando Europa: el impacto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”. En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, p. 105.

<sup>132</sup> BERCUSSON, Brian. “Interpreting the EU Charter in the context of the social dimension of European integration”. En BERCUSSON, Brian. (Ed.). *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos. 2006, p. 36.

<sup>133</sup> HEPPLÉ, Bob. *Labour laws and global trade*. Oxford: Oxford. 2005, p. 244.

Una de las clasificaciones tradicionales que se aplica a los derechos fundamentales es aquella que distingue entre derechos individuales y colectivos. De la misma manera, los derechos sociales de la Carta también pueden diferenciarse según sean de carácter individual o de carácter colectivo. Entre los primeros encontramos el derecho a trabajar y a ejercer una profesión elegida y aceptada con total libertad (artículo 15.1), el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que prohíbe todo tipo de discriminación y hace referencia de manera específica al ámbito del empleo, trabajo y retribución (artículo 23), la prohibición del despido injustificado (artículo 30), el derecho de todo trabajador a prestar sus servicios en unas condiciones laborales capaces de respetar su salud y su seguridad (artículo 31.1), la limitación de la duración máxima de la jornada de trabajo y el derecho a descansos diarios, semanales y anuales (artículo 31.2), el derecho al acceso de todo trabajador a un servicio gratuito de colocación o el derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental (artículo 33.2).

Entre los segundos se encuentran derechos tales como el derecho a la libertad sindical (artículo 12) o el derecho de información y consulta a los trabajadores y a sus representantes con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario o el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos (artículo 28).

MARTÍNEZ SOSPEDRA distingue los derechos recogidos en la Carta atendiendo a su titular. De este modo diferencia aquellos derechos que son de disfrute universal, para toda persona, aquellos que son para el goce exclusivo de los ciudadanos de la Unión y aquellos de los que gozan tanto los ciudadanos de la Unión como los residentes legales<sup>134</sup>. Tras aplicarse este criterio, se observa que en la inmensa mayoría de los casos los derechos sociales tienen un carácter universal, salvo determinados supuestos en los que se exige ser ciudadano de la UE como es el caso del apartado 2 del artículo 15, en el que se establece que “*todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de*

---

<sup>134</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. “La Carta de los Derechos de la UE: algunos problemas”. En GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S. y ÁLVAREZ CONDE, E (Coords.). *Comentarios a la Constitución Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 41-70.

*buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”, o el apartado 2 del artículo 34 en el que se dispone que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.*

No obstante se debe prestar atención al inciso final que algunos artículos (artículos 16, 28, 30, 24.2, 36) poseen “*de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”, el cual puede tener un carácter limitador del ámbito subjetivo del derecho aparentemente universal.

TERRADILLOS ORMAETXEA establece un primer grupo de derechos sociales fundamentales en el que incluye aquellos que, por estar previstos expresa e individualmente en los Tratados, deberán ser garantizados por el Tribunal de Justicia, por lo que dispondrán de una mayor eficacia jurídica<sup>135</sup>. Entre ellos se encuentran la acción y la negociación colectiva (artículos 28 CDFUE y 153 y 155 TFUE), el derecho a la vida profesional (artículo 33 CDFUE y 153 TFUE), el derecho a la seguridad social y a la ayuda social (artículo 34 CDFUE y 151 y ss. TFUE) y el derecho a la protección de la salud (artículo 35 CDFUE y 178 TFUE).

Un segundo grupo sería aquel que englobaría aquellos derechos meramente mencionados en los Tratados. Así, el derecho a la dignidad humana (artículo 1 CDFUE y 2 TUE), la libertad profesional y el derecho a trabajar (artículo 15 CDFUE y 45 y ss. TFUE), la igualdad ante la ley (artículo 20 CDFUE), el principio de no discriminación (artículo 21 CDFUE) y la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23 CDFUE)<sup>136</sup>. El derecho a la dignidad humana por el hecho de tratarse de uno de los valores de la Unión no requiere de desarrollo normativo para disponer de eficacia jurídica. La libertad profesional y el derecho a trabajar no gozan de regulación ni desarrollo normativo en el derecho de la UE por lo que la tutela que proporcionan tendrá un carácter

---

<sup>135</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. “Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm.92. 2011, p. 64 y ss.

<sup>136</sup> *Vid.* SANZ CABALLERO, Susana. “El derecho a la igualdad”. En BENEYTO, José María. y MAÍLLO, Jerónimo y Becerril, Belén (Eds.). *Tratado de Derecho y Políticas de la UE*. Vol. II. Thomson Reuters. 2009, pp. 639-738.

considerablemente inferior. Pese a que cualquier limitación a los mismos debiere respetar los requisitos establecidos en el artículo 51.1, en el caso de que éstos entraran en conflicto con objetivos de interés general reconocidos por la UE o con derechos y libertades de los demás regulados por la Unión sucumbirían frente a ellos. El principio de igualdad ante la ley, el de no discriminación y el relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, sin embargo, gozan de un desarrollo por la normativa comunitaria por lo que dispondrán de la misma eficacia que la de aquellos derechos que resultaban regulados en los Tratados.

Finalmente el tercer grupo queda constituido por aquellos derechos sociales fundamentales previstos en la Carta pero no regulados ni mencionados por los Tratados como la libertad de reunión y asociación (artículo 12 CFUE) o el derecho a la libertad de empresa (artículo 16), los derechos de las personas mayores (artículo 25), la integración de las personas discapacitadas (artículo 26), derecho de acceso a los servicios de colocación (artículo 29), el derecho a la protección en caso de despido injustificado (artículo 20), derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 30), la prohibición del trabajo infantil y el derecho a la conciliación de la vida profesional y familiar (artículo 33). Las instituciones de la Unión, en relación a éste grupo de derechos, no se hallan afectadas por lo dispuesto en el artículo 51. Sí lo están en relación al derecho de reunión y asociación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.3, por hallarse previsto en el artículo 11 del CEDH, por lo que gozará de la protección que este convenio le otorgue.

Según BERMEJO GARCÍA, la Carta no ha supuesto un gran avance en materia de protección de los derechos sociales debido fundamentalmente a la amplia libertad que se le reconoce a los Estados en materia social. Según el citado autor la *“situación de déficit social requiere no sólo que se establezcan límites contra el riesgo de una armonización negativa, sino que implica sobre todo, una importante armonización positiva con el fin de garantizar unos determinados derechos sociales por parte de los*



*Estados miembros, impidiendo que éstos rebajen tales derechos con el fin de incrementar la competitividad económica y comercial”<sup>137</sup>.*

Sin embargo, no puede obviarse que la inclusión de los derechos sociales en la Carta ha supuesto una mejora considerable para el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE. Así también, su fusión en la misma junto a otras categorías de derechos ha contribuido a paliar la devaluación formal a la que venían estando sometidos. Sin embargo, es cierto que cabe cuestionarse cuál ha sido la repercusión y aplicación real de los mismos, es decir, si el TJUE los ha tomado en consideración a la hora de resolver los litigios ante él planteados y si han primado frente a otras categorías de derechos.

#### 2.1.5 ÁMBITO DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS CLÁUSULAS HORIZONTALES

El Título VII de la Carta establece las disposiciones generales que regirán la interpretación y la aplicación de la Carta<sup>138</sup>. La doctrina conoce las disposiciones contenidas en este título (artículos 51 a 54) como “cláusulas horizontales” puesto que las mismas serán de aplicación transversal al resto del articulado contenido en el texto. Estas cláusulas junto con las “Explicaciones” a la Carta serán los instrumentos fundamentales para poder llevar a cabo la interpretación de los derechos en ella contenidos.

---

<sup>137</sup> BERMEJO GARCÍA, Romualdo. “Los derechos sociales en la carta de los Derechos Fundamentales”. En HERRERO DE LA FUENTE, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Zamora: Fundación Rei Alfonso Enríques. 2003, p. 93.

<sup>138</sup> *Vid.* PICO LORENZO, Celsa. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista Unión Europea Aranzadi*. Noviembre 2009, pp. 21-35.

### 2.1.5.1 Ámbito de aplicación

El objeto de estudio cuando se hace referencia al ámbito de aplicación de la Carta viene determinado no por los límites de cada uno de los derechos sino por los límites de la Carta como instrumento de protección. Éste se halla regulado en el artículo 51. Pese a que originariamente el documento no gozara de obligatoriedad jurídica, sin embargo, el mismo había sido redactado como si la fuera a tener<sup>139</sup>. Ello se refleja en las “cláusulas horizontales” o “transversales” previstas en el artículo 51 y siguientes.

Como se ha dispuesto, el ámbito de aplicación de la Carta viene regulado en el artículo 51, el cual define los destinatarios de la Carta y detalla que la misma no amplía las competencias de la Unión.

*“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.*

*2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.”*

En cuanto al ámbito subjetivo, en virtud de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 51, puede establecerse que la protección a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario únicamente será efectiva, en relación a las instituciones sólo en el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas a la UE y, en relación a los Estados miembros, sólo cuando la situación enjuiciada presente un nexo en el derecho de la UE.

En la “Explicación” referente al artículo 51 se establece que *“de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se*

---

<sup>139</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A. “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2002, pp. 199-220, especialmente 209.

*impone a los estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.*

En virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, la Carta vincula a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, por lo que únicamente goza de aplicación vertical. Esto puede dar lugar a conflictos en aquellas ocasiones en que la misma enuncia derechos también contenidos en los Tratados (susceptibles de aplicación también horizontal). De esta manera parece que se crean dos sistemas de protección de los derechos fundamentales, uno en aplicación de los derechos de la Unión y otro en aquellos supuestos en que éste no sea aplicable<sup>140</sup>.

En cuanto al ámbito relacional, puede decirse que es aquél que delimita la interacción de la Carta con otros instrumentos de protección de los derechos fundamentales como las Constituciones de los Estados miembros, los Tratados de la UE o el CEDH. De la redacción de su Preámbulo se desprende una voluntad continuista respecto de los instrumentos preexistentes al establecer que:

*“[l]a presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”*

Sin embargo la actuación de estos instrumentos no ha sido siempre convergente y en el mismo sentido, sino que en ocasiones podemos hallar líneas de interpretación divergentes.

En cuanto a la relación entre la Carta y el CEDH, es preciso exponer cómo el primero de los textos recoge gran parte de los derechos enunciados en el segundo. De esta manera, la exposición de motivos de la Carta enumera una lista de artículos con el mismo sentido y alcance que los correspondientes artículos del CEDH. Establece

---

<sup>140</sup> REQUEJO ISIDRO, MARTA. *op cit.* p. 227.

también una segunda lista en la que recoge aquellos artículos de la Carta que gozan del mismo sentido que sus artículos correspondientes en el CEDH pero a los que ésta les otorga un alcance más amplio<sup>141</sup>.

El apartado segundo del artículo 51 afirma que de la interpretación de la Carta no pueden atribuirse nuevas competencias a la Unión. En relación a ello puede mencionarse que las competencias de la Unión se hallan recogidas en los artículos del 2 al 6 del TFUE, los cuales se ocupan de regular las categorías y ámbitos de competencia de la Unión, y éstos no contienen referencia alguna a los derechos fundamentales, de lo que se podría entender que los derechos fundamentales no se hallan dentro del ámbito competencial de la UE. Sin embargo, también podría entenderse que esta omisión no es voluntaria sino consecuencia del olvido del legislador, de tal manera que los mismos no quedarían excluidos del ámbito competencial de la UE sino que a los mismos les podría ser aplicada la cláusula residual del artículo 4.1 TFUE<sup>142</sup>.

Aunque la Carta se hallara contemplada bajo algunos de los ámbitos competenciales de la Unión, ésta consistiría en una competencia vinculada y subordinada a las demás competencias de la Unión, es decir, los derechos de la Carta no podrían ser ejercidos de manera autónoma e independiente a otras competencias.

El mismo artículo detalla que la Carta no crea ninguna competencia nueva, requisito que reitera la idea que acaba de ser expuesta según el cual, para que la Carta pueda operar es necesario que le haya sido otorgada a la Unión una “competencia o misión” en los Tratados. En el mismo sentido se establece que la Carta tampoco tiene capacidad para modificar las competencias o misiones de la Unión. Nuevamente este apartado redunda en el mismo planteamiento.

Los derechos, así como los principios, serán efectivos exclusivamente en el ámbito de las competencias de la Unión. Y ello, pese a que de la redacción de este artículo se intuye una diferenciación entre los mismos al utilizar el término “respeto” en

---

<sup>141</sup> DUTHEIL DE LA RÔCHERE, Jacqueline. *op cit.* p. 190.

<sup>142</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. *op. cit.* p. 29.

Artículo 4.1 del TFUE: “La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6”.

relación a los derechos y los términos “observación” y “promoción” en relación a los principios. Esta cláusula pone su atención en el hecho de que el reparto competencial establecido entre la UE y los Estados miembros no se vea alterado, y especialmente en que no se vean ampliadas las competencias de la UE como consecuencia del respeto de los derechos fundamentales así como de la observación y promoción de los principios<sup>143</sup>.

### **2.1.5.2 El alcance e interpretación de los derechos y principios**

El artículo 52 de la Carta<sup>144</sup> establece una serie de limitaciones y criterios de interpretación en relación a los derechos y principios recogidos en la Carta. Así, el apartado primero establece el respeto del “contenido esencial” de los derechos y libertades dispuestos en la Carta como restricción a las limitaciones que a los mismos se pudieran establecer. También sostiene que, “dentro del respeto al principio de proporcionalidad”, estas limitaciones deberán ser siempre necesarias y deberán

---

<sup>143</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, Eburne. *op cit.* p. 62.

<sup>144</sup> Artículo 52 de la CDFUE: “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

responder a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Esta alusión al interés general supone la posibilidad de que los derechos fundamentales pueden quedar limitados por libertades como la libre circulación, intereses de carácter económicos o de mercado por resultar éstos de carácter general para la UE.

En este mismo sentido las “Explicaciones” de la Carta establecen que *“la mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los tratados, como el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, el apartado 3 del artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 36 y 346 de este mismo Tratado”*.

Será el TJUE el órgano competente para la determinación de la prevalencia de un determinado derecho o libertad sobre otro en el caso de que entraran en conflicto, así como de la consideración de que la restricción realizada a uno de los derechos previstos en la Carta sea conforme a Derecho. Si se observan las decisiones adoptadas por el Tribunal en los casos *Laval*<sup>145</sup>, *Viking*<sup>146</sup>, *Rüffert*<sup>147</sup> o en el caso *Comisión y Luxemburgo*<sup>148</sup> puede apreciarse la tendencia de este órgano durante los últimos años a otorgar prioridad a las libertades comunitarias frente a los derechos sociales.

Del apartado segundo del artículo 52, el cual establece que *“[l]os derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”*, tal y como sostiene LINDE PANIAGUA<sup>149</sup>, se deduce la existencia de dos tipos de derechos. Por

---

<sup>145</sup> *Laval un Partneri Ltd.*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2001(C-341/05).

<sup>146</sup> *TransportWorkers’ Federation, FSU y Viking*, sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007(C-438/05)

<sup>147</sup> *Dirk Rüffert y Land Niedersachsen*, sentencia del TJCE de 3 de abril de 2008, (C-346/06).

<sup>148</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y Gran Ducado de Luxemburgo*, sentencia del TJCE de 19 de junio de 2008 (C-319/06).

<sup>149</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. *op. cit.* p.30.

una parte podemos encontrar aquellos derechos de la Carta mencionados en los Tratados, y, por otra parte, aquellos derechos de la Carta no previstos en los Tratados. A su vez, entre aquellos que se hallan previstos en los Tratados, se puede distinguir entre los derechos que cuentan con un desarrollo normativo y aquellos que no gozan de éste.

El artículo 52.3 establece que “[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que corresponden a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Si se tiene en cuenta que el CEDH no contiene disposiciones relativas a los derechos sociales en sentido estricto, se considera que lo oportuno hubiera sido tomar también como referencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 o la Carta Social Europea de 1961<sup>150</sup>. El último inciso de este apartado tercero, donde se establece que “[e]sta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, no supone, de hecho, una mayor protección a los mismos, puesto que la tutela que el Derecho originario de la UE viene otorgando a los mismos no se caracteriza por su carácter amplio.

El apartado cuarto del artículo 52 sostiene que “[e]n la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. En relación al mismo las “Explicaciones” a la Carta argumentan que “en lugar de seguir un planteamiento rígido de mínimo común denominador, los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes”.

En este artículo se hace referencia a que la interpretación de los derechos ha de ser conforme a un nivel de protección “apropiado” al Derecho de la Unión. En consecuencia, en caso de conflicto entre derechos sociales fundamentales procedentes de las tradiciones comunes de los Estados miembros y el Derecho de la Unión, serán los

---

<sup>150</sup> ROQUETA BUJ, Remedios. “Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm. 15. 2008, p. 202.

primeros los que deban someterse al test de “idoneidad”, es decir, al principio de proporcionalidad, debido a que derechos como la libertad de sindicación o el derecho a la negociación colectiva no acostumbran a ir en la misma línea que el óptimo funcionamiento de las libertades fundamentales del mercado europeo<sup>151</sup>.

El apartado quinto del citado artículo hace referencia a la interpretación de los principios reconocidos en la Carta, en este sentido establece que “[l]as disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.”

Este apartado denota un menor alcance de los principios en comparación con el previsto para los derechos, puesto que su desarrollo no se reserva exclusivamente a la norma, y su limitación puede llevarse a cabo sin que sean necesarias todas las exigencias requeridas en el caso de la restricción de los derechos. El último inciso del apartado reduce el efecto directo de los principios al establecer que los mismos sólo podrán ser alegados ante un órgano jurisdiccional en lo referente a la interpretación y control de la legalidad de los actos anteriormente mencionados. Los principios únicamente podrán ser alegados con el propósito de anular la eficacia de una norma o acto nacional o de la UE contrario al principio previsto en la Carta, pero no con el fin de aplicar directamente al particular el principio contenido en la Carta, creando así un nuevo derecho subjetivo para quien lo alegue<sup>152</sup>.

La delgada línea existente entre los derechos y los principios produce la difícil delimitación, en ocasiones, de los mismos. Así, pueden existir principios que tienden a ser derechos y derechos que tienden a ser principios. En las propias “Explicaciones” de la Carta se menciona que artículos como el 23, relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 33, relativo a la conciliación de la vida familiar y profesional y el

---

<sup>151</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, Ederne. *op cit.* p. 66.

<sup>152</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, p. 142.



artículo 34, referente a la seguridad social y a la ayuda social pueden “incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio”.

El apartado sexto y séptimo del artículo 52 establecen que tanto las legislaciones y las prácticas nacionales, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, así como las “Explicaciones” servirán de instrumentos de interpretación que deberán ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

## **2.2 APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL TJUE**

La CDFUE carecía de fuerza jurídica antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, eso no le impidió adquirir importancia progresivamente. La Carta se había ido convirtiendo en documento de referencia para los distintos tribunales nacionales y había comenzado a ser citada por ellos<sup>153</sup>. La Carta haría las veces de “código de conducta” para las instituciones europeas y de esta manera influiría en el proceso legislativo de la UE. Es por todo ello que no puede ser calificada de mero texto simbólico y declarativo<sup>154</sup>.

Debido a la falta de fuerza jurídica de la Carta hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TJUE se mostró reacio a referirse a la misma en su jurisprudencia a la hora de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE<sup>155</sup>. Prefirió seguir invocando los textos internacionales, como el CEDH, a los que venía acudiendo tradicionalmente<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> BAZZOCHI, Valentina: “The European Charter of Fundamental Rights and the Courts”. DI FEDERICO, Giacomo. *The EU Charter of Fundamental Rights. From declaration to binding instrument*. Dordrecht: Springer. 2011, p. 55

<sup>154</sup> *Ibidem*. p. 56

<sup>155</sup> *Vid.* ROSAS, Allan y KAILA, Heidi. “L’Application de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne par la Cour de Justice: un premier bilan. *Il Diritto dell’Unione Europea*. Núm.1. 2011, pp.1-28.

<sup>156</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El reconocimiento de los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea”. *Revista Foro, Nueva Época*. Núm. 9, 2009, p.18.

Pese a ello, tempranamente se pueden encontrar referencias a la misma en las Conclusiones de los Abogados Generales tanto del Tribunal General como del Tribunal de Justicia. Así, cabe citar las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 22 de febrero de 2001, en los asuntos acumulados C-122/99 y C-125/99, en las que éste, en el párrafo 97, hace mención del artículo 9 de la Carta relativo al derecho a contraer matrimonio y al derecho a fundar una familia. Ese mismo año pueden citarse las Conclusiones del Abogado General Sr. F.G Jacobs presentadas el 14 de junio de 2001, en el asunto C-377/98, en las que éste, en el párrafo 197, hace mención del artículo 1 de la Carta relativo a la dignidad humana y al artículo 3.2 de la misma relativo a la integridad de la persona y en el párrafo 210 el cual hace referencia nuevamente al artículo 3.2. Los Abogados Generales se han referido a la Carta en numerosas ocasiones aunque en diversos sentidos y con distintas finalidades<sup>157</sup>.

Éstos la invocan sin cuestionar su naturaleza, en muchas ocasiones, tras hacer referencia al CEDH. De tal manera es concebida como el documento a través del cual se consolidan los derechos fundamentales protegidos por la UE<sup>158</sup>.

La Carta podía ser considerada como instrumento privilegiado para la identificación de los derechos fundamentales. El Abogado General Ruíz Jarabo-Colomer la concibe como común denominador de los valores jurídicos primordiales en

---

<sup>157</sup> Ejemplo de ello son las siguientes sentencias: *Reino de los Países Bajos y Parlamento, Consejo*, Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 14 de junio de 2001 (C-377/98, punto 197); *Bectu*, Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas el 8 de febrero de 2001 (C-173/99, punto 26); *Schmidberger*, Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 11 de julio de 2002 (C-112/00, punto 101); *Buzzi Unicerni y Comisión de las Comunidades Europeas*, Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 11 de febrero de 2003 (C-217/00, punto 30); *Allonby*, Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 2 de abril de 2003 (C-256/01, punto 53); *Omega*, Conclusiones del Abogado General Stix-Hackl presentadas el 18 de marzo de 2004, (C-36/02, punto 55 y 91); *Nardone*, Conclusiones del Abogado General Poiars Maduro presentadas el 29 de junio de 2004 (C-181/03, punto 51); *Cipolla*, Conclusiones del Abogado General Poiars Maduro presentadas el 1 de febrero de 2006 (C-94/04, punto 78); *Mattern*, Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas el 15 de diciembre de 2005 (C-10/05, punto 34); *TaraoMaruko*, Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 6 de septiembre de 2007 (C-267/06, punto 78); *Tietosuojavaltuutettu*, Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas el 8 de mayo de 2008 (C-73/07, punto 38); *Mono Car Styling SA*, Conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 21 de enero de 2009 (C-12/08, punto 49); *IdrymaTypou A.E.*, Conclusiones de Abogado General Trstenjak presentadas del 2 de junio de 2010 (C-81/09, punto 84); *Toshiba Corporation*, Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas el 8 de septiembre de 2011 (C-17/10, punto 99); *Johann Odar*, Conclusiones del Abogado General Sharpston presentadas el 12 de julio de 2012 (C-152/11, punto 2).

<sup>158</sup> *S.S Evans y the Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions y The Motor Insurers' Bureau*, Conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 24 de octubre de 2002 (C-63/01, punto 84).

los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho comunitario<sup>159</sup>. Por su parte el Abogado General Jean Mischo la califica como el catálogo de los derechos fundamentales, garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>160</sup>

La misma también ha sido mencionada por el Tribunal General, antes denominado Tribunal de Primera Instancia. La invocación de la Carta por este tribunal ha venido también a confirmar, en primer lugar, la existencia de determinados derechos ya reconocidos en el CEDH y en los Tratados comunitarios<sup>161</sup> y en segundo lugar, su papel codificador de los principios generales del Estado de Derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>162</sup>.

Como ya se ha mencionado, el Tribunal de Justicia ha sido siempre más reacio a mencionar la Carta incluso en aquellos asuntos en los que ésta había sido invocada por los Abogados Generales en sus Conclusiones, estas referencias se topaban con la reticencia por parte del Tribunal que resolvía el caso sin aludir a la Carta. Sin embargo, en la sentencia pronunciada con motivo del asunto C-540/03<sup>163</sup>, el Tribunal de Justicia reconoció la importancia de la Carta en su parágrafo 38 alegando que:

*“el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»”.*

A partir de este momento se va a producir un cambio en la jurisprudencia del TJUE, puesto que éste va a comenzar a invocar la CDFUE en sus sentencias. En esta

---

<sup>159</sup> *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo-Colomer presentadas el 4 de diciembre de 2001(C-208/00, parágrafo 59).

<sup>160</sup> *BookerAquaculture y the Scottish Ministers*, Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas el 20 de septiembre de 2001, (C-20/00, punto 126).

<sup>161</sup> *Tobacco y la Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del 15 de enero de 2002, (asuntos acumulados T-377/00, T- 379/00, T- 380/00, T-260/00 y T-272/01, punto 122).

<sup>162</sup> *Maxmobil Telekommunikation Service GmbH y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del TPI de 30 de enero de 2002, (T-54/99, parágrafo 48 y 57).

<sup>163</sup> *Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, sentencia del TJCE de 27 de junio de 2006, (C-540/03, parágrafo 38)

primera sentencia el Tribunal va hacer alusión al derecho al respeto de la vida privada o familiar recogido en el artículo 7 de la Carta. Un año después en 2007, el 13 de marzo<sup>164</sup>, el Tribunal invocará el artículo 47 de la Carta al plantearse un supuesto en el que se debate el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. En ambos supuestos estas referencias a la CDFUE aparecen como referencias que refuerzan la invocación a aquellos artículos del CEDH en los que se proclaman y reconocen los mismos derechos.

Respecto a la mención e invocación de la Carta por el Tribunal, una vez ésta adquiere eficacia jurídica, cabe decir que ésta se ha visto incrementada exponencialmente<sup>165</sup>. A partir de este momento la misma es mencionada por el Tribunal en numerosas ocasiones y no sólo con el objeto de confirmar o reafirmar derechos establecidos en otros textos internacionales o en las tradiciones comunes a los Estados miembros, sino también con el fin de interpretar alguno de los derechos contenidos en la misma, así como de delimitar su alcance, sentido y ámbito de aplicación.

En primer lugar, puede exponerse cómo son numerosas las sentencias las que hacen referencia al valor jurídico de la Carta<sup>166</sup>. En segundo lugar, cabe destacar cómo

---

<sup>164</sup> *Unibet y Justitiekanslern*, sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, (C-432/05, párrafo 37).

<sup>165</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe 2011 sobre la aplicación de la carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Bruselas, 16.04.2012, COM (2012) 169 final, p. 6: “*El impacto de la Carta en el ámbito judicial, tanto a nivel nacional como de la UE, es ya visible. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido cada vez más a la Carta en sus sentencias: el número de sentencias en cuya parte expositiva se cita la Carta aumentó más del 50 % con respecto a 2010, pasando de 27 a 42. También los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren cada vez más a la Carta cuando plantean cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (decisiones prejudiciales): en 2011, tales referencias aumentaron de 18 a 27, lo que representa un 50 % más con respecto a 2010. Los tribunales nacionales han remitido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas diversas cuestiones interesantes, tales como el impacto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo en los procedimientos de expulsión contra ciudadanos de la Unión Europea que dependen de información sensible en materia de seguridad que las autoridades no quieren revelar en una audiencia pública.*”

<sup>166</sup> *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG*, sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07, párrafo 22); *Comisión Europea y República Federal de Alemania*, sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010 (C-271/08, párrafo 37); *Knauf Gips KG contra Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010 (C-407/08, párrafo 91); *VolkerundMarkusScheckeGmbH y LandHessen*, sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 (C-92/09 párrafo 45); *República Francesa y People's Mojahedin Organization of Iran*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-27/09, párrafo 66); *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros y el Consejo de Ministros*, sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 (C-236/09, párrafo 16); *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH y Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-279/09, párrafo 30); *Reinhard Prigge y Deutsche Lufthansa AG*, sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2011 (C-447/09, párrafo 38); *Aldo Patriciello*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de

algunos derechos han sido tratados considerablemente en un mayor número de ocasiones que otros por el Tribunal.

De este modo, si se tiene en cuenta el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2009, fecha en la que entra en vigor el Tratado de Lisboa, y el 15 de enero de 2013, la Carta ha sido mencionada en un número aproximado de 100 sentencias de las cuales el artículo 47, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva aparece mencionado en alrededor de 17 de asuntos<sup>167</sup>. En algunos de ellos, este derecho es meramente aludido, mientras que en otros es interpretado y delimitado como en el caso C-213/10, de 19 de abril de 2012, concretamente en el párrafo 52 en el que se solicita al Tribunal que resuelva la colisión existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la declaración de incompetencia por parte de los tribunales de un Estado miembro cuando ya se han declarado incompetentes los tribunales de otro Estado miembro.

El artículo 7, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, es mencionado en aproximadamente 11 asuntos<sup>168</sup> a través de los cuales es determinado su

---

2011 (C-163/10, párrafo 31); *DeutschesWeintoreG yLandRheinland-Pfalz*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (C-544/10, párrafo 43).

<sup>167</sup>*WinnerWettenGmbH y Bürgermeisterin der StadtBergheim*, sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010 (C-409/03, párrafo 58); *Rosalba Alassini y Telecom Italia SpA*, sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2010 (C-317/08, párrafo 61); *KnaufGips KG contra Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010 (C-407/08, párrafo 91); *AJD Tuna Ltd y Directeur tal-Agrikultura u s-Sajd y Avukat Generali*, sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2011 (C-221/09, párrafo 55); *KME Germany AG, KME France SAS, KME ItalySpA y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011 (C-272/09, párrafos 92 y 106); *DEB Deutsche Energiehandels- undBeratungsgesellschaftmbH yBundesrepublikDeutschland*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-279/09, párrafo 31); *Rosa María GavieiroGavieiro y Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-444/09, párrafo 75); *Brahim Samba Diouf y Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, sentencia del TJUE de 28 de julio de 2011 (C-69/10, párrafo 49); *F-Tex SIA y Lietuvos-Anglijos UAB "Jadecloud-Vilma"*, sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012 (C-213/10, párrafo 52); *G y Cornelius de Visser*, sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (C-292/10, párrafo 48 y 58); *Hypotečnibankaa.s. y Udo Mike Lindner*, sentencia del TJUEde 17 de noviembre de 2011 (C-327/10, párrafo 49); *KME Germany AG, KME France SAS, KME ItalySpA y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011 (C-389/10, párrafo 119 y 133); *Dermod Patrick O'Brien contra Ministry of Justice*, sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2012 (C-393/10, párrafo 48); *Ufficio IVA di Piacenza y Belvedere CostruzioniSrl.*, sentencia del TJUE de 29 de marzo (C-500/10, párrafo 23); *Trade Agency Ltd y SeramicoInvestments Ltd.*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (C-619/10, párrafo 63); *EuropeseGemeenschap y Otis NV y otros*, sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012 (C-199/11, párrafo 78); *Thomas Pringle y Gouvernement of Ireland, Ireland, The Attorney General*, sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2012 (C-370/12, párrafo 178).

<sup>168</sup> *RhimouChakrounyMinister van BuitenlandseZaken*, sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2010 (C-578/08 párrafo 44); *VolkerundMarkusScheckeGbR y LandHessen*, sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 (C-92/09 párrafo 47); *Land Baden-Württemberg y PanagiotisTsakouridis*, sentencia

sentido y alcance como ocurre en el asunto C-256/11, de 15 de noviembre de 2011, en los párrafos 70 y siguientes. Este precepto es interpretado en ocasiones en solitario y en ocasiones en relación con otros derechos como en el asunto C-28/09 en el que es puesto en conexión con el artículo 8 relativo al derecho a la protección de datos de carácter personal, o en el asunto C-356/11 de 6 de diciembre de 2012, párrafo 76, en el que es puesto en relación con el artículo 24, en el que es tenido en cuenta el criterio relativo al interés superior del niño.

También es relevante el número de ocasiones (entre 4 y 8) en las que son citados los siguientes preceptos: el artículo 31<sup>169</sup> que contiene el derecho a disfrutar de unas condiciones de trabajo justas y equitativas. En la mayoría de asuntos la mención a este precepto se realiza en relación a la interpretación del derecho a unas vacaciones anuales retribuidas; el artículo 24 relativo a los derechos del menor<sup>170</sup>; el artículo 16<sup>171</sup> relativo a la libertad de empresa, el cual es puesto en relación tanto con el artículo 17 relativo al

---

del TJUE de 23 de noviembre de 2010 (C-145/09 párrafo 52); *J. McB. y L. E.*, sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010 (C-400/10, párrafo 45); *Comisión Europea y República de Austria*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-28/09, párrafo 118); *Gerardo Ruiz Zambrano y Office National de l'Emploi (ONEM)*, sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011 (C-34/09, párrafo 52); *Malgožata Runevič-Vardyn, Lukasz Paweł Wardyn y Vilniaus miestovadybės administracija, otros*, sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2011 (C-391/09, párrafo 66); *Magatte Gueye*, sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011 (C-483/09, párrafo 55); *Murat Dereci, otros y Bundesministerium für Inneres*, sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011 (C-256/11, párrafo 70 y ss.); *O. y S. y Maahanmuuttovirasto*, sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-356/11, párrafo 76); *Natthaya Dülger y Wetteraukreis*, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012 (C-451/11, párrafo 53).

<sup>169</sup> *Williams y otros y British Airways plc.*, sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011 (C-155/10, párrafo 18); *KHS AG y Winfried Schulte*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2011 (C-214/10, párrafo 31 y 37); *KHS AG contra Winfried Schulte*, sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2012 (C-337/10, párrafo 40); *ANGED y FASGA*, sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11, párrafo 17); *Alexander Heimann y Kaiser GmbH.*, sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012 (C-229/11, párrafo 38).

<sup>170</sup> *Jasna Detiček y Maurizio Sgueglia*, sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2009 (C-403/09 párrafo 53 y 54); *Doris Povse y Mauro Alpago*, sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010 (C-211/10 párrafo 64); *J. McB. y L. E.*, sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010 (C-400/10, párrafo 47); *Joseba Andoni Aguirre Zarraga y Simone Pelz*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-491/10, párrafo 59); *O. y S. y Maahanmuuttovirasto*, sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012 (C-356/11, párrafo 76); *Health Service Executive y S.C., A.C.*, sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012 (C-92/12, párrafo 127).

<sup>171</sup> *Scarlet Extended SA y SABAM*, sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 (C-70/10, párrafo 44); *SABAM y Netlog NV.*, sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012 (C-360/10, párrafo 44); *DR, TV2 Danmark y Nordisk Copyright Bureau* (C-510/10, de 26 de abril de 2012, párrafo 57); *Deutsches Weintor G y Land Rheinland-Pfalz*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (C-544/10, párrafo 44); *Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH y SAM*, sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 (C-1/11, párrafo 43).

derecho a la propiedad<sup>172</sup>, como con el artículo 15 relativo al derecho a trabajar<sup>173</sup>; el artículo 17 relativo al derecho de propiedad<sup>174</sup>; y el artículo 21 referente al principio de no discriminación<sup>175</sup>.

Es necesario tener en cuenta las ocasiones (entre 2 y 3) en las que son citados los siguientes artículos: el artículo 1 relativo a la dignidad de la persona, en relación con el artículo 18, relativo al derecho de asilo<sup>176</sup>; el artículo 8<sup>177</sup> que proclama el derecho a la protección de datos de carácter personal, el cual acostumbra a ser puesto en relación con el artículo 11, que protege la libertad de expresión e información<sup>178</sup>; el artículo 11<sup>179</sup>; el artículo 15<sup>180</sup>, que proclama la libertad profesional y al derecho a trabajar; el artículo

---

<sup>172</sup> *Scarlet Extended SA y SABAM*, sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 (C-70/10, párrafo 44)

<sup>173</sup> *InterserohScrap and Metal Trading GmbH y SAM*, sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 (C-1/11, párrafo 43).

<sup>174</sup> *Scarlet Extended SA y SABAM*, sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 (C-70/10, párrafo 43); *Martin Luksan y Petrus van der Let.*, sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2012 (C-277/10, párrafo 68); *JozefKrižan, otros y Slovenskáúšpekciaživotnéhoprostredia*, sentencia del TJUE de 15 de enero de 2013 (C-416/10, párrafo 116); *BericapZáródástechnikaiBt. y Plastinnova 2000 Kft.*, sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2012 (C-180/11, párrafo 76).

<sup>175</sup> *Akzo Nobel Chemicals Ltd., Akros ChemicalsLtd y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2010 (C-550/07, párrafo 54); *Malgożata Runevič-Vardyn, ŁukaszPawełWardyn y Vilniausmiestosavivaldybėsadministracija*, sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2011 (C-391/09, párrafo 43); *ReinhardPrigge y Deutsche Lufthansa AG*, sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2011(C-447/09, párrafo 38); *Sabine Hennigs y Eisenbahn-Bundesamt*, sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 (C-297/10, párrafo 46); *República Italiana y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 27 de noviembre (C-566/10, párrafo 75).

<sup>176</sup> *GISTI y Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2012 (C-179/11, párrafo18); *Mostafa Abed El Karem El Kott, otros y Bevándorlásiés Állampolgársági Hivatal*, sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012 (C-364/11, párrafo 12).

<sup>177</sup> *Deutsche Telekom AG contra Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011 (C-543/09, párrafo 49 y 66); *Patrick Kelly y National University of Ireland (UniversityCollege, Dublin)*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 (C-104/10, párrafo 55); *Comisión Europea contra República de Austria*, sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2012 (C-614/10, párrafo 36).

<sup>178</sup> *Scarlet Extended SA y SABAM*, sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, (C-70/10, párrafo 50); *SABAM y Netlog NV.*, sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012 (C- 360/10, párrafo 48).

<sup>179</sup> *Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH, otros*, sentencia de 1 de diciembre de 2011 (C-145/10, párrafo 115); *Aldo Patriciello*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-163/10, párrafo 31).

<sup>180</sup> *Gerhard Fuchs y contra LandHessen*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 (C-159/10, párrafo 62); *DeutschesWeintoreG y LandRheinland-Pfalz*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (C-544/10, párrafo 44); *TorstenHörnfeldt contra PostenMeddelande AB.*, sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012 (C-141/11, párrafo 37).

20<sup>181</sup>, referente a la igualdad ante la ley; el artículo 23<sup>182</sup>, en el que se prevé la igualdad entre mujeres y hombres; el artículo 28<sup>183</sup>, acerca del derecho de asilo; el artículo 35<sup>184</sup>, que prevé el derecho a la protección de la salud; el artículo 41<sup>185</sup>, que enuncia el derecho a una buena administración; el artículo 45<sup>186</sup>, relativo a la libertad de circulación y de residencia; y el artículo 48<sup>187</sup>, sobre la presunción de inocencia y a los derechos de defensa.

Finalmente cabe señalar aquellos derechos que únicamente aparecen señalados en una ocasión como son el artículo 4<sup>188</sup>, que contempla la prohibición de tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, el artículo 10<sup>189</sup>, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el artículo 22<sup>190</sup>, que prevé el respeto a la

---

<sup>181</sup> *Akzo Nobel Chemicals Ltd., AkrosChemicalsLtd y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2010 (C-550/07, parágrafo 54); *Károly Nagy y Mezőgazdaságiés Vidékfejlesztési Hivatal*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 (C-21/10, parágrafo 47).

<sup>182</sup> *Dita Danosa y LKB Līzings SIA*, sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2010 (C- 323/09 parágrafo 71); *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros y el Consejo de Ministros*, sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 (C-236/09, parágrafo 17).

<sup>183</sup> *Comisión Europea y República Federal de Alemania*, sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010 (C-271/08, parágrafo 37 y 38); *ReinhardPrigge y Deutsche Lufthansa AG*, sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2011 (C-447/09, parágrafo 47); *Georges Erny y Daimler AG - WerkWörth*, sentencia del TJUE de 28 de junio de 2012 (C-172/11, parágrafo 50).

<sup>184</sup> *José Manuel Blanco Pérez, María del Pilar Chao Gómez y Consejería de Salud y Servicios Sanitarios*, sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, (C-570/07, parágrafo 65); *Comisión Europea y República de Austria*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-28/09, parágrafo 35); *DeutschesWeintoreG y LandRheinland-Pfalz*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 (C-544/10, parágrafo 45); *Marja-LiisaSusisalo, OlliTuomaala y MerjaRitala*, sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012 (C-84/11, parágrafo 37).

<sup>185</sup> *República Francesa y People'sMojahedinOrganization of Iran*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-27/09, parágrafo 66); *Solvay SA y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 (C- 109/10, parágrafo 53); *M. M. y MinisterforJustice, Equality and LawReform, Ireland y Attorney General*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-277/11, parágrafo 82).

<sup>186</sup> *Secretary of StateforWork and Pensions y TaousLassal*, sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2010, (C-162/09 parágrafo 29); *Shirley McCarthy y Secretary of Stateforthe Home Department*, sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011 (C-434/09, parágrafo 27).

<sup>187</sup> *Akzo Nobel Chemicals Ltd., AkrosChemicalsLtd y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2010 (C-550/07, parágrafo 92); *Marcelo Costa*, sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012 (C- 72/10, parágrafo 86); *E.ON Energie AG y Comisión Europea*, de 22 de noviembre de 2012 (C-89/11, parágrafo 72); *M. M. y MinisterforJustice, Equality and LawReform, Ireland y Attorney General*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-277/11, parágrafo 82).

<sup>188</sup> *N.S. contra Secretary of Stateforthe Home Department et M. E.*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-411/10, parágrafo 123.2).

<sup>189</sup> *Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012 (C-71/11, parágrafo 81).

<sup>190</sup> *Malgożata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn y Vilniaus miestosaivaldybėsadministracija*, otros, sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2011 (C-391/09, parágrafo 86).



diversidad cultural, religiosa y lingüística, el artículo 30<sup>191</sup>, referente al derecho de protección en caso de despido injustificado, el artículo 34<sup>192</sup>, relativo al derecho a la seguridad social y a la ayuda social, el artículo 49<sup>193</sup>, en el que son previstos los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y penas y el artículo 50<sup>194</sup>, que recoge el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Especial mención debe hacerse a la alusión hecha a las denominadas cláusulas horizontales contempladas en los artículos 51<sup>195</sup> y 52<sup>196</sup> a las que el Tribunal acude con el fin de determinar el ámbito de aplicación, el sentido y el alcance de los derechos y principios concurrentes en el caso concreto.

Cabe poner de manifiesto cómo derechos sociales tales como el artículo 1, 15, 16, 20, 21, 23, 30, 31 y 35 han sido mencionados e interpretados por el Tribunal. Puede afirmarse que aproximadamente la tercera parte de los artículos citados por el Tribunal, son de carácter social aunque es cierto que no todos son mencionados con la misma frecuencia.

---

<sup>191</sup> *Ovido Rodríguez Mayor y Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila*, sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2008 (C-323/08, párrafo 58).

<sup>192</sup> *Servet Kamberaj y IPES*, sentencia del TJUE, de 24 de abril de 2012 (C-571/10, párrafo 92).

<sup>193</sup> *Fabio Caronna*, sentencia del TJUE de 28 de junio de 2012 (C-7/11, párrafo 55).

<sup>194</sup> *Comisión Europea y República Italiana*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 (C-50/10, párrafo 68).

<sup>195</sup> *J. McB. y L. E.*, sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010 (C-400/10 párrafo 51); *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH y Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-279/09, párrafo 30); *Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012 (C-130/10, párrafo 83); *N.S. contra Secretary of State for the Home Department et M. E.*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (C-411/10, párrafo 123.2); *República Italiana y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 27 de noviembre (C-566/10, párrafo 75); *Yoshikazu y Stadt Ulm*, sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012 (C-40/11, párrafo 78); *Thomas Pringle y Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2012 (C-370/12, párrafo 179 y 180).

<sup>196</sup> *Comisión Europea y República Federal de Alemania*, sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010 (C-271/08, párrafo 38); *VolkerundMarkusScheckeGbR y LandHessen*, sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 (C-92/09 párrafo 50 y 51); *J. McB. y L. E.*, sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010 (C-400/10 párrafo 53); *HristoByankov y GlavensekretarnaMinisterstvona vatreshniteraboti*, sentencia del TJUE, de 4 de octubre de 2012 (C-249/11, párrafo 1).

### **2.3 LA INTERACCIÓN ENTRE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSEJO DE EUROPA**

En Europa conviven en la actualidad dos sistemas de protección de los derechos fundamentales. Por una parte se halla el sistema de protección europeo confeccionado por el Consejo de Europa, y por otra parte se encuentra el sistema comunitario surgido en el seno de la Unión Europea al cual se acaba de hacer referencia. Este segundo nació y se ha ido forjando bajo la influencia del primero, perfilando poco a poco una identidad propia que en ocasiones también ha logrado reflejar su impronta en el sistema europeo<sup>197</sup>.

En este punto también cabría hacer referencia a la labor llevada a cabo por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE a partir de ahora), a través de sus instrumentos y mecanismos de protección de los derechos humanos. La OSCE no cuenta con un sistema de protección en sentido estricto. Sin embargo, no puede obviarse la labor que realiza en este ámbito<sup>198</sup>.

Es importante conocer la coexistencia del sistema de la UE de protección de los derechos fundamentales con otros sistemas de protección, especialmente su interacción con el sistema de protección forjado por el Consejo de Europa. Éste, y concretamente los elementos que lo integran, han servido de inspiración y referente, prácticamente en todo momento, para la creación, elaboración y desarrollo del sistema de la UE de protección de los derechos fundamentales.

Tanto el CEDH, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH a partir de ahora), como la Carta Social Europea han sido tenidos en cuenta en numerosas normas, sentencias y actos de la UE. Así se refleja en las

---

<sup>197</sup> SCIARRA, Silvana. "From Strasbourg to Amsterdam: prospects for the convergence of European social rights policy". En ALSTON, PHILIP. *The European Union and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press. 1999, p. 474.

<sup>198</sup> *Vid.* DE LA TORRE, Servando. *La Organización de Seguridad y Cooperación en Europa- OSCE- Misiones y dimensiones de la OSCE*. Madrid: Dykinson. 2006.

Explicaciones a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>199</sup>, en las que en la aclaración relativa a cada artículo se hace referencia, en la mayoría de ellos, a su artículo correlativo en el CEDH.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos<sup>200</sup> se construye a partir del CEDH<sup>201</sup>, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. El mecanismo de control del que goza este sistema es llevado a cabo fundamentalmente a través de la labor del TEDH, previsto en el Título II del Convenio, cuya función esencial es la interpretación y aplicación dinámica del CEDH. Se puede decir que éste hace las veces de “*instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos*”<sup>202</sup>.

La influencia del sistema de protección europeo de derechos humanos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE ha sido determinante para su configuración como tal. Podría considerarse como la primera influencia el reconocimiento por parte del TJCE al CEDH como texto que “*constituye el orden público europeo en materia de derechos humanos, para concretar el contenido del principio general de Derecho comunitario de protección de los derechos fundamentales*

---

<sup>199</sup> Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. DOUE (2007/C 303/02) 14.12.2007.

<sup>200</sup> Tradicionalmente el iusnaturalismo ha entendido por derechos humanos aquellos inherentes a toda persona y que se caracterizan por ser irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables sin que exista la necesidad de que sea reconocido por texto normativo alguno. Las tesis positivistas son las que han dado lugar al concepto de derechos fundamentales, y entienden por éstos a aquellos derechos humanos reconocidos en las distintas constituciones estatales.

En la presente tesis se utiliza el término derecho fundamental para hacer referencia a aquellos derechos pertenecientes a esta categoría reconocidos y ejercitados en el marco de la UE, mientras que será utilizado el término derecho humano cuando se haga referencia a aquellos derechos pertenecientes a esta categoría reconocidos en el marco del Consejo de Europea.

Es cierto que en el seno de la Organización de Naciones Unidas, así como en el relativo al Consejo de Europa, es utilizada la nomenclatura de derecho humano, sin embargo la UE, influenciada por la corriente constitucionalista germánica decidió referirse a los mismos con el término derechos fundamentales.

<sup>201</sup> Vid. BOUCAUD, Pascale. “La première application pratique de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme: la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l’homme et des libertés fondamentales”. *Revue ASPECTS*. Janvier 2009. BOUCAUD, Pascale. *The council of Europe’s standard-setting activities relating to equality of the sexes (Equality between women and men)*. Strasbourg: European Committee for Equality between Women and Men. 1989.

<sup>202</sup> Expresión utilizada por el TEDH en la sentencia Loizidou y Turquía, de 23 de marzo de 1995, Serie A, núm. 310, considerando 75.

Vid. DE SALVIA, M. “L’élaboration d’unius commune des droits de l’homme”. En MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (Eds.). *Protection des droits de l’homme. La dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda*. Köln. 1998, pp.555-563.

*para un caso particular*”<sup>203</sup>. Una segunda influencia se observa en el hecho de que el TJCE ha importado algunos de los criterios de interpretación de la CEDH desarrollados por el TEDH.

El TJCE se ha referido en numerosas ocasiones al CEDH, así como a la jurisprudencia del TEDH. Estas alusiones han sido empleadas para exigir el respeto de los derechos fundamentales tanto a las instituciones de la UE como a los Estados miembros al aplicar el Derecho de la UE.

A partir de la década de los 90, según RIPOL CARULLA, el TJCE comienza a adoptar una doctrina jurisprudencial autónoma, independiente a la del TEDH, coincidente en ocasiones con ésta, pero no siempre. De la misma manera también se puede observar cómo progresivamente la interacción entre ambos sistemas se ha ido compensando de tal manera que el sistema de la UE en la actualidad también influye en el sistema europeo. La consolidación del sistema de la UE de protección de los derechos fundamentales ha provocado una mayor “*receptividad por el TEDH de los estándares y criterios de interpretación establecidos por el TJCE*”<sup>204</sup>. Otra de las consecuencias de la consolidación del sistema de protección de la UE ha sido el posible control por parte de del TEDH a los actos procedentes de la UE<sup>205</sup>.

Su doctrina y labor afecta no sólo al Estado afectado por la sentencia emitida en un caso concreto sino también a terceros Estados en virtud del efecto de cosa interpretada, el cual da lugar a que estos Estados lleguen a modificar sus leyes y sus prácticas jurídicas. Pese a que el artículo 46 del CEDH únicamente proclama el principio de cosa juzgada en virtud del cual la sentencia sólo surtirá efectos entre las partes afectadas, la doctrina ha constatado que las repercusiones de la misma van más allá, llegando producir efectos sobre Estados terceros.

---

<sup>203</sup> RIPOL CARULLA, Santiago. *op .cit.* p.69.

<sup>204</sup> RIPOL CARULLA, Santiago. *op .cit.* p.99.

<sup>205</sup> SANZ CABALLERO, Susana. “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales: Sinergias y divergencias de ambos sistemas”. En VV.AA (FERNÁNDEZ SOLA, N., Coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Northwestern University: Dykinson. 2004, p. 88.

El reconocimiento de la autoridad de la cosa interpretada de las sentencias del TEDH conlleva la posibilidad de que éste pueda establecer, en algunas de sus sentencias, interpretaciones concretas de las disposiciones del CEDH. En estos casos la interpretación que realice no alcanzará solamente a la resolución del caso concreto sino que por *vía de abstracción*<sup>206</sup> el Tribunal Europeo, a partir del caso a resolver, va a poder precisar el alcance de una disposición del Convenio y concretar su significado.

De esta manera, la sentencia no se limita a resolver un caso concreto sino que al interpretar una determinada disposición, aquella pasará a formar parte del contenido de ésta. En consecuencia, esta interpretación no obligará sólo al Estado afectado por el asunto, sino a todos los Estados parte, en cuanto todos ellos están obligados por el Convenio.

Esta dualidad en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales tiene lugar también en el ámbito concreto de los derechos sociales fundamentales, puesto que el Consejo de Europa goza de un importante instrumento normativo para la protección de los mismos como es la Carta Social Europea de 1961<sup>207</sup>, así como de un órgano de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

La Carta Social Europea de 1961 no va a mencionar todavía el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin embargo en algunos de sus artículos se van a configurar derechos que indirectamente protegen esta realidad. En este sentido puede hacerse referencia al punto 16 de la Parte I, el cual hace referencia al derecho a la protección de la familia, al artículo 8, el cual menciona los distintos derechos de las trabajadoras, al artículo 16, el cual reconoce explícitamente este derecho a la protección de la familia del que hablaba el punto 16 en la Parte I y, finalmente, al artículo 17, el cual reconoce los derechos de las madres y los niños a una protección social y económica.

---

<sup>206</sup> Vid. VELU, J. y ERGEC, R. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruxelles: Bruylant. 1990, p. 1080.

<sup>207</sup> Carta Social Europea, proclamada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961.

La versión revisada de la Carta, adoptada por el Consejo de Europa en 1996<sup>208</sup>, sí contempla en su artículo 27, bajo el título de *Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato*, determinados derechos que aluden directamente a la realidad relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a pesar de no utilizar todavía este concepto. De esta manera proclama que:

*“1. Para garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre ñestos y los demás trabajadores, las Partes se comprometen:*

*a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la miema tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales;*

*b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y seguridad social:*

*c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios de guardería diurnos y otros medios para el cuidado de los niños;*

*2. a prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica;*

*3. a garantizar que las responsabilidades femailiars no puedan constituir, por sí mismas una razón válida para el despido”.*

Este precepto, supone un avance fundamental en la protección de esta cuestión, contempla la necesidad de que los Estados adopten medidas en favor de la conciliación, prevé la posibilidad del permiso parental, así como también contempla que el hecho de que un trabajador o trabajadora posea responsabilidades familiares no puede ser razón para su despido. Se trata de un precepto que otorga una gran protección a esta problemática, por ello su invocación por parte del TJCE será tenida en cuenta en la parte de la tesis relativa al análisis jurisprudencial, así como la influencia de los dictámenes, opiniones o conclusiones que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha podido emitir al respecto.

---

<sup>208</sup> Carta Social Europea (Revisada), proclamada por el Consejo de Europea en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996.

Sin embargo, es necesario mencionar que la Carta Social Europea revisada en 1996 únicamente ha sido aceptada por 27 Estados de los 47 del Consejo de Europa, mientras que de la Unión Europea sólo 17 Estados la han ratificado, de los cuales solamente 3 han aceptado la totalidad de los derechos declarados: Francia, Italia, y Portugal. Por ello, debemos inferir que el alcance real de la misma es todavía reducido pese a que éste surgió con la vocación de sustituir gradualmente a la CSE de 1961.

### **3. DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA**

Lograr definir el concepto de Derecho social de la Unión Europea no es tarea sencilla. Para ello es necesario delimitar el ámbito sobre el que este término puede ser aplicado. En primer lugar, conviene describir qué entiende la doctrina por Derecho social con carácter general, es decir qué derechos o qué bienes jurídicos tiene por misión proteger y quedan bajo el paraguas de este término. En segundo lugar, puede ser apuntada la diferencia existente entre el derecho social europeo y el Derecho social de la Unión Europea. Finalmente también es aconsejable mencionar la común confusión a la hora de utilizar indistintamente las nociones de Derecho social y política social, y establecer los parámetros para poder distinguirlas.

Paralelamente al análisis de estas cuestiones, y al observar las dificultades a las que se enfrentan los derechos sociales en el ámbito de la UE, se plantean interrogantes tales como: ¿es posible extrapolar el concepto de Derecho social estatal al ámbito de la UE?, ¿existe el Derecho social de la UE? a los que se tratará de dar respuesta.

#### **3.1 ORIGEN Y CONCEPTO DE “DERECHO SOCIAL EUROPEO” EN EL ÁMBITO EUROPEO**

Los derechos sociales en el ámbito europeo surgen, según sostiene BALDASARRE, como reacción a la situación de crisis vivida en el período de entreguerras del siglo XX, como una categoría constitucional propia del Estado

social<sup>209</sup>. Su aparición viene motivada por un sistema cuyo eje estaba constituido por una economía de mercado cuyo fin era la obtención del máximo beneficio. Los derechos sociales tienen la vocación de limitar y acotar este mercado, en ocasiones sin reglas, con el fin de proteger a las personas que participan en este sistema. La consideración del mercado como centro tiene serias consecuencias tales como el hecho de que la titularidad de los derechos sociales dependa de ser parte o sujeto de este sistema.

Es cierto que tampoco pueden ser ignorados los esfuerzos llevados a cabo a nivel internacional por la Organización Internacional de Trabajo, creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, la cual proclama en el considerando primero de su documento constitutivo la justicia social como fundamento de la paz universal y permanente. La primera Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington en octubre de 1919 adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria<sup>210</sup>.

Dentro de este marco internacional tampoco puede dejar de mencionarse la labor de Naciones Unidas en materia de derechos sociales, desarrollada fundamentalmente a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor no se produciría hasta el 3 de enero de 1976.

RIBAS, JONCY Y SÉCHÉ<sup>211</sup> sostienen que el Derecho social “*comprende, en principio, las reglas jurídicas relativas a los problemas del hombre que se tratan en el*

---

<sup>209</sup> BALDASARRE, Antonio. “Diritti sociali”. En: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani. Vol. XI. 1989, p.1.

<sup>210</sup> Convenio n°1 de la OIT sobre las horas de trabajo (industria), 1919, Convenio n°2 de la OIT sobre el desempleo, 1919, Convenio n°3 de la OIT sobre la protección a la maternidad, 1919, Convenio n°4 de la OIT sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919, Convenio n°5 de la OIT sobre la edad mínima (industria), 1919, Convenio n°6 de la OIT sobre el trabajo de los menores (industria), 1919.

<sup>211</sup> RIBAS, Jaques Jean, JONCY, Marie Jose y SÉCHÉ, Jean Claude. *Derecho Social Europeo*. Madrid: Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980, p. 15. La expresión Derecho social europeo es utilizado en otras grandes obras como las de GAUTRON (Droit europeo), de TROCLET, de PHILIP (Droit Social Europeo), de LYON-CAEN (Droit social international et europeo) o de BIRK (Internationales und Europäisches Arbeitsrecht).



*plano colectivo*”<sup>212</sup>. Concretamente, según estos autores, en él quedarían contenidos el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social, así como aquellos derechos encargados de proteger otros ámbitos importantes para garantizar unas condiciones de vida digna como los relativos a la salud pública, el servicio social, las cuestiones demográficas y familiares, así como el referente a la vivienda. También afirman que las políticas relativas a educación, cultura y tiempo libre han contribuido al incremento de la justicia social entre las personas, por lo que, de manera indirecta, éstas últimas también quedarían comprendidas dentro del ámbito del derecho social.

El Derecho social es en su origen y en esencia de carácter nacional y a criterio del profesor PECES-BARBA, la aparición de los derechos sociales se podría ubicar en el siglo XIX, vinculados a la idea de igualdad y desde una perspectiva social democrática; perspectiva ésta que se sitúa en un punto intermedio entre las posiciones socialistas radicales y el liberalismo ortodoxo<sup>213</sup>.

De esta manera y como sostiene el profesor MAESTRO BUELGA, los derechos que el Derecho social comprende “*son una categoría surgida en el constitucionalismo social, que tiene como referencia básica al Estado*”<sup>214</sup>. Y por ello, “*es difícilmente extrapolable a otras situaciones, no sólo porque es en esta realidad política en la que se actúan las relaciones propias de ésta fórmula, sino también por la dificultad de extender los rasgos caracterizadores del Estado social a la Comunidad Europea*”<sup>215</sup>. Este carácter nacional<sup>216</sup>, que más tarde será analizado en profundidad, ha supuesto una de las causas de la difícil recepción del Derecho social por la Unión Europea y, en consecuencia, de su debilidad en el ámbito de la misma.

Cabe añadir, que también ha contribuido como obstáculo a la armonización del sistema comunitario la descentralización política existente en muchos de los Estados

---

<sup>213</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson. 1999, p. 10.

<sup>214</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 7. enero-junio. 2000, p.123.

<sup>215</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *Ibidem*. p.124.

<sup>216</sup> BARÓN CRESPO, Enrique. “Constitución y modelo social europeo”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009. p. 601.

Europeos. Determinados Estados miembros no poseen una política social uniforme debido a su estructura organizacional caracterizada por la existencia de un reparto competencial entre el gobierno central y los distintos gobiernos territoriales. Por su parte, el aumento de competencias de los gobiernos regionales en materia social dificulta cada vez más la uniformidad del Derecho social de la Unión.

La diferencia entre las constituciones económicas<sup>217</sup> de los Estados miembros, que revestían la forma de Estado social, y la constitución económica de la Unión han supuesto alguna de las trabas fundamentales a la integración de los derechos sociales en la Unión. La constitución económica de la UE se fundamenta en una lógica y en unas bases sustancialmente distintas a las relativas a la constitución económica del Estado social. En el Estado social se produce una subordinación de los elementos constitutivos de la constitución económica liberal, como ocurre por ejemplo con el derecho de propiedad, al interés general entendido como parámetro legitimador dentro del cual operan. Interés general que se define, concreta y materializa en los derechos sociales, base fundamental del Estado social.

La UE, sin embargo, se ha caracterizado por la preeminencia del vínculo económico en toda su acción lo cual justifica la difícil recepción de los derechos sociales en su seno. Ésta en su origen, según MAESTRO BUELGA, diferenció dos espacios de actuación: por una parte, el espacio social que quedaría relegado a los Estados miembros, idea que vendría reforzada más tarde con la proclamación del principio de subsidiariedad de las normas sociales. Por otra parte, el espacio económico

---

<sup>217</sup> La expresión constitución económica es de origen alemán (*wirtschafts verfassung*). Según García Pelayo, esta expresión comprende “*las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías más vigorosas*”. Vid. GARCÍA-PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Obras completas*. Madrid: CEC. Tomo III. 1991, p. 2857.

La idea de constitución económica surge tras la primera guerra mundial y se asienta tras la segunda. Este concepto hace referencia a “*una serie de preceptos constitucionales que tienen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado*”. Vid. SATRÚSTEGUI, Miguel. “Lección 17. Derechos del ámbito económico y Social”. En LÓPEZ GUERRA Y OTROS. *Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch. Vol. I, 1999. p. 356.

y configuración del mercado, cometido del que la Comunidad, en aquel entonces, se haría responsable<sup>218</sup>.

Ambos espacios, social y económico, presentan ciertas incompatibilidades, y oponen conceptos tales como el de intervención y el de liberalización respectivamente. FONT GALÁN pone de manifiesto la dificultad de conciliar “*la idea de mercado como sistema económico constitucionalizado en la CEE y los sistemas del Estado social*”<sup>219</sup>. Es por ello que las exigencias sociales de los Tratados constitutivos no vienen a proteger el mencionado interés general ni a otorgar valor al vínculo social, sino que tienen por finalidad evitar que los distintos sistemas de protección existentes en cada Estado miembro pudieran dificultar la construcción del mercado de trabajo común. Es por ello, que el artículo 51 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (a partir de ahora TCEE)<sup>220</sup> establece un mecanismo de comunicación y coordinación de los sistemas de protección y de seguridad social nacionales. El Derecho social de la UE no se identifica con la entrada y reconocimiento formal de los derechos sociales estatales en el ámbito de la UE, sino que está constituido esencialmente por normas de coordinación, emanadas de la UE, del Derecho social de los Estados miembros.

Son muchos los autores que ponen de manifiesto este segundo lugar al que los derechos sociales han quedado relegados en el ámbito de la UE al tiempo que los mismos defienden la necesidad de otorgarles un mayor valor. En este sentido RODIÈRE afirma cómo en el origen y desarrollo del proyecto comunitario los derechos de carácter social se hallaban claramente al servicio de la construcción del mercado común<sup>221</sup> y, más tarde, del mercado interior<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *op. cit.* p.124.

<sup>219</sup> FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1986, p. 30.

<sup>220</sup> Artículo 51 TCEE. “El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

La acumulación de los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas. El pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

<sup>221</sup> Ver: [http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3\\_1\\_0\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_1_0_es.htm) [consultado el 14.12.12]

Por su parte LYON-CAEN reclama la necesidad de integrar los derechos sociales fundamentales en el proceso de construcción europea. Sostiene que los derechos fundamentales deben ser tomados como referentes, base y fundamento de este proceso. Los derechos fundamentales en la tradición europea son entendidos como aquellos derechos inherentes a la persona, que le son reconocidos tomando como base la dignidad de ésta, mientras que el mercado es un mero modo de organización, por lo que nunca los derechos fundamentales podrían hallarse al servicio de éste<sup>223</sup>.

Este razonamiento basado en el origen nacional de los derechos sociales, que justifica su subordinación al interés económico en la compleja extrapolación de los mismos al ámbito regional de la UE constituye la corriente mayoritaria, sin embargo existen otras teorías como la sostenida por BECK, VAN DER MAESEN y WALKER en virtud de la cual esta subordinación, así como el desequilibrio o asimetría existente entre las políticas sociales y económicas, proviene de la estructura nacional, en la que según ellos, ya tiene lugar este desequilibrio entre ambas categorías de derechos y el cual es transferido al ámbito de la UE<sup>224</sup>.

Por otra parte algunos autores como RODRÍGUEZ MÍGUEZ otorgan otra perspectiva al tradicional planteamiento de confrontación entre los derechos sociales y

---

1. El término "mercado común" es instituido por el Tratado de Roma en 1958 y consistía en liberar los intercambios entre los Estados miembros con el doble objetivo de aumentar la prosperidad económica y de contribuir a la "unión cada vez más estrecha entre los pueblos" establecida por los autores del Tratado.

2. La insuficiencia de los resultados alcanzados condujo a la Comunidad, a mediados de los años ochenta, a reconsiderar el objetivo de liberación de los intercambios de forma más completa y basándose en métodos de realización más eficaces, bajo el nombre de " mercado interior". Formulada principalmente en el conocido Libro Blanco de la Comisión de junio de 1985 e incluido en el Tratado a través del Acta Única Europea de 1986. El mercado interior consiste en crear "un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada" y, a su vez, va acompañado de una modificación del dispositivo legislativo comunitario, destinada a favorecer la adopción de medidas necesarias para su realización.

<sup>222</sup> RODIÈRE, Pierre. *op. cit.* p.8.

<sup>223</sup> LYON-CAEN, Antonie. "Fundamental social rights as benchmarks in the construction of Europe". En BETTEN, L. y MAC DEVIT, D. *The protection of fundamental rights in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International. 1996, p.43.

<sup>224</sup> BECK, Wolfgang, VAN DER MAESEN, Laurent y WALKER, Alan. *op. cit.* p.3.

económicos y tratan de mostrar la complementariedad entre la política de la competencia y la política social<sup>225</sup>.

Nosotros compartimos, siendo conscientes del reconocimiento de los derechos sociales también en el ámbito internacional, la visión de la corriente mayoritaria. Consideramos que el derecho social tiene un origen estatal, y surge concretamente en un modelo concreto de Estado, en el Estado social, que se caracteriza por la existencia de un interés general al que quedan subordinados otros intereses como el económico.

En el ámbito estatal el derecho social es un fin en sí mismo, el cual actúa como límite del mercado y al cual el mercado o el derecho de propiedad, en ocasiones, pueden rendir pleitesía. La extrapolación de este concepto al ámbito comunitario no se ha producido con fidelidad, sino que éste ha sido adaptado a las circunstancias de esta nueva realidad cuyas bases, intereses y objetivos son distintos a los del Estado. Es por ello que juzgar esta subordinación de los derechos sociales a los objetivos económicos desde un prisma y perspectiva estatal resulta, al menos, complicado.

### **3.2 DERECHO SOCIAL EUROPEO Y DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA**

En segundo lugar, es preciso hacer constar la existencia de un “Derecho social europeo”, distinto del Derecho social de la Unión Europea o comunitario, cuyo ámbito de aplicación no queda restringido a la realidad de la UE, sino que resulta aplicable al foro relativo al Consejo de Europa y cuya máxima manifestación es la Carta Social Europea de 1961.

En ocasiones esta interacción<sup>226</sup>, coexistencia y superposición de ordenamientos ha dado lugar a la ineficacia de los mismos, sin embargo, y al mismo tiempo, ambos sistemas se han enriquecido mutuamente, pudiendo hallar numerosas influencias del

---

<sup>225</sup> RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio. “La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 699-720.

<sup>226</sup> MIKKOLA, Matti. “Social human rights in Europe: regulated by the European Conventions on Human rights and the European Social Charter”. En VVAA. *Soziale Grundrechte in der Europäische Union*. Baden. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 2001, pp. 95-97.

uno en el otro. De esta manera la Carta Social Europea no ha podido permanecer ajena al Derecho comunitario tomándolo como referencia, es por ello que algunos autores hablan de la “comunitarización”<sup>227</sup> de la Carta Social. Al mismo tiempo puede decirse, que la Carta ha servido de inspiración al ordenamiento jurídico de la UE.

Son numerosas las muestras que de ello existen, como es la mención en el Preámbulo del AUE de 1986 a la Carta Social Europea como fundamento de las políticas sociales de la Unión. Durante muchos años, una de las vías que se planteaban para la mejora de la protección de los derechos sociales en la UE fue la adhesión a la Carta Social Europea<sup>228</sup>.

Por lo que se refiere al concepto de Derecho social de la UE, que es el que atañe a la presente investigación, son mantenidas diversas tesis. Según el profesor DE MIGUEL BÁRCENA consiste en un ordenamiento social en continua formación y de carácter transnacional con vocación a sustituir a los derechos nacionales, como consecuencia del principio de primacía del Derecho de la UE proclamado por la jurisprudencia del TJCE<sup>229</sup>. Los derechos sociales son uno de los elementos más significativos del constitucionalismo social que surge en Europa tras la Segunda Guerra Mundial<sup>230</sup>.

Frente a esta postura se plantea la defendida por ESPADA RAMOS<sup>231</sup>, quien aboga por la teoría de la complementariedad entre ambos ordenamientos y no por la de la sustitución de los sistemas sociales de los Estados miembros por un sistema regional transnacional. Esta postura, a su vez, queda avalada por el principio de subsidiariedad, criterio rector en la determinación de la normativa aplicable en materia social.

---

<sup>227</sup> FLAUSS, Jean-François. “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”. En VV.AA (JIMENA QUESADA, L., Coord.). *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, p. 51.

<sup>228</sup> HARRIS, David J. “The European Social Charter and the social rights in the EU”. En BETTEN, Lammy y MAC DEVIT, Delma. *The protection of fundamental rights in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International. 1996, pp. 107-111.

<sup>229</sup> *Flaminio Costa y Enel*, sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, (C-6/64).

<sup>230</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. “Los Derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*. Núm. 12. 2008. p. 1020.

<sup>231</sup> ESPADA RAMOS, María Luisa. “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Núm. 35. 2001, p.34.

En este sentido se pronuncia el TJCE en 1999<sup>232</sup> al establecer que:

*“No obstante, si bien en el estado actual del Derecho comunitario, la política social es esencialmente competencia de los Estados miembros no es menos cierto que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en esta materia no puede abocar a que se desustancie la aplicación de un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.”.*

El Tribunal afirma claramente un principio de subsidiariedad respetuoso siempre con los principios fundamentales de la Comunidad. Este principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, ha de ser entendido desde la citada complementariedad entre los ordenamientos nacionales y el de la UE, es decir, la Unión complementará la acción de los Estados miembros. Sin embargo, tal y como afirma DUREN, este principio no puede utilizarse para calificar lo social de auxiliar en relación a lo económico, o para otorgar un carácter facultativo a la acción social<sup>233</sup>.

Una vez realizadas estas aclaraciones puede plantearse el interrogante relativo a la verdadera existencia de un Derecho social de la Unión Europea. Es mayoritaria la postura que defiende la existencia del mismo. En este sentido, y obviando su naturaleza, PAREJO ALFONSO considera que las competencias que integran el Derecho social de la UE en sentido estricto, son: la libre circulación de trabajadores, la seguridad social de los trabajadores de terceros países, la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, la equivalencia de los regímenes de vacaciones retribuidas, la política común de formación profesional y el Fondo Social Europeo<sup>234</sup>.

Sin embargo, autores como APARICIO TOVAR cuestionan que el derecho social de la UE pueda incardinarse en la categoría de Derecho social en sentido estricto, pues argumentan que el mismo no regula algunas de las materias centrales de esta disciplina, como son los salarios, los sindicatos, así como los conflictos laborales. Por

---

<sup>232</sup> Regina y Nicole Seymour-Smith, Laura Pérez, sentencia del TJCE de 9 de febrero de 1999, (C-167/97, párrafo 75).

<sup>233</sup> DUREN, Jean. “Comment expliquer la Politique sociale de la Communauté”. *Revue du Marché Commun*. Núm. 358. 1992, p.383.

<sup>234</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. “La política y el Derecho social de la Unión Europea”. En MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Coords.). *Política social internacional y europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1996, p.270.

su parte, y en la línea de autores que niegan la posibilidad de hablar de un Derecho social de la UE en sentido estricto, MAESTRO BUELGA argumenta que los derechos sociales, surgidos en el Estado social, se caracterizan intrínsecamente por su vocación de solidaridad, por la primacía del interés general, así como por imponer *“el vínculo social frente a las contingencias económicas que no pueden desvirtuarlos”*<sup>235</sup>. En consecuencia, el autor duda acerca de la correcta calificación de los derechos sociales de la UE como verdaderos derechos sociales en sentido estricto y llega a afirmar *“la inexistencia de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario, al menos como concepto paralelo al de los derechos sociales, fruto de la constitucionalización del Estado social en los ordenamientos internos”*<sup>236</sup>.

Pese a ello, la constante producción de normas reguladoras de los distintos aspectos de la vida de los trabajadores y trabajadoras europeos permite afirmar a APARICIO TOVAR que *“el Derecho social de la Unión Europea como tal no existe o está por construir, pero los derechos nacionales en una importante medida están comunitarizados, por lo que está justificado hablar entonces de un Derecho Social de la Unión Europea”*<sup>237</sup>.

En nuestra opinión, a pesar de que los caracteres y el contenido del Derecho social de la UE no son paralelos a aquellos que adjetivizan el Derecho social de los Estados miembros, no puede negarse la existencia del mismo. Si analizamos el ordenamiento jurídico social de la UE, desde una perspectiva estrictamente estatal, pero sin olvidar que nos encontramos ante una realidad distinta a la del Estado con sus propias características y particularidades, ello nos puede ayudar a detectar sus debilidades y carencias pero nunca puede llevarnos a negar su existencia.

---

<sup>235</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *op. cit.* p.153.

<sup>236</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Los derechos sociales en la Unión europea: una perspectiva constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 46. 1996, p. 126.

<sup>237</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2005, p.7.



### 3.3 DERECHO SOCIAL Y POLÍTICA SOCIAL

Finalmente, es menester hacer referencia, como se establecía al principio del epígrafe 3, a la común utilización de modo indistinto, en la normativa y textos de la UE, de los términos “política social” y “Derecho social”, pese a que desde la doctrina se ha tratado de realizar una diferenciación de ambos conceptos<sup>238</sup>.

ESPADA RAMOS define ambas nociones como los ejes que han articulado el nacimiento y el avance de lo social<sup>239</sup>. VOGEL-POLSKY<sup>240</sup>, por su parte, trata de establecer una distinción en función de su ubicación en el Tratado CEE. De esta manera, la política social puede ser localizada en el Título III de la Tercera Parte de aquel primer Tratado. Este Título dedica su capítulo primero a las disposiciones sociales, del artículo 117 al 122, y su capítulo segundo al Fondo Social Europeo, del artículo 123 al 128, previsto como mecanismo para “*coadyuvar a la realización de la movilidad de los factores de producción y de la libre concurrencia*”<sup>241</sup>. Por su parte, el Derecho social queda ubicado en el Título III de la Segunda Parte, en el que son recogidas las normas relativas a la libre circulación de personas, concretamente los artículos 48 a 51. Separadamente también se considera como Derecho social el contenido en el artículo 119 referente a la igualdad retributiva de hombres y mujeres. Estas normas obligaron jurídica y efectivamente a los Estados miembros a establecer una serie de condiciones y garantías en relación al empleo, la retribución y otras condiciones de trabajo, lo que dio lugar a la formalización en el ámbito comunitario de los derechos sociales en sentido estricto.

El Derecho social de la UE se halla principalmente referido, por una parte, a la libre circulación de trabajadores “*cuyo establecimiento supone la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados*

---

<sup>238</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. *Derecho Social Europeo*. Madrid: Tecnos. 1994, p.31.

<sup>239</sup> ESPADA RAMOS, María Luisa, *op. cit.* p.34.

<sup>240</sup> VOGEL-POLSKY, Eliane y VOGEL Jean. *L'Europe sociale 1993: illusion, alibi ouréalité?* Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, Études Européennes. 1991, pp. 200-248.

<sup>241</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *op. cit.*, p.267.

*miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*”<sup>242</sup> y, por otra parte, a la prohibición de discriminación por razones de sexo en materia salarial. Es clara la funcionalidad económica de sendos derechos.

En relación a la libre circulación de trabajadores, puede decirse que tiene originariamente por objeto la extensión del mercado único a todos los ámbitos de la actividad económica. Su regulación persigue dos aspectos principalmente. De un lado, el incremento del intercambio de mano de obra en el ámbito comunitario y, de otro lado, la uniformización de las condiciones de este factor trabajo con el fin de garantizar una justa competencia. Se trata de evitar a toda costa el llamado “dumping social”<sup>243</sup>. Es por ello que POIARES MADURO sostiene que la libre circulación de personas no es un verdadero derecho de los ciudadanos en sí mismo, sino que constituye un instrumento al servicio del buen funcionamiento del mercado<sup>244</sup>. Las personas gozan de esta libertad en la medida en que actúan como agentes del mercado, y no por su condición de ser persona en sí misma.

Es cierto que esta visión estrictamente económica del derecho a la libre circulación de este derecho de ciudadanía europea (artículo 20 TFUE) se ha ido diluyendo de tal manera que la libre circulación ha pasado de ser concebido como un principio de organización del mercado común a ser un derecho de las personas, que permite la entrada, residencia y trabajo en los países de la Unión Europea. Es un derecho subjetivo que queda vinculado a la condición de persona y no, necesariamente, a la de trabajador.

Por lo que al artículo 119 TCEE, actual artículo 157 TFUE, se refiere su funcionalidad económica es incuestionable. Fue el Estado francés quien impuso su incardinación en el Tratado CEE con el fin de uniformizar la condiciones de competencia y de tal manera evitar que otras legislaciones menos avanzadas en materia

---

<sup>242</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Ibidem*.

<sup>243</sup> Consiste en la consecución de bajos precios por parte de algunos productores gracias a que se benefician de una legislación laboral poco exigente. El dumping social permite la alteración del régimen de precios, permite además al país importador obtener precios más ventajosos que los del país que exporta. Los países más interesados en resolver el dumping social son los países desarrollados, ya que con esto pierden partes enteras de su aparato industrial.

<sup>244</sup> POIARES MADURO, Luis Miguel. *op cit.* p. 462.

de igualdad pudieran provocar perjuicios a la competitividad de las empresas francesas en el mercado comunitario<sup>245</sup>.

Este modo de integración o recepción de estos derechos recibe el nombre de integración negativa<sup>246</sup>, puesto que la misma se deriva de la eliminación de los obstáculos a la construcción del libre mercado.

Por su parte, la política social europea<sup>247</sup> puede ser entendida como aquella que fija las directrices, parámetros y objetivos en materia social con el fin de establecer una serie de condiciones mínimas que todos los Estados miembros deben cumplir.

En el proceso de construcción de la política social de la UE, y hallando la fundamentación en la clasificación realizada por ESPING-ANDERSEN<sup>248</sup>, pueden ser diferenciadas tres corrientes: la tradición “liberal”, “la socialdemócrata” y “la conservadora- corporativista”.

En primer lugar, el régimen “liberal” se caracteriza básicamente por la aceptación de los resultados del mercado y por corregir únicamente sus fallos más flagrantes. Concibe una política social comunitaria de mínimos, da prioridad a las políticas sociales nacionales de carácter asistencial y otorga a los programas sociales comunitarios un carácter subsidiario y residual.

---

<sup>245</sup> SEVILLA MERINO, Julia y VENTURA FRANCH, Asunción. “Evolución del Derecho Social Europeo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 57, 2005, p. 86.

<sup>246</sup> LEIBFREID, Stephan. y PIERSON, Paul. “Le prospettive dell’Europa Sociale”. *Stato e Mercato*. Núm. 37. 1993, p.43.

<sup>247</sup> Vid. BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Navarra: Cizur Menor. 2011; LINDE PANIAGUA, Enrique (Coord.). *Políticas de la Unión Europea*. Madrid: Colex. 2008; NIETO SOLÍS, José Antonio. *Fundamentos y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Siglo Veintiuno. 1998.

<sup>248</sup> ESPING-ANDERSEN, Gösta. *Los Tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim. 1993.

En Los tres mundos del Estado de Bienestar, Esping-Andersen recuperó y sintetizó los estudios comparativos sobre el Estado de bienestar disponibles en 1990 -apoyándose, además, sobre una labor de recogida de evidencia empírica amplia y sistemática- para dibujar tres modelos, regímenes o tipos ideales, que se han convertido desde entonces en la taxonomía de uso prácticamente universal para el análisis comparado de este tipo de políticas e instituciones: las 5 modalidades de Estado de bienestar “liberal”, “conservadora-corporativista”, y “socialdemócrata”.

En segundo lugar, la corriente “conservador-corporativista”, se define por la intervención del Estado en el mantenimiento de las diferencias de status social y de clase y por el fortalecimiento de los lazos familiares. Defiende una política social comunitaria regida por el principio de subsidiariedad y por políticas de cohesión social y paliativas de los efectos de la integración económica. Su máxima expresión es el Estado alemán.

En tercer lugar, la corriente “socialdemócrata” o “nórdica”, se identifica por la universalización de los derechos sociales a través de la desmercantilización, abriendo el camino hacia la ciudadanía social individual (de modo que “todos tienen subsidios, todos son dependientes y, probablemente, todos se sentirán obligados a pagar”), socializando al mismo tiempo buena parte de los costes de la organización familiar. Esta corriente es partidaria de una política social a nivel comunitario, real y efectiva.

La política social constituyó en su origen la herramienta para promover la armonización de las políticas estatales y fijar las directrices a seguir por las instituciones comunitarias e interlocutores sociales. Tenía por objeto suprimir obstáculos a la libre competencia coadyuvando a la movilidad del factor trabajo<sup>249</sup>, a la vez que mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores y trabajadoras.

En relación al objeto de las normas referidas a la política social ROBLES MORCHÓN sostiene que desempeñan un doble papel. Por una parte, cumplen esencialmente la función de configurar un espacio de intervención de los poderes de la UE en esta materia, inicialmente subordinada a la construcción del mercado único. Mientras que por otra parte, gozan de una naturaleza programática, y de distinta consideración a los objetivos y libertades básicos que conforman la “constitución económica” del proyecto de la UE<sup>250</sup>.

BALDASARRE establece una clara diferenciación entre las normas programáticas y aquellas normas a través de las que se establecen los derechos sociales

---

<sup>249</sup> CASAS, F.J. “Política social comunitaria”. En AAVV. Tratado de derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español). T. III. Madrid, 1986.

<sup>250</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Los derechos fundamentales en la Comunidad europea*. Madrid: Ceura, 1988. p. 32.

en favor de los ciudadanos. Esta diferencia se fundamenta en la superación de la concepción de los derechos sociales como normas programáticas y en el hecho de que éstos establecen al legislador una vinculación mayor y la posibilidad de ser reclamados en caso de incumplimiento<sup>251</sup>.

Siguiendo esta argumentación la política social no puede ser calificada como fuente estrictamente directa de derechos sociales. La política social posibilita una distribución de recursos, pero no reconoce directamente derechos a los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, de manera indirecta, a raíz y en desarrollo de la política social, sí pueden hallarse verdaderos derechos sociales. Los derechos sociales pueden considerarse, en ocasiones, la expresión material de las políticas sociales.

El sistema previsto originariamente para regir esta política aparecía contemplado en el artículo 118 del TCEE, artículo 140 TCE y actual artículo 156 TFUE<sup>252</sup>, consistente en un modelo clásico de cooperación interestatal que tenía y tiene por objeto la ya mencionada mejora de las condiciones de vida y trabajo. Este objetivo derivará, según el artículo 117 TCEE del propio funcionamiento del mercado común, y según el artículo 151 TFUE<sup>253</sup> del buen funcionamiento del mercado interior, que también

---

<sup>251</sup> BALDASARRE, Antonio. Enciclopedia jurídica. op. cit., p.1.

<sup>252</sup> Artículo 156 TFUE: “Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene del trabajo, el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social.”

<sup>253</sup> Artículo 151 TFUE: “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

contribuirá a facilitar la armonización de los distintos sistemas de protección social nacionales así como la aproximación de las respectivas legislaciones<sup>254</sup>.

Debido a los instrumentos a través de los que sería llevada a cabo la mencionada armonización, regulada en el artículo 100, y la exigencia de unanimidad en el Consejo para la adopción de actos normativos en materia social, podía decirse que los Estados continuaban conservando su competencia en la disciplina en cuestión. Es por ello que la política social en ocasiones es entendida como una herramienta que complementa la acción de los Estados y que contribuye al buen funcionamiento del mercado común.

En la actualidad el TFUE regula en su artículo 153.2 que:

*“El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.*

*En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1<sup>255</sup>, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités.*

*El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1.”*

La redacción del presente artículo muestra la importante evolución que ha experimentado el procedimiento a través del cual será fomentada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 TFUE, la armonización entre los Estados en materia social con el fin de lograr los objetivos previstos en el artículo 151 TFUE.

---

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.”

<sup>254</sup> ESPADA RAMOS, María Luisa. *op. cit.* p. 35.

<sup>255</sup> “c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión.”

En ella se observa la colegislación del Parlamento junto con el Consejo, así como la posibilidad de no requerir la regla de la unanimidad para la regulación de determinadas materias. Si bien, es cierto, que en determinadas materias es el Consejo quien decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad.

Estas materias son las relativas a la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 153.2.b<sup>256</sup> y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión. Los Estados miembros, en cierta medida, todavía reservan gran parte de su competencia en materia social.

Pueden ser enumerados como principales objetivos que conforman y dirigen la política social europea: la mejora de la situación del empleo, el desarrollo de recursos humanos, fomentar la solidaridad y la integración, la lucha contra la pobreza y la exclusión social, el fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el reforzamiento del diálogo social y la libre circulación de personas.

MAESTRO BUELGA justifica el escaso reconocimiento de los derechos sociales en los Tratados constitutivos mediante la alusión al carácter económico de la UE, este autor sostiene que la UE *“impide que los derechos sociales traspasen el umbral normativo, manifestándose sólo bajo las formas devaluadas de política social”*<sup>257</sup>. Es por ello que son más numerosos los contenidos y disposiciones sociales categorizados como políticas sociales que aquellos que gozan de la estricta calificación de derechos sociales. La relegación de los derechos sociales al ámbito de la política social, acusa su subordinación al vínculo económico.

---

<sup>256</sup> Artículo 153.2.b TFUE: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.”

<sup>257</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *op. cit.* p.152.

Pueden identificarse, al menos hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dos características fundamentales de los derechos sociales en el ordenamiento de la UE. Por una parte debe hacerse referencia a su carácter residual en el derecho originario, donde tienen por finalidad satisfacer y contribuir al objetivo económico fundamental consistente en la construcción del mercado común. Por otra parte, se ha de mencionar la subordinación de las normas relativas a la protección social a los objetivos de carácter económico. Ambas características alejan el concepto y la función comunitaria y solidaria del Derecho social de la que goza esta categoría en el ámbito del Estado social.

También el Tratado de Lisboa muestra esta subordinación al objetivo fundamental relativo a la construcción del mercado, puesto que el artículo 151 TFUE, en su tercer párrafo, sostiene que el desarrollo y la evolución de la política social serán consecuencia del buen funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales.

Así también, las características que acaban de mencionarse han condicionado el uso de determinadas fuentes del ordenamiento de la UE para regular los derechos sociales. Por una parte el artículo 153.2.b TFUE<sup>258</sup> establece como fuentes las directivas con el fin de fijar unas condiciones mínimas obligatorias para todos los Estados miembros. Estas normas regularán cuestiones referidas al medio de trabajo, seguridad y salud de los trabajadores, donde el objetivo como ya se ha comentado es la armonización de las legislaciones existentes.

Por otra parte, en los asuntos relativos al empleo la intervención de la UE es menor por lo que, se desarrollarán mediante instrumentos tales como las consultas, los dictámenes y los estudios, en virtud de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 156 TFUE<sup>259</sup>. El Derecho social derivado articulado a través de reglamentos es

---

<sup>258</sup> Artículo 153.2.b TFUE: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.”

<sup>259</sup> Artículo 156, apartado 3 TFUE: “A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el



excepcional y se limita fundamentalmente al desarrollo de la libertad de circulación de trabajadores.

La presente investigación va a poner de manifiesto esencialmente la difícil recepción de los derechos sociales, en concreto, en el ordenamiento de la UE y en la jurisprudencia del TJUE, como consecuencia fundamentalmente de la supeditación de lo social a la finalidad económica del proceso de integración europeo. En este sentido el TJCE, en su sentencia de 15 de junio de 1978, *Deffrenne*, asunto 149/77, en sus párrafos 19 y 31 deja claro el carácter meramente programático de los artículos 117, 118 y 119 TCEE.

Han sido expuestos los intentos que la doctrina ha realizado por desligar las nociones de derecho social y política social atendiendo bien a la materia, a su ubicación en los Tratados, así como a la justiciabilidad de los mismos. De este modo, podemos concretar sosteniendo que las políticas sociales actúan como directrices y líneas armonizadoras a seguir por los Estados miembros en materia social y los derechos, por su parte, pueden ser entendidos como la materialización jurídicamente exigible de las mismas. Sin embargo podemos concluir diciendo que tal diferenciación no siempre va a resultar clara y sencilla, por lo que en ocasiones podemos hallarnos ante la dificultad de calificar el contenido de un determinado precepto de política o de derecho.

### **3.4 PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA**

Como ya se ha establecido, el desarrollo de la legislación social de la UE es consecuencia fundamentalmente del proceso de integración económica<sup>260</sup>. El proceso de integración de los derechos sociales en el ordenamiento de la UE puede ser definido como un proceso lento y no exento de obstáculos. De hecho, parte de la doctrina

---

intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.”

<sup>260</sup> POIARES MADURO, Luis Miguel. *op cit.* p. 449.

sostiene que hasta la llegada del Tratado de Maastricht éste se limita a una tímida recepción jurisprudencial derivada de la labor del TJCE<sup>261</sup> en materia social.

Este proceso de configuración y reconocimiento de los derechos de índole social denota, en todo momento, la subordinación de los derechos sociales y de la política social al proceso de integración económica de los Estados y a la construcción del mercado común. Pese al fin político consistente en la consecución y mantenimiento de la paz en Europa, que radica en el germen y origen de las tres Comunidades fundacionales, la integración económica como herramienta para lograr esta paz, ha relegado a un segundo plano tanto la integración política como social<sup>262</sup>. Sin embargo, es necesario afirmar que el modelo social europeo alcanzado también ha contribuido en gran medida al mantenimiento de la paz y de la armonía social a lo largo de todo este proceso<sup>263</sup>.

Paralelamente al nacimiento de las Comunidades Europeas tiene lugar el desarrollo del Estado social en los distintos países miembros, por lo que puede decirse que el carácter social comunitario no es consecuencia del Tratado de Roma sino de este germen nacional. Este origen nacional de los derechos sociales dificultará la recepción de esta categoría de derechos en el ámbito europeo.

Seguidamente se procede a analizar la evolución de los derechos y políticas sociales a lo largo del proceso de construcción europea, utilizando como hitos de este desarrollo cada uno de los Tratados. Es objeto de este análisis la determinación del carácter y finalidad económica de esta categoría de derechos. Este estudio sirve de marco previo para la mejor comprensión de los derechos relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y de su finalidad, sobre los cuales se profundizará en la Parte segunda de la tesis.

---

<sup>262</sup> JIMENA QUESADA, Luis. “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas” [en línea]. *Estudios de Economía aplicada*. Vol. 27. Núm. 3. 2009, p.753. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/mar10/derechosSociales.pdf> [Consulta 10/05/2012]

<sup>263</sup> QUESADA DÍEZ, Silvia. “La acción social en la Unión Europea: evolución histórica en Alternativas”. *Cuadernos de Trabajo Social*. Núm 6. 1998, p. 222.

Algunos autores, como ASTOLA MADARIAGA<sup>264</sup>, atendiendo a la evolución que ha experimentado el primigenio artículo 2 del TCEE<sup>265</sup> distinguen dos grandes etapas. Una primera etapa, en la que el carácter social comunitario es mera consecuencia del éxito de la integración económica, y una segunda etapa, en la que se pretende “*mucho más livianamente que en los sistemas constitucionales, embridar, desde lo social a lo económico, aunque más desde las intenciones que desde el desarrollo normativo*”<sup>266</sup>. Se pretende limitar y establecer reglas a la economía de mercado, cuyo principal objetivo es la obtención del máximo beneficio. Se persigue la protección, fundamentalmente, de los trabajadores y trabajadoras, que se realizará mediante la configuración y reconocimiento de los derechos sociales.

La primera etapa transcurre desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero hasta el Tratado de Maastricht y la segunda etapa acontece desde el Tratado de Maastricht hasta la actualidad.

A su vez, es necesario tomar en consideración como referente fundamental la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000<sup>267</sup>. Será también objeto de la presente investigación el análisis de la influencia de la misma en el incremento de la protección de los derechos sociales, así como en la protección del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocido en su artículo 33.

Por otra parte, en el capítulo relativo al análisis jurisprudencial de las sentencias del TJUE, también se determinará el efecto que la misma ha tenido en la labor de esta institución. Se tendrá en cuenta en el examen de esta evolución la entrada en vigor del

---

<sup>264</sup> ASTOLA MADARIAGA, Jasone. “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Núm. 13. 1º semestre. 2009, p. 358.

<sup>265</sup> Artículo 2 TCEE: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

<sup>266</sup> ASTOLA MADARIAGA, Jasone, *op. cit.*, p. 358.

<sup>267</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE (2000/C 364/01) de 18.12.2000.

Tratado de Lisboa, momento a partir del cual la CDFUE pasa a tener la consideración de documento jurídicamente vinculante.

### 3.4.1 PRIMERA ETAPA: DESDE EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO HASTA EL TRATADO DE MAASTRICHT

#### 3.4.1.1 Tratados fundacionales de la Unión Europea

##### I. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

La idea de una integración progresiva, sectorial y funcional de Europa, que había quedado plasmada en la Declaración de Robert Schuman el 9 de mayo de 1950, cristalizaría con el Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951, por medio del cual quedaría constituida la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>268</sup>(CECA a partir de ahora).

Mediante el establecimiento de esta alianza económica y comercial se pretendía como fin último la estabilización de la relación entre los Estados firmantes y la supresión de los conflictos y enfrentamientos bélicos entre ellos. Ello viene establecido en el párrafo sexto del Preámbulo que contempla como objetivo “*sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales*”. La construcción de un mercado único serviría de aval para garantizar las relaciones pacíficas y estables entre los Estados europeos y daría lugar, a largo plazo, a una unión política y social entre ellos.

Este planteamiento dio lugar a que el proyecto comunitario, en su etapa inicial, se limitara a la consecución de objetivos económicos y relativos al mercado. Ello produjo la consecuente relegación de toda referencia e interés por la dimensión social a un segundo plano.

El Tratado de la CECA manifiesta en su Preámbulo sus fines esencialmente económicos. En este sentido, formula que “*Europa sólo se construirá [...] mediante el*

---

<sup>268</sup> Firmado el 18 de abril de 1951. Entró en vigor el 24 de julio de 1952. Expirado el 23 de julio de 2002.

*establecimiento de bases comunes de desarrollo económico*” (párr. 3º) para lo que propone *“la creación de una comunidad económica”* (párr. 5º). En lo relativo a los fines de carácter social, el Preámbulo únicamente contiene la referencia relativa a la *“elevación del nivel de vida”* como consecuencia de la *“expansión de sus producciones fundamentales”* (párr.4º).

El artículo 2 del Tratado de la CECA, encargado de recoger los fines y objetivos fundamentales del Tratado, al establecer el desarrollo (aptdo. 1) y la continuidad (aptdo. 2) del empleo como fines a lograr, lo efectúa considerando estos factores como medios necesarios para la consecución del mercado común, junto con otros de carácter estrictamente económico como son, la expansión económica, la racionalidad de la producción y la alta productividad<sup>269</sup>.

El contenido social del texto, más bien escaso y su esencia fundamentalmente económica, conllevará a que los objetivos sociales aparezcan subordinados a los objetivos de carácter económico, lo que se pone de manifiesto en el Título III bajo la rúbrica de *“Disposiciones económicas y sociales”*<sup>270</sup>.

De la misma manera, al regular su artículo 68 la cuestión relativa a los salarios y a la financiación de la Seguridad Social, lo realiza con el fin de garantizar cierto equilibrio en la competencia entre las empresas de los distintos Estados miembros. De esta manera se pretende evitar las posibles situaciones de desventaja competitiva a aquellas empresas que ofrezcan una mayor protección social a sus trabajadores y trabajadoras, o por lo general a aquellas empresas nacionales de Estados miembros cuya legislación obliga a una mayor protección social, lo cual equivale a un mayor coste y a una posición de desventaja en el mercado.

Así también, puede afirmarse que este Título III, relativo a las disposiciones económicas y sociales, otorga a la Alta Autoridad escasas competencias en materia social. Le atribuye principalmente funciones de carácter consultivo, informativo,

---

<sup>269</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. *op cit.* p. 27.

<sup>270</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. “Crónica legislativa: la materia social en los Tratados constitutivos”. *Revista del ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 92. marzo 2011, p. 380.

orientador y de estudio, en relación al empleo y a las reconversiones. Ejemplo de ello son los apartados cuarto y quinto del artículo 46. Respecto a competencias de carácter más efectivo o coercitivo, únicamente en el artículo 56 quedan establecidas algunas funciones de apoyo financiero, concretamente a programas de creación de empleo y de ayuda al desempleo, y en los artículos 47 y 68.6 se le otorgan funciones de naturaleza sancionadora.

El éxito de la CECA desde un punto de vista económico resulta evidente, sin embargo los posteriores intentos por avanzar en la integración política europea fracasaron hasta la firma en Roma, el 25 de marzo de 1957, de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea<sup>271</sup> y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>272</sup> o EURATOM.

## II. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

El TCEE, tal y como su propio nombre indica, tiene una naturaleza y un carácter esencialmente económico. El Preámbulo del mismo dispone entre sus objetivos el “*desarrollo económico estable*”, “*la unidad de economías*” y una “*política comercial común*”. Concretamente su artículo 2, ubicado en su Primera Parte, dedicada a los “*Principios*” proclama que:

*“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.*

La Comunidad Económica Europea (CEE a partir de ahora) nace, principalmente, como mercado común para lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, se llevará a cabo la supresión de las barreras aduaneras entre los países firmantes, de tal modo que queden reducidas las trabas a la libre circulación de los

---

<sup>271</sup> Firmado el 25 de marzo de 1957. Entró en vigor el 1 de enero de 1958.

<sup>272</sup> Firmado el 25 de marzo de 1957. Entró en vigor el 1 de enero de 1958.

factores de producción, con el objeto de aumentar la productividad y garantizar cierta estabilidad en este espacio económico común. El otro de los instrumentos previstos en el citado artículo, como medio para la construcción de este mercado común, junto con la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas, será la creación del Fondo Social Europeo (a partir de ahora FSE).

En cuanto a las referencias que este Tratado realiza en relación a los derechos y políticas sociales, puede afirmarse a lo largo de su análisis su carácter instrumental<sup>273</sup>. Su Preámbulo recoge la referencia al “*progreso social*” (párr. 2º) y establece como fin esencial “*la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos*” (párr. 3º).

Como consecuencia de la proclamación de la libertad de circulación de personas, la Parte Segunda del Tratado regulará en los artículos 48 a 51 una serie de derechos sociales en relación a esta libertad referida, concretamente, a los trabajadores y trabajadoras nacionales de Estados miembros.

Tal y como sostiene MOLINER TAMBORERO<sup>274</sup>, la finalidad que con esta libertad se pretendía alcanzar no era la simple posibilidad de traslado de un nacional de un Estado miembro a otro Estado miembro, sino la no discriminación de aquellas personas que se hubieran desplazado a un Estado del que no fueran nacionales y que, a su vez, una posible diferencia de trato no produjera desequilibrios en el mercado.

Contenidos en la Parte Tercera del Tratado, también se ha de mencionar el artículo 117, referente a las mejoras de las condiciones de trabajo y niveles de vida de los trabajadores y trabajadoras, el artículo 118, que reclama la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como el diálogo social, y el artículo 119 que proclama el principio de igualdad salarial entre hombre y mujeres a trabajo de igual valor.

---

<sup>273</sup> COLINA ROBLEDO, Miguel, SALA FRANCO, Tomás y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. Derecho Social Comunitario. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005, p.101: “*A pesar de poseer un objetivo predominantemente económico y asignar a la mayor parte de las disposiciones en materia social que contenía un marcado carácter instrumental para la consecución del mejor funcionamiento del mercado común, las finalidades sociales no eran ajenas al Tratado de Roma*”.

<sup>274</sup> MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia”. *Revista de Treball*. Núm.18. 1992, p.32.

Este Tratado, concretamente en el Capítulo Segundo de esta Parte Tercera, en sus artículos 123 a 128, es además el que configura la creación del FSE, destinado a *“fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales”* tal y como establece su artículo 123.

Pueden extraerse del Tratado como principales objetivos sociales: la integración a la vida laboral de personas desempleadas durante un largo período, la integración a la vida laboral de los jóvenes en busca de empleo, la integración de personas expuestas a la exclusión del mercado de trabajo, la promoción de la igualdad de oportunidades entre ambos sexos en el mercado laboral, la anticipación al desempleo adaptando a los trabajadores al cambio laboral, la estabilidad y el crecimiento del empleo impulsando la creación de puestos de trabajo y el fortalecimiento de los sistemas de educación y formación.

La importancia de este sistema resultará incuestionable en relación a la movilidad y formación de los trabajadores de los países miembros y constituirá una herramienta fundamental de la política social común.

Es necesario apuntar, tal y como realiza RODRÍGUEZ CABRERO, que la contribución de esta regulación al Estado del bienestar es, en cierta manera indirecta, pues su objetivo prioritario no consiste en el desarrollo de los derechos sociales sino en la movilización y la mejora de las condiciones de trabajo, mejora que repercutirá en los avances de estos derechos<sup>275</sup>. Por ello, puede establecerse que este Derecho social, aunque existente, tiene un carácter subsidiario y reactivo<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “El desarrollo de la política social en la Unión Europea y la construcción de los derechos sociales en una Europa ampliada” [en línea], p.4. Disponible en: [http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03\\_seminario/iii\\_seminario\\_02\\_sesion\\_cabrero.pdf](http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03_seminario/iii_seminario_02_sesion_cabrero.pdf) [texto consultado 23/01/2012]

<sup>276</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “Editorial”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Núm. 2, 1997, p.9: *“El nacimiento del derecho social comunitario [...] encuentra su causa en la organización del mercado único y no pasa de tener originariamente un significado accesorio*



La subsidiariedad es consecuencia del arraigo y consolidación de los sistemas de protección social a nivel nacional durante este período, y el carácter reactivo, como acaba de exponerse, se debe a que en la mayoría de los supuestos viene a paliar los impactos y consecuencias del proceso de integración económica.

Con el fin de lograr una mayor eficiencia y competitividad en el mercado común fueron establecidas las libertades económicas y consecuentemente, éstas darían lugar a la exigencia de ciertas libertades sociales como medidas complementarias. En este sentido, determinado sector de la doctrina sostenía que *“el propio funcionamiento del mercado común conduciría a una armonización espontánea de la legislación social, razón por la cual no creyeron necesario dotar de mayor sustancia al ámbito social del proceso de construcción europea”*<sup>277</sup>. Sin embargo, se puede afirmar que el mercado no ha sido suficiente para armonizar la dimensión social de la Unión Europea.

La CEE reduce su ámbito de actuación casi exclusivamente a lo económico, por lo que los elementos propios del Estado social, como son los derechos sociales, quedan al margen en el Tratado a través del que ésta se constituye. La falta de vocación universalista justifica la ausencia de los elementos propios del constitucionalismo europeo surgidos de la experiencia estatista, que evidentemente alcanza vocación universal<sup>278</sup>.

Durante la primera década de la CEE, el impulso de la política social a escala comunitaria no se halla entre los principales objetivos de los seis Estados miembros. *“El único sector de actividad real era la coordinación de los regímenes de la seguridad social para los trabajadores emigrantes que ejercían el derecho de libre circulación que les confería el Tratado”*<sup>279</sup>.

---

*encaminado a favorecer el mejor intercambio de personas y mercancías entre los seis Estados nacionales que ratificaron los Tratados constitutivos de las tres Comunidades Europeas”.*

<sup>277</sup> ROBLES CARRILLO, Margarita. *La política social comunitaria, en Derecho comunitario material*. Madrid: Ed. Mc Graw Hill. 2000, p.268.

<sup>278</sup> BALDASARRE, Antonio, “La tutela comunitaria dei diritti dell’uomo e la carta Costituzionale italiana”. En VVAA. *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte Costituzionali europei*. Milán: Giuffré. 1994, p.79.

<sup>279</sup> QUESADA DÍEZ, Silvia. *op. cit.* p. 222.

El desarrollo de la parte social prevista en el TCEE es extremadamente frágil hasta mediados de la década de 1970 y ésta quedará reducida a reglamentos y directivas organizadores de la libre circulación y de la seguridad social de migrantes (nacionales de Estados miembros). Es a partir de este momento cuando la acción social comunitaria experimenta un notable impulso con la creación de un conjunto de directivas<sup>280</sup> que consolidarán la base del Derecho social comunitario. Esta normativa resultará complementada a través de la labor fundamental desempeñada por el TJCE.

En 1974 ve la luz el Programa de Acción Social, el cual plantea como objetivos el pleno y mejor empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, y la participación de los distintos sectores sociales. En consecuencia serán impulsadas numerosas directivas en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo.

Los programas de Acción Social se convertirán, de esta manera, en la herramienta fundamental a través de la que serán fijadas las directrices de la Comisión en materia de política social. Sin embargo, la crisis económica estructural que comienza en 1973, reducirá considerablemente los objetivos de este programa y producirá un período de estancamiento en esta materia. La ampliación de la UE en este mismo año, también será considerado como uno de los factores que contribuirá a la paralización de este proceso de integración social.

---

<sup>280</sup> Estas son:

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.

Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

### III. Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

El Tratado Constitutivo de la CEEA, firmado el 25 de marzo de 1957 es, en un principio, creado con el fin de coordinar los programas de investigación de los Estados miembros para una utilización pacífica de la energía nuclear. Pese a que su acción social queda prácticamente limitada al ámbito relativo a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores (artículo 2.b.), concretamente frente a las radiaciones ionizantes (artículo 30), debe ponerse de manifiesto que esta protección ha dado lugar posteriormente a un enorme desarrollo de derecho derivado.

De manera más exigua, también contiene otras referencias sociales relativas a la libre circulación de trabajadores en el sector de la energía atómica (artículo 96) y a la creación de un Comité Económico y Social (arts. 165-170).

### IV. Conclusiones a los Tratados fundacionales

A pesar de las comentadas referencias de índole social que contiene cada uno de los Preámbulos de los tres Tratados fundacionales, su número es reducido. El espacio dedicado a lo social queda relegado a un segundo plano debido principalmente al lugar de preferencia que ocupa lo económico, representado fundamentalmente a través de las cuatro libertades clásicas (libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios). *“Los Tratados constitutivos definen y justifican la existencia de la Comunidad en torno exclusivamente al vínculo económico, del que separan nítidamente cualquier otro objetivo, que sólo tangencialmente, en cuanto relacionado con éste tiene cabida”*<sup>281</sup>.

No son numerosas las cláusulas que pueden identificarse con un carácter exclusivamente social. Únicamente gozarían de esta consideración determinadas disposiciones, como la que prohíbe la discriminación entre nacionales con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo (artículo 48 TCEE), así como la

---

<sup>281</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *op cit.* p.129.

que proclama la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (artículo 119 TCEE).

La política social queda reducida a una política de fortalecimiento de la movilidad y capacidad productiva de la población activa<sup>282</sup>. Entre los factores que dificultaron el desarrollo de la política social comunitaria pueden mencionarse los que se exponen a continuación.

En primer lugar, la subordinación de esta materia social a la finalidad de integración económica perseguida por la Unión. Como se ha mencionado, la dimensión social de la Europa comunitaria actúa, durante este período, como mera herramienta para la consecución del fin originario que yace en los Tratados fundacionales, consistente en la unidad económica y monetaria.

En segundo lugar, el hecho de considerarse suficientes los sistemas de protección social nacionales, tiene como consecuencia que no se crea necesaria una labor común en materia de protección social. Así también, las diferencias existentes entre los distintos sistemas nacionales reguladores de las relaciones laborales, muchas veces insalvables, actuaron como freno en el avance en materia social.

La conformación de una legislación unitaria en este ámbito era entendida como una amenaza a la soberanía de los Estados. Por su parte, las asociaciones sindicales también manifestaron su desacuerdo con este proyecto por entender que el mismo pudiera suponer una pérdida de influencia y de identidad nacional para ellas<sup>283</sup>. Del mismo modo las asociaciones empresariales mostraron su oposición al propósito común. Para ellas el desarrollo y el avance de los derechos sociales, así como la construcción de un sistema de protección social a nivel comunitario, únicamente supondrían obstáculos a la competitividad con países no miembros de la CEE<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. *op. cit.* p. 4.

<sup>283</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”. En CRUZ VILLALÓN, Jesús y PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Coords.). *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Madrid: Tecnos. 2010, p. 16.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 17.

En tercer lugar, la unanimidad de todos los Estados miembros exigida para la aprobación de los distintos actos normativos comunitarios, también supone un serio obstáculo al avance de la dimensión social.

En cuarto y último lugar, ha de ser nombrada la dificultad de entablar un diálogo social a nivel europeo debido a la ausencia de una organización efectiva de las distintas representaciones colectivas en este ámbito comunitario.

### 3.4.1.2 Acta Única Europea

La década de 1980 viene marcada fundamentalmente por dos momentos importantes, mediante los cuales la Europa de los mercaderes aspira a profundizar en la construcción de su dimensión social. Éstos fueron el Acta Única Europea, firmada el 17 de febrero de 1986<sup>285</sup>, y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989.

Mediante ambos documentos se pretende profundizar en la dimensión social del proyecto de construcción europea e ir más allá de su limitada vinculación al ámbito de su mercado interior. *“La distorsión de la competencia debería dejar de ser la explicación de la preocupación social. Había que trascender lo económico para plantear una visión social en sí misma, preocupada directamente por la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos comunitarios”*<sup>286</sup>.

Hasta la elaboración del AUE los Tratados no contenían referencia alguna a la protección de los derechos fundamentales ni a la protección de los derechos sociales fundamentales. Por vez primera ello tiene lugar, mediante la mención en el Preámbulo del AUE tanto de la Convención Europea de Derechos Humanos como de la Carta Social Europea<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 169 de 29 junio 1987.

<sup>286</sup> DUREN, J. “La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le Parlement”. *Rev. M. C. et EU*. Núm. 343. 1991, pp.19 y ss.

<sup>287</sup> “DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la

El Acta plantea dos objetivos fundamentales en relación al proceso de integración social comunitario. Por un lado hace referencia a la dimensión social del mercado interior y por otro lado a la necesidad de una cohesión económica y social. El Título V de la Tercera Parte se halla dedicado a ésta última cuestión con el propósito de reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas, con el apoyo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, del Fondo Social Europeo, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, del Banco Europeo de Inversiones y de los demás instrumentos financieros existentes (artículo 130 TCEE).

Sin embargo los artículos que la misma introduce en referencia a este ámbito, pese a su novedad, no suponen un relanzamiento de la política social, sino que perpetúan la parálisis mencionada anteriormente. Su contribución a la consecución de los objetivos propuestos por el Acta, queda muy lejos de lo que pudiera haberse realizado.

La innovación más relevante que el documento introduce en el ámbito social se lleva a cabo a través de los artículos 118A y 118B. Ambos preceptos, conjuntamente, configuran una base jurídica específica para la armonización de la legislación en materia social.

Por una parte, el artículo 118A del Tratado CEE, establece, en el marco del procedimiento de cooperación, la mayoría cualificada para la adopción en el Consejo de decisiones para promover *“la mejora [...] del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores”*, evitando, de esta manera, el obstáculo que suponía el requisito relativo a la unanimidad de los Estados miembros. Esta modificación en el procedimiento de toma de decisiones facilitó la adopción de normas comunitarias cuyo objeto era la tutela de la salud y de la seguridad laboral.

Por otra parte, el artículo 118B del Tratado CEE asigna a la Comisión la tarea de desarrollar el diálogo social a nivel europeo. De esta manera, quedó institucionalizado el diálogo social, las prácticas de negociación y consulta de las instituciones comunitarias con los interlocutores sociales.

---

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social.”

El Acta única Europea de 1986, junto con el El Libro Blanco sobre el mercado interior, presentado el 14 de junio de 1985 en el Congreso Europeo de Milán, provocan un relanzamiento de la política europea en su conjunto, pese a que su reflejo en el ámbito relativo a las políticas sociales sea muy leve.

La finalidad de lograr la culminación del mercado interior que persigue el Libro Blanco provoca la afirmación de que en este momento es claramente predominante el objetivo económico, por lo que la dimensión social queda relegada a una posición no significativa<sup>288</sup>. Este carácter neoliberal y tecnocrático se verá agravado durante toda la década siguiente, culminando con la denominada Estrategia de Lisboa en el año 2000, cuyo fin será *“convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”*<sup>289</sup>.

Por su parte, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, pretende contribuir a la realización de la dimensión social del mercado interior. Tiene por objeto establecer los cimientos sociales para el mercado interior, de manera que pudiera evitar que los efectos de éste pudieran afectar negativamente a las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores y trabajadoras europeos.

En este sentido, el segundo considerando de la Carta proclama que *“en el marco de la construcción del mercado único europeo es conveniente otorgar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos”*, y en el décimo tercero que *“la aplicación del Acta única Europea debe tomar plenamente en consideración la dimensión social de la Comunidad y que, en este contexto, es necesario garantizar en los niveles adecuados el desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea, en particular de los trabajadores por cuenta ajena, y de los trabajadores por cuenta propia”*.

---

<sup>288</sup> ESPADA RAMOS, María Luisa. *op. cit.* p. 36.

<sup>289</sup> Estrategia de Lisboa 2000. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm)  
[Consulta realizada 11.12.12]

No obstante, su eficacia quedaría limitada tras los debates a los que ésta fue sometida en el Consejo y a la postura negativa de Reino Unido. De la misma manera, también ello dificultaría la consecución de su objetivo inicial consistente en ser una Carta que estableciera unos derechos fundamentales y reclamables. De hecho, finalmente resultaría un documento carente de fuerza jurídica.

La Carta reconoce derechos individuales, derechos de prestación y derechos colectivos, sin embargo, se trata de un documento sin carácter vinculante por lo que su cumplimiento no es exigible a los Estados miembros. No supone el reconocimiento de nuevos derechos, ni un progreso en el proceso armonizador de los distintos sistemas de protección social nacionales. Es por ello que la jurisprudencia prácticamente no la cita en sus fundamentaciones y argumentaciones jurídicas a la hora de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Referenciamos las sentencias en las que aparece mencionada la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989: *United States of America y Nolan*, sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012 (C-583/10, párrafo 4); *ZoiChatzi y YpourgosOikonomikon*, sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10, párrafo 5); *Francesca Sorge y Poste Italiane SpA*, sentencia del TJUE de 24 de junio de 2010 (C-98/09, párrafo 4); *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols y Land Tirol*, sentencia del TJUE de 22 de abril de 2012 (C-486/08, párrafo 52); *Istituzione nazionale della previdenza sociale (INPS) y Daniela Lotti, Clara Matteucci*, sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010 (C-396/08, párrafos 4 y 6.); *Istituzione nazionale della previdenza sociale (INPS) y Tiziana Bruno, Massimo Pettini*, sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010 (C-395/08, párrafos 4 y 6); *Ovidio Rodríguez Mayor y otros y Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila*, sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2009 (C-323/08, párrafo 20); *Comisión Europea y República Federal Alemana*, sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010 (C-271/08, párrafo 37); *Christel Meerts y Proost NV*, sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009 (C-116/08, párrafo 37); *Mono Car Styling S.A y Dervis Odemis y otros*, sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (C-12/08, párrafo 5); *Karampouanos y Michopoulos*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009 (C-380/07, párrafo 112); *Giannoudi*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2004 (C-379/07, párrafo 112); *Angelidaki y otros*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009 (C-378/07, párrafo 112); *S. Coleman y Attridge Law, Steve Law*, sentencia del TJCE de 17 de Julio de 2008 (C-303/06, párrafo 3); *Impact y otros*, sentencia del TJCE de 15 de abril de 2008 (C-268/06, párrafo 35); *Sari Kiiski y Tampereen kaupunki*, sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06, párrafo 48); *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05, párrafos 24 y 25); *Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.*, sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2007 (C-438/05, párrafo 3); *Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05, párrafo 90); *Akritopoulou*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006 (C-190/05, párrafo 9); *Kotsabougoukise*, sentencia de TJCE de 7 de septiembre de 2006 (C- 189/05, párrafo 9); *Pánnou y otros*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006 (C-188/05, párrafo 9); *Agorastoudis y otros*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006 (C-187/05, párrafo 9); *Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.*, sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2006 (C-13/05, párrafo 3); *Nicole Wippel y Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG, Wippel*, sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004 (C-313/02, párrafo 28).



Por lo que a su contenido respecta, se limitó a establecer un mínimo común denominador de los derechos ya reconocidos en los ordenamientos nacionales de los países miembros y en la Carta Social Europea de 1961, ratificada también por los Estados miembros de la UE<sup>291</sup>. Es por ello que puede afirmarse la ausencia de innovación.

Únicamente reconoce trece derechos, algunos de ellos ya proclamados en textos anteriores. Estos son: el derecho a la libre circulación de los trabajadores, derecho a la libertad de elección y ejercicio de una profesión, derecho a una retribución suficiente, derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, derecho a una protección social adecuada, derecho de asociación, derecho de negociación colectiva, derecho a recurrir acciones colectivas, incluida la huelga, derecho a la formación profesional, derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, derecho a la información, a la consulta y a la participación, derecho a la tutela de la salud en el ambiente de trabajo, y derecho a la protección de los menores, de los ancianos y de los minusválidos.

Pese a los obstáculos y limitaciones mencionados, es preciso hacer notar el importante valor político de la Carta comunitaria, como directriz y conjunto de principios orientadores que servirán más tarde para asentar las bases de un sistema que gozará de efectividad jurídica. Ella servirá de programa político para la actuación en los años sucesivos de las instituciones comunitarias<sup>292</sup>. Recoge el compromiso manifestado en el Preámbulo del Acta Única Europea cuando hace referencia a la Carta Social Europea<sup>293</sup> al contener derechos en ésta reconocidos.

También debe resaltarse el importante reconocimiento que realiza a la realidad objeto de análisis de la presente tesis. La Carta reconoce la necesidad de conciliar la vida personal y familiar en el tercer párrafo de su punto 16 de la siguiente manera:

---

<sup>291</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *op. cit.* p.17.

<sup>292</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Ibidem.* p.18.

<sup>293</sup> “DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social.” Párrafo tercero del Preámbulo del Acta Única Europea.”

*“Se debe garantizar la igualdad de trabajo entre hombres y mujeres. Se debe desarrollar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.*

*A estos efectos, sería conveniente intensificar allí donde sea necesario las acciones encaminadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en relación con el acceso al empleo, la redistribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de las carreras profesionales.*

*También resulta conveniente desarrollar medidas que permitan tanto a los hombres como a las mujeres conciliar sus obligaciones profesionales y familiares.”*

Esta mención a la necesidad de desarrollar medidas que permitan y favorezcan la conciliación, pese al valor meramente político de la Carta, contribuirá, al menos, a la visibilización de esta realidad y un primer paso hacia su reconocimiento como derecho social fundamental.

Con el objetivo de poder avanzar en la construcción de la dimensión social comunitaria en diciembre de 1989, la Comisión propuso el Segundo Programa de Acción Social. Este Programa pretende hacer efectiva la aplicación de la Carta, mediante la adopción de cuarenta y siete medidas, muchas de ellas llevadas a la práctica como las directivas sobre los despidos colectivos, sobre la prueba de la relación laboral, sobre la protección de la maternidad, sobre la protección del trabajo juvenil y sobre la jornada laboral<sup>294</sup>.

Todos estos esfuerzos coincidirán con una situación económica y política desfavorable por lo que requerirán de nuevas iniciativas comunitarias para que sean llevados a cabo con éxito.

---

<sup>294</sup> Directivas como:

Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE, núm. L 245/3 de 26.8.1992

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). DOCE, núm. L 348 de 28.11.1992

Directiva 94/33/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. DOCE, núm. L 216 de 20.8.1994

Por una parte, la crisis económica, el elevado nivel de desempleo, junto con la pérdida de capacidad competitiva de la entonces CEE en relación con terceros Estados, produjo la ausencia de nuevas medidas de protección social por los costes que su implantación pudiera suponer a las empresas comunitarias, restándoles competitividad.

Por otra parte, la crisis institucional existente, provocará la pérdida de confianza en el sistema europeo y en consecuencia el recelo de los Estados a ceder parte de sus competencias a éste. Ello desembocará en la generalización, con el Tratado de la Unión Europea, del principio de subsidiariedad, de acuerdo con el cual la Unión únicamente actuará en aquellos supuestos en los que la actuación de los Estados resulte insuficiente<sup>295</sup>.

### 3.4.2 SEGUNDA ETAPA: DESDE EL TRATADO DE MAASTRICHT HASTA LA ACTUALIDAD

#### 3.4.2.1 **Tratado de la Unión Europea**<sup>296</sup>

El Tratado de la Unión Europea, también conocido como Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, sustituye la nomenclatura de Comunidad Económica Europea por la de Comunidad Europea, introduce el concepto de ciudadanía europea y configura la estructura de la Unión Europea en su conjunto por primera vez. A partir de este Tratado y fundamentalmente con el Tratado de Ámsterdam la dimensión social comunitaria comienza a adquirir importancia y visibilidad<sup>297</sup>.

Todo ello supuso un importante progreso en la integración política de la unidad europea. Según GOYBET a partir de 1992 *“la cuestión social está en el corazón de*

---

<sup>295</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús. *op. cit.* p. 20.

<sup>296</sup> Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 191 de 29 de julio de 1992.

<sup>297</sup> VUOTO, Salvatore. *op. cit.* p.125.

*Europa*”<sup>298</sup>. PEREZ DE LOS COBOS sostiene que con este cambio de nomenclatura se reconocía la superación del objetivo económico, para centrarse ya en el social<sup>299</sup>.

El relanzamiento de lo social se puede observar en el hecho de que la promoción del progreso económico y social se proclama entre los objetivos ubicados en las Disposiciones Comunes y la promoción de “*un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*” se ubica en el artículo 2 del Título II.

Así también deben mencionarse los tres Protocolos contenidos en el Acta final relativos a materia social. Éstos son el Protocolo núm. 2 relativo al artículo 119 del TCE, el Protocolo núm. 14 relativo a política social y el Protocolo núm. 15 referente a la cohesión económica y social.

El Tratado en su conjunto no puede ser modificado en lo relativo a la política social debido al veto de Reino Unido, lo que provoca que el articulado en sentido estricto, únicamente proclame el logro de “*un alto nivel de empleo y protección social*” (artículo 2) en su declaración programática relativa a los objetivos generales de la UE.

El Protocolo núm. 14, con el fin de paliar estas dificultades, introduce como anexo el Acuerdo de Política Social firmado por los Estados miembros restantes en el que se reconoce a la UE competencia para regular “*mediante Directivas las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentación técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros*” (artículo 137.2.b) una serie de materias laborales. Ello dará lugar al concepto de política social europea a dos velocidades o a la carta, puesto que se habrá celebrado un acuerdo en el que no habrán sido parte todos los Estados, es la primera vez que nos encontramos un acuerdo “a once” y no “a doce”. Este acuerdo tal y como establece el Protocolo no será de aplicación al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

---

<sup>298</sup> GOYBET, Catherine. “La cuestión social en el corazón de Europa”. *Marché Commun*. Núm. 358. 1992, p. 769.

<sup>299</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 1994, p.91.

Dicho Acuerdo introduce un serio avance en el proceso de toma de decisiones para la aprobación de actos normativos reguladores de la dimensión social, al reducir el número de materias que deben ser aprobadas por unanimidad. De este modo, cuestiones como la protección por despido o la representación y defensa colectiva de los trabajadores, a excepción del derecho de sindicación y condiciones de empleo de los extranjeros, deberán ser aprobadas por unanimidad, y otras como la igualdad laboral entre mujeres y hombres, el ambiente de trabajo, la seguridad y salud laboral, la inserción en el mercado laboral, las condiciones de trabajo o la información y consulta de los trabajadores, requerirán únicamente de mayoría cualificada para su aprobación.

Es también importante el refuerzo y el apoyo que el Acuerdo otorga al diálogo social comunitario. En primer lugar, ubica su fomento entre los objetivos de la Comunidad en el artículo 1, en segundo lugar, destaca el papel de los interlocutores sociales mediante la imposición de una consulta preceptiva a éstos sobre posibles acciones comunitarias en el artículo 3.2 y en tercer lugar, el artículo 4, establece la posibilidad de que el diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito comunitario pueda conducir al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. Ello otorga competencia a los interlocutores para comunicar a la Comisión su voluntad de iniciar el proceso de negociación para llegar a un acuerdo colectivo sobre la materia que será asumida como regla comunitaria<sup>300</sup>.

Ejemplo de esta última vía es el Acuerdo sobre el permiso parental en caso de maternidad o adopción<sup>301</sup>, así como el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial<sup>302</sup>, a los que posteriormente se les otorgaría eficacia jurídica a través de la aprobación de las Directivas 96/34<sup>303</sup> y 97/81<sup>304</sup>, respectivamente.

---

<sup>300</sup> NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dirs.). *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos. 2010. p.24.

<sup>301</sup> Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, de 14 de diciembre de 1995.

<sup>302</sup> Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES, de 6 de junio de 1997.

<sup>303</sup> 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. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 145/4 de 19 de junio de 1996.

No puede obviarse que este Protocolo supuso, en su momento, la fragmentación del Tratado y, en consecuencia, de la unidad del proceso de integración social comunitario. De esta manera quedaban instituidos dos sistemas de tratamiento de la política social, el de la Europa de los once, y más tarde de los catorce (con la incorporación de Austria, Finlandia y Suecia) y el de la Europa de los quince, lo que incrementaba la dificultad en el mencionado proceso. Posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam en 1997, Reino Unido aceptará el Protocolo, y de esta manera la situación logrará la estabilidad y la unidad anhelada.

Mediante el Tratado de Maastricht, el principio de subsidiariedad cobra una relevante importancia al ser previsto en el artículo 3B de la siguiente manera:

*“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna actuación de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.”*

Este principio es previsto como instrumento de respeto a las particularidades de los distintos sistemas sociales nacionales y como límite a una acción comunitaria intervencionista que pretendiera el establecimiento de una normativa laboral uniforme y común a todos los Estados<sup>305</sup>. El principio de subsidiariedad establece que la política social comunitaria sólo será desarrollada en aquellos ámbitos donde sea imprescindible y la actuación de los Estados sea insuficiente para el logro de los fines propuestos.

El origen de este principio se debe al incremento de competencias de la Comunidad Europea en materia social pues, como se ha establecido, uno de sus fines es el de actuar como freno frente al aumento de competencias comunitarias. Es en este

---

<sup>304</sup> Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 14/9 de 20 de enero de 1998.

<sup>305</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio. “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario”. *Crónica Internacional*. Núm. 10. 1994, p. 1378.

momento del proceso de construcción europea en el que las instituciones comunitarias pretenden extenderse a todo el derecho del trabajo, al tiempo que se abandona el requisito de unanimidad para la adopción de actos normativos en el ámbito social<sup>306</sup>. Ambos factores suponen una amenaza para la soberanía estatal, ya que suponen una disminución considerable de las competencias de los Estados miembros.

El Tratado de Maastricht fortaleció el papel del Parlamento Europeo, al introducir el procedimiento de codecisión y extender el de cooperación en detrimento del de consulta, configuró el concepto de la “ciudadanía europea” y modificó la estructura institucional de las Comunidades Europeas, configurando el esquema de los tres pilares.

Para concluir puede reafirmarse la profundización realizada por el Tratado de Maastricht en política social. Sin embargo muestra referentes que evidencian la primacía del objetivo económico de la Unión frente a sus fines social e incluso la subordinación de éstos últimos al primero.

Es claro ejemplo de ello tanto el artículo 2, como el artículo 3A. El artículo 2 enuncia que:

*“La Comunidad tendrá por misión promover [...] un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de resultados económicos, un alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.*

En este artículo se observa la importancia así como una ubicación preferente de los fines económicos entre los objetivos de la Comunidad. También queda mencionada la misión de promover un alto nivel de empleo y protección social, sin embargo este

---

<sup>306</sup> El artículo 118A. 2 menciona que: “Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189C, previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros.”

El artículo 189C regula un procedimiento en el que las decisiones son adoptadas a través de mayoría cualificada.

objetivo al hallarse pronunciado entre otros, en su mayoría de índole económico, tiende a ser comprendido e interpretado como mero factor necesario y fundamental para el buen funcionamiento de la economía.

Por su parte, el artículo 3A, sostiene que para alcanzar los objetivos fijados en el artículo 2 (entre ellos también algunos fines de índole social) será necesaria la adopción de una política económica común que se fundamente en el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. Consecuencia de esta política será el logro de los fines sociales. Le es otorgada tanta importancia al medio o al instrumento que el fin queda relegado a un segundo plano.

Así también el Acuerdo de Política Social, en su artículo 1, establece un elenco de fines sociales, para cuyo logro sostiene la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad y la consideración de la diversidad de prácticas nacionales, lo que producirá la debilitación del proceso de integración social comunitario.

Sin embargo, autores como LINDE PANIAGUA son defensores del cambio real que se produce con el Tratado de la Unión Europea, cuando la Comunidad Económica Europea pierde el calificativo de “económica”. Sostiene que este cambio de nomenclatura no debe considerarse “*como una operación de maquillaje, sino como una operación substancial*”, por lo que “*debe considerarse que la economía, y en particular la economía de mercado, para la Unión Europea es un instrumento, que expresa una particular concepción de la sociedad, pero que a su vez está al servicio de dichos fines*”<sup>307</sup>. Este autor defiende la economía como medio e instrumento para lograr el bienestar social y no como fin en sí mismo.

Con posterioridad al Tratado de Maastricht cabe destacar el avance llevado a cabo en materia social a través de la publicación del Libro Verde sobre la Política Social europea en 1993<sup>308</sup> y del Libro Blanco sobre la Política de Acción Social en 1994<sup>309</sup>. El

---

<sup>307</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. “El sistema competencial en la Unión Europea”. En MELLADO PRADO, Pilar et al. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Madrid: Colex. 2009, p.88.

<sup>308</sup> Libro Verde sobre la política social europea - Opciones para la Unión COM(93) 551, noviembre de 1993



Libro Verde proclama la existencia de un modelo social europeo claro, basado en la democracia y los derechos individuales, la libertad de negociación colectiva, la economía de mercado, la necesidad de igualdad de oportunidades para todos y la importancia de la protección social y de la solidaridad. El Libro Blanco, por su parte, es producto del proceso de consulta comenzado por el Libro Verde sobre la Política Social. Éste sostiene que la competitividad económica y el progreso social no son incompatibles, sino que pueden avanzar en paralelo. Este proceso de profundización en lo social culminará con la elaboración del Tercer Programa de Acción Social en 1995.

#### 3.4.2.2 Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997<sup>310</sup>, contiene novedosos aspectos en materia social. Para GOMIS DÍAZ este Tratado supuso uno de los impulsos más importantes que en materia social se habían producido en el ámbito comunitario hasta el momento<sup>311</sup> y OJEDA AVILÉS sostienen que con él se produce un “salto cualitativo en la expansión de la calidad social europea”<sup>312</sup>. Es considerado como hito decisivo en el proceso de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea<sup>313</sup>.

Siguiendo a CRUZ VILLALÓN, en él pueden distinguirse cuatro aportaciones fundamentales a esta disciplina<sup>314</sup>. Estos son: el reforzamiento de las declaraciones

---

<sup>309</sup> Libro Blanco sobre política social europea - Un paso adelante para la Unión COM(94) 333, julio de 1994.

<sup>310</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 340 de 10 de noviembre de 1997.

<sup>311</sup> GOMIS DÍAZ, Pedro Luís. *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*. Madrid: Consejo Económico y Social. 1999, p.65.

<sup>312</sup> OJEDA AVILES, Antonio. “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1998, p. 245; Vid. TORRENTS MARGALEF, J. “La merecida normalización de la política social comunitaria”. *Documentación Laboral*. Núm. 61. 2000, p. 111; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. “El lugar de la política social comunitaria”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm.186. 2000, p. 128; BAQUERO CRUZ, Julio. “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 4. 1998, p.648.

<sup>313</sup> SZYSZCZAK, Erika. *op. cit.* p. 498.

<sup>314</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús. *op. cit.* p. 24-30.

programáticas, el incremento del protagonismo del Parlamento Europeo, la plena articulación de un sistema laboral y el nacimiento de las políticas de empleo.

En primer lugar y en relación al reforzamiento de las declaraciones programáticas, el Tratado de la Unión Europea incorpora un considerando en el que queda establecido que:

*“CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín en 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989”.*

Debe tenerse en cuenta que únicamente puede hablarse de “reforzamiento” de estas declaraciones programáticas, puesto que este reconocimiento queda ubicado en la parte dogmática del Tratado, por lo que no pueden ser consideradas vinculantes jurídicamente. En consecuencia, la referencia a la Carta no altera el valor político de ésta, sin embargo es innegable su papel inspirador e impulsor de la acción normativa venidera en esta materia.

Por su parte el artículo 136 TCE introduce una importante referencia a los derechos sociales fundamentales en consonancia con el considerando que se acaba de mencionar.

*“La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.*

Del segundo inciso de este artículo, se puede extraer tanto el respeto a las prácticas nacionales en materia social, como la subordinación al objeto económico de la Comunidad. El mismo proclama que:

*“[...] la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las*

*relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.”*

Contribuye también al reforzamiento de los derechos reconocidos en estas declaraciones la atribución que el artículo 46.d) TUE realiza al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Éste le otorga competencia en la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, *“respecto a las actuaciones de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado”*.

En segundo lugar, y por lo que al aumento del protagonismo del Parlamento Europeo atañe, este Tratado incorpora novedosas reformas relativas a los procedimientos de toma de decisiones para la adopción de actos normativos, especialmente en relación al procedimiento de codecisión en el que intervienen el Consejo y el Parlamento. Las modificaciones introducidas por el artículo 251 TCE<sup>315</sup> conllevan un incremento de la participación del Parlamento. Este proceso de

---

<sup>315</sup> Artículo 251 TCE: “1. Cuando en el presente Tratado, para la adopción de un acto, se haga referencia al presente artículo, se aplicará el procedimiento siguiente. 2. La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo. El Consejo, por mayoría cualificada, previo dictamen del Parlamento Europeo,

- si aprobara todas las enmiendas contenidas en el dictamen del Parlamento Europeo, podrá adoptar el acto propuesto así modificado;
- si el Parlamento Europeo no propusiera enmienda alguna, podrá adoptar el acto propuesto;
- en los demás casos, adoptará una posición común y la transmitirá al Parlamento Europeo. El Consejo informará plenamente al Parlamento Europeo de los motivos que le hubieran conducido a adoptar su posición común. La Comisión informará plenamente sobre su posición al Parlamento Europeo.

Si, transcurrido un plazo de tres meses desde esa comunicación, el Parlamento Europeo

a) aprobara la posición común o no tomara decisión alguna, el acto de que se trate se considerará adoptado con arreglo a esa posición común; b) rechazara, por mayoría absoluta de sus miembros, la posición común, el acto propuesto se considerará no adoptado; c) propusiera enmiendas de la posición común por mayoría absoluta de sus miembros, el texto modificado será transmitido al Consejo y a la Comisión, que emitirá un dictamen sobre estas enmiendas.

3. Si en un plazo de tres meses desde la recepción de las enmiendas del Parlamento Europeo, el Consejo aprobara por mayoría cualificada todas ellas, se considerará que el acto de que se trate ha sido adoptado en la forma de la posición común así modificada; no obstante, el Consejo deberá pronunciarse por unanimidad sobre aquellas enmiendas que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión. Si el Consejo no aprobara todas las enmiendas, el presidente del Consejo, de acuerdo con el presidente del Parlamento Europeo, convocará en el plazo de seis semanas una reunión del Comité de Conciliación.

4. El Comité de Conciliación, que estará compuesto por los miembros del Consejo o sus representantes y por un número igual de representantes del Parlamento Europeo, procurará alcanzar un acuerdo sobre un texto conjunto, por mayoría cualificada de los miembros del Consejo o sus representantes y por mayoría simple de los representantes del Parlamento Europeo. La Comisión participará en los trabajos del Comité

democratización afectará a algunas materias contenidas dentro del ámbito social como las relativas a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (artículo 42 TCE), salud y seguridad de los trabajadores, condiciones de trabajo, información y consulta de los trabajadores, integración de personas excluidas del mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres (artículo 137 TCE), adopción de medidas de fomento para alentar la cooperación de los Estados miembros en materia de política de empleo (artículo 129 TCE), decisiones de aplicación relativas al fondo Social Europeo (artículo 148 TCE) y la política de formación profesional (artículo 127)<sup>316</sup>.

En tercer lugar, como se ha establecido, este Tratado contribuye a la articulación de un sistema laboral. Ello se produce fundamentalmente a consecuencia de que este Tratado otorga al contenido del Protocolo de Política Social<sup>317</sup>, comprendido en el Tratado de Maastricht, el rango de Derecho originario. Éste es incorporado, con ciertas modificaciones, como la aplicación del procedimiento de codecisión al capítulo dedicado a la política social, cuya redacción también experimenta algunas correcciones. De esta manera, resultan ampliadas, considerablemente, las competencias de la Comunidad en materia de relaciones laborales.

Esta incorporación del Protocolo al texto de los Tratados constitutivos supone la vinculación de Reino Unido a su contenido, así como a las Directivas que habían sido

---

de Conciliación y adoptará todas las iniciativas necesarias para favorecer un acercamiento de las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Al realizar esta misión, el Comité de Conciliación examinará la posición común sobre la base de las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo.

5. Si en el plazo de seis semanas después de haber sido convocado, el Comité de Conciliación aprobara un texto conjunto, el Parlamento Europeo y el Consejo dispondrán cada uno de seis semanas a partir de dicha aprobación para adoptar el acto en cuestión conforme al texto conjunto, pronunciándose respectivamente por mayoría absoluta de los votos emitidos y por mayoría cualificada. Si cualquiera de ambas instituciones no aprobara el acto propuesto dentro de dicho plazo, éste se considerará no adoptado.

6. Si el Comité de Conciliación no aprobara un texto conjunto, el acto propuesto se considerará no adoptado.

7. Los períodos de tres meses y de seis semanas a que se refiere el presente artículo podrán ampliarse, como máximo, en un mes y dos semanas respectivamente, a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo”.

<sup>316</sup> GALIANA MORENO, Jesús María. “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 88. 1998, p.191.

<sup>317</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos y BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel. “De Maastricht a Ámsterdam: derechos sociales y empleo”. *Relaciones Laborales*. Núm 4. 1998, p. 22.

aportadas desde 1992 en desarrollo del Acuerdo de Política Social de Maastricht. En consecuencia, son adoptadas la Directiva 97/74/CE<sup>318</sup> y la Directiva 97/75/CE<sup>319</sup>.

En cuarto lugar, en el marco de ésta política social, la política de empleo adquiere una mayor relevancia al dedicar el Tratado su Título VIII a esta cuestión. Ésta se configura como una herramienta más al servicio de los objetivos de la Unión recogidos en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Sin embargo esta nueva competencia se incorpora con timidez, sin imponer obligaciones a los Estados miembros y esta política de empleo no supondrá la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales. El artículo 125 TCE hace referencia al compromiso de los Estados miembros y de la Comunidad de “*desarrollar una estrategia coordinada para el empleo*” y el artículo 126.2 TCE a que éstos consideren “*el fomento del empleo como un asunto de interés común*” y a que coordinen “*sus actuaciones al respecto en el seno del Consejo*”. Esta política se convierte en el tercer elemento fundamental, junto con la unión económica y monetaria, para el logro de la integración socioeconómica comunitaria.

Los artículos 127 y 129 TCE establecen las líneas de actuación material de la Comunidad y sirven como de base al método abierto de coordinación. Por su parte el artículo 130 TCE configura la creación de un nuevo órgano, el Comité de Empleo<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

<sup>319</sup> Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

<sup>320</sup> El Consejo de Empleo surge con la misión de:

- impulsar el objetivo de un alto nivel de empleo en la elaboración y aplicación de las políticas y medidas comunitarias; formular dictámenes a petición del Consejo, la Comisión o a iniciativa propia y preparar los debates del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Protección de los Consumidores a petición de la presidencia del Consejo de la Unión Europea;
- contribuir al procedimiento de adopción de las grandes orientaciones de las políticas económicas de manera que sean compatibles con las directrices para el empleo y facilitar una sinergia entre la estrategia europea para el empleo, la coordinación de las políticas macroeconómicas y el proceso de reforma económica;

Cabe añadir otras dos modificaciones que incorpora el Tratado de Ámsterdam y que son dignas de mención. De un lado, la redacción del artículo 2 TCE experimenta una considerable modificación respecto a la contenida en el Tratado de Maastricht al ubicar en un segundo lugar la mención relativa al empleo y a la protección social en este precepto, tras el desarrollo económico armonioso y sostenible, entre las misiones de la Comunidad.

Sin embargo, se ha de mencionar que la letra i) del artículo 3 TCE introdujo la necesidad del *“fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada de empleo”*. De esta manera, esta mención a la eficacia y a la competitividad sirve de contrapeso a la mención del empleo en el artículo 2 TCE, al que se acaba de hacer referencia. Se sigue así la estrategia dibujada en el Libro Blanco de 1993 consistente en contraponer constantemente ambos términos. GÓMEZ MUÑOZ sostiene, en relación a la incorporación del este Título VIII, que supuso *“un paso hacia delante en la consolidación de la Europa social, pero no un paso firme, ni decidido, ni definitivo. Pocas reformas lo son cuando de política social comunitaria se trata”*<sup>321</sup>.

De otro lado, la segunda modificación consiste en la incorporación del Título IV, que dedica su contenido a políticas relativas a la libre circulación de personas y a la igualdad entre mujeres y hombres.

A pesar de las aportaciones mencionadas, tal y como argumentan RODRIGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER este Tratado no logró superar el carácter subsidiario del Derecho social comunitario respecto de los derechos sociales nacionales, lo que contribuyó a la perpetuación de su subordinación al mercado y al predominio del

---

- promover el intercambio de información y de experiencias en relación con estos sectores entre los Estados miembros, así como entre éstos y la Comisión;

- participar en el diálogo sobre las políticas macroeconómicas en la Comunidad.

<sup>321</sup> GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo”. *Relaciones Laborales*. Vol. II. 1998, p.1151.

carácter económico de la Unión<sup>322</sup>. Sus reformas resultaron insuficientes para asumir la incorporación de los países candidatos que estaban a punto de adherirse<sup>323</sup>.

### 3.4.2.3 Tratado de Niza<sup>324</sup>

Estas deficiencias no lograron ser subsanadas tampoco con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>325</sup> proclamada solemnemente en Niza en 2000. Ésta fue duramente criticada no sólo por carecer de carácter vinculante, cuestión que quedará resuelta tras la aprobación del Tratado de Lisboa, sino también por su carácter ambiguo y su excesiva vaguedad en materia de derechos sociales<sup>326</sup>. Sin embargo, también debemos sostener que es el primer texto en el que las libertades económicas y los derechos sociales gozan de la misma importancia desde un punto de vista axiológico<sup>327</sup>.

Por su parte el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, muestra una pérdida de competencias por la Unión en materia social. Los objetivos que plantea respecto a la política social no sufren modificación alguna respecto a los contenidos en Ámsterdam. También resultó frustrado el intento de que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE recibiese valor jurídico vinculante, quedando en mera declaración con valor únicamente político. Puede decirse que el reparto de poder entre los Estados en las distintas instituciones constituyó la esencia del Tratado<sup>328</sup>.

---

<sup>322</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. *op. cit.* p. 25.

<sup>323</sup> APARICIO TOVAR, Joaquín. Introducción al Derecho Social de la Unión Europea. *op. cit.* p.30.

<sup>324</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 80 de 10 de marzo de 2001.

<sup>325</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. C 364 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>326</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op. cit.* p.1021; GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Derechos y Libertades”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Núm. 11. 2002, p. 391.

<sup>327</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea”. *op. cit.* p.24.

<sup>328</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, María Paz. “La reforma institucional en el Tratado de Niza: la búsqueda del círculo cuadrado”. En VV.AA. (MOREIRO GONZÁLEZ, C. J., Coord.). *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*. Madrid: Colex, 2002, p. 66.

Entre sus leves avances, cabe destacar por una parte la reestructuración del artículo 137 TCE. Este artículo viene a sustituir lo dispuesto en el artículo 118A concretando aquellos ámbitos dispuestos en él. El artículo 118A hacía referencia a la mejora del medio de trabajo, de la seguridad y de la salud de los trabajadores, mientras que el artículo 137 desciende a lo específico y así menciona:

*“a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).”*

A través del mismo se encierra también la materia relativa a la modernización de los sistemas de protección social bajo el marco de la política social comunitaria.

Por otra parte debe ser también mencionada la creación, a través de su artículo 144 TCE, del Comité de Protección Social<sup>329</sup>. Este organismo tiene por finalidad la promoción y la reducción de los obstáculos a la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión en materia de protección social.

No contiene modificación alguna respecto al Tratado de Ámsterdam en relación a los procedimientos de adopción de decisiones y las mayorías requeridas en los mismos, salvo la novedad de introducir la posibilidad de que el Consejo, por unanimidad, sustituyera el procedimiento de consulta por el de codecisión y la unanimidad por la mayoría cualificada en todas las materias, salvo seguridad social y protección social de los trabajadores. Esta materia también resultaría protegida en virtud

---

<sup>329</sup> El artículo 144 TCE en su versión consolidada tras el Tratado de Niza establece los fundamentos jurídicos para la creación de este Comité sin embargo éste fue creado a través de la *Decisión 2000/436/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se crea un Comité de protección social* [COM (2000) 436 - Diario Oficial L 172 de 12.7.2000].



de lo dispuesto en el artículo 137.4 TCE, el cual reconocía la capacidad de los Estados para definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad social<sup>330</sup>.

Sin embargo, de este inciso también puede desprenderse la subordinación de la adopción de medidas para la consecución de los objetivos sociales, previstos en el artículo 136<sup>331</sup>, al equilibrio financiero de los Estados miembros.

VUOTO denuncia respecto de este tratado la ausencia de una fórmula radical de protección de los derechos sociales. Sostiene que el artículo 6 TUE<sup>332</sup> defiende fundamentalmente los derechos civiles y políticos, dejando en un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales<sup>333</sup>.

Así también, este autor apunta cómo el artículo 126.1 TCE<sup>334</sup> enuncia que las políticas de empleo deben ser desarrolladas coherentemente con las directrices marcadas por la política económica de la UE y de los Estados miembros. De esta manera se pone de manifiesto, nuevamente, la preeminencia de lo económico frente a lo social.

---

<sup>330</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *op. cit.* p. 392.

<sup>331</sup> Artículo 136 TCE: “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.”

<sup>332</sup> Artículo 6 TUE: “1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. 3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros. 4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.”

<sup>333</sup> VUOTO, Salvatore. *op. cit.* p.127.

<sup>334</sup> Artículo 126.1 TCE: “1. Los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, contribuirán al logro de los objetivos contemplados en el artículo 125, de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad adoptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 99.”

La escasa innovación en el ámbito de lo social, según MANEIRO VÁZQUEZ puede atribuirse a dos razones. Por una parte, al hecho de que la estructura diseñada en Ámsterdam resultara suficiente por el momento y no fueran necesarias modificaciones todavía, sino la aplicación real de ésta. Por otra parte, a la urgencia del tratamiento de otras realidades de la integración comunitaria como la instauración de la moneda única, la ampliación de la UE hacia el Este o el proyecto de Constitución Europea. Todos estos factores relegaron lo social a una segunda instancia<sup>335</sup>.

Podemos sostener que las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza perpetuaron la subordinación de lo social a lo económico como venía ocurriendo hasta el momento y frenaron el avance emprendido en este ámbito por el Tratado de Ámsterdam.

#### 3.4.2.4 Tratado de Lisboa<sup>336</sup>

Con anterioridad al Tratado de Lisboa, en 2004 tuvo lugar el fallido proyecto de Tratado por el que se pretendía instituir una Constitución para Europa<sup>337</sup>. Este Tratado integraba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parte del mismo, y en consecuencia, los derechos sociales en ella reconocidos, a los que otorgaba un valor jurídico y un carácter vinculante.

A pesar de esta novedad, este proyecto apenas introducía reformas en materia social, únicamente pequeñas modificaciones en atención a la nueva terminología y a la nueva ordenación y la eliminación de la adopción de decisiones por unanimidad en determinadas materias<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *op. cit.* pp. 392-393.

<sup>336</sup> Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C 306 de 17 de diciembre de 2007.

<sup>337</sup> Vid. CARDONA LLORÉNS, Jorge. “Significado de la Constitución Europea en el largo proceso de integración. En DE MIGUEL CANUTO, Ana y PIZARROSO QUINTERO, Alejandro (Coords.). *El debate sobre la Constitución Europea en España: Actas de las jornadas “Hacia la Constitución Europea”*. Valencia: Biblioteca Valenciana. Generalitat Valenciana. 2005, pp. 201-217.

<sup>338</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Aspectos sociales de la Constitución Europea”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 127. 2005, p. 199.

Es menester hacer presente que las aportaciones que realizaba quedaban subordinadas en el ámbito político a un modelo tecnocrático distinguido por el enorme poder que otorgaba a los Estados, y en el plano económico, a un sistema de producción neoliberal cuyos fines son la alta competitividad y la creación de un mercado libre sin trabas<sup>339</sup>.

El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea, al que sustituye su denominación por la de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ambos instrumentos contribuyen a otorgar al modelo social europeo los mecanismos necesarios para su desarrollo.

En primer lugar, el artículo 3.3 TUE<sup>340</sup> ratifica el modelo de economía social de mercado altamente competitiva, que tiende al pleno empleo y al progreso social y pone de manifiesto la necesidad de elaborar políticas a escala europea que permitan el avance del proceso de integración social en éste ámbito.

Por una parte, de la redacción del artículo 3.3 TUE se puede concluir que la finalidad última continúa siendo el establecimiento de un mercado interior. El pleno empleo y el progreso social, aparecen como meros adjetivos de la economía social de mercado en la que el mismo se fundamenta. GIL ROBLES, argumenta que es este carácter social el que actúa como controlador del mercado, el que hace que éste no se rijan únicamente por su propio y libre desarrollo<sup>341</sup>.

Por otra parte, en el inciso segundo de este apartado tercero del artículo 3 la dimensión social se ve reforzada al establecer que:

---

<sup>339</sup> PEDROL ROVIRA, Xavier. Derechos sociales y Unión Europea: Historia de un desencuentro [en línea]. Disponible en:

[http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Xavier\\_Pedrol\\_-\\_DS\\_y\\_UE.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Xavier_Pedrol_-_DS_y_UE.pdf) [texto consultado el 16/04/12]

<sup>340</sup> Artículo 3.3 TUE: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

<sup>341</sup> GIL ROBLES, JOSE M<sup>a</sup>. “Balance-Sheet of European Social Policy”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 591-598.

*“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.*

*La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.”*

Estos objetivos no aumentan las competencias sociales de la Unión pero sí refuerzan la dimensión social de sus instituciones

En segundo lugar, el artículo 6 TUE reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico que a los Tratados. Ello en consecuencia otorgará un mayor peso a los derechos sociolaborales vinculados a los valores sociales de igualdad, contenidos en los artículos 20, 21 y 23 de la Carta, y solidaridad, contenidos en los artículos 27 a 35 de la Carta. De esta manera, queda a mitad de camino la pretensión prevista en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa consistente en incluir la Carta en el propio texto constitucional.

Con este reconocimiento de la Carta por el Tratado de Lisboa, la dimensión social adquiere aparentemente una mayor relevancia. Uno de los objetos de la presente tesis es analizar si el nivel de protección de los derechos sociales se ha visto incrementado tras la entrada en vigor de este tratado y el reconocimiento que el mismo realiza en su artículo 6. Este estudio se llevará a cabo a través del examen de la aplicación de la CDFUE en la jurisprudencia del TJUE en materia de conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Algunos autores como SILVA DE LA PUERTA sostienen, sin embargo, que en la práctica la incorporación de esta cláusula no ha supuesto notables mejoras, argumentando que se debe fundamentalmente a que la finalidad con la que la Carta fue redactada consistía en una recopilación de derechos ya reconocidos por la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y por el derecho originario y derivado<sup>342</sup>.

Por otra parte también es necesario poner de manifiesto el diferente tratamiento que reciben en ella los derechos patrimoniales y los derechos sociales. Mientras que los primeros son descritos con sumo cuidado, y no son supeditados a la función social ni al interés general, como ocurre en las constituciones estatales, los segundos son redactados de una manera más vaga y en muchos casos se subordinan a *“las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”*<sup>343</sup>.

En tercer lugar, el artículo 9 TFUE regula una cláusula de estabilidad social de todas las políticas de la UE. Este precepto establece con carácter transversal la que se ha denominado “cláusula social”, cuyas exigencias en relación a *“la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”*, deberán ser tenidas en cuenta en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión. De la misma manera, mediante la redacción del artículo 10 del TFUE<sup>344</sup>, también queda dispuesto el carácter horizontal que habrá de tener la lucha contra la discriminación de toda clase en la, ya mencionada, definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión.

En cuarto lugar cabe poner de relieve la importancia que se le reconoce al diálogo social mediante la creación de la cumbre social tripartita para el crecimiento y para el empleo, prevista en el artículo 152 TFUE. Este interés por la institucionalización

---

<sup>342</sup> Según entrevista mantenida con Doña Rosario Silva de la Puerta, jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 11 de julio de 2012 en Luxemburgo.

<sup>343</sup> Encontramos esta mención, en el artículo 16, relativo a la libertad de empresa, en el artículo 27, relativo al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, en el artículo 30, relativo a la protección en caso de despido injustificado, en el artículo 34, relativo a la seguridad social y ayuda social y en el artículo 36, relativo al acceso a los servicios de interés económico general.

<sup>344</sup> Artículo 10 TFUE: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”

del diálogo social también se ve reflejado, aunque de manera más general, en los apartados 2 y 3 del artículo 11 TUE<sup>345</sup>.

El papel de promoción de la consulta a los interlocutores social continúa atribuyéndose a la Comisión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 154 TFUE. Por su parte el artículo 155 TFUE regula los frutos a que este diálogo podría dar lugar, como pueden ser acuerdos de carácter internacional. De esta manera, se pretende que este diálogo se convierta en otro instrumento de elaboración de políticas y disposiciones normativas.

El Tratado de Lisboa no sitúa la materia social entre las materias cuya competencia corresponde en exclusiva a la Unión (descritas en el artículo 3 TFUE), es decir, aquellas en las que la potestad legislativa queda restringida a ésta, sino que, concretamente, bajo la nomenclatura de política social, se halla incluida en la lista de materias cuya competencia resulta compartida entre la Unión y los Estados miembros, de la manera definida en el Tratado (artículo 4.d)). Concretamente se refiere a lo dispuesto en el Título X, bajo la rúbrica de “Política Social”.

Una vez analizadas las principales aportaciones que la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa realiza al desarrollo de los derechos sociales de la Unión Europea, puede afirmarse que son escasas las nuevas competencias que otorga a las instituciones a través de instrumentos de vinculantes.

Mediante este Tratado se ha pretendido marcar una considerable distancia con la concepción originaria de la política social europea como política complementaria y subsidiaria de los sistemas sociales nacionales, y paliativa de los impactos y consecuencias del proceso de integración económica. En este mismo sentido, se ha perseguido huir de la noción de Derecho social de la UE como marco normativo que sirve de medio para alcanzar objetivos económicos y monetarios. La cuestión es si esta

---

<sup>345</sup> Artículo 11 TUE: “2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.”

pretensión ha sido verdaderamente alcanzada o si este trasfondo económico continúa latente tras esta política y derecho sociales.

Si se atiende a lo dispuesto en el artículo 151 TFUE (antiguo artículo 136 TCE) se puede afirmar que la política social continúa subordinada a las políticas nacionales y al mantenimiento de la competitividad de la economía europea.

A pesar de ello, puede afirmarse que el Tratado de Lisboa pone fin a una etapa de asentamiento de las bases jurídicas del ordenamiento de la UE en materia social, que había comenzado con el Tratado de Maastricht en 1992 (concretamente con su XIV Protocolo Anejo, que contenía el Acuerdo sobre Política Social).





## CAPÍTULO II. EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

### 1. LA LABOR CUASI LEGISLATIVA DEL TJUE: SU CONTRIBUCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

El papel que ha desempeñado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido fundamental tanto en relación al origen del proceso de construcción europea así como en relación a la elaboración del ordenamiento jurídico de la UE.

El TJUE, ha gozado de un considerable y reconocido protagonismo en la construcción del Derecho comunitario y de sus principios fundamentales. Su papel ha sido calificado al mismo tiempo de heroico, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, y de interesado, por favorecer los intereses institucionales, en lo que se refiere al interés inherente a los derechos individuales<sup>346</sup>.

En ocasiones ha llevado a cabo funciones cuasi legislativas, descubriendo elementos inherentes a este Derecho<sup>347</sup>. Su disposición a no limitarse a aquello meramente establecido en los Tratados ha permitido que éstos hayan podido adaptarse a la realidad cambiante, así como realizar avances en la lógica del sistema comunitario, a pesar de la oposición de algunos Estados miembros<sup>348</sup>. Este fenómeno es el que reiteradamente ha sido calificado por la doctrina como “activismo judicial”<sup>349</sup>.

---

<sup>346</sup> VUOTO, Salvatore. “Social Rights”. *op. cit.* p.143. *Vid.* VALDÉS DE LA VEGA, Berta. “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia”. *Revista de Derecho Social*. Núm. 23. 2003, pp. 23 y 24.

<sup>347</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dirs.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas. 1986, pp. 655 y ss.

<sup>348</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. “Repertorio de la jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1992”. *Revista Laboral*. 1993, p. 3 y ss. *Vid.* ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Madrid: Ceura. 1988, p.41; SALINAS DE FRÍAS, Ana. *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*. Granada: Comares. 2000; CHUECA SANCHO, Ángel G. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Barcelona: Bosch. 1989, *passim*; SANZ CABALLERO, Susana. “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa y AZNAR GÓMEZ, Mariano (Coords.). *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 265-364.

<sup>349</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El reconocimiento de los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea”. *op. cit.* p.15.

El primer paso dado por el Tribunal fue la calificación del Derecho comunitario como “ordenamiento jurídico propio”, autónomo, tal y como queda reflejado en la sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa v. Enel*<sup>350</sup>. Esta autonomía se afirma tanto en relación al Derecho internacional como en relación al Derecho interno de los Estados miembros, obviando que el Derecho de la UE debe ser integrado en el ordenamiento jurídico de los mismos. Este carácter autónomo ha permitido al Tribunal desvincularse de aquellas nociones, categorías y reglas de interpretación de índole estrictamente nacional, así mismo le ha permitido tener sus propias reglas de interpretación del Derecho de la UE y determinarlas en función de las exigencias y objetivos de los Tratados.

Más tarde, con su Dictamen 1/1991<sup>351</sup>, el Tribunal sostiene que su función consiste no sólo en “*garantizar el respeto de un ordenamiento jurídico particular*”, sino también “*contribuir a su desarrollo*” con la finalidad última de lograr los objetivos establecidos en los Tratados. El fundamento de esta afirmación yace en el párrafo 21 del Dictamen en el que se califica el Tratado CEE como la “*carta constitucional de una Comunidad de Derecho*”. Este mismo documento destaca como rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario “*en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos*”.

Tal y como sostiene MANGAS MARTÍN, el TJUE ha deducido este efecto directo de una metodología interpretativa de los Tratados basada en su espíritu, economía y términos, es decir, sirviéndose de los métodos de interpretación sistemático y teleológico, tratando de mostrar la coherencia de los objetivos de la norma en el marco de las finalidades últimas de los Tratados, a cuya realización debe contribuir el TJUE<sup>352</sup>.

La proclamación de la eficacia directa de determinadas disposiciones comunitarias es calificada como una de las principales contribuciones del Tribunal a la

---

<sup>350</sup> *Flaminio Costa y Enel*, sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964 (C-6/64, párrafo 6).

<sup>351</sup> Dictamen núm. 1/1991 sobre el Espacio Económico Europeo de 14 de diciembre de 1991.

<sup>352</sup> MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En RODRÍGUEZ-IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas. 1993, p. 58.

construcción del sistema jurídico de la Unión. Según MANGAS MARTÍN este ordenamiento sería “*un quebradizo espejismo si el Tribunal no hubiera decidido la posibilidad de que cualquier particular lo pueda invocar y exigir ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales nacionales*”<sup>353</sup>.

Otra de las contribuciones que se ha de destacar llevada a cabo por el Tribunal de Justicia consiste en la determinación de los principios generales del Derecho de la UE. Ello ha servido para colmar algunas de sus lagunas y ha resultado esencial para la protección de los derechos fundamentales. Al carecer la Unión Europea de catálogo propio que recogiese y tutelase los mismos hasta la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la invocación de los principios generales, así como de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los Convenios internacionales sobre derechos humanos en los que los Estados miembros fueran parte, especialmente al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, ha permitido su tutela.

## **2. LA CONTRIBUCIÓN DEL TJUE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES**

De acuerdo con MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, el TJUE ha contribuido enormemente al desarrollo de los derechos sociales en el ámbito comunitario<sup>354</sup>. Según SZYSZCAK el Tribunal de Justicia ha desempeñado un papel fundamental en la profundización de las disposiciones básicas de los Tratados y de las disposiciones de carácter social de Derecho derivado<sup>355</sup>.

Sin embargo el proceso de recepción de los derechos sociales por parte del TJUE no ha consistido en un proceso sencillo. La jurisprudencia del Tribunal no ha sido, en

---

<sup>353</sup> *Ibidem*. p. 87.

<sup>354</sup> MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, Manuel. “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: 50 años de desarrollo del derecho social comunitario”. *Unión Europea Aranzadi*. Núm. 12, 2002, pp.35-42.

<sup>355</sup> SZYSZCAK, ERIKA. *op. cit.* p. 493. *Vid.* MEI, Anne Pieter van der. “The Justiciability of social rights in the European Union. En COOMANSS, FONS. *Justiciability of economic and social rights*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 389-408.

absoluto, extensa en relación a los fines y objetivos que en los Tratados expresan la solidaridad social, como son los artículos 2 TUE y 151, 153 y 154 TFUE.

Por una parte, la construcción jurisprudencial del TJUE en materia de derechos sociales ha estado condicionada en todo momento por las limitadas posibilidades inherentes a toda elaboración jurisprudencial<sup>356</sup>. Ello ha sido consecuencia de dos factores fundamentalmente. En primer lugar, se debe a que esta institución únicamente se puede pronunciar en relación a aquellos derechos concretos que le son planteados, es decir, nos encontramos ante un tipo de construcción estrictamente casuística. En segundo lugar puede atribuirse este fenómeno a que los derechos sobre los cuales el Tribunal se ha pronunciado en la mayoría de los supuestos han sido derechos y libertades civiles y económicas, de tal manera que los derechos sociales apenas se han visto alcanzados por la tutela del Tribunal<sup>357</sup>.

No es tarea sencilla la consistente en identificar los derechos sociales entre los distintos derechos que son protegidos por la jurisprudencia comunitaria. La dificultad deriva del carácter periférico de la argumentación del Tribunal respecto de gran parte de las cuestiones sociales, de la que se debe decir no puede ser calificada de abundante.

Por otra parte, esta protección de los derechos sociales por parte del Tribunal, en numerosas ocasiones, se ha visto frenada por su colisión con las tradicionales libertades económicas, pilares fundamentales de la UE, frente a las que han quedado relegados a un segundo plano.

Sin embargo y pese a los obstáculos mencionados, la contribución de la labor del TJUE a la protección de los derechos sociales es digna de mención y pueden distinguirse, entre otras, las aportaciones que a continuación se describen.

En primer lugar debe mencionarse la importancia de la proclamación por parte del Tribunal del principio de efecto directo, en virtud del cual determinadas normas podrán ser invocadas directamente por los particulares al tiempo que les da derecho a

---

<sup>356</sup> CHUECA SACHO, Ángel G. *Ibidem.*, p. 305 y ss.

<sup>357</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El reconocimiento de los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea”. *op cit.* p.16.

exigir la aplicación de estos derechos ante los tribunales nacionales. Así también debe ser mencionada la importancia de la proclamación del principio de supremacía del Derecho de la UE, en virtud del cual la legislación de la UE primará frente a la legislación nacional en caso de conflicto entre ellas. Ambos principios se reconocen, como se ha dicho, a través de las sentencias *Van Gend and Loos*<sup>358</sup> y *Costa y Enel*<sup>359</sup> respectivamente.

En relación al reforzamiento de los derechos de la UE, ambas sentencias supusieron un enorme paso hacia delante al permitir a los particulares no tener que depender de la Comisión Europea ni de los Estados miembros, puesto que ellos pueden acudir a los tribunales nacionales, que están obligados a la aplicación y protección del Derecho de la UE. Sin embargo estos principios no significaban la garantía de éxito de los particulares en aquellos supuestos en los que reclamaban la protección de derechos de los cuales eran titulares, entre ellos también derechos sociales.

El efecto directo de las normas de la UE únicamente tendrá lugar, tal y como se establece en el caso *Van Gend and Loos*, en aquellos supuestos en los que la norma resulte suficientemente clara, precisa e incondicional. En consecuencia, dicho efecto no sería de aplicación en aquellos casos en los que la adjudicación del derecho se realice a condición de que determinadas medidas sean implementadas por los Estados miembros.

Por ejemplo, el originario artículo 119 TCEE, ahora artículo 157 TFUE, obliga a los Estados miembros a adoptar medidas con el fin de garantizar la igualdad salarial por trabajo de igual valor entre hombres y mujeres en el plazo de 4 años. Igualmente los originarios artículos 48 y 49, imponían a las instituciones comunitarias la obligación de adoptar una legislación que garantizase la libre circulación de trabajadores 12 años después de la entrada en vigor del Tratado. Además, muchos derechos sociales se hallan regulados a través de directivas, las cuales están dirigidas a los Estados miembros y a su implementación por parte de éstos en la legislación nacional dentro de un período de trasposición de dos o tres años. Pese a ello el TJCE estableció algunas excepciones, y

---

<sup>358</sup> *Van Gend & Loos* y Administración tributaria neerlandesa, sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1962 (C-26/62).

<sup>359</sup> *Flaminio Costa y Enel*, sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964 (C-6/64).

así en el caso *Defrenne*<sup>360</sup>, sostuvo que en el supuesto de discriminación directa por razón de sexo el artículo 119 TCE podría ser invocado por los particulares.

Otra de las contribuciones en esta misma dirección llevadas a cabo por el Tribunal que ayudó al reforzamiento y al aumento de la protección de los derechos sociales fue la proclamación del efecto directo horizontal. El reconocimiento por parte del Tribunal del efecto directo únicamente desplegaba la posibilidad de que un particular pudiera invocar un determinado derecho protegido por el ordenamiento comunitario frente a un Estado miembro o frente a una de sus disposiciones. El reconocimiento del principio de efecto directo horizontal otorga la posibilidad de que un particular pueda invocar determinadas normas frente a otros particulares. Sin embargo el Tribunal ha establecido que las directivas no producirán este efecto directo horizontal<sup>361</sup>, en base a lo dispuesto en el artículo 249. El efecto directo y, dentro del mismo, el efecto horizontal directo han contribuido al incremento del nivel de protección de los derechos sociales. En la sentencia *Walrave y Koch*<sup>362</sup>, por ejemplo, el Tribunal decidió que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y el principio de libre circulación de trabajadores debía ser respetado, no sólo por las autoridades públicas, sino también por asociaciones y organizaciones que no se encuentran sometidas a Derecho público. Otro ejemplo es la sentencia *Ferlini*<sup>363</sup>, en la que el Tribunal declaró que los hospitales de Luxemburgo también se encontraban sujetos a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. A través de sentencias como éstas el Tribunal ha favorecido la protección y la garantía de otros derechos tales como el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida y aceptada, que ahora se hallan protegidos en el artículo 15 de la CDFUE.

En segundo lugar, puede ser mencionado el reconocimiento judicial de ciertos derechos sociales que son fruto de la salvaguarda por parte del Tribunal de los objetivos

---

<sup>360</sup> *Gabrielle Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976 (C-43/75).

<sup>361</sup> *M. H. Marshall y Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986 (C-152/84, parágrafo 43).

<sup>362</sup> *Walrave and L.J.N Koch y Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo*, sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 1974 (C-36/74).

<sup>363</sup> *Angeloferlini y Centre hospitalier de Luxembourg*, sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000 (C-411/98).

de las políticas sociales nacionales y de aquellos derechos sociales subyacentes a éstos. En diversas ocasiones el Tribunal ha mostrado su preocupación por la protección de determinados derechos sociales garantizados por los Estados miembros, a pesar de no estar en línea con la política del mercado común y con el principio de libre circulación<sup>364</sup>. Ello ocurre en los casos *Decker*<sup>365</sup> y *Kohl*<sup>366</sup> en los que el Tribunal trató de proteger el derecho a la seguridad social, hoy reconocido en el artículo 34 de la CDFUE. Pese a ello, en ambos supuestos la balanza se inclinó en favor del derecho a la libre circulación. En el asunto *Vanbrakel*<sup>367</sup>, también es reconocido este derecho a la seguridad social, y en la sentencia, sin embargo, éste prima sobre la libre circulación debido a las concretas circunstancias del supuesto.

En los asuntos *Albany*<sup>368</sup>, *Brentjens*<sup>369</sup> y *Drijvende Bokken*<sup>370</sup>, el Tribunal garantiza el derecho a la seguridad social así como el derecho a la negociación y a la acción colectiva. El mismo enfoque y línea jurisprudencial es seguido en los asuntos *Van der Woude*<sup>371</sup> y *Pavlov*<sup>372</sup>. También los esfuerzos llevados a cabo por los Estados miembros para la mejora de las condiciones laborales y de la protección de los trabajadores sirvieron de inspiración al Tribunal. Así, en el caso *Tanksation't*

---

<sup>364</sup> LENAERTS, Koen y FOUBERT, Petra. "Social rights in the case-law of the European Court of Justice: the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on standing case-law". *Legal issues of economic integration*. Núm. 3, vol. 28, 2001, pp. 267-296.

<sup>365</sup> *Nicolas Decker y Caisse de Maladie des Employés Privés*, sentencia del TJCE de 28 de abril de 1998 (C-120/95).

<sup>366</sup> *Raymond Kohl y Union de Caisses de Maladie*, sentencia del TJCE de 28 de abril de 1998 (C-158/96).

<sup>367</sup> *Abdon Vanbrekel, otros y Alliance nationale des mutualitéschrétiennes*, sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (C-368/98).

<sup>368</sup> *Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96).

<sup>369</sup> *Brentjens' Handelsonderneming BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in Bouwmaterialen*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999 (C-115/97, 116/97, 117/97).

<sup>370</sup> *Maatschappij Drijvende Bokken BV y Stichting Pensioenfondsvoor de Vervoer- en Havenbedrijven*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999 (C-219/97).

<sup>371</sup> *Hendrick van der Woude y Stichting Beatrixoord*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2000 (C-222/98).

<sup>372</sup> *Pavel Pavlov y Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 2000 (C-180/98).

*Heukske*<sup>373</sup> el Tribunal consideró el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas.

En tercer lugar, puede hacerse referencia a la labor del Tribunal en relación a la determinación del alcance personal y material de determinados derechos sociales protegidos en el ámbito nacional. El derecho en torno al cual el Tribunal más se ha pronunciado, por lo que a su alcance se refiere, es el contenido en el artículo 12 del TUE relativo a la no discriminación por razón de nacionalidad<sup>374</sup>. En este sentido el Tribunal ha establecido que no sólo los nacionales de un determinado Estado miembro son titulares de determinados derechos sociales, sino que también ha extendido el alcance material de los derechos sociales a través de una amplia interpretación del concepto de ventajas y beneficios sociales que son garantizados a los trabajadores desplazados en otro Estado miembro. En esta línea se pronuncia el Tribunal en la sentencia *Martínez Sala*<sup>375</sup>.

En cuarto lugar, cabe hacer alusión al hecho de que, en ocasiones, el TJUE no se limita únicamente a reforzar los derechos sociales sino que colma lagunas existentes en el ordenamiento jurídico. De este modo, adopta una función cuasi legisladora con el fin de compensar las deficiencias del legislador. El Tribunal ha reconocido nuevos derechos sociales que deben ser aplicados de manera uniforme en toda la UE. Esto ocurre en el caso *Gravier*<sup>376</sup>, en el que prevé el derecho a la libre circulación de los estudiantes ampliando y completando así el derecho a la educación. Así cabe citar la sentencia *Maurissen*<sup>377</sup> en la que el Tribunal reconoció el derecho a la libertad sindical de los funcionarios de la Comunidad como un principio del Derecho del Trabajo aplicable dentro del ordenamiento jurídico comunitario<sup>378</sup>. En el caso *Kühn*<sup>379</sup> reconoció el

---

<sup>373</sup> *Tankstation 't Heukske* y *J. B. E. Boermans*, sentencia del TJCE de 2 de junio de 1994 (C-401/92 y C-402/92).

<sup>374</sup> *Ian William Cowan* y *Trésor Public*, sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1989 (C-186/87).

<sup>375</sup> *María Martínez Sala* y *Freistaat Bayern*, sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998 (C-85/96).

<sup>376</sup> *Françoise Gravier* y *Municipio de Lieja*, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1985 (C-293/83).

<sup>377</sup> *Henri Maurissen*, *European Public Service Union* y *Court of Auditors of the European Communities*, sentencia del TJCE de 18 de enero de 1990 (C-193/87 y C-194/87).

<sup>378</sup> *Ibidem*. parágrafo 20.

<sup>379</sup> *Ralf-Herbert Kühn* y *Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, sentencia del TJCE de 10 de enero de 1992 (C-177/90, párrafos 16 y 17).



derecho al libre ejercicio de una profesión. En la sentencia *UEPME*<sup>380</sup> el Tribunal de Primera Instancia reconoció indirectamente el derecho a la acción y negociación colectiva y este mismo Tribunal, en la sentencia *Dunnet*<sup>381</sup>, reconoció como principio general del Derecho del trabajo común a todos los Estados miembros la obligación de consultar a los representantes de los trabajadores. Así mismo, el Tribunal de Justicia ha sostenido en numerosas ocasiones la igualdad de trato entre hombres y mujeres antes de que fuera proclamado en el Tratado de Ámsterdam como uno de los derechos fundamentales que éste tiene el deber de garantizar<sup>382</sup>.

En quinto lugar, una de las funciones y aportaciones que ha realizado el TJUE en la construcción del sistema de protección de los derechos sociales consiste en su labor de individualización de cada uno de los derechos sociales como conceptos con especificidad propia. Con ello ha logrado contribuir a la concreción de esta categoría de derechos que en muchas ocasiones son planteados de una manera excesivamente programática, como objetivos difícilmente traducibles en obligaciones de resultados para las instituciones públicas y en situaciones jurídicas subjetivas accionables por los particulares<sup>383</sup>.

Finalmente, es necesario sostener la importancia que ha tenido el artículo 258 TFUE<sup>384</sup> (antiguo artículo 226 TCE) relativo al procedimiento de infracción en el reforzamiento de los derechos sociales. En numerosos casos el TJCE condenó a los Estados miembros por no respetar los derechos sociales. Las infracciones a menudo han consistido en la falta de implementación en plazo de directivas garantes de derechos sociales, pero también pueden consistir en infracciones de derechos específicos tales como el derecho al permiso de maternidad o el derecho a la igualdad de trato en la

---

<sup>380</sup> *UEPME y Council*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1998 (T-135/96, párrafos 75-79).

<sup>381</sup> *Roderick Dunnet et al. y European Investment Bank*, sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2001 (T-192/99).

<sup>382</sup> *Belinda Jane Coote y Granada Hospitality Ltd.*, sentencia del TJCE de 22 de septiembre de 1998 (C-185/97).

<sup>383</sup> CANTARO, Antonio. *Europa soberana. La constitución de la Unión entre guerra y derechos*. Barcelona: El Viejo Topo. 2006, p. 131.

<sup>384</sup> Artículo 258 TFUE: “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

seguridad social<sup>385</sup>, es decir, estos derechos constituyen obligaciones tanto de hacer como de no hacer.

### 3. LA COLISIÓN JUDICIAL ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

La inicial premisa del proyecto de construcción europea, mediante el que se pretendía la integración política de los Estados miembros, consistió en una clara separación entre la normativa de carácter económico, la cual se hallaba ubicada en el nivel comunitario, y la normativa de carácter social, que quedaba dentro del ámbito competencial de los Estados miembros y que debía ser aplicada de tal manera que resultase compatible con la integración del mercado. El TJCE, sin embargo, con el paso del tiempo comenzaría a ser sensible al impacto que las reglas del mercado tenían sobre otros ámbitos protegidos constitucionalmente como los derechos sociales. De esta forma, pese a la originaria finalidad económica de la CEE, el TJCE comenzaría a incorporar al ámbito comunitario la protección de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH y por los sistemas legales de los Estados miembros<sup>386</sup>.

A lo largo de la jurisprudencia del Tribunal pueden encontrarse numerosos asuntos en los que éste se ha enfrentado a la colisión de libertades de índole económica y derechos de carácter social. Así por ejemplo, cabe citar la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>387</sup> en la que entran en conflicto la libre circulación de bienes, prevista en el artículo 28 del TCEE y la libertad de expresión y de reunión, que la Constitución austríaca garantizaba a sus nacionales y que el CEDH prevé en su artículo 10, o el caso *Schmidberger*, C-112/00, de 12 de junio de 2003, en el que el TJCE debió dirimir un conflicto en el que volvían a confluir similares derechos.

---

<sup>385</sup> MEI, Anne Pieter van der. “The Justiciability of social rights in the European Union”. En COOMANSS, FONS. *Justiciability of economic and social rights*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 389-408.

<sup>386</sup> GERSTENBERG, Oliver. “The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental and Social Rights: Economic Constitutionalism or Deliberative Constitutionalism?”. En TEUBNER, Gunter. *Soziologische Jurisprudenz*. Berlin: De Gruyter Recht. 2009, p.493.

<sup>387</sup> *Internationale Handelsgesellschaft y Einfuhr- undVorratsstelle für Getreideund Futtermittel*, sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970 (C- 11/70)

La interacción entre el Derecho social y las libertades tradicionales de la Unión se ha puesto de manifiesto tanto en el plano legislativo como en el plano jurisprudencial<sup>388</sup>. No sólo es observable la evidente influencia y repercusión de los cambios normativos sobre la jurisprudencia sino también cómo el Tribunal de Justicia, mediante algunas de sus sentencias más relevantes ha logrado condicionar la actuación legislativa del Consejo y del Parlamento Europeo. Así por ejemplo, las interpretaciones legislativas llevadas a cabo en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la sentencia *Defrenne*<sup>389</sup>, de 8 de abril de 1976, o la sentencia *Kalanke*<sup>390</sup>, de 17 de octubre de 1995, dieron lugar a un nuevo planteamiento de las Directivas comunitarias en materia de igualdad así como de la normativa de los distintos Estados miembros relativa a esta materia.

A continuación se expone un análisis histórico de la referida relación entre el vínculo social y el vínculo económico ante el Tribunal. El mencionado análisis queda dividido en dos etapas estableciendo como hito divisorio el Tratado de Maastricht tal y como se ha aplicado al realizar el análisis de la recepción de los derechos sociales por la UE y siguiendo a ASTOLA MADARIAGA<sup>391</sup>.

### **3.1 PRIMERA ETAPA: HASTA EL TRATADO DE MAASTRICHT**

Como se ha introducido, la protección de los derechos sociales por parte del Tribunal, en numerosas ocasiones, se ha visto frenada por su colisión con las tradicionales libertades económicas, pilares fundamentales de la UE, frente a las que ha quedado relegada a un segundo plano.

Tal y como sostiene MAESTRO BUELGA, podría destacarse que en la primera etapa jurisprudencial del TJ, la alusión que éste realiza a las cláusulas sociales es

---

<sup>388</sup> NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dir.). *op. cit.* p.50.

<sup>389</sup> *Gabrielle Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976 (C-43/75).

<sup>390</sup> *Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt Bremen*, sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450-93).

<sup>391</sup> ASTOLA MADARIAGA, Jasone, *op. cit.*, p. 358.

meramente incidental<sup>392</sup>, aunque ya comience a fijar unos criterios interpretativos fundados en la relación que el artículo 117 TCEE<sup>393</sup> establece con el artículo 2 del mismo<sup>394</sup>. En esta etapa, los objetivos sociales adolecen de efectividad, no sólo a causa de su carácter programático, sino también, a causa de su sumisión al fin último que éstos persiguen: la aproximación de la legislaciones de los Estados miembros y la armonización de los distintos sistemas sociales, con el objetivo de evitar el fenómeno relativo al “dumping social”.

Cabe mencionar la sentencia *Giménez Zaera*, de 29 de septiembre de 1987<sup>395</sup>, tanto por las distintas preguntas que conforman la cuestión prejudicial elevada al TJ por el Tribunal Central de Trabajo Español como por el fundamentado dado a la resolución. El juez nacional plantea sus dudas en relación a la fuerza vinculante que tienen los fines y objetivos sociales contenidos en los artículos 2, 117 y 118 del Tratado así como en relación a la cuestión de si una norma regresiva en materia de desprotección social puede considerarse contraria al Tratado, de acuerdo con los fines y objetivos sociales de la Comunidad.

Es preciso poner de manifiesto que la cuestión prejudicial se fundamenta en dos premisas implícitas. Por una parte, en la consideración de las alusiones realizadas en el artículo 2 como determinaciones equivalentes a principios generales del derecho. Por otra parte, en el hecho de que la mencionada caracterización de los preceptos citados conlleva una vinculación reforzada que despliega efectos sobre el ordenamiento

---

<sup>392</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 7. 2000, p. 139.

<sup>393</sup> Artículo 117 TCEE: “Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Asimismo, consideran que dicha evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

<sup>394</sup> Artículo 2 TCEE: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integren”.

<sup>395</sup> *Giménez Zaera e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, sentencia del TJCE de 29 de septiembre de 1987 (C-126/86).

nacional. El juez nacional realiza una extrapolación de la categoría constitucional de los derechos sociales a los mencionados preceptos del ordenamiento comunitario.

El TJCE, confirmando la argumentación realizada por el Abogado General, fundamenta la resolución sobre la base de que los objetivos sociales quedan subordinados al mercado, *“la consecución del objetivo que el artículo 2 persigue se confía más bien a un proceso en el que la economía, la ciencia, la tecnología prevalecen claramente sobre las intervenciones de la autoridad pública”*<sup>396</sup>. De esta forma, tal y como sostiene una corriente doctrinal consolidada<sup>397</sup> el objetivo social es consecuencia de la unificación de este espacio económico.

En esta sentencia el Tribunal ratifica el carácter programático de los derechos sociales al sostener que éstos *“no pueden producir el efecto de crear obligaciones jurídicas a cargo de los Estados miembros, ni derechos subjetivos a favor de los particulares”*<sup>398</sup>. A su vez, sostiene más adelante que *“el carácter programático de los objetivos sociales enunciado por el artículo 117 no implica que carezcan de todo efecto jurídico. En realidad constituyen elementos importantes, especialmente para la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado en el ámbito social”*<sup>399</sup>.

De la jurisprudencia de esta primera etapa pueden extraerse dos conclusiones. Por una parte, que los objetivos sociales que los Tratados proclaman son fruto del mercado, lo que significa que aquéllos se hallan en una situación de dependencia y subordinación frente a los objetivos y derechos económicos. Es reiterada la jurisprudencia que en esta primera etapa pone de manifiesto la primacía del vínculo

---

<sup>396</sup> *Giménez Zaera e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 11 de junio de 1987, (C-126/86, punto 4).

<sup>397</sup> Cita el Abogado General a: MONACO. “Commento a l’articolo 2”. En *Commentario CEE*. Milan. 1965. I, p.38.

<sup>398</sup> *Giménez Zaera e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, sentencia del TJCE de 29 de septiembre de 1987 (C-126/86, parágrafo 11).

<sup>399</sup> *Ibidem*, parágrafo 14.

económico en la interpretación normativa del derecho derivado en aquellos supuestos en que éste entra en colisión con objetivos de carácter social<sup>400</sup>.

Por otra parte, y en relación con la primera afirmación, *los objetivos sociales tienen un carácter programático en relación a los derechos sociales, formulación que supone situarse fuera del estatus jurídico de estos derechos en el constitucionalismo del Estado social*<sup>401</sup>.

En relación a la situación de dependencia y subordinación de lo social respecto de lo económico, puede decirse que el TJCE, gracias a la proclamación del principio de primacía del ordenamiento comunitario<sup>402</sup>, en virtud del cual en caso de colisión entre los ordenamientos estatal y comunitario será de aplicación este último, y del relativo al efecto directo<sup>403</sup> del mismo, gozaba de intervención definitiva para consolidar una configuración del sistema comunitario en el que lo social queda subordinado a lo económico<sup>404</sup>.

A ello también contribuía el hecho de que la definición de los principios generales<sup>405</sup>, vía a través de la cual quedarían protegidos en el ámbito comunitario aquellos derechos fundamentales que gozan de la categoría de constitucionales en el ámbito estatal, correspondía a la mencionada institución.

El valor programático de lo social, por su parte, se ve reflejado en el reducido número de menciones que el TJCE realiza a la Carta Social Europea en comparación con las referencias que el mismo realiza a la Convención Europea de Derechos Humanos. Una de las razones fundamentales que lo justifican es el hecho de que la

---

<sup>400</sup> *Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte y Consejo de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1988 (C-68/86); *Fedesa y Robert Sleightholme*, sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990 (C-331/88); *Sloman Neptun Schiffahrts AG y Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1993 (C- 72/91 y C-73/91); *Grecia y Consejo de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994 (C-385/92).

<sup>401</sup> CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1988, p. 21.

<sup>402</sup> *Flaminio Costa y Enel* (C-6/64).

<sup>403</sup> *Van Gend & Loos y Administración tributaria neerlandesa*, (C-26/62).

<sup>404</sup> ASTOLA MADARIAGA, Jasone. *op.cit.*, p.360.

<sup>405</sup> *Erich Stauder y Stadt Ulm - Sozialamt*, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69); *Internationale Handelsgesellschaft y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (C- 11/70).

Carta Social no reconoce derechos fundamentales tal y como se sostiene en las Conclusiones del Abogado General Jacobs en virtud de las cuales “[...] *el mero hecho de que un derecho esté incluido en la Carta no significa que sea generalmente reconocido como un derecho fundamental. La estructura de la Carta hace que los derechos enunciados en ella constituyan más objetivos de política que derechos exigibles, y sólo se exige a los Estados que se adhirieron a ella que especifiquen cuáles de entre los derechos enunciados se comprometen a proteger*”<sup>406</sup>.

La difícil recepción de los derechos sociales por parte de la jurisprudencia del Tribunal es totalmente justificable si atendemos al marco en el que se desempeña su labor. Es preciso hacer referencia al hecho de que la UE, en un principio se erige como una comunidad dual en lo referente a lo económico y social, en la que sendas realidades no se hallan integradas sino que la segunda se encuentra al servicio de la primera. El tratamiento que recibían la política social y la política económica era totalmente distinto. Así también es necesario mencionar cómo esta política social quedaba relegada al ámbito nacional.

Si son tenidas en cuenta estas circunstancias, resulta comprensible que la construcción jurisprudencial de un sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, lo que es extensible a los derechos sociales, se llevase a cabo a través de tres premisas que no comprometían los sistemas nacionales de protección de derechos. De esta manera según DE MIGUEL BÁRCENA estas tres premisas se concretan en las siguientes: a) la protección comunitaria de estos derechos se realiza en el ámbito del Derecho comunitario y de sus actos; b) los derechos fundamentales son extraídos del Derecho comunitario, es decir, de sus normas y principios generales; c) los derechos fundamentales recogidos por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros actúan como mera fuente de inspiración<sup>407</sup>.

El progresivo reforzamiento de las libertades económicas dio lugar a los procesos de competencia entre las legislaciones de los Estados miembros, y sometió a

---

<sup>406</sup> *Asuntos Albany, Brentjens’ y DrijvendeBokken*, Conclusiones del Abogado general Sr. F.G Jacobs de 28 de enero de 1999 (Asunto C-67/96, asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97 y asunto C-219/97, parágrafo 146).

<sup>407</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op. cit.* p. 1022.

las legislaciones sociales de éstos a controles desde el ámbito comunitario. Una de las consecuencias fundamentales de este fenómeno fue el hecho de que los derechos sociales reconocidos en las distintas constituciones de los Estados miembros resultaran condicionados también por esta primacía del vínculo económico, a consecuencia también de que la construcción jurisprudencial se llevaba a cabo desde la perspectiva de los fines y objetivos de la UE.

La jurisprudencia del TJ relativa a la interpretación de normas referentes a la integración del mercado ha suscrito una concepción neoliberal de la construcción económica europea y ha dado lugar entre sus consecuencias a cierta desregulación a nivel estatal, lo que ha producido efectos negativos sobre los derechos sociales.

Es cierto que si una determinada regulación social es común a la mayoría de los Estados miembros el Tribunal la ha confirmado a pesar de las restricciones del mercado. Sin embargo, el impacto de la jurisprudencia del Tribunal sobre los distintos derechos sociales nacionales ha sido evidente. Las legislaciones nacionales que otorgaban una mayor protección a los derechos sociales en aquellos aspectos en que no eran comunes a la mayoría de los Estados miembros fueron, en gran parte de los casos, declaradas incompatibles con la normativa comunitaria y con el objetivo de la integración de mercado.

La concepción de la libertad de circulación como libertad fundamental, otorgándole un valor similar al de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales ha jugado un papel clave como instrumento al servicio de la integración del mercado y al mismo tiempo como elemento legitimador de la normativa comunitaria y de los objetivos perseguidos por la misma.

El amplio alcance que el TJCE ha dado a la libertad de circulación de bienes, podría sugerir que su jurisprudencia favorece las libertades económicas frente a los derechos sociales<sup>408</sup>.

El TJCE, durante este período, no otorgó a los derechos sociales el mismo nivel de protección que otorgaba a los derechos fundamentales con carácter general a través

---

<sup>408</sup> POIARES MADURO, Luis Miguel. *op. cit.* p.451.



del sistema pretoriano de tutela inspirado en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Los derechos sociales son entendidos por el TJ como derechos fundamentales no integrantes del núcleo esencial de los principios generales del derecho comunitario por lo que pueden ser limitados por las libertades económicas esenciales del orden constitucional comunitario<sup>409</sup>.

En el Estado social los derechos sociales corresponden a la categoría normativo-constitucional y sus funciones de solidaridad dentro de este modelo de Estado les otorgan autonomía frente a los derechos económicos. El vínculo social prevalece frente a las contingencias económicas que pueden desvirtuarlo. No ocurre lo mismo en el ámbito comunitario donde se establece la prevalencia del vínculo económico en materia de derechos fundamentales, y donde los derechos sociales, además de ser categorizados como normas meramente programática al servicio de los intereses económicos, quedan relegados al espacio de la política<sup>410</sup>.

### **3.2 SEGUNDA ETAPA: A PARTIR DEL TRATADO DE MAASTRICHT**

El Tratado de Maastricht, como ya se ha establecido, incorporó al Tratado la labor de protección que el TJUE había venido desempeñando. Ello quedó fijado mediante lo establecido en el principio del artículo F del Tratado de la UE en virtud del cual:

*“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derechos comunitario.”*

Las sucesivas modificaciones de los Tratados han ido incorporando en sus respectivos artículos esta labor. Así tras la modificación del Tratado de Ámsterdam queda prevista en el artículo 6.2 TUE, tras la del Tratado de Niza queda regulada en el

---

<sup>409</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op cit.* p.1033.

<sup>410</sup> MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *op cit.* p. 142.

artículo 6.2 y finalmente tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa resulta fijada en el artículo 6 TUE.

Durante la última década los avances producidos en materia de protección de los derechos sociales en el Derecho primario u originario de la Unión se han visto reforzados tanto por la actividad legislativa de las instituciones europeas como por la jurisprudencia social del TJUE<sup>411</sup>.

El primer paso que el Tribunal da en este sentido consiste en la manifestación de los derechos sociales como límite de las libertades económicas, tal y como resulta expuesto en el apartado 78 de la STJCE de 5 de octubre de 1994, *Alemania y Consejo de la UE* asunto C-280/93<sup>412</sup>. En él se sostiene que las libertades económicas no constituyen prerrogativas absolutas sino que pueden quedar sujetos al interés general.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que este interés general, según la sentencia, es el interés general de la Comunidad, que en última instancia tendrá un carácter económico, por lo que en realidad nos encontramos ante la limitación de derechos sociales a causa de una finalidad última de carácter económico que bien podría ser el buen funcionamiento del mercado.

Siempre ha existido una dura crítica hacia la jurisprudencia del TJUE que ha denunciado *el uso instrumental que éste ha hecho de los derechos fundamentales en*

---

<sup>411</sup> JIMENA QUESADA, Luis. “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas” [en línea]. *op. cit.* p.754. Disponible en (Consulta 10/05/2012):

<http://www.tiempodelosderechos.es/docs/mar10/derechosSociales.pdf>

<sup>412</sup> En la sentencia *Alemania y Consejo de la UE*, del TJCE de 5 de octubre de 1994 (C-280/93, párrafo 78), se puede leer: “A este respecto, procede destacar que tanto el derecho de propiedad como el libre ejercicio de una actividad profesional forman parte de los principios generales del Derecho comunitario. No obstante, estos principios no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al derecho de propiedad y al libre ejercicio de una actividad profesional en especial, en el marco de una organización común de mercados, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados sentencias de 11 de julio de 1989, *Schräder*, 265/87, *Rec. p.* 2237, apartado 15; de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, *Rec. p.* 2609, apartado 18, y sentencia *Kühn*, antes citada, apartado 16”.

*relación no tanto con los valores de por sí merecedores de tutela, como sobre todo con el reforzamiento de la integración económica europea*<sup>413</sup>.

En un segundo momento se debe mencionar el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia calificara el derecho de información y consulta de los trabajadores como un principio general del Derecho del trabajo aunque no como un principio general del Derecho comunitario<sup>414</sup>.

En el caso *Schmidberger*, C-112/00, de 12 de junio de 2003<sup>415</sup>, se planteó el debate entre la libertad de circulación de mercancías, libertad fundamental garantizada por el Tratado, y algunos derechos relativos al derecho de reunión y a la libertad de expresión. En este caso el Tribunal hizo prevalecer los derechos de manifestación frente a la libertad de circulación de mercancías. Sostuvo que los primeros pueden restringir, en aras del interés general, determinadas obligaciones impuestas por el Derecho comunitario.

También cabe mencionar lo ocurrido en el caso *Omega*, C-36/02, de 14 de octubre de 2004<sup>416</sup>, pese a que en este caso el conflicto no se da con un derecho social. En él se planteó la colisión entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías por un lado, y la protección de los derechos humanos referidos a la dignidad humana por otro lado. Ello se suscitó a raíz de la existencia de una actividad comercial

---

<sup>413</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op. cit.* p. 1024.

<sup>414</sup> En la sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2001, *Dunnett y otros*, asunto T-192/99, párrafo 85, en lo que se refiere a información y consulta de trabajadoras y trabajadores, se puede leer: "*En efecto, conforme a un principio general del Derecho del trabajo, un empresario solamente podrá retirar unilateralmente una ventaja económica que haya concedido libremente a sus empleados de forma continuada previa consulta a éstos o a sus representantes*".

<sup>415</sup> En la sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, asunto C-112/00, párrafo 74, se puede leer: "*Por tanto, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías.*"

<sup>416</sup> En la sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02, párrafo 35, se puede leer: "*Al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios (véase, por lo que se refiere a la libre circulación de mercancías, la sentencia Schmidberger, antes citada, apartado 74).*"

lúdica consistente en la simulación de homicidios utilizando armas de juguete. El Tribunal afirmó en su sentencia que la protección de la dignidad humana ha de actuar como límite de las libertades económicas comunitarias, puesto que la misma es parte de los principios tutelados por el ordenamiento de la UE. Cabe mencionar que el Abogado General en sus conclusiones realizará dos alusiones directas a la CDFUE, en los puntos 55 y 91, pese a que ésta todavía no goza de fuerza jurídica vinculante, alegando que la misma comienza invocando la protección de la dignidad humana como valor inviolable.

Estas dos sentencias suponen dos novedades concatenadas. Por una parte, suponen la limitación de las libertades comunitarias tradicionales en beneficio de los derechos fundamentales. Por otra parte, esta novedad se debe a que el TJUE valora en estas sentencias “*decisiones de las autoridades nacionales basadas en derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, teniendo en cuenta el ámbito material y axiológico que proporcionan los Tratados comunitarios. Se rompe de esta forma la tradicional posición jurisprudencial por la que la actuación comunitaria en materia de derechos se realizaba en el marco exclusivo del derecho comunitario y sus competencias*”<sup>417</sup>.

Este mismo planteamiento es manifestado por el Tribunal en las sentencias C-117/01, de 7 de enero de 2004<sup>418</sup> y C-423/04, de 26 de abril de 2006<sup>419</sup>. En estas sentencias, relativas a derechos fundamentales, el Tribunal aplica la doctrina de la *incorporation* que ha sido desarrollada por los jueces federales de Estados Unidos, en virtud de la cual se tiende a aplicar de manera abstracta el catálogo federal de derechos fundamentales a la legislación de cada uno de los Estados, lo que provoca que las declaraciones de derechos de las constituciones estatales queden vacías de contenido<sup>420</sup>.

Una de las principales transformaciones llevadas a cabo por el Tribunal ha consistido en reconocer que la Comunidad, además de una finalidad económica,

---

<sup>417</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op cit.* p.1023.

<sup>418</sup> *K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 (C-117/01).

<sup>419</sup> *Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions*, sentencia del TJCE de 26 de abril de 2006 (C-423/04).

<sup>420</sup> TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press. 1978, p. 119.

también tenía una finalidad social. En este sentido, el apartado 79 de la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Transport Workers' Federation y FSU vs. Viking*, asunto C-438/05<sup>421</sup> y el apartado 105 de sentencia de 18 de diciembre de 2001, *Laval un Partneri Ltd.*, asunto C-341/05<sup>422</sup> sostienen esta redacción común:

*“Por tanto, dado que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social”.*

Estas dos sentencias han sido especialmente relevantes pues en ellas han sido reconocidos como derechos fundamentales el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, entre las que se halla el derecho de huelga, y el derecho de sindicación como derechos fundamentales que forman parte de los principios generales de Derecho comunitario.

La sentencia *International Transport Workers' Federation, FSU y Viking*, de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 recoge este reconocimiento en sus apartados 43<sup>423</sup> y 44<sup>424</sup> y la sentencia *Laval un Partneri Ltd.*, de 18 de diciembre de 2007, asunto

---

<sup>421</sup> *Transport Workers' Federation, FSU y Viking*, sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05, parágrafo 79).

<sup>422</sup> *Laval un Partneri Ltd.*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2001 (C-341/05, parágrafo 105).

<sup>423</sup> “Sobre esta cuestión, procede señalar que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, por lo demás expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio n° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptada el 9 de julio de 1948 por la Organización Internacional del Trabajo, y en instrumentos elaborados por dichos Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1).”

<sup>424</sup> “Aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, debe ser, por tanto, reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dichos derechos están protegidos de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. Además, como se indica en el apartado 5 de

C-341/05 lo reconoce en sus apartados 90<sup>425</sup> y 91<sup>426</sup>. El Tribunal reconoce a estos derechos el carácter de fundamentales para lo que se sirve tanto de la Carta Social Europea como de los Convenios de la OIT.

En el asunto *Viking* el Tribunal argumenta en el apartado 43 de la sentencia que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, y en concreto el derecho a huelga, debe ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del derecho comunitario, por lo que su protección queda garantizada por el propio TJUE. El razonamiento que plantea el Tribunal continúa exponiendo la limitación reconocida en el artículo 28 de la CDFUE, así como en la práctica constitucional comparada, en virtud de la cual los derechos fundamentales están sometidos a las restricciones que impone tanto el Derecho de la Unión como las legislaciones nacionales.

El Tribunal, en el apartado 40 de esta sentencia, reconoce que en aquellas materias no comprendidas en el marco de competencias de la Unión, los Estados miembros podrán fijar libremente los requisitos de existencia de los derechos así como las formas de ejercicio de éstos. A su vez recuerda, que los Estados en el ejercicio de esta competencia deben respetar el Derecho comunitario. Finalmente, en el apartado 45, el Tribunal sostiene que la protección de los derechos fundamentales constituye un

---

*la presente sentencia, según el Derecho finlandés, no podrá ejercerse el derecho de huelga, en particular, cuando la huelga sea contraria a las buenas costumbres o esté prohibida por el Derecho nacional o el Derecho comunitario.”*

<sup>425</sup> “A este respecto, procede señalar que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo está reconocido tanto en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, por lo demás expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 de julio de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como en instrumentos elaborados por dichos Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión Europea, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1).”

<sup>426</sup> “Por tanto, aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto Colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías.

Esta nueva posición del Tribunal que indica aparentemente una tendencia jurisprudencial liberada de los límites de la originaria dimensión económica, es delimitada por el propio Tribunal en el apartado 46 de la sentencia al establecer que los derechos fundamentales deberán “*conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad*”.

Uno de los peligros que plantea la sentencia es el relativo al cambio de interpretación que realiza el Tribunal en virtud del cual se invierte la matriz jurídica sobre la que interpretar un derecho fundamental reconocido en las constituciones de los Estados miembros. La posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga a través de la interpretación realizada por el TJUE de acuerdo a los Tratados comunitarios, puede conllevar un cambio de parámetros interpretativos al sustituir el constitucionalismo social imperante en la mayor parte de las constituciones de los Estados miembros por un constitucionalismo de mercado caracterizador del proceso de integración y construcción europea<sup>427</sup>.

Durante este período en la jurisprudencia del TJUE han comenzado a apreciarse indicios de cambio que ponen de manifiesto una mayor protección de los derechos sociales. Esto se refleja en algunas sentencias en las que el Tribunal ha primado la protección de los derechos sociales en supuestos en los que éstos habían entrado en conflicto con derechos de carácter económico.

En relación al papel que el Tribunal ha desempeñado en lo que a la consolidación de la dimensión social de la UE se refiere, cabe decir que es innegable su aportación a la estructura constitucional de la UE con la elaboración de principios tales como el de primacía, efecto directo o reconocimiento mutuo entre otros, sin embargo ATANASIU realiza las siguientes consideraciones, que suscribimos, que nos permiten

---

<sup>427</sup> DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. *op cit.* p 1028.

matizar esta labor<sup>428</sup>. En primer lugar, los beneficios sociales construidos jurisprudencialmente pueden no ser extensibles a todos los individuos, puesto que dependen de la interpretación realizada por el Tribunal en cada caso concreto.

En segundo lugar, teniendo presente las diferencias existentes entre justicia individual y colectiva y desde la perspectiva del individuo, en ningún caso, la vía judicial puede ser preferida a la vía legislativa, puesto que el alcance de la primera queda reducido a las partes afectadas por el asunto concreto, mientras que la segunda goza de un alcance de carácter colectivo.

Y en tercer lugar argumenta que desde una perspectiva política los derechos sociales reconocidos a través de la vía jurisprudencial no gozan de la misma visibilidad que el resto de acciones emprendidas por la UE. Su reconocimiento goza de una publicidad limitada por lo que puede no llegar a ser conocido por la mayoría de los ciudadanos.

Entre las críticas realizadas a la protección de los derechos sociales por parte del Tribunal, algunos autores como GÓMEZ MUÑOZ sostienen que *“el filtro económico con el que ahora el Tribunal de Justicia comienza a leer los derechos laborales indiscutibles y autónomos con los que se construyó el modelo social europeo, se ha convertido en un modus operandi natural que ha puesto en entredicho la solidez misma del entramado jurídico de este modelo”*<sup>429</sup>.

La adopción de soluciones como las encontradas en la sentencia *Viking* de 11 de diciembre de 2007, o en la sentencia *Laval* de 18 de diciembre de 2007, o en la sentencia *Rüffert* de 3 de abril de 2008<sup>430</sup>, cuestionan el funcionamiento separado del mercado de derechos básicos para el desarrollo del sistema de relaciones laborales en Europa. Según el citado autor, los pilares de la protección social, los derechos

---

<sup>428</sup> ATANASIU, Isabela. “Some Reflections on the Role of the European Court of Justice in Relation to Social Europe”. En BAQUERO CRUZ, Julio y CLOSA MONTERO, Carlos (Eds.). *European Integration from Rome to Berlin: 1957-2007*. Brussels: P.I.E Peter Lang. 2009, pp. 177-178.

<sup>429</sup> GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. “El marco institucional y normativo del modelo social europeo”. En NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos. y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dirs). *op. cit.* p. 50.

<sup>430</sup> *Dirk Rüffert y Land Niedersachsen*, sentencia del TJCE de 3 de abril de 2008 (C-346/06).



fundamentales y el principio de igualdad, sobre los que se ha ido asentando el Derecho social de la UE, poco a poco se están viendo sustituidos y relegados por fórmulas tales como la competitividad, la productividad o la flexibilidad cuyo máximo objetivo es la consecución del mercado único.

En este sentido SCHARPF hace referencia al desequilibrio constitucional existente en la UE entre las políticas promotoras de la eficiencia del mercado y aquellas políticas que persiguen la protección social y la igualdad<sup>431</sup>. De acuerdo con este autor, el desequilibrio constitucional existente a nivel de la UE a favor de la integración del mercado y de los intereses económicos provoca también, a través de los principios de supremacía y efecto directo del ordenamiento jurídico de la Unión, una distorsión en el nivel nacional, donde la política económica y la política social habían gozado tradicionalmente de equilibrio constitucional. Este autor sostiene que el TJUE sólo ocasionalmente resuelve en detrimento de la lógica del mercado y en favor de otras políticas apoyadas por la UE<sup>432</sup>.

Como conclusión a lo expuesto podemos decir que la contribución del TJUE a la protección de los derechos sociales es innegable. Debe destacarse cómo el Tribunal ha ido construyendo, a lo largo de su evolución, mecanismos a través de los cuales esta protección se ha visto reforzada. Entre ellos podemos mencionar el principio de primacía del Derecho comunitario, el efecto directo o la posible invocación directa de los derechos fundamentales. Sin embargo, también es cierto que la finalidad con la que muchas veces esta protección se ha llevado a cabo es cuestionable. Tras ella, en ocasiones, puede entretenerse una finalidad económica y no una finalidad estrictamente social como la existente hasta el momento en la mayor parte de los sistemas estatales.

---

<sup>431</sup> SCHARPF, Fritz. "The European Social Model: Coping with Challenges of Diversity". *Journal of Common Market Studies*. 2002, pp. 645-670.

<sup>432</sup> *Ibidem*. p. 659.



## IDEAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE PRIMERA

PRIMERA. El derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar puede ser categorizado como derecho social y, a partir de su inclusión en el apartado tercero del punto 16 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y más adelante en el artículo 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como derecho fundamental.

Cabe mencionar también que este derecho había sido anteriormente protegido, aunque de manera indirecta, a través de otros derechos fundamentales como el derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamado en la mayoría de textos garantes de derechos fundamentales tanto a nivel estatal como internacional.

\* \* \*

SEGUNDA. Por lo que se refiere al sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE, se ha puesto de manifiesto que en sus orígenes el mismo venía marcado por la ausencia de referencia a esta categoría de derechos en los textos de los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas. El Tratado de Roma tutelaba algunos derechos fundamentales como la igualdad salarial entre hombres y mujeres en su artículo 119, o el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en su artículo 39. Sin embargo, la protección de los mismos respondía más a la construcción del proyecto económico que al amparo de la dignidad de la persona.

La ausencia inicial de protección de los derechos fundamentales por la UE fue suplida por la acción del TJCE, que desarrolló una jurisprudencia, iniciada en la sentencia *Stauder*, en virtud de la cual los derechos fundamentales serían protegidos por medio de su consideración como principios generales del Derecho Comunitario.

\* \* \*

TERCERA. Por lo que al sistema de protección de los derechos sociales puede decirse que, el proceso de construcción europea viene marcado por su integración originariamente económica en la que las exigencias de recuperación de la economía y de la eficiencia productiva y la competitividad eran prioridad, de tal manera que las cuestiones sociales quedaron relegadas a un segundo plano en la agenda político-

institucional de la época. Tal y como a lo largo del presente capítulo se demuestra los derechos sociales ocupan un lugar controvertido en el sistema legal de la Unión Europea. El desarrollo de la legislación social de la UE es consecuencia principalmente del proceso de integración económica.

Este proceso de configuración y reconocimiento de los derechos de índole social denota, en todo momento, la subordinación de los derechos sociales y de la política social al proceso de integración económica de los Estados y a la construcción del mercado común.

ROBERT LECOURT, quien fue Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>433</sup>, sostiene que *“tras la fachada económica, el edificio europeo a quien abriga es, en efecto, al hombre. Para él ha sido concebido, es a él a quien contempla en la expansión esperada- y obtenida- de un gran mercado único, que sustituirá a la fragmentación de los mercados nacionales. Él es el fin último del conjunto de instituciones y reglas que le aseguran el libre acceso, la plena actividad profesional y la protección social en toda la Comunidad”*.

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto al analizar el proceso de integración de los derechos sociales en el ordenamiento de la UE, resulta legítimo poner en duda o al menos cuestionar esta afirmación. La categoría de los derechos sociales fundamentales se ha visto seriamente afectada por la disociación estructural entre el vínculo social y el vínculo económico que caracteriza el constitucionalismo regulador de la Unión Europea. El reconocimiento originario de los derechos sociales en el ámbito comunitario tenía por objeto la creación del mercado de los factores de producción, la mera extensión del mercado laboral.

En un primer momento, la finalidad última del proceso de construcción europea fue, tal y como recogía la Declaración Schuman, *“el mantenimiento de unas relaciones pacíficas”*<sup>434</sup>, es decir, el mantenimiento de la paz entre los Estados europeos. Para la

---

<sup>433</sup> Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde 1967 hasta 1976.

<sup>434</sup> Declaración pronunciada el 9 de mayo de 1950 por el Ministro de asuntos exteriores francés, Robert Schuman [en línea] Disponible en (consulta 03/05/12):

[http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl\\_es.htm](http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm)

consecución de este objetivo se propuso consolidar esta unión otorgándole un cariz económico, es por ello que la Unión económica, en consecuencia, persigue desde su origen una finalidad económica. La misma queda claramente manifestada en la redacción del artículo 2 TCEE:

*“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.”*

La evolución del proceso de integración social europea ha seguido los tiempos y ritmos que ha ido estableciendo la prioridad de las políticas de integración económica. Este proceso surge fundamentalmente con la vocación de crear mercados de trabajo con las mismas condiciones, derechos y garantías con el fin de evitar las situaciones de “*dumping social*” y de alcanzar un desarrollo equilibrado de la competencia.

Se puede hablar de una política social de mínimos que asegure el orden del mercado laboral y el ambiente político necesario para el crecimiento de las economías europeas. Estos derechos sociales no son creados como fines en sí mismos que garantizan a la persona la protección de una serie de necesidades básicas, sino que la armonización de la legislación social en el ámbito comunitario así como el reconocimiento de nuevos derechos de esta índole surgen con la finalidad de evitar todas aquellas situaciones que pudieran perjudicar el desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad así como el establecimiento de un mercado común.

Los derechos sociales, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo del capítulo, se han caracterizado por su subordinación al proceso de integración económica de la UE. Ello se debe, fundamentalmente, a la voluntad de construir un mercado común, objetivo en función del cual fueron dictados muchos derechos sociales. Puede decirse que la política social en un primer momento tuvo por objeto paliar los efectos de

---

Esta declaración es considerada como el germen de la actual Unión Europea.

la integración económica en el ámbito social, así como el mantenimiento de un equilibrio y una justa competitividad en el mercado común.

Del análisis realizado, se puede afirmar que en las distintas etapas que componen el proceso de integración social europeo, los avances y el reconocimiento de los derechos sociales se han producido con el objetivo de no alterar el funcionamiento de la libre competencia, la eficiencia económica y, en suma, el mercado común. Ésta ha constituido una de las vías fundamentales a través de la cual, las libertades sociales, mercantilizadas, han ido alcanzando cierto reconocimiento jurídico en el ordenamiento de la UE.

\* \* \*

CUARTA. Debe ser expuesta la preeminencia de los derechos y política social nacionales sobre los derechos y política social de la UE. Los diversos sistemas de protección social nacionales, con sus peculiaridades y particularidades según la forma de Estado, los sistemas culturales o de mercado, han condicionado y obstaculizado el desarrollo de la política y derechos sociales en el ámbito de la UE.

Originariamente, el Derecho social es un derecho nacional. Los derechos sociales surgen en el marco del constitucionalismo social, que tiene como referencia al Estado y por tanto son difícilmente extrapolables a otras situaciones. Resulta complejo extender los rasgos caracterizadores del Estado Social a la Comunidad Europea. Es por ello que tratar de exigir que los derechos sociales persigan, también en el ámbito europeo, una finalidad estrictamente social es complicado.

La existencia del Estado de bienestar a nivel nacional, y en consecuencia la existencia de los distintos modelos que éste puede presentar en cada Estado, continúa dificultando la configuración de un Estado del Bienestar a nivel de la UE. La separación entre ambos niveles y la prevalencia de los sistemas de protección social nacional viene marcada fundamentalmente por la vigencia del principio de subsidiariedad.

\* \* \*

QUINTA. Se ha de poner de manifiesto cómo en la mayoría de los casos, las materias y campos en los que ha existido un mayor desarrollo de los derechos y políticas sociales son aquellos que han presentado una menor conflictividad en cuanto a cuestiones de soberanía y competencia se refiere, es decir, materias no demasiado sensibles para los Estados miembros como pueden ser las relativas a salud laboral y formación ocupacional.

\* \* \*

SEXTA. La descentralización política existente en muchos de los Estados Europeos también influye y colabora como impedimento en la armonización de un único sistema social de la UE. En muchos Estados no existe una política social uniforme, debido a la existencia de un reparto competencial entre el gobierno central y los distintos gobiernos territoriales. El aumento de competencias de los gobiernos regionales en materia social dificulta cada vez más la uniformidad del Derecho social de la Unión.

\* \* \*

SÉPTIMA. La globalización esencialmente económica que caracteriza la sociedad y el sistema internacional actual ha conducido por una parte, a entender los derechos sociales, como la dimensión humana del mercado global. Éstos actúan como límite ante las exigencias de eficiencia y competitividad de este mercado, cada vez más carente de valores.

Sin embargo por otra parte, la globalización, al establecer un mercado y una economía a escala mundial, también ha provocado que los derechos sociales sean considerados como un coste de producción añadido que dificulta la competencia en este mercado global. Ello da lugar a que las corrientes neoliberales pretendan reducirlos poco o poco.

Las presiones impuestas por la competencia mundial por reducir los costes que la política social conlleva, unido al aumento del desempleo y envejecimiento de la población, también incrementan la dificultad de mantenimiento de esta política. El mercado único europeo y las empresas que lo conforman deben competir con otros mercados mundiales, con una regulación social escasa o inexistente, lo que les otorga

una situación competitiva preferente, desde la perspectiva de los costes sociales y laborales.

Esta globalización e internalización a escala mundial de los mercados ha conllevado también la disminución considerable de la autonomía de los Estados en materia social. Es por ello que se debe apostar por el reforzamiento de las competencias de la UE en este ámbito. Este fenómeno ha de ser visto como una oportunidad para reformar y mejorar el modelo social europeo.

\* \* \*

OCTAVA. Pese a que la legitimación de los derechos sociales radica en la dignidad humana y en la justicia social (y una de sus dimensiones fundamentales es su contribución al desarrollo humano), es cierto que se está produciendo una progresiva transformación de esta protección social en factor de la productividad, se está produciendo la economización de los derechos sociales. Las exigencias de la competitividad, productividad y optimización de beneficios están afectando profundamente a esta categoría de derechos.

Para algunos el crecimiento estrictamente económico, que no conlleva consigo necesariamente la mejora de las condiciones de vida, se ha visto ralentizado por la garantía de los derechos sociales. En este sentido el incremento del nivel de protección social limita directamente la libertad del Estado y de los operadores privados en la actividad económica.

\* \* \*

NOVENA. El TJUE ha desempeñado una labor fundamental en el desarrollo, construcción y tutela de los derechos sociales en el ámbito de la Unión Europea, así como en relación a la construcción del ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta institución ha contribuido a la creación de derechos, a su reconocimiento, interpretación y a la delimitación de su sentido, alcance y contenido.

La recepción de los derechos por parte del Tribunal no se ha producido de manera sencilla y, como toda elaboración jurisprudencial, se ha visto limitada por las características de la misma. La construcción que éste lleva a cabo es estrictamente



casuística, es decir, se limita a pronunciarse en relación, únicamente, a aquellos asuntos que se le presentan.

A pesar de todo ello, sus aportaciones a la protección de los derechos sociales han resultado fundamentales. Cabe destacar como contribuciones al incremento de esta tutela la proclamación del Tribunal del principio de efecto directo y de la aplicación horizontal del mismo, así como del principio de supremacía del ordenamiento jurídico comunitario; el reconocimiento de derechos que son fruto de la salvaguarda que este realiza de los objetivos de las políticas nacionales y de los derechos que subyacen a los mismos; su labor de determinación del sentido y alcance de determinados derechos sociales es también reseñable; así como, su labor creadora en aquellos casos que ha detectado deficiencias y lagunas en la legislación de la UE. Es encomiable también la tarea de individualización de cada uno de los derechos sociales como conceptos con especificidad propia tutores de un bien jurídico particular.

\* \* \*

DÉCIMA. La labor del Tribunal, en ocasiones, se ha visto frenada por la constante pugna y tensión existente entre los derechos sociales y las tradicionales libertades económicas. Debido al originario carácter económico del proyecto comunitario, el vínculo económico prima en la interpretación normativa del derecho derivado en aquellos supuestos en los que éste entra en conflicto con objetivos de índole social.

El Tribunal ha manifestado su preocupación por la tutela de los derechos fundamentales en el reconocimiento de nuevos derechos, sin embargo dicha tutela queda teñida por el trasfondo económico que tras muchas de las sentencias se continúa entreviendo. La adopción de soluciones como las halladas en las sentencias *Viking* o *Laval* pone de manifiesto la subordinación de la tutela de los derechos sociales a los intereses relativos al buen funcionamiento del mercado. La protección de los derechos sociales queda relegada a un segundo plano.

\* \* \*

UNDÉCIMA. Es necesaria la armonización entre lo social y lo económico, es imprescindible que ambas realidades sean tenidas en cuenta conjuntamente, puesto que

los efectos de una repercuten directamente en la otra. Si formulamos la noción de progreso económico sin contemplar su aspecto social lo estamos concibiendo como antisocial. Y si concebimos lo social sin su correlato de económico lo estamos concibiendo como antieconómico, es decir, como insostenible.

En este momento la consolidación del modelo social europeo se encuentra seriamente condicionada por la globalización, los cambios tecnológicos, el envejecimiento demográfico y por la grave situación de crisis económica y financiera a escala mundial. No son únicamente las tendencias neoliberales las que cuestionan y ajustan los sistemas nacionales de protección social sino las propias políticas de ajuste y austeridad que imperan hoy en toda Europa.

Es cierto que quizá en el escenario actual, en el que los Estados miran por la supervivencia de su modelo de bienestar nacional, no sea el ideal para reforzar el proceso de europeización de las políticas sociales, sin embargo podría ser la oportunidad de cambio que desde hace muchos años se precisaba en este ámbito. Quizá debiere aprovecharse esta coyuntura para dar un giro a la concepción de los derechos y de la política social de la Unión Europea.

Todas estas amenazas suponen un desafío para la supervivencia del modelo social europeo que precisa de una serie de modificaciones. Estos cambios han de ser estructurales, es decir, no deberían afectar únicamente a lo externo del problema, como pueden ser la mejora de los métodos e instrumentos con el fin de configurar políticas sociales que garanticen un mayor nivel de protección social. Se precisa de un cambio que replantee la fundamentación de estos derechos, su finalidad, o lo que es lo mismo qué bien jurídico es el que con ellos se pretende proteger. ¿Es este fin el buen funcionamiento del mercado?

Para ello podrían proponerse como posibles modificaciones las siguientes:

1. Mayor coordinación de las políticas sociales entre los distintos Estados miembros, para lo que la Unión debería gozar de un mayor poder de supervisión. Es necesario paliar y evitar las consecuencias negativas de la competencia del mercado.

2. Redistribución del reparto competencial entre la Unión y los Estados, de tal manera que se otorgue un mayor peso a la UE en materia social con el fin de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos europeos. En la coyuntura económica actual, la UE se esgrime como único posible garante de los derechos sociales de muchos ciudadanos europeos nacionales de Estados en los que la situación de crisis amenaza la sostenibilidad de éstos. La actuación de la Unión debe dejar paulatinamente de regirse a través del principio de subsidiariedad, puesto que se ha demostrado insuficiente. La UE ha de tener la posibilidad de legislar un mayor volumen de normas con carácter vinculante, así como en un elenco más amplio de materias sociales.

3. Modificación de la finalidad de los derechos sociales, los cuales no deben ser concebidos como medios para la consecución del mercado único, al servicio de fines económicos. Es preciso otorgar a estos derechos el significado y la finalidad que los caracteriza dentro del ámbito constitucional del Estado en el que se halla su origen. Es la protección del ser humano y de su dignidad objeto suficiente para que estos derechos deban ser garantizados y protegidos, sin ser necesario la alegación o justificación de otra finalidad.

El desarrollo de la dimensión social y de los derechos sociales de la Unión Europea se encuentran en verdadero riesgo si la Unión continúa guiándose por un espíritu económico, como viene haciendo desde los Tratados fundacionales. Para ello uno de los cambios que se propone es la modificación de la fundamentación jurídica de algunas de las normas sociales.

Si se atiende a la fundamentación jurídica sobre la que se asientan las directivas reguladoras de la dimensión social, puede comprobarse que algunas de ellas se hallan asentadas en el artículo 115 TFUE, es decir, quedan dentro del marco de normas del mercado interior.

El ubicar una determinada norma social en el marco del mercado interior conlleva una serie de consecuencias como el hecho de que han de ser aprobadas por unanimidad, lo que dificulta su aprobación; han de adecuarse sistemáticamente a las normas que regulan la libre competencia y fiscalidad, puesto que al encuadrarse en el mismo marco han de gozar de cierto grado de coherencia con ellas; han de obedecer a la

misma finalidad que el resto de normas que construyen estructuralmente el marco del mercado interior, es decir, tendrán por objetivo la integración del mercado único europeo. Todo ello da lugar a la pérdida de identidad de la noción de derechos sociales como garantes de la dignidad y del desarrollo humano.

La ubicación natural de la normativa social es fuera del marco normativo regulador del mercado interior, por lo que si nada se decide en relación a ello, estas normas seguirán para su aprobación y desarrollo el procedimiento establecido en el Tratado, quedando fuera del marco relativo a las normas del mercado interior. La ubicación de una directiva social en el marco del mercado interior es una elección política adoptada en función de una previa evaluación de los posibles efectos que la misma puede producir en el mercado, en lugar de decidir en función de las posibles mejoras sociales.

Es necesario no sólo garantizar la protección social asistencial, que también ahora se halla en entredicho, sino avanzar hacia una extensión y profundización de los derechos sociales para los ciudadanos de la UE, es necesario desarrollar la protección social a favor de la dignidad y del desarrollo de la persona. En sociedades con altas cotas de desarrollo y bienestar, esta exigencia de lo social debiera valorarse como una muestra de progreso, y no como un hándicap para competir en el mercado global.

# **PARTE SEGUNDA**



## **CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Tras haber analizado los derechos sociales en el proceso de integración de la Unión Europea, así como la finalidad que persiguen, y habiendo puesto de manifiesto su subordinación a los intereses y fines económicos del mismo, se procede a continuación a trasladar este análisis a las normas y a la jurisprudencia que tratan directa o indirectamente la cuestión relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El análisis que se presenta en los dos próximos capítulos expone el avance de la normativa comunitaria y el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la cuestión objeto de la tesis. Se pretende con ello observar el papel que cada uno de estos dos instrumentos ha jugado en cada momento, así como la interacción que ha existido entre ellos. Al realizar el estudio de la labor llevada a cabo por cada uno de estos instrumentos, se identificará la finalidad que con él se pretendía alcanzar en cada etapa de este proceso.

Como ya ha sido expuesto, no es sencillo identificar la normativa existente propiamente en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y desligarla de la normativa relativa a igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>435</sup>. Ello se debe fundamentalmente a que esta cuestión no va a ser protegida mediante una normativa propia hasta, prácticamente, el Tratado de la Unión Europea. Su tutela se va a llevar a cabo, fundamentalmente, a través de las normas dictadas en el ámbito de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Pueden distinguirse tres etapas en la evolución del tratamiento de esta cuestión. Éste no siempre se ha llevado a cabo de la misma manera, ni el enfoque que se le ha dado ha sido el mismo en todas las etapas. Podemos distinguir una primera etapa en la

---

<sup>435</sup> Vid. MASSELOT, Annick. "The State of Gender Equality law in the European Union". *European Law Journal*. Vol. 13. Núm. 2. 2007, pp.152-168.

que el término conciliación aparece por primera vez en un texto comunitario en el Programa comunitario de acción social de 1974. En esta etapa se halla claramente ligado a las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Durante este período, los programas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1986-1985) y (1986-1990) son los que mencionan la corresponsabilidad como instrumento necesario para el logro de la igualdad efectiva.

La conciliación en esta etapa no goza, como se ha manifestado previamente, de un tratamiento normativo propio, sino que las referencias a la misma se hallan en normas que tienen por finalidad la erradicación de todo tipo de discriminación por razón de sexo, y se configura como elemento complementario de las mismas. Esta vinculación entre igualdad y conciliación se vio reforzada por la existencia de una corriente jurisprudencial que ligaba estrechamente la discriminación por maternidad a la discriminación por razón de sexo.

Hito a mencionar de esta etapa en materia de conciliación es la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989. En ella su apartado 16 reconoce expresamente que *“conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”* como medio para garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres.

Fuera del marco comunitario, se ha de mencionar la Carta Social Europea (revisada), que reconoce, en su artículo 8, una serie de derechos con el objeto de proteger la maternidad y el permiso de maternidad. Sin embargo es el artículo 27 el que más concretamente reconoce la posibilidad de adoptar los instrumentos necesarios *“para garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares”*. Contempla así la adopción de actuaciones para garantizar el acceso y la reintegración en el trabajo tras la ausencia debida al desempeño de responsabilidades familiares. Medidas dirigidas a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los trabajadores con responsabilidad familiar, la promoción de servicio de atención a la infancia, el establecimiento de permisos parentales, así como la protección de los



trabajadores frente a un despido motivado por el desempeño de responsabilidades familiares.

La segunda etapa puede ser ubicada a partir de 1990 cuando la cuestión relativa a la conciliación, fundamentalmente asociada al cuidado, comienza a desvincularse de la cuestiones de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y de su normativa. Ejemplo de ello son la Directiva 96/34 y la 97/81, las cuales no contemplan referencia alguna a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Es también en este momento cuando se intensifica su finalidad económica, puesto que en muchas ocasiones las medidas de conciliación se convierten en medidas de flexibilidad laboral tendentes a aumentar la productividad y la competitividad. Así se plasma en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre «crecimiento, competitividad y empleo» de 1993<sup>436</sup> y en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Cooperación para una nueva organización del trabajo» de 1997<sup>437</sup>. Esta economización de las medidas de conciliación puede tener serias consecuencias, como la penalización de aquellos trabajadores que hagan uso de las mismas, que a lo largo de este capítulo serán analizadas.

La tercera y última etapa que transcurre a lo largo de la primera década de este siglo hasta la actualidad, se caracteriza por una mayor presencia de la conciliación tanto a nivel normativo como a nivel jurisprudencial<sup>438</sup>. Se está produciendo una extensión de esta cuestión a nuevos ámbitos, distintos de la igualdad de género y del ámbito laboral. Se está llevando a cabo una clara apuesta por la corresponsabilidad. Esta corresponsabilidad, a diferencia de la primera etapa, hoy en día, no es promovida sólo desde la perspectiva y el prisma de la igualdad de género sino que se pretende implementar como una realidad necesaria para la familia en su conjunto, puesto que reporta beneficios y ventajas tanto para cada uno de los progenitores como para los hijos.

---

<sup>436</sup> Libro Blanco de la Comisión Europea sobre «Crecimiento, competitividad, empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», COM(93) 700, diciembre de 1993

<sup>437</sup> Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Cooperación para una nueva organización del trabajo», COM(97) 128, abril de 1997.

<sup>438</sup> *Coleman*, sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 (C-303/06); *Meerts*, sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009 (C-116/08); *Roca Álvarez*, sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2012 (C-104/09).

Para llevar a cabo la selección de aquellas normas que van a ser analizadas, aquellas cuyo contenido contribuye directa o indirectamente a la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, previamente, es necesario definir qué se entiende por conciliación y qué aspectos y contenidos comprende.

Tras haber tratado las cuestiones terminológicas y doctrinales acerca de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el capítulo introductorio, ésta podría ser entendida como aquel fenómeno consistente en compaginar estas tres facetas de la vida de una persona. Cada una de ellas se caracteriza por requerir de un determinado tiempo para ser desarrollada. La conciliación, consecuentemente, persigue el logro de un equilibrio entre los tiempos dedicados a cada uno de estos tres aspectos, independientemente que sea hombre o mujer quien haya de compaginarlos.

Al tratarse de una cuestión, por una parte relativamente nueva, es decir que no ha gozado de entidad propia hasta hace relativamente poco y, por otra parte compleja, compuesta por diferentes realidades, en primer lugar van a ser identificados aquellos factores principales que la componen y que luego permitirán seleccionar aquellas normativas que los tratan, regulan o protegen.

De acuerdo con RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, las medidas e instituciones jurídicas que permiten y facilitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pueden agruparse en tres grupos:

- a. Los permisos que posibilitan a los trabajadores dedicarse por completo al cuidado familiar durante intervalos temporales, más o menos largos, y al finalizar, recuperar su empleo.
- b. Los horarios laborales flexibles para adaptar el tiempo a la vida privada y a la trabajo.
- c. Los servicios públicos adecuados de atención a dependientes en general<sup>439</sup>.

Por su parte BALLESTER PASTOR sostiene que la regulación en materia de conciliación ha de girar en torno a tres ejes. En primer lugar esgrime que el concepto de

---

<sup>439</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma. *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2010, p. 16.

conciliación, no se halla integrado únicamente por los permisos parentales, pero ello no es óbice para que sean considerados uno de sus componentes fundamentales.

En segundo lugar aboga por una reestructuración en el reparto de tareas familiares, como una de las vías fundamentales para eliminar las incompatibilidades entre la vida personal, familiar y laboral.

En tercer lugar afirma que la conciliación ha de conllevar necesariamente el replanteamiento del trabajo y concretamente del tiempo de trabajo<sup>440</sup>. Estas directrices van a facilitar la identificación y selección de normas a analizar que guardan relación con el objeto de la investigación.

Se puede concretar que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se halla condicionada por diversos factores como la maternidad, las tareas de cuidado que le son inherentes, otras tareas de cuidado, el trabajo y el tiempo. Son muchas las medidas e instrumentos que tratan de facilitar esta conciliación y son éstos lo que logran dar contenido a esta cuestión con el fin de atender a las necesidades provocadas por la combinación de algunos de los factores.

Uno de los factores a los que la conciliación aparece estrechamente vinculada es al de la maternidad. Por ello, aunque sea de manera indirecta, si la maternidad es protegida, en la mayoría de los casos, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ve favorecida. Es por ello que en la primera etapa de la evolución normativa la investigación se centrará, casi exclusivamente, en aquella normativa y jurisprudencia protectora de la maternidad, puesto que en ese momento, todavía no había sido desarrollado el concepto de conciliación como tal.

Otro de los factores que componen e integran el fenómeno de la conciliación es el factor tiempo. El tiempo es el elemento sobre el que, de alguna manera, se pretende poner orden. Por ello este estudio también se detendrá sobre aquellas directivas que regulen la gestión y ordenación de éste.

---

<sup>440</sup> BALLESTER PASTOR, María Amparo. “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”. *Revista de Derecho Social*. Núm. 51. 2010, p. 34.

Los permisos y licencias parentales son otro de los factores a tener en cuenta, puesto que los mismos influyen de modo muy directo sobre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Es cierto que las normas de conciliación en la Unión Europea giran esencialmente en torno al derecho de ausencia y a un sistema de permisos parentales que alrededor de este derecho se ha ido estableciendo, sin embargo no son estas las únicas medidas que conforman el contenido de esta cuestión.

Al llevar a cabo el análisis normativo será inevitable e imprescindible la referencia al marco político en el que fueron dictadas. En esta materia los actos jurídicos vinculantes normalmente adoptan la forma de directiva, dejando a los Estados libertad a la hora de articular el modo en que se consiguen los objetivos de éstas. Sin embargo en la presente investigación, en ocasiones, también se hará referencia a otras disposiciones, cuyo carácter no es estrictamente vinculante, pero que han resultado decisivas en esta evolución.

## **2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL**

Por lo que respecta concretamente a la evolución histórica de la normativa en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según distinción hecha por MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.<sup>441</sup>, pueden distinguirse dos etapas claramente diferenciadas. La primera abarca desde el Tratado de Roma, con el que se constituye la CEE en 1957, hasta su modificación por el Tratado de Ámsterdam en 1997. La segunda transcurrirá desde el Tratado de Ámsterdam hasta la actualidad.

Durante la primera etapa la igualdad de trato entre hombres y mujeres quedó restringida al ámbito laboral y, más concretamente, al reconocimiento de la igualdad retributiva. Por supuesto no había sido desarrollado todavía el concepto de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, puesto que la realidad que bajo éste yace todavía

---

<sup>441</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. L. “La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad”. En VV. AA. *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*. Granada: Comares. 2007, pp. 89 y ss.

estaba comenzando a gestarse. En este período las mujeres se incorporaron masivamente al mundo laboral, dando lugar a profundos cambios y transformaciones sociales. Una de las causas fundamentales de esta incorporación masiva fue el estallido de la Segunda Guerra Mundial y con ella la consecuente salida de los hombres de las fábricas al ser llamados por el ejército. Las fábricas quedaron sin el grueso de sus trabajadores y sus plantillas fueron completadas con mujeres.

La causa que en un primer momento realmente fundamenta la introducción de las cuestiones relativas a la desigualdad entre hombres y mujeres en la agenda política de la Comunidad Económica Europea, fue la voluntad de garantizar una competencia justa entre sus Estados miembros. Se pretendía evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor<sup>442</sup>. Debe ser tenido en cuenta el fin eminentemente económico que las Comunidades Europeas perseguían y persiguen.

La segunda etapa, se inicia con el Tratado de Ámsterdam y llega hasta la actualidad. En ella se vislumbra un carácter más amplio de las medidas y acciones adoptadas en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Sin embargo a través del análisis que a continuación se expone se puede comprobar cómo todavía hoy perdura el carácter originario económico de la Unión.

## **2.1 DEL TRATADO DE ROMA AL TRATADO DE AMSTERDAM**

### **2.1.1 ORÍGENES. ARTÍCULO 119 DEL TRATADO DE ROMA**

La igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de sexo fueron durante mucho tiempo los principales instrumentos a través de los cuales la legislación comunitaria trató de dar respuesta a la problemática derivada de la difícil

---

<sup>442</sup> ROSSILLI, Mariagrazia. (Coord.). *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, S.A de Ediciones. 2001, p. 27.

conciliación entre las responsabilidades familiares y las responsabilidades laborales<sup>443</sup>. Ésta era la única vía que indirectamente podía proteger y tutelar esta realidad a través mecanismos vinculantes.

Como punto de partida y referente fundamental del análisis de la normativa de la UE en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pese a su amplio carácter, es necesaria la referencia al artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957. En él se dispone que “*cada Estado Miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo*”. Se establecía, de esta manera, la prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo.

Este artículo es considerado por EVELYN ELLIS el “*spiritual parent*”<sup>444</sup> de aquellas directivas que surgirían en la década de los setenta en materia de igualdad de entre mujeres y hombres. El mismo sirvió para satisfacer las reivindicaciones feministas en relación al logro de una igualdad entre hombres y mujeres tanto en el acceso al empleo como en la promoción y permanencia en el mismo<sup>445</sup>.

Es preciso hacer mención al hecho de que este precepto fue incluido en el Tratado a petición del Estado francés, pues temía que su avanzada legislación en orden a la igualdad salarial fuera un obstáculo para la competitividad de las empresas francesas en el mercado comunitario, debido a la posible existencia en otros Estados miembros de salarios femeninos inferiores a los de los varones. De esta manera queda claramente expuesta la evidente finalidad económica que con el citado artículo se perseguía, a pesar de sus evidentes efectos antidiscriminatorios.

Este precepto posee una redacción similar a la contenida en el Convenio número 100 de la OIT<sup>446</sup>, sin embargo adopta un carácter más restrictivo. Mientras que el

---

<sup>443</sup> BARBERA, Marzia. “The unsolved conflict: reshaping family work and market work in the EU legal order”. En HERVEY, Tamara K. y KENNER, Jeff. *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2003, p. 143.

<sup>444</sup> ELLIS, Evelyn. *European Community Sex Equality Law*. Oxford: Clarendon Press. 1991, p. 206.

<sup>445</sup> McGLYNN, Clare. “Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy”. *The Columbia Journal of European Law* .Núm. 1. Vol. 7, p. 250.

<sup>446</sup> En el Convenio nº 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, adoptado el 29 de junio de 1951 se proclama “*la igualdad retributiva entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina para un*

Convenio proclama la igualdad retributiva de aquellos trabajos de igual valor, el artículo 119 únicamente establece esta igualdad entre dos trabajos iguales. Este carácter restrictivo dio lugar a series dificultades a la hora de su aplicación real.

Sin embargo, la plena aplicabilidad de este precepto no se produciría hasta la década de los 70, momento en el que serían redactadas las tres directivas que lo desarrollarían<sup>447</sup>. Éstas nacerían bajo el marco del Programa de Acción Social que fue aprobado por Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974 y contribuirían a la formación de la base de la política de la UE en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Este programa es considerado antecedente de estas directivas así como del Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor<sup>448</sup>.

Hasta este momento la igualdad entre hombres y mujeres quedaba reducida a su reconocimiento individual en la esfera de las remuneraciones, por ello en este programa se planteó la necesidad de ampliar este principio a todo el ámbito de las relaciones laborales. Es cierto que se avanzó en este sentido, sin embargo el carácter económico de la CEE continuaba marcando las directrices de su rumbo en todos los ámbitos.

Este programa contempló aspectos tales como *“emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones”*<sup>449</sup>. Es también en este texto, donde por primera vez se plasma y se hace referencia al concepto relativo a *“conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con aspiraciones profesionales”*<sup>450</sup>. En este primer

---

*trabajo de igual valor”*. Este Convenio no sería ratificado por Estados como Luxemburgo y Países bajos hasta el 23 de agosto de 1967 y el 16 de junio de 1971 respectivamente.

<sup>447</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; 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; Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

<sup>448</sup> Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor. Diario Oficial nº C 065 de 4.3.1996. p. 0043.

<sup>449</sup> Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social. Diario Oficial nº C 13 de 12. 2. 1974.

<sup>450</sup> *Ibidem*.

momento, tal y como más tarde la jurisprudencia pondrá de manifiesto, esta necesidad de conciliar se atribuye exclusivamente a la mujer, puesto que las responsabilidades familiares y de cuidado, de acuerdo con la distribución tradicional de roles, le corresponden a ella en exclusiva.

Ambas referencias supusieron un serio avance, sin embargo ellas no constituyeron fines en sí mismas, mas tampoco lo suponía la política social dentro de la que se hallaban encuadradas. Estas medidas fueron planteadas como medios para poder responder a un fin último y claramente económico plasmado también en el texto y consistente en promover un “*desarrollo armónico de las actividades económicas de toda la Comunidad, una expansión continuada y equilibrada y una creciente estabilidad, así como un aumento acelerado del nivel de vida*”<sup>451</sup>. Según BUSBY este programa identifica la estabilidad en el empleo y el desarrollo profesional como temas fundamentales para la garantía del principio de igualdad de oportunidades<sup>452</sup>. Se evidencia así, el carácter económico de este programa. Quizá el avance supuesto hubiera sido mayor si estas medidas hubieran sido adoptadas a través de un texto con carácter vinculante<sup>453</sup>.

En 1975, amparado en el artículo 119 del Tratado de Roma y bajo el marco del Programa de Actuación Social, el Consejo de las Comunidades Europeas promulga la Directiva 75/177/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de

---

<sup>451</sup> *Ibidem*.

<sup>452</sup> BUSBY, Nicole. “Divisions of labour: maternity protection in Europe”. *The Journal of Social Welfare & Family Law*. Núm.22 (3). 2000, p. 283.

<sup>453</sup> Entre los principales textos normativos no vinculantes en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral cabe destacar: la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, la cual hace referencia a la adopción de acciones dirigidas a motivar “una evolución de las mentalidades respecto de las formas de compartir las responsabilidades familiares y sociales”; la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer; la Resolución del Consejo y de los ministros de educación, reunidos en el seno del Consejo, de 3 de junio de 1985, que contempla un programa de acción sobre la igualdad de oportunidades para los chicos y las chicas en materia de educación; la Segunda Resolución de 24 de julio de 1986 relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para mujeres, en la que se hace mención a la organización de los tiempos de trabajo de mujeres y hombres; la Carta comunitaria sobre Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, la cual prevé en su punto 16 el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar.



legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos<sup>454</sup>.

Su considerando primero afirma que el artículo 119 del Tratado de Roma “*forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común*”. De esta manera, una vez más se pone de manifiesto el carácter económico de este principio que se presenta como parte del engranaje económico y del proceso de construcción del mercado común.

El artículo 1 en el que se proclama la igualdad de retribución, junto con el resto de su articulado, trata de garantizar la efectividad de la igualdad salarial. En él se establece que este principio “*implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye el mismo valor, la eliminación [...] de cualquier discriminación por razón de sexo*”. De esta manera se amplía el carácter restringido que caracterizaba, como se ha puesto de manifiesto, al artículo 119 TCEE al mismo tiempo que se amplía también el marco interpretativo de la igualdad retributiva.

La norma, teniendo en cuenta las desigualdades persistentes en los Estados miembros, suscribe “*el carácter prioritario de las acciones que deban emprenderse a favor de la mujer, en lo que afecta [...] las condiciones de trabajo, incluida la retribución*”. También sostiene la importancia de “*reforzar las disposiciones legales de base mediante normas encaminadas a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad*”. Esta directiva se ocupa también de la supresión de las desigualdades en las retribuciones que dependan de la evaluación de los puestos de trabajo.

La Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976<sup>455</sup>, 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, surgió también en desarrollo del artículo 119 del Tratado del Roma, pero fundamentalmente en respuesta al Programa de Acción Social, puesto que entre sus cometidos se hallaba extender la igualdad en el ámbito laboral a todos los

---

<sup>454</sup> DOCE núm. L 45/19 de 19.02.75.

<sup>455</sup> DOCE núm. L 34/40, de 14/02/76.

aspectos de las relaciones del trabajo, es decir, pretendía ir más allá de los aspectos estrictamente salariales.

Su encuadre bajo el marco del artículo 119 así como del Programa de Acción Social deja entrever la finalidad que esta directiva persigue. Más concretamente su tercer considerando sostiene que *“la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos constituye uno de los objetivos de la Comunidad, en la medida en que se trata especialmente de promover la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida”*. Este inciso pone de manifiesto que la igualdad es objetivo de la Unión en la medida en que es medio para la consecución y el logro del desarrollo económico.

De su artículo 1 se deduce que esta Directiva, entiende por igualdad de trato la ausencia de discriminación entre varones 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 [...] a la seguridad social”*.

La principal novedad que esta norma introdujo fue la legitimación de la acción positiva<sup>456</sup> como medida para compensar la desventaja femenina en el mercado de trabajo y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

La utilización de acciones positivas se verá desarrollada años más tarde con el Tratado de Maastricht, el cual incorpora en el tercer párrafo del artículo 119 la posibilidad de adoptar *“medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”*. Este instrumento topó con posiciones enfrentadas, por lo que el TJCE conoció un considerable número de asuntos en torno al establecimiento y la aplicación de las acciones positivas<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Según el Comité para la igualdad entre mujeres y hombres del Consejo de Europa, las acciones positivas son “estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de políticas o sistemas sociales”.

<sup>457</sup> *Kalanke*, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 (C-450/93); *Marshall*, sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95); *Badeck*, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000 (C-158/97); *Abrahamsson*, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de

En esta directiva quedó prohibida la discriminación, tanto directa como indirecta (artículo 2), entre mujeres y hombres en los distintos estadios de la relación laboral. Este precepto sostiene que el principio de igualdad de trato implica 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*”. Esta norma pretende hacer frente a los obstáculos que debían superar la mujer casada y la madre de familia para alcanzar una situación de igualdad en relación al varón. Distancia que en la mayoría de los casos era insalvable.

Sin embargo, no se trata de la proclamación de un principio de igualdad absoluto puesto que el artículo 2 en su segundo apartado establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de la directiva aquellas actividades profesionales para cuyo ejercicio sea determinante ser hombre o ser mujer. Fue la sentencia del TJCE de 8 de septiembre de 1983, en el asunto 165/1982, *Comisión y Reino Unido*, la que reconoció la profesión de matrona como excepción lícita al principio de igualdad.

Este precepto es completado por el artículo 9.2 que establece que los Estados miembros deberán examinar periódicamente las actividades excluidas “*con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones*”.

En este mismo sentido, la norma puntualiza en su artículo 2.3, que tampoco se considerará contraria al principio de igualdad aquellas “*disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad*”. El hecho de que este precepto concrete este tipo de medidas no excluye la posibilidad de medidas protectoras distintas a éstas<sup>458</sup>.

Esta directiva también prohibió la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo (artículo 3.1) y en el acceso cualquier tipo y nivel de orientación, formación,

---

julio de 2000 (C-407/98); *Lommers*, sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2002 (C-476/99).

<sup>458</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. *op. cit.* p. 58.

perfeccionamiento y reciclajes profesionales (artículo 4). También estableció el principio de igualdad de trato por razón de sexo en la aplicación de las condiciones de trabajo, así como en las condiciones de despido (artículo 5). Respecto de la discriminación en el acceso al empleo, menciona especialmente la no discriminación en los procesos de selección. La sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990, en el asunto 117/88, declarará discriminatoria la no contratación de una mujer por el hecho de estar embarazada.

Tal como sostiene NUÑO GÓMEZ, el intento de reconocer a la mujer y al varón unos mismos derechos y condiciones en el ámbito laboral, debe ir acompañado de un cambio en la división sexual del trabajo que se produce en el espacio privado<sup>459</sup>. Es necesaria la corresponsabilidad en la asunción de las tareas domésticas y de cuidado para que tanto el hombre como la mujer puedan desempeñar su rol en la esfera pública, y concretamente en el ámbito laboral, en condiciones de igualdad.

Esta directiva sería seguida por otras dos, con una incidencia específica sobre el ámbito relativo a la aplicación del principio de igualdad en materia de seguridad social. Así tenemos en primer lugar la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978<sup>460</sup>, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y más tarde, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en regímenes profesionales de seguridad social.

La Directiva 79/7, llevada a cabo bajo este primer programa comunitario, surge en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Directiva 76/207 el cual preveía la adopción de medidas para “*garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social*”.

En este ámbito el principio de igualdad de trato comprende la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, por razón de estado matrimonial o

---

<sup>459</sup> NUÑO GÓMEZ, Laura. “Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral”. *Revista Europea de derechos fundamentales*. Núm. 14/2º semestre. 2009, p. 99.

<sup>460</sup> Directiva del Consejo 79/7/CE, de 19-12-1978, DOCE núm. L 6/24, de 24-07-1986.

familiar en relación a la inclusión en los regímenes de la seguridad social, a la obligación de contribuir, al cálculo de las contribuciones y al cálculo de las prestaciones. Esta directiva reitera en el artículo 4 la no incompatibilidad del principio de igualdad con las medidas de protección a la maternidad.

De la misma manera que el artículo 119 del Tratado de Roma, puede concluirse que todas estas directivas dictadas en la década de los 70, tenían como fin último el establecimiento de unos parámetros mínimos para los empresarios europeos con la intención de impedir toda clase de competencia desleal dentro del mercado común. Era habitual la utilización de mujeres trabajadoras, puesto que al ser sus salarios más bajos que los de los varones su contratación resultaba más rentable.

La finalidad de todas ellas es la contribución al establecimiento y funcionamiento del mercado común. La Directiva 75/117/CEE se fundamenta y enmarca en el ámbito del artículo 100 TCEE, el cual ampara aquella normativa que incide directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. La Directiva 76/207/CEE, queda bajo el paraguas del artículo 235 TCEE el cual también refiere a aquellas acciones que en el funcionamiento de este mercado sean necesarias para el logro de uno de los objetivos de la Unión. De la misma manera la Directiva 79/7/CEE invoca en primer término y parte de este artículo 235 TCEE.

El Abogado General en el asunto *Brown* en relación a la finalidad perseguida por la Directiva 76/207 hace referencia a su base jurídica. En este sentido sostiene que la Directiva 76/207 se fundamenta jurídicamente en lo dispuesto en el artículo 235 del TCE, por lo que constituye una acción de la Comunidad necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad en este caso, para realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres<sup>461</sup>.

Esta fundamentación serviría para poder entender que tras las disposiciones contenidas en la mencionada Directiva prima en última instancia el funcionamiento del mercado común, lo cual se aprecia como se ha observado en algunas de las interpretaciones que el Tribunal ha llevado a cabo en relación a la misma.

---

<sup>461</sup> *Brown*, Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer (C-394/96, punto 21).

Esta indiferencia por el establecimiento de una igualdad real y no una mera igualdad formal, que se contenta con la corrección de las imperfecciones del mercado, y la falta de interés manifestada por la UE ante la dificultad de compatibilizar la vida laboral y la vida familiar, manteniendo así los tradicionales estereotipos de género, se deriva del limitado carácter del principio de no discriminación así como de las connotaciones liberales del mismo<sup>462</sup>.

### 2.1.2 PRIMER PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (1982-1985)

En 1983 la Comisión decidió organizar las acciones y medidas relativas al principio de igualdad entre hombres y mujeres a través de Programas de Acción Comunitaria. Éstos recomendaban y aconsejaban la adopción y el desarrollo por parte de los Estados miembros de medidas fundamentalmente relativas a determinados aspectos que dificultaban la presencia de la mujer en el mercado laboral. Entre ellos cabe destacar cuestiones como la formación, los horarios y ciclos de vida laboral flexible, la distribución de responsabilidades familiares o el cuidado de hijos e hijas.

Pese a que estos programas no constituyan en sí mismos objeto de la presente investigación, sino que su función es servir de marco para ubicar aquellas disposiciones que sí lo son, es inevitable apuntar como tras ellos también subyace este carácter esencialmente económico.

Los tres primeros programas tenían por objeto el acceso de la mujer al mercado de trabajo mediante la mejora de su formación y preparación. Sin embargo este objeto no constituye un fin social que persigue estrictamente la protección de la mujer. Delors en el documento titulado *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*<sup>463</sup>, en 1993, más conocido como “Libro Blanco”, presentó el

---

<sup>462</sup> BARBERA, Marzia. *op cit.* p. 145.

<sup>463</sup> Crecimiento, competitividad, empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI - Libro Blanco. COM(93) 700, diciembre de 1993

papel de la mujer trabajadora como un recurso fundamental para la mejora de la competitividad de la economía europea.

Este momento supuso un punto de inflexión, a partir del cual las medidas dirigidas al incremento de la tasa de empleo femenino han ocupado un lugar central en las políticas de empleo de todos los gobiernos miembros. En ocasiones tiende a confundirse e incluso a identificarse las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con este tipo de políticas. Ello es consecuencia, como ya se ha expuesto, de una concepción muy restringida del concepto de conciliación, lo cual conduce a la reducción de esta cuestión a aspectos relacionados exclusivamente con la mujer y con el empleo. Esta concepción olvida matices tan estructurales como la dignidad de la mujer, la igualdad o la corresponsabilidad entre el hombre y la mujer.

El primer Programa abarcó desde 1982 hasta 1985. Bajo su vigencia fueron muchas las resoluciones del Consejo que se dictaron en materia de igualdad, con especial actuación sobre el ámbito de la educación. Sin embargo, no tuvo lugar ninguna directiva que poseyera una incidencia específica en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

De esta manera, pese a que la idea de conciliación de las responsabilidades familiares con las aspiraciones profesionales ya había sido mencionada en el Programa de Acción Social de 1974, no sería hasta finales de 1980 cuando se propondrían las primeras medidas concretas.

En esta etapa la mediante la adopción de medidas conciliadoras no se busca satisfacer tanto las reclamaciones feministas sino que, fundamentalmente, se tiene por objeto dar solución a la preocupación emergente en materia de empleo y a la inquietud relativa a la evolución demográfica, causada por el considerable descenso de la natalidad en toda Europa, así como las problemáticas que ello con lleva en relación al mercado laboral, los distintos sistemas de seguridad social y la construcción del mercado único<sup>464</sup>. La conciliación es tratada como un instrumento al servicio del equilibrio de todas estas realidades y no como un fin en sí mismo.

---

<sup>464</sup> McGLYNN, Clare. *op cit.* p. 252.

Junto a autores como BARBERA sostenemos que el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral desde una perspectiva exclusivamente de género resulta insuficiente y que es aconsejable un enfoque más neutral tratado desde los derechos de los padres y madres, incluso desde la perspectiva de los derechos del niño, y de su interés superior tal y como se puede deducir del artículo 24 de la CDFUE<sup>465</sup>.

Durante muchos años la UE no ha tenido competencia en el ámbito relativo a los derechos y políticas familiares por lo que éstos han sido articulados desde otras perspectivas y ámbitos tales como la protección de los trabajadores migrantes, la igualdad de género o la cooperación judicial.

### 2.1.3 SEGUNDO PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (1986-1990)

Bajo el período para el cual fue establecido el Segundo Programa, además de numerosas resoluciones y recomendaciones, se aprobaron en materia de igualdad dos directivas. De un lado, la Directiva 86/378/CEE<sup>466</sup> del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en regímenes profesionales de seguridad social, a la que ya hemos hecho referencia. De otro lado, la Directiva 86/613/CEE<sup>467</sup> del Consejo, de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una

---

<sup>465</sup> Artículo 24 CDFUE. “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”. Vid. CULLEN, Holly. “Children’s Rights”. En PEERS, Steve y WARD, Angela (Eds.). *The European Union Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2004, p. 323-346.

<sup>466</sup> Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. DOCE, núm. 359/59, de 19/12/86.

<sup>467</sup> Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. DOCE, núm. L 225/40, de 12/08/86.



actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, que a continuación será detallada.

Este Segundo Programa se caracterizó por apostar por las acciones positivas como medida fundamental para lograr una igualdad real entre mujeres y hombres. Durante esta década también tuvo lugar el desarrollo de las políticas familiares en el ámbito comunitario así como el compromiso de considerar y tener en cuenta la dimensión familiar de todas las políticas y la conciliación como parte de esta dimensión<sup>468</sup>.

También durante la vigencia del mismo, en 1989 se aprobará la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en cuyo artículo 16 se hace referencia a “*medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares*”. Este pronunciamiento supuso un gran avance formal en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Sin embargo, por lo que al principio de igualdad entre hombres y mujeres se refiere, debe apuntarse que el ámbito de actuación de la Carta y la garantía de los derechos en ella contenidos alcanzaba únicamente a aquellas personas en quienes concurriese la condición de trabajador o trabajadora. En consecuencia, la mujer resultaba la gran desprotegida debido a su precaria situación en el mercado laboral. También se debe hacer mención al carácter no vinculante de este documento por lo que el reflejo real de este precepto quedaría más en la mera intención de los Estados que en su efectividad práctica.

---

<sup>468</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 9 de junio de 1983 sobre la política familiar en la Comunidad. DOCE C 184 de 11.7.1983, p. 116; Conclusiones del Consejo y de los ministros encargados de la familia, reunidos en el seno del Consejo de 29 de septiembre de 1989 relativas a las políticas familiares. DOCE C 277 de 31.10.1989, p. 2.

### **2.1.3.1 Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social**

Esta directiva tiene como finalidad la extensión de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a los regímenes profesionales de la Seguridad Social, tal y como establece su artículo 1.

No prevé novedad alguna en materia de protección a la maternidad, ni regula ningún aspecto que favorezca, directa o indirectamente, la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. En consecuencia, el estudio y tratamiento de la misma se limita a observar su finalidad, por el hecho de ser consecuencia y complemento de las directivas vistas hasta el momento.

Esta norma es otra de las herramientas que la UE prevé con el fin de contribuir, nuevamente, al establecimiento y al funcionamiento de mercado común, al hallarse fundamentada en los artículos 100 y 235 del TCEE, los cuales le otorgan su razón de ser.

### **2.1.3.2 Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad**

Por incluir en su contenido aspectos relativos a la protección de la maternidad y por ser considerada la maternidad como uno de los factores fundamentales que inciden sobre la conciliación, de acuerdo con el enfoque del que este trabajo parte, esta directiva ha sido considerada como una de las directivas que más ha contribuido a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, y sobre la que nos cuestionaremos cuál es el verdadero fin por el que fue promulgada.

Esta directiva conforme a lo dispuesto en su artículo 1 se propone garantizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, así como a sus cónyuges en el que caso en que participen y colaboren en la actividad de manera habitual, no como asalariados ni tampoco como socios. Pretende extender la protección a determinados aspectos no cubiertos por las Directivas 76/207/CEEE y 79/7/CEE.

La norma tiene por objeto hacer frente tanto a las discriminaciones directas como indirectas, originadas por razón de sexo, y concretamente las derivadas del estado matrimonial o familiar.

Sin embargo, tras realizar su análisis, las medidas dispuestas por esta directiva en relación concretamente con la protección de la maternidad son de dudosa efectividad. Puede decirse que su alcance es limitado, ya que su artículo 8<sup>469</sup> sostiene que los Estados tienen únicamente el compromiso, y no la obligación, de examinar aquellas cuestiones relativas a la situación en la que se encuentra la protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas y de las cónyuges de los trabajadores autónomos que colaboren en la actividad. El artículo únicamente menciona el examen de la posibilidad de que éstas se beneficien, en caso de interrupción de su actividad por embarazo o maternidad, de prestaciones de la seguridad social y de servicios sociales o equivalentes. Menciona exclusivamente el compromiso de realizar un examen o análisis pero en ningún momento hace referencia a la adopción de medidas efectivas de protección cuando del resultado del análisis así se requiera.

Por ello esta directiva aporta poco en relación a la protección de la maternidad. No obstante, sus disposiciones relativas a los distintos sistemas de seguridad social de cada Estado sí que gozan de una mayor efectividad. La concreción de estas

---

<sup>469</sup> “los Estados se comprometen a examinar la cuestión de saber si, y en qué condiciones, las mujeres trabajadoras autónomas y las cónyuges de los trabajadores autónomos pueden, durante la interrupción de su actividad por razones de embarazo o de maternidad,

- tener acceso a servicios de sustitución o a servicios sociales existentes en el territorio, o

- beneficiarse de una prestación económica en el marco de un régimen de seguridad social o de cualquier otro sistema de protección social pública”, artículo 8 de la Directiva 86/613 del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad”.

disposiciones es mayor. Así el artículo 6 sostiene que en aquellos Estados miembros en que exista un sistema contributivo de seguridad social para los trabajadores autónomos, se deberá contemplar la posibilidad de que los cónyuges de éstos que colaboren en la actividad, puedan adherirse a un régimen, voluntario y contributivo de seguridad social.

El objeto que podemos identificar en esta directiva continúa estando vinculado al establecimiento y construcción de un mercado común en el que las reglas del juego han de ser las mismas para todos. Es por ello que mediante la misma, trata de establecerse, principalmente, unas medidas comunes en materia de seguridad social, de manera que todos los Estados deban aplicar las mismas medidas y deban garantizar los mismos derechos a sus trabajadoras y trabajadores autónomos y a sus cónyuges no asalariados ni asociados que participen en la actividad, no teniendo ventajas competitivas en el mercado unos Estados sobre otros.

En este sentido, por una parte, el considerando tercero recuerda nuevamente que el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 119 del TCEE “*forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común*”. Por otra parte, el considerando séptimo pone de manifiesto la disparidad existente en esta materia entre las legislaciones de los distintos Estados miembros y menciona la importancia de proceder a una aproximación de las disposiciones nacionales.

#### 2.1.4 TERCER PROGRAMA DE ACCIÓN A MEDIO PLAZO SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA HOMBRES Y MUJERES (1991-1995)

Tal y como en la introducción de este capítulo ha sido puesto de manifiesto, es a partir de la década de los 90, el momento en el que la cuestión relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral comienza a adquirir una identidad y un tratamiento propio. De esta manera se desliga del marco de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el que se había incardinado hasta el momento.

Es al amparo del Acuerdo sobre política social anexo al Tratado de la Unión Europea, cuando el tratamiento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral,

adquiere, por vez primera, carácter vinculante para los Estados miembros. En este período, al mismo tiempo, esta cuestión se convierte en un aspecto de especial interés en el diseño de la política social comunitaria.

Antes de hacer referencia a la conciliación estrictamente, es preciso mencionar en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, marco en el que la primera cuestión hasta el momento se incardina, el escaso desarrollo que ha experimentado el artículo 119 TCCE. El artículo 6 del Acuerdo Anexo al Protocolo Social del Tratado de la Unión Europea reproduce prácticamente el artículo 119 TCEE, con alguna leve modificación en absoluto trascendente. Reitera el concepto inicial y rígido de igualdad retributiva “para un mismo trabajo”, ignorando la más flexible fórmula del “trabajo de igual valor”.

Como novedad en la redacción de este artículo 6 puede mencionarse la inclusión de un párrafo que referencia las acciones positivas a favor de la mujer o medidas de discriminación positiva, destinadas a compensar determinadas situaciones en las que tradicionalmente la mujer ocupa una posición de inferioridad respecto del hombre. El artículo 6.3 prevé la posibilidad de los Estados miembros establezcan medidas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

Jurisprudencialmente, en esta etapa se produjo la expresa desvinculación de la discriminación por razón de conciliación de la discriminación por razón de género<sup>470</sup>. Normativamente, el ejemplo más claro de esta desvinculación se producirá en la formulación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000.

El Tercer Programa de Acción Comunitario sigue una estrategia que no consiste en la construcción de una estructura normativa vinculante, sino que opta por medidas “blandas”, lo que le permite abarcar un mayor espectro de cuestiones, así como el cuidado de los niños y las niñas o los usos del tiempo.

En relación a la cuestión planteada, entre los actos y disposiciones no vinculantes cabe mencionar la primera Recomendación del Consejo de 31 de marzo de

---

<sup>470</sup> *Österreichischer*, sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 2004 (C-220/02).

1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas<sup>471</sup>. Ésta destaca la importancia del cuidado de los hijos y, en consecuencia, de los permisos de paternidad y maternidad como instrumentos que faciliten la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales. De ella se deduce la enorme correlación que existe entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y aquellas cuestiones relativas a la igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres.

La recomendación define estrategias concretas en cuatro ámbitos: el desarrollo de los servicios de cuidado para progenitores laboralmente activos o en período de formación; la introducción de cambios en la organización del trabajo como flexibilización de horarios o la creación de servicios y espacios que faciliten la conciliación; campañas de sensibilización dirigidas a implicar a los hombres en la corresponsabilidad tanto de las autoridades nacionales como de las regionales o locales, así como de los interlocutores sociales, en el desarrollo de las medidas necesarias para facilitar la conciliación de los padres y madres laboralmente activos.

Pese a que este texto careció de carácter vinculante, destacó por la novedad de sus recomendaciones entre las que solicitaba la adopción y fomento progresivo de *“iniciativas destinadas a hacer compatibles las obligaciones profesionales, familiares y educativas de los hombres y de las mujeres, derivadas del hecho de tener a cargo niños o niñas”*<sup>472</sup>. Esta recomendación aboga, en su artículo 6, por la necesaria corresponsabilidad entre hombres y mujeres en lo que al cuidado de los niños y niñas se refiere. Comienza, de esta manera, un cambio de perspectiva en la división tradicional de las tareas entre hombres y mujeres por razón de género, aunque únicamente se de en el plano formal.

Sin embargo, la recomendación no consigue ocultar que tras este interés por el cuidado de los niños, en el que anima y aconseja participar tanto a hombres como a mujeres, se halla una preocupación más profunda. La conciliación es propuesta como

---

<sup>471</sup> Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas. Diario Oficial L 123 de 8.5.1992.

<sup>472</sup> *Ibidem.* artículo 1.

parte de la estrategia para remover los obstáculos al acceso al mercado de trabajo, y especialmente de los obstáculos y trabas que encuentra la mujer.

Previamente mencionado, es necesario reiterar la importancia del Libro Blanco sobre el Crecimiento, Competitividad y Empleo (1993), el cual no se limitó al desarrollo de medidas en aras de promover la igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo sino que previó concretamente estrategias e instrumentos dirigidos a facilitar la conciliación de vida familiar y laboral en el marco del crecimiento y competitividad. Este documento permite apreciar el carácter económico de estas medidas.

NUÑO GÓMEZ, sostiene que las políticas de conciliación, que hasta el momento habían sido consideradas exclusivamente como estrategias dirigidas a incrementar la tasa femenina de empleo (finalidad claramente económica), adquieren un nuevo cariz, y comienzan a ser consideradas también como instrumentos y herramientas para el fomento de la competitividad de las empresas (finalidad, obviamente, también económica)<sup>473</sup>. El informe de la Comisión sobre el Tercer Programa de Acción Comunitario<sup>474</sup>, al que se acaba de hacer referencia, establece la conciliación como uno de sus principales objetivos y en concreto hace mención a la implementación de aquellas medidas dirigidas a reducir las barreras que impidan el acceso y la participación de la mujer en el mercado de trabajo. Sostiene que el aumento del empleo femenino ayudaría a la mejora de las economías locales debido a la demanda de servicios de cuidado de niños, así como la del transporte entre otras.

De entre la normativa vinculante que bajo este período se promulga, guarda especial relación con la problemática relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral las dos directivas que a continuación se analizan.

---

<sup>473</sup> NUÑO GÓMEZ, Laura. *op.cit.* p. 99.

<sup>474</sup> Report from the Commission. Equal opportunities for women and men. Third Community Action Programme 1991- 1995.Mid-term Report. COM (95) 246 final, de 13 de junio de 1995, p. 38. “The action proposed is intended to reduce the barriers to access to and participation in the labour market by women, via measures designed to help reconcile work and family responsibilities”.

#### **2.1.4.1 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**

Esta norma<sup>475</sup> surge al amparo del TCEE, concretamente de su artículo 118 A en virtud del cual se obliga al Consejo a establecer mediante directivas las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores<sup>476</sup>. También actúan como referentes el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, el cual establece que “[t]odo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección para su salud y de su seguridad” y la Directiva 89/381/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, bajo cuyo marco se encuadra en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 16 de la misma.

Hasta este momento la protección de la mujer que se halla en las circunstancias mencionadas por la directiva era llevada a cabo a través de la aplicación de la legislación existente en materia de no discriminación por razón de sexo, sin embargo la presente norma, tal y como se ha expuesto, queda recogida en el marco de las normas relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras<sup>477</sup>.

El hecho de contar con una normativa específica para la tutela de estas cuestiones les confiere a las mismas un mayor nivel de protección que aquel del que pueden disponer a través de la vía de la no discriminación.

---

<sup>475</sup> Vid. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. “Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas 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)”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm.127/128.1995, pp. 55-65; BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *EU Gender Equality Law*. Luxemborg: European Comission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. 2008, pp. 12 y 13.

<sup>476</sup> SACRISTÁN ROMERO, Francisco. “Reflexiones sobre algunas directivas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 30. 2007, p. 53. Vid. BURROWS, Noreen. “Maternity rights in Europe- an embryonic legal regime”. *Yearbook of European Law*. Vol. 11. 1991, pp. 273-293.

<sup>477</sup> BUSBY, Nicole. “Divisions of labour: maternity protection in Europe”. *op. cit.* p. 278.



Esta directiva, como a continuación se muestra, protege en exclusiva la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz, o en período de lactancia<sup>478</sup>, por lo que en puridad, tampoco podría calificarse como una norma que contribuye directamente a facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. No obstante indirectamente, incide en ella en gran medida. De esta manera, si calificamos la maternidad como uno de los factores fundamentales que integran y determinan la ecuación “vida, personal, laboral y familiar”, pasa a convertirse en norma objeto de este estudio.

Es cierto que esta norma protege restringidamente a la mujer, por lo que en su momento provocó profundas discusiones acerca de si vulneraba o no el principio de igualdad de trato. Sin embargo, también es cierto que la maternidad, en sí misma, es una característica exclusivamente femenina<sup>479</sup> de la que derivan en muchas ocasiones una serie de penalizaciones para la mujer, fundamentalmente en el ámbito laboral, por lo que las acciones positivas que para su protección se lleven a cabo, en ningún caso podrán ser consideradas discriminatorias.

Esta norma limita el ámbito de protección a las situaciones únicamente de embarazo, parto y lactancia natural, de lo que se puede inferir el abandono del paternalismo característico de la primera etapa<sup>480</sup>. A su vez, el Preámbulo de la misma manifiesta su inquietud por las posibles consecuencias que estas medidas puedan provocar en la mujer al establecer que la protección contenida en la directiva “*no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres*”.

La citada norma promovió la aplicación de medidas en esta línea y en relación a la cuestión que ocupa el presente trabajo, reconoce en su artículo 8 el permiso por maternidad. Éste dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que “*las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz y se encuentren en*

---

<sup>479</sup> CABEZA PEREIRO, J. “Maternidad y riesgos laborales”. En AA. VV. Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género. Madrid: Consejo General del poder Judicial. 2007, p. 241.

<sup>480</sup> LOUSADA AROCHENA. “Maternidad y conciliación en el Derecho comunitario”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 23. 2006, pp. 249.

*período de lactancia, disfruten de un permiso de maternidad mínimo de 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Así también sostiene que “este permiso deberá incluir, un permiso por maternidad obligatorio de cómo mínimo dos semanas, disfrutadas antes y/o después del parto”.*

Con el fin de otorgar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, el artículo 10 establece la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y la terminación del permiso por maternidad. Otra de sus previsiones fundamentales, prevista en el artículo 11.2 b), consiste en el derecho que tiene la trabajadora, que se halle en las circunstancias a las que hace referencia la directiva, concretamente en las previstas en los artículos 5, 6, 7 y 8, a que le sea garantizado el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada. El artículo 11, en su apartado 3, sostiene que esta remuneración se considerará adecuada cuando *“garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales”.*

Esta garantía es imprescindible, pues sin ella, la mujer se vería totalmente discriminada y penalizada por el hecho de la maternidad. En este sentido su penúltimo considerando sostiene que *“las disposiciones relativas al permiso de maternidad no tendrían asimismo efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo y del mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada”.*

Entre las deficiencias de esta Directiva autores como GHAILANI<sup>481</sup> destacan las siguientes lagunas. En primer lugar se hace referencia al ámbito de aplicación personal de la directiva. El artículo 2 define la trabajadora embarazada como aquella que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Este último inciso referente a las legislaciones y/o prácticas nacionales

---

<sup>481</sup> GHAILANI, Dalila. “La protection des droits liés à la grossesse et à la maternité dans l’ordre juridique communautaire”. *Revue Belge de Sécurité sociale*. Núm.2. 2002, p. 371.

supone posibles divergencias en el concepto de trabajadora embarazada y en consecuencia diferencias considerables en el ámbito de aplicación personal de la directiva entre los distintos Estados miembros.

En segundo lugar, es notable la ausencia de referencia en la directiva a la negativa a contratar por parte del empresario con causa en el embarazo. La norma prevé únicamente la protección de la trabajadora embarazada frente al despido, sin embargo, la práctica demuestra que, además de los despidos, un embarazo o una perspectiva de embarazo son a menudo causa de discriminación en el momento de la contratación.

En tercer lugar, la directiva no prevé referencia alguna en relación al derecho de las mujeres a reincorporarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente a la finalización del permiso de maternidad. Este derecho es un corolario natural de la prohibición de despido.

En cuarto lugar, cabe resaltar la no definición de ninguna medida precisa de la prevención. La directiva se limita a definir los factores de riesgo de manera no exhaustiva y prever que estos factores serán tenidos en cuenta para la definición de medidas preventivas.

En quinto lugar y último lugar, es necesario precisar que el alcance de la protección otorgada por la directiva representada fundamentalmente por el permiso de maternidad depende del nivel de la retribución garantizada. A este respecto, la directiva resulta insuficiente. Al no definir ninguna mínimo específico y limitarse a hacer referencia al ingreso de los trabajadores en caso de enfermedad, la directiva mantiene desigualdades muy importantes entre los Estados miembros.

En esta directiva no queda directamente reflejada la finalidad económica de la misma, en ella no se entrevén estrategias de fomento de empleo femenino, ni tampoco de fomento de la natalidad. Simplemente se trata de una norma que persigue estrictamente proteger la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada, cuando haya dado a luz o en período de lactancia.

El Abogado General en el asunto *Brown* en atención a las finalidad perseguida por la Directiva 92/85 sostiene que ésta se fundamenta jurídicamente en artículo 118A

del Tratado, el cual obliga al Consejo a establecer, 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.

El único atisbo en el que parece subordinarse esta protección de la maternidad a otros intereses aparece contemplado en el considerando octavo de su exposición de motivos donde se establece que *“la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo”*. Aquí podemos observar la constante preocupación de la Unión por el empleo y por el mercado de la misma.

El CESE argumenta que los permisos por maternidad excesivamente largos dificultan la reincorporación de las mujeres en sus puestos de trabajo así como su promoción dentro de su carrera profesional, y tienen como consecuencia un elevado índice de abandono del mercado laboral<sup>482</sup>. Este resultado o efecto resultaría totalmente contrario a toda política de fomento de la tasa de actividad femenina.

El permiso por maternidad es esencial para la protección de la salud de la mujer así como para el cuidado y la atención del menor, sin embargo si el mismo no va acompañado de modificaciones en relación al rol desempeñado por el hombre, ésta contribuirá, irremediablemente, a perpetuar la división tradicional de tareas entre el varón y la mujer<sup>483</sup>. Es necesario que al tratar esta cuestión la normativa implique también al varón en las tareas de cuidado.

En relación a esta directiva, se ha de mencionar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008<sup>484</sup> por la que ésta pretendió ser modificada. La propuesta proponía, además de la ampliación del permiso de maternidad de catorce a dieciocho semanas, una serie de medidas dirigidas a estimular a

---

<sup>482</sup> Dictamen 997/2007 del Comité Económico y Social Europeo sobre "Empleo para las categorías prioritarias (Estrategia de Lisboa)".

<sup>483</sup> BENN, Melisa. *Madonna and Child: Towards a New Politics of Motherhood*. London: Vinatge.1998, p.70.

<sup>484</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo 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 período de lactancia [COM (2008)637 final-no publicada en Diario Oficial].

las mujeres trabajadoras para que retomaran su actividad después del parto. En este sentido se planteó el derecho de las mujeres a reincorporarse al mismo puesto de trabajo en las mismas condiciones y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo y el derecho a solicitar una revisión de sus horarios de trabajo con el fin de conciliar la vida profesional y familiar.

Esta directiva fue modificada en 2007 por la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus Directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica. Tal y como su propio nombre indica, no supuso cambios relevantes, sino que únicamente afectó a la simplificación y racionalización de los informes sobre su aplicación.

La maternidad es una de las causas fundamentales de discriminación de la mujer en el ámbito del empleo, por lo que el TJCE ya había conocido asuntos relacionados con esta causa con anterioridad a la adopción de la Directiva 92/85/CEE, y que fueron planteados sobre la base de la Directiva 75/117/CEE y de la Directiva 76/207/CEE. Es a partir de 1995 cuando comienzan a producirse los primeros fallos fundamentados directamente en la Directiva 92/85<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup> Sentencias anteriores a la Directiva 92/85: *Hoffman*, sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984 (C-184/83); *Dekker*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-117/88); *Habermann-Beltermann*, sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92); *Web*, sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, (C-32/93); *Hertz*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C- 179/88); *Larsson*, sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997 (C- 400/95); *Brown*, sentencia del TJCE de 30 de junio de 1998 (C-394/96); *Thibault*, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1998 (C- 136/95); Gillespie, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996 (C- 342/93); Primeras sentencias a partir de la Directiva 92/85: *Boyle*, sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (C- 411/96); *Handels-og*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1998 (C- 66/96).

#### **2.1.4.2 Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo**

Esta directiva no contiene una referencia expresa entre sus objetivos ni entre sus fundamentaciones y motivaciones a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, sin embargo al regular el factor “tiempo”, aspecto trascendental en la ecuación que conforma la conciliación entre la vida profesional y personal, su contribución a esta cuestión resultó fundamental, por lo que se procede a analizar sus fines.

Su cuarto considerando hace referencia al párrafo primero del artículo 7 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en el que se establece que *“la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad”*. De esta manera queda claramente plasmado el objeto último de la misma, es decir, *“la realización del mercado interior”*. La mejora de las condiciones vida, es meramente una consecuencia de la construcción de este mercado interior que queda establecido como fin último.

Al mismo tiempo su sexto considerando reitera esta idea al sostener que *“la presente directiva constituye un elemento en el marco de la dimensión social del mercado interior”*. Continúa hablando del mercado interior como objeto principal, el cual se halla conformado por distintas dimensiones, entre las que se halla la dimensión social. Ésta aparece como un elemento de un todo, un todo que es el mercado.

La Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha directiva, tampoco contiene referencia alguna a la fundamentación de la ordenación del tiempo de trabajo en base a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

### 2.1.5 CUARTO PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (1996-2000)

En el período durante el cual estuvo vigente este programa, pueden ser destacadas, en relación a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, fundamentalmente dos directivas: 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 y la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. Relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES que a continuación serán analizadas.

Este programa incluyó entre sus seis objetivos prioritarios el fomento de una política de conciliación de la vida laboral y familiar. Ello daría a la misma un tratamiento privilegiado en el marco de las políticas de la UE.

En relación al programa mencionado puede decirse que de acuerdo con lo establecido en el Informe de la Comisión sobre la implementación del Programa de acción comunitario sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el mismo pretendía más la incorporación de la mujer en el mercado laboral que la modificación de la división de roles tradicional mediante la promoción de la implicación del varón en las tareas de cuidado y del hogar. En este informe la Comisión sostiene que la política de conciliación es necesaria para aprovechar el potencial económico de las mujeres y para satisfacer sus deseos de incorporarse o reincorporarse al mercado de trabajo<sup>486</sup>.

En la exposición que se realiza, este cuarto programa se verá interrumpido estructuralmente por el comienzo, con el Tratado de Ámsterdam, de la segunda etapa de la evolución de la normativa europea en esta materia, tal y como se distinguió en un principio.

---

<sup>486</sup> Interim Report from the Commission on the Implementation of the Community Action Program on Equal Opportunities for Men and Women (1996-2000), COM (98) 770 final, p. 20.

### **2.1.5.1 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**

El primer proyecto de la Comisión consistente en la elaboración de una directiva sobre el permiso parental tuvo lugar en 1983<sup>487</sup>. De acuerdo con autores como FALKNER, éste tenía por fin el apoyo a los esfuerzos de la Comunidad para favorecer el desarrollo armonioso del mercado común<sup>488</sup>. Dicha finalidad, como a continuación se expondrá, resultaría más tarde reafirmada por la propia directiva a través de la cual se llevaría a cabo este propósito. Debido a la oposición británica este proyecto quedaría suspendido durante casi una década<sup>489</sup>.

Finalmente, el permiso parental fue puesto en funcionamiento través de la Directiva 96/34/CE<sup>490</sup>. Por medio de ella se llevó a cabo la aplicación del Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones UNICE, CEEP y CES<sup>491</sup>, en virtud de lo previsto en el artículo 139 TCE.

La directiva que a continuación se analiza se fundamenta en diversas razones y motivos. Por un lado, en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el que se prevé entre otras cosas que “*conviene, asimismo, arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares*”. Por otro lado, se fundamenta en el hecho de que la

---

<sup>487</sup> Vid. DAVIDSON, Fraser P. “Parental Leave-Time for Action?” *Journal of Social Welfare Law*. Vol. 8. Núm. 5. 1986, pp.281-289.

<sup>488</sup> FALKNER, G., *EU Social Policy*. Routledge, London, 1998.

<sup>489</sup> Vid. STRATIGAKI, Maria. “The Cooptation of Gender Concepts in EU politics: The Case of “Reconciliation of Work and Family”. *Social Politics*. Vol. 11, Núm. 1. 2004, p. 47.

<sup>490</sup> Vid. TROISI BROSSE, Monique. “The Parental Leave Directive: Reconciling Work with FamilyLife?” *European Law Reporter*. 2011. Núm. 3, p. 100-109.

<sup>491</sup> Estas organizaciones internacionales son, respectivamente y según el Glosario de la Síntesis de la legislación de la UE, la Unión de Industrias de la Comunidad Europea, el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos y la Confederación Europea de Sindicatos.



Comisión considerara deseable el emprendimiento de una acción comunitaria en materia de conciliación entre la vida profesional y la vida laboral<sup>492</sup>.

Esta directiva constituye una de las normas que más directamente han contribuido a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, aunque se limita fundamental y casi en exclusiva a lo referente al cuidado de los hijos e hijas. Tanto el Preámbulo del Acuerdo como el apartado primero de su Cláusula 1 sostienen que el objetivo del mismo es *“facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan”*.

La norma contribuye a la conciliación esencialmente a través de dos instrumentos. En primer lugar, mediante el establecimiento de un permiso parental de tres meses y, en segundo, lugar mediante la regulación de las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a razones familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente.

El permiso parental se halla regulado en el apartado primero de la Cláusula 2 del Acuerdo en la que se establece que *“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, al menos, tres meses hasta una edad determinada que pueda ser de hasta 8 años y que debería ser definida por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales”*.

Este derecho ha sido definido como un derecho individual para trabajadores y trabajadoras. Uno de los más aspectos más destacables es que la norma recomienda a los Estados la creación de un permiso independiente, individual e intransferible. Concretamente mediante su carácter intransferible se pretende fomentar y promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en lo relativo a las responsabilidades derivadas del cuidado de familiares y del hogar. En este sentido la consideración octava sostiene que *“debe animarse a los hombres a asumir parte igual de las responsabilidades familiares”*. Sin embargo este permiso no goza de una protección específica que le otorgara cierta efectividad real.

---

<sup>492</sup> Considerando tercero del Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones UNICE, CEEP y CES.

La directiva tampoco prevé ninguna compensación económica para el tiempo de su disfrute y por otra parte este carácter intransferible es previsto como una mera recomendación. La ausencia de previsión de una asignación económica durante el transcurso de este período dificultará inevitablemente la adopción del permiso<sup>493</sup> y contribuirá a la perpetuación de la división tradicional de roles puesto que al ser, en la mayoría de los casos, el sueldo de la mujer inferior al del varón, será ella la que sea obligada a solicitar este permiso<sup>494</sup>. CARACCIOLO DI TORELLA sostiene que esta directiva se fundamenta en la idea de que las madres son y deberían permanecer siendo las principales responsables del cuidado de los niños<sup>495</sup>.

En segundo lugar, la directiva contribuye a facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, mediante la adopción por parte de los Estados miembros y/o los interlocutores sociales de las medidas necesarias para que los trabajadores y trabajadoras puedan ausentarse de su trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Este instrumento queda previsto en la Cláusula 3 del Acuerdo marco del permiso parental.

La imprecisa redacción de esta medida provoca que sean los Estados miembros quienes determinen los supuestos en los que exista este derecho así como su duración. Esta falta de concreción resta a la norma homogeneidad y fuerza vinculante.

La no contemplación de esta medida en el título tanto del Acuerdo como de la directiva, ha sido criticada por autores como TRUJILLO PÉREZ. Este autor sostiene que a consecuencia de esta omisión quedan en un segundo plano las medidas dirigidas al fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, inferidas tanto del

---

<sup>493</sup> McGLYNN, Clare. *op cit.* p. 257.

<sup>494</sup> BARBERA, Marzia. *op cit.* p. 148.

<sup>495</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia. "A critical Assessment of the EC legislation aimed at Reconciling Work and family Life: lessons from the Scandinavian model?" En COLLINS, Hugh *et al.* *Legal Regulation of the Employment Relation*. London: Kluwer. 2000.

Preámbulo, como de las Consideraciones generales, como de la Cláusula 1 del Acuerdo<sup>496</sup>.

También cabe mencionar entre las medidas que contempla esta directiva la comprendida en la Cláusula 2.4 del Acuerdo en virtud de la cual los trabajadores tendrán derecho a ser protegidos “*contra al despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos o los usos nacionales*”, también tendrán derecho al final del permiso parental a ocupar su mismo puesto de trabajo o equivalente en el caso que lo primero no fuera posible, pues así lo prevé la Cláusula 2.5, así como a mantener aquellos derechos que hubieran adquirido con anterioridad al disfrute del permiso parental, de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 de la Cláusula 2.

Entre las críticas que algunos autores han realizado a la directiva puede mencionarse aquella defendida, entre otros, por CARACCIOLO DI TORELLA consistente en considerar insuficiente la duración del permiso establecido en esta norma. Esta autora sostiene que debido a la brevedad de este permiso se acostumbra a cogerlo cuando el niño es muy pequeño, lo que da lugar a que en la mayoría de los casos el mismo sea solicitado por la madre<sup>497</sup>.

Esta norma fue pensada con el fin de facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales pero no de todos los padres y madres, sino únicamente de aquellos que reunieran la condición de trabajadores, es decir, aquellos que tienen un contrato o relación laboral. De esta manera el ámbito de la directiva queda intrínsecamente vinculado al ámbito del empleo, y en consecuencia esto deja entrever el corte economicista que prima en ella.

Por el contrario y a modo de ejemplo, debe ser mencionada la normativa alemana en relación al permiso parental. En ella se contemplan como beneficiarias de las prestaciones por maternidad y de los créditos de pensiones tanto a las madres que no

---

<sup>496</sup> TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier. “De la conciliación a la corresponsabilidad. Una oportunidad no aprovechada: La sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2010”. *Revista de derecho Constitucional Europeo*. Núm 14. 2010, p. 495.

<sup>497</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. *Reconciling Work and Family in EU Law and Policy*. New York: Palgrave MacMillan. 2010, p. 75

trabajan como a las que lo hacen y a las que lo hacen a tiempo parcial. El fin que con ello se pretende es dar un valor cuantitativo al cuidado de la familia y equiparar esta tarea a cualquier trabajo que se realice fuera del hogar<sup>498</sup>.

Por otra parte, esta directiva también ha sido criticada por dejar de lado el cuidado de otros familiares distintos de los hijos e hijas. Como ya se ha expuesto la conciliación es un todo en el que conviven factores como el tiempo y realidades como la maternidad y las responsabilidades familiares, dentro de las cuales que quedan incluidos tanto el cuidado de menores como de mayores. Ésta última realidad no es contemplada por la directiva<sup>499</sup>.

Aspecto a destacar es la inserción expresa de esta materia, en la séptima consideración, dentro de la política familiar. Éste prevé que *“la política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa”*. Esta inclusión aleja las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del ámbito de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y le otorga un carácter más amplio al calificarla como política familiar.

Tras buscar qué otros fines podrían hallarse tras esta directiva, de manera clara su duodécima consideración plasma entre sus objetivos y de manera conjunta, por una parte *“la necesidad de mejorar las disposiciones de la política social”* y por otra parte *“fomentar la competitividad de la economía de la Comunidad y evitar trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”*.

El problema radica en la identificación de cuál de estos objetivos se halla supeditado a cuál. Algunos autores como FALKNER sostienen que esta directiva tenía

---

<sup>498</sup> OSTNER, Ilona. “De igualdad de salario a igualdad de empleo”. En ROSSILLI, M. (Coord.). *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, S.A de Ediciones. 2001, p. 60.

<sup>499</sup> CABEZA PEREIRO, Jaime. “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”. *Revista de Derecho Social*. Núm. 31. 2005, p. 25.

por fin el apoyo a los esfuerzos de la Comunidad para favorecer el desarrollo armonioso del mercado común<sup>500</sup>.

## **2.2 DEL TRATADO DE AMSTERDAM HASTA LA ACTUALIDAD**

La segunda etapa del ordenamiento europeo en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, comienza con la promulgación del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997. Este Tratado otorga una especial relevancia a la política de empleo y dedica un título específico al “Empleo”.

El Tratado de Ámsterdam sí modificará el artículo 119 TCEE, que cambia de numeración pasando a ser el artículo 141 TCE. La nueva redacción expone de forma más explícita la compatibilidad de la acción positiva con el principio de no discriminación por razón de sexo. Amplía el ámbito de aplicación del principio de igualdad de retribución no solamente referido a supuestos de un mismo trabajo, sino también a supuestos de trabajos de igual valor, tal y como venía estableciendo la doctrina del TJCE. Finalmente este precepto facilita la adopción de normas de Derecho derivado en esta materia a través del procedimiento legislativo de codecisión con el Parlamento.

Ese mismo año, en la Cumbre extraordinaria de Luxemburgo<sup>501</sup> se fortalece la regulación al respecto y los Estados miembros se comprometen a presentar directrices para el empleo, que se incorporarán a los planes nacionales de empleo que se presentarán en la Cumbre de Cardiff, en 1998. Entre ellas cabe destacar la adopción de medidas que contribuyan a reducir la desigualdad en las tasas de empleo entre mujeres y hombres (Directriz 16), a conciliar la vida laboral y familiar (Directriz 17) y a facilitar la reincorporación al mercado de trabajo (Directriz 18).

---

<sup>500</sup> FALKNER, G., 1998. *op cit.*

<sup>501</sup> Consejo Europeo sobre Empleo, celebrado en Luxemburgo, los días 20 y 21 de noviembre de 1997.

La Estrategia de Lisboa adoptada en el año 2000 en la sesión especial del Consejo Europeo<sup>502</sup> celebrada en dicha ciudad marcó como objetivo principal hacer que la Unión Europea “*se convierta en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo*”. Con esta finalidad es con la que son promovidas todas las medidas en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y dentro de las cuales ha sido integrado el desarrollo de políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por ello se puede decir que estas políticas obedecen a un fin superior de carácter económico.

En esta estrategia se fijaron objetivos concretos en lo referente a la empleabilidad de las mujeres, así se estableció que “*el índice de empleo es demasiado bajo y se caracteriza por una participación insuficiente de mujeres*”<sup>503</sup>. Se puso de manifiesto realidades tales como el descenso de la natalidad, el envejecimiento de la población y la insostenibilidad del sistema de protección social si no existía un aumento en el número de la población activa. La igualdad de género no es considerada como una cuestión de justicia social sino como un medio para el sostenimiento de las finanzas públicas y del modelo de bienestar europeo<sup>504</sup>.

De esta manera y con el fin de conseguir el objetivo dispuesto en el párrafo 30 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Lisboa consistente en el incremento de la tasa de empleo femenina<sup>505</sup>, establece en el párrafo 29, entre las medidas propuestas para el logro de tal fin la promoción de la conciliación entre la vida familiar y laboral. Todas las referencias que realiza a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, incluye tanto a hombres como a mujeres, sin embargo la “agenda

---

<sup>502</sup> Consejo Europeo, celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000.

<sup>503</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa. Párrafo 4.

<sup>504</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa. Párrafo 23.

<sup>505</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa. Párrafo 30. “El Consejo Europeo considera que el objetivo global de estas medidas debería ser, con base en las estadísticas disponibles, aumentar la tasa de empleo actual de una media del 61% a tan cerca como sea posible del 70% a más tardar en 2010 y aumentar el número actual de mujeres empleadas de una media actual del 51% a más del 60% a más tardar en 2010. Teniendo en cuenta sus diferentes puntos de partida los Estados miembros deberían considerar la posibilidad de establecer objetivos nacionales para aumentar la tasa de empleo. De este modo, al incrementarse los efectivos laborales, se reforzará la sostenibilidad de los sistemas de protección social.”

real” refleja que la conciliación es un problema de la mujer y que impide el incremento de la participación de ésta en el mercado laboral<sup>506</sup>.

Como instrumento jurídico fundamental que nace dentro de este período, cabe mencionar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

Su artículo 33, contenido en el Título IV que tiene por título “Solidaridad”, dispone que:

*“1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. 2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.*

Este apartado segundo recoge aquellos derechos destinados a garantizar la conciliación de la vida familiar, personal y laboral que habían sido reconocidos por el Derecho derivado o a través de la jurisprudencia del TJUE hasta ese momento.

Bajo esta segunda etapa tendrán lugar la continuación del Cuarto Programa de Acción Comunitario de igualdad de oportunidades (1996-2000), el Quinto Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades (2001-2005), el Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010), así como la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015).

---

<sup>506</sup> McGLYNN, Clare. *Families and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006, p. 94.

### 2.2.1 CUARTO PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (1996-2000)

Continuando bajo el amparo del Cuarto Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades, pese a no tener carácter vinculante es digna de mención la Resolución del Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000<sup>507</sup>, relativa a la participación equilibrada de los hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. En ella se reconoce de manera explícita que *“tanto los hombres como las mujeres, sin discriminación fundada en el sexo, tienen derecho a compaginar la vida profesional y familiar”*.

En la citada resolución pueden hallarse tres líneas de actuación con el fin de lograr esta participación equilibrada entre hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. En primer lugar se aborda la creación de servicios públicos para la atención de responsabilidades familiares, en segundo lugar, la promoción de medidas de sensibilización en materia de conciliación y en materia de corresponsabilidad y, en tercer lugar, el apoyo a la iniciativa empresarial que adopte estrategias y medidas con el fin de facilitar la conciliación.

Su punto 1 i) hace referencia a la posibilidad de establecer un permiso de paternidad intransferible y disfrutable simultáneamente al permiso de maternidad. Este punto será el origen del actual permiso de paternidad recogido en muchas de las legislaciones de los Estados miembros.

Respecto a la normativa vinculante surgida en esta etapa, es preciso resaltar la Directiva 97/81/CE, que a continuación se expone.

---

<sup>507</sup> Véase Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2000/C 218/02, de 31 de julio de 2002.



### **2.2.1.1 Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES**

El trabajo a tiempo parcial ha sido considerado durante mucho tiempo como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral<sup>508</sup> y así queda dispuesto en la quinta consideración general del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES. Es por ello que esta directiva ha sido seleccionada para ser analizada en el presente trabajo.

Esta norma tiene por objeto “*garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial*”, así viene establecido en la cláusula 1 del Acuerdo. Ella, a su vez, contribuye indirectamente al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, dentro del marco del principio de no discriminación, debido a que la gran mayoría de empleos a tiempo parcial son ocupados por mujeres.

Esta directiva respondió a la necesidad planteada por el Consejo Europeo de Dublín de 1996 de promover diversas modalidades de trabajo con el fin de hacer frente al nivel de desempleo existente. De acuerdo con McGLYNN esta directiva fue adoptada como parte de una política macroeconómica de desregulación y flexibilización, efectuada a costa de los derechos de los trabajadores<sup>509</sup>. Ello, a su vez, precisaba de la creación de nuevos sistemas de protección social aplicables a estas nuevas formas de trabajo.

Entre estos nuevos modelos se presta una especial atención al trabajo a tiempo parcial, concebido en un principio como una medida que permite la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Posteriormente, estudios más recientes han demostrado

---

<sup>508</sup> Vid. O'REILLY, Jacqueline y FAGAN, Colette. *Part-time Prospects: International Comparisons of Part-time Work in Europe, North America and the Pacific Rim*. London: Routledge, 1998; McREA, Susan. “Part Employment in a European perspective”. En DREW, EMERIK y MAHON. *Women, Work and the Family in Europe*. London: Routledge. 1998 . pp. 100-109.

<sup>509</sup> McGLYNN, Clare. “Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy”. *op cit.* p. 259.

cómo esta modalidad de empleo tiene efectos negativos sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>510</sup>.

El CESE no tiene una posición clara acerca de las jornadas laborales a tiempo parcial, ya que si por un lado entiende que son una buena medida de conciliación, por otro lado, destaca las repercusiones negativas que tiene la “feminización” de este tipo de jornada en cuanto a bajos ingresos, dificultades de promoción o tipo de trabajos realizados<sup>511</sup>.

Los trabajos a tiempo parcial, no gozan lógicamente de la misma remuneración que los trabajos a tiempo completo, lo cual causa bien una dependencia de este trabajador o trabajadora respecto de su cónyuge o pareja, bien una situación de precariedad económica en aquellas familias monoparentales. También impiden en muchas ocasiones la promoción profesional, el desempeño de puestos de responsabilidad y, en ocasiones, suponen una merma de derechos respecto de los poseídos por los trabajadores y trabajadoras a tiempo completo.

Tenidas en cuenta estas circunstancias, no se debe olvidar que en la inmensa mayoría de los casos son las mujeres quienes ocupan este tipo de puestos, debido a que continúan siendo ellas quienes tienen atribuidas las responsabilidades del cuidado de la familia y del hogar. Según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, durante el último trimestre de 2013, en España el 72.4% de los trabajos a tiempo parcial son ocupados por mujeres<sup>512</sup>. Esta modalidad de empleo se convierte en uno de los instrumentos fundamentales para poder compatibilizar la vida familiar y profesional y al mismo tiempo en un obstáculo en el camino hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

La Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la

---

<sup>510</sup> BELTRÁN FELIP, Reyes, “Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elemento para su análisis”. *Cuaderno de Relaciones Laborales*. Núm. 17. 2000, pp. 139-161.

<sup>511</sup> Dictamen 325/2004 del Comité Económico y Social sobre el tema “Medidas de apoyo al empleo” (Dictamen de iniciativa).

<sup>512</sup> Encuesta de población activa, tercer trimestre de 2013.24 de octubre de 2013. Instituto nacional de Estadística, consultado el 09/12/2013: <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0313.pdf>

CES trató de paliar la discriminación sufrida por los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, contribuyendo indirectamente a reducir la desigualdad existente entre hombres y mujeres. Para ello exigió a los Estados el establecimiento de unos principios generales y de unas condiciones mínimas para este tipo de contratos. Tal y como sostiene la cláusula 4 del Acuerdo *“no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*. Pese a ello, se observa como en la realidad, en muchas ocasiones los trabajadores a tiempo parcial no gozan de los mismo beneficios y derechos que los trabajadores a tiempo completo, ni tampoco pueden disponer de las mismas medidas de conciliación que éstos.

Junto con estos fines de carácter social, como puede ser la mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial, se han de mencionar también otros fines que la propia directiva expone.

En primer lugar, la tercera consideración hace referencia y fundamenta la directiva en el artículo 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, donde se menciona que *“la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad”*. De esta manera se refleja cómo el fin último es la construcción de un mercado interior, el cual tendrá como consecuencia intrínseca la mejora de las condiciones de trabajo de sus miembros.

En segundo lugar, queda claramente expuesto que uno de los fines principales, por no decir el fundamental, es la promoción del empleo. Éste aparece transcrito en la quinta consideración de la directiva y reiterado en la cuarta consideración general del Acuerdo, así como en el primer párrafo del preámbulo del Acuerdo donde se sostiene que *“el presente Acuerdo es una contribución a la estrategia europea general a favor*

*del empleo*". Tal y como sostiene MOSS la conciliación comienza a ser considerada no sólo como un condicionante del empleo sino como un factor generador de empleo<sup>513</sup>.

Por su parte, los agentes sociales rechazaron el tratamiento obligatorio a prorrata de trabajo a tiempo parcial que proponía la Comisión<sup>514</sup>. Esta propuesta también refleja la primacía dada a la creación de empleo, sin prestar atención a la calidad de los puestos creados.

En tercer lugar, la consideración séptima tiene en cuenta "*la necesidad de mejorar las exigencias de la política social, favorecer la competitividad de la economía de la Comunidad y evitar la imposición de limitaciones administrativas, financieras y jurídicas que obstaculicen la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas*". En ella se menciona expresamente el aspecto económico como uno de los fines principales.

Tal y como establece BARBERA, la legislación laboral en el ámbito de la UE persigue su legitimación no sólo como instrumento de protección social sino también como un medio para la optimización de la eficiencia económica y para la racionalización de las relaciones productivas<sup>515</sup>. La misma autora sostiene que la problemática relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral acostumbra a ser planteada como una cuestión que afecta principalmente al funcionamiento de trabajo y al sistema del bienestar.<sup>516</sup>

---

<sup>513</sup> MOSS, Peter." Reconciling Employment and Families Responsibilities: A European perspective". En LEWIS, Susan y LEWIS, Jeremy. *The Work Family Challenge: rethinking employment*. London: Sage Publications. 1996, p. 22.

<sup>514</sup> Decisión 95/593/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un Programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). OJ nº L 335, 30.12.1995.

<sup>515</sup> BARBERA, Marzia. *op cit.* p. 155.

<sup>516</sup> *Ibidem*.

### **2.2.1.2 El derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 33 el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. Si atendemos a las explicaciones a la Carta<sup>517</sup>, éstas fundamentan el apartado 1 de este artículo “*en el artículo 16 de la Carta Social Europea*”. A continuación sostienen que *[e]l apartado 2 se inspira en la Directiva 92/85/CEE del Consejo 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, y en la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES*”. También afirman que este segundo apartado “[s]e basa asimismo en el artículo 8 (protección de la maternidad) de la Carta Social Europea y se inspira en el artículo 27 (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato) de la Carta Social revisada”. La explicación referente a este precepto finaliza puntualizando que “[e]l término «maternidad» abarca el período desde la concepción a la lactancia”.

Las Explicaciones a la CDFUE fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, en 2007 serían actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

La redacción del artículo 33, cuidadosamente diseñada se limita a reafirmar los derechos proclamados por la Directiva relativa a la protección de la maternidad y la Directiva sobre el permiso parental. En particular, la omisión de una referencia a una permiso retribuido es, cuanto menos, considerable.

---

<sup>517</sup> Explicaciones a la Carta (14.12.2007 Diario Oficial de la Unión Europea C 303/17)

También cabe tener en cuenta el cambio de redacción que experimenta este precepto. El borrador de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 28 de julio de 2000, en el que este derecho era recogido en el artículo 31<sup>518</sup>, establecía que toda persona tenía el derecho a conciliar su vida familiar y su vida laboral, mientras que en la siguiente versión y ya en la finalmente publicada se establecía esta conciliación, no como un derecho propio sino como un objetivo a cuya consecución contribuye la garantía de otros derechos.

En la primera redacción del precepto se proclama la existencia del derecho a la conciliación como un derecho en sí mismo que comprende en él otros derechos como el derecho a no ser protegido contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

En la redacción definitiva y vigente hoy se proclaman estos derechos como medios con el fin de lograr la anhelada conciliación de la vida familiar y laboral pero no se atreve a consagrar esta realidad como un derecho propio, por ello sostiene que “[c]on el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a [...]”.

La creación de un derecho a la conciliación queda reflejada también en el propio texto de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar<sup>519</sup>, en la que el considerando quinto establece que “[t]anto los hombres como las mujeres, sin discriminación fundada en el sexo, tienen derecho a compaginar la vida profesional y la vida familiar”.

---

<sup>518</sup> Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, CHARTE 4422/00 (July 28, 2000), article 31: “Everyone shall have the right to reconcile their family and professional lives, which includes in particular the right to protection from dismissal because of pregnancy and the right to paid maternity leave and to parental leave following the birth or adoption of a child”.

<sup>519</sup> Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. DO C 218 de 31.7.2000

Siguiendo a autores como McGLYNN se puede plantear la hipótesis de que si la primera de las redacciones hubiera sido la finalmente plasmada en la Carta el TJUE podría haberse servido de ella para ampliar y desarrollar el contenido del derecho a la conciliación mediante una interpretación no tan encorsetada como la que le obliga a realizar la redacción definitiva<sup>520</sup>.

La inserción de este precepto en la Carta ha resultado esencial, pues le otorga el carácter de derecho fundamental y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, le otorga al mismo un carácter vinculante incrementando así su nivel de tutela y efectividad<sup>521</sup>.

También cabe poner de manifiesto que este artículo lleva por título “vida familiar y vida profesional”, y la perspectiva desde la que estas medidas son garantizadas es de carácter familiar. Esta ubicación apoya la tesis de que las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral han de encuadrarse dentro de las políticas familiares y no como políticas de igualdad de oportunidades o como políticas de empleo.

Por otra parte, también cabe plantear que el artículo 24.1 CDFUE reconoce el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, lo que abre la posibilidad de plantear esta cuestión desde otra perspectiva. Es decir, permite estudiar el derecho a conciliar como un derecho subjetivo del niño a ser cuidado adecuadamente por sus padres.

Sin embargo el TJUE se pronunció al respecto en la sentencia de 16 de septiembre de 2010, en el asunto C-149/10. El Tribunal sostuvo que el embarazo múltiple de una funcionaria no genera derecho a tantos permisos parentales como hijos nazcan, por lo que el permiso parental es entendido como un derecho de los progenitores y no como un derecho de los hijos a ser cuidados. Pese a ello y siguiendo la argumentación que en la sentencia se plantea no puede darse el debate por zanjado ni mucho menos, al menos por el momento.

---

<sup>520</sup> McGLYNN, Clare. *op cit.* p. 263.

<sup>521</sup> TROISI BROSSE, Monique. *op cit.* p.100.

## 2.2.2 QUINTO PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO A MEDIO PLAZO PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2001-2006)

En marzo de 2002, el Consejo Europeo reunido en Barcelona pone en marcha una serie de acciones y medidas dirigidas a suprimir los elementos que obstaculizan y desincentivan la participación de la mano de obra femenina, principalmente mediante el establecimiento, para 2010, de estructuras de cuidado para al menos el 90% de los niños de más de tres años, y al menos, el 33% de los niños menores de dicha edad.

Es cierto que el establecimiento de estas estructuras de cuidado contribuye a la igualdad entre hombres y mujeres y a la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, sin embargo se ha de decir que obedece fundamentalmente al cumplimiento de las estrategias europeas de crecimiento y empleo. Es decir, contribuye y tiene su fundamentación en fines de carácter económico.

Este programa serviría para reforzar las políticas de conciliación dentro de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de la UE, y pondría de manifiesto la importancia de la implicación en el tratamiento de esta gestión de los agentes sociales.

Dentro de este quinto programa no tuvo lugar ninguna directiva que contribuyera especial y directamente a la materia objeto del presente estudio, sin embargo cabe mencionar algunas que, debido a su incidencia en el ámbito de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, han facilitado, indirectamente, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Así, 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 y la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica 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. Esta última reitera la protección de la



maternidad, remitiéndose a la Directiva 92/85/CE<sup>522</sup>, y la relativa al permiso parental, dispuesto en la Directiva 96/34/CE<sup>523</sup>.

Cabe destacar de la misma, por una parte aquello dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2.7 en virtud del cual “[l]a mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”. Por otra parte en el párrafo tercero del mencionado apartado del artículo 2 se sostiene que “[u]n trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá discriminación en el sentido de la presente Directiva”.

Esta norma viene a completar la Directiva 92/85/CEE, ya que ésta no garantizaba plenamente a la mujer trabajadora que se hallaba en las circunstancias prescritas en la misma, derechos como la vuelta al puesto de trabajo<sup>524</sup>. Su mejora consistió en el establecimiento de una cláusula según la cual si una mujer embarazada es despedida durante el embarazo o durante el permiso por maternidad en la mayoría de los Estados miembros el empresario deberá demostrar que el despido se debe a una causa objetiva al margen del embarazo, es decir, esta Directiva invirtió la carga de la prueba.

Sí cabe hacer mención a la Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada<sup>525</sup>, adoptada el 9 de marzo de 2004 en la cual son abordados distintos aspectos de esta realidad que desvelan los intereses e inquietudes de la UE en relación a la misma. Este documento relaciona estrechamente esta cuestión al empleo, en virtud de lo dispuesto en el considerando A, y

---

<sup>522</sup> 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).

<sup>523</sup> 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.

<sup>524</sup> LÓPEZ, M<sup>a</sup>. T. y VALIÑO, A. *Conciliación Familiar y Laboral en la Unión Europea. Valoración de las políticas públicas*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2004, p. 28.

<sup>525</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129(INI)). DOUE C 102E. 28.04.2004.

a la igualdad, de acuerdo con lo establecido en el considerando B. Prueba de ello es la referencia que realiza al Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en el que se sostenía que las medidas dirigidas a mejorar la conciliación de la actividad profesional y la vida familiar debían contribuir a que la proporción de mujeres activas rebasase el 60% en 2010, éstas debían eliminar los obstáculos a la participación de las mujeres en el mercado laboral.

Así también la resolución relaciona la conciliación con la problemática demográfica al considerar en su apartado G que la mejora de las medidas tendentes a facilitar el equilibrio entre ambas facetas contribuye al aumento, no sólo de la tasa de actividad femenina sino también al incremento de la tasa de natalidad. Otro de los motivos que plantea para el fomento de la adopción de este tipo de medidas por parte de las empresas, consiste en la calificación de las mismas no como un coste sino como una inversión útil y pertinente que favorece el crecimiento a largo plazo.

Tanto el objetivo consistente en lograr un aumento en la tasa de empleo, como el demográfico como el relativo al crecimiento económico de las empresas conforman distintas facetas de una misma realidad y de un fin último consistente en el crecimiento y desarrollo económico de la Unión. Ello manifiesta nuevamente la subordinación de esta realidad a intereses de carácter económico.

Dejando de un lado este análisis teleológico, conviene destacar otros muchos aspectos que el texto menciona y que son dignos de mención bien por su importancia bien por su carácter innovador. Aspecto a tener en cuenta, es la referencia que realiza a la posibilidad de contemplar estos instrumentos desde el ámbito de las políticas familiares y, concretamente, desde la perspectiva de los derechos del niño, tal y como aparece contemplado en el considerando J de la resolución. De hecho en el punto 7 de la misma alienta a separar los conceptos de *gender mainstreaming* y *family mainstreaming*.

Punto a destacar también es la preocupación por la cuestión relativa al fomento de la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres, es decir por la participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y en la vida familiar. Esta

idea queda reforzada en el punto 26 de la resolución al plantear la necesaria intransferibilidad de los permisos parentales.

También conviene resaltar el llamamiento que realiza a la Comisión en su punto 8, con el fin de elaborar una directiva marco del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada. Esta propuesta todavía no ha sido atendida a día de hoy, pues todas aquellas normas existentes en relación a la cuestión tratan aspectos y ámbitos concretos de la misma, pero ninguna aborda esta realidad en su conjunto, lo que puede originar una falta de coordinación entre los distintos instrumentos existentes lo que podría originar una ineficacia de los mismos.

Una de las propuestas más relevantes que realiza, que al parecer también ha caído en saco roto y que cristaliza en una de las críticas que se plantean al tratamiento de esta cuestión, es la inclusión de ayudas para el cuidado no sólo de niños sino de otras personas dependientes. Las medidas existentes en esta materia acostumbran a centrarse en exclusiva en la atención y el cuidado de niños dejando fuera esta realidad más frecuente cada día debido al inevitable e imparable envejecimiento de la población europea. El texto realiza una explícita crítica a esta cuestión en el punto 32.

Propone en el punto 15 la posibilidad de garantizar a aquellas personas que opten por el trabajo familiar y la educación de los niños el disfrute durante la vejez de la misma seguridad que cuando ejercían una actividad profesional.

También pone de manifiesto algunas necesidades especiales como las de las familias numerosas o las familias monoparentales las cuales requerirán por sus características de unas ayudas especiales. Señala la importancia de la promoción del fomento de la reinserción tras un largo período ausente, los horarios de trabajo flexibles, el trabajo a distancia así como el trabajo a tiempo parcial de calidad al tiempo que deja entrever los riesgos de éste último en lo que a la proyección profesional se refiere.

### 2.2.3 PLAN DE TRABAJO PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES 2006-2010

El Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres, llevado a cabo por la Comisión para los años 2006-2010, establece entre sus áreas principales “la conciliación de la vida privada y actividad profesional”. En este sentido sostiene que:

*“Los acuerdos laborales flexibles presentan muchas ventajas. No obstante, el hecho de que muchas más mujeres utilicen esas disposiciones tiene consecuencias negativas para la posición de éstas en su puesto de trabajo y en su independencia económica; Como consecuencia del declive demográfico, la UE no puede permitirse ningún derroche de capital humano. Mejores guarderías permiten hallar un nuevo equilibrio entre el trabajo y la vida privada; pocos hombres disfrutan de un permiso parental o de un trabajo a tiempo parcial. Deberían adoptarse medidas para animarlos a que asuman responsabilidades familiares”.*

Este Plan, con el fin de satisfacer y lograr los objetivos en él establecidos, incorpora medidas específicas de financiación al incluir el compromiso de “*explorar las posibilidades de desarrollar la elaboración del presupuesto comunitario teniendo en cuenta la dimensión de género y evaluando su impacto*”. Así también, cabe destacar la previsión de la creación del Instituto Europeo para la Igualdad de Género, el cual es concebido con la finalidad de supervisar y evaluar aquellas acciones previstas en el Plan.

Es preciso hacer mención a la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, oficialmente firmado por los Jefes de Estado el 13 de diciembre de 2007, pues su artículo 6 atribuye eficacia de Tratado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. En ella se reconoce expresamente en el artículo 33 el derecho a la conciliación entre la vida familiar y profesional.

También tuvo gran relevancia en 2008 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “*Un equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar*”<sup>526</sup>. Ella destaca la importancia de la conciliación entre

---

<sup>526</sup> COM (2008) 635 final.

los aspectos profesional, privado y familiar, así como la interrelación existente entre las decisiones personales para poder combinar estas realidades y las políticas públicas. El modo en que las personas compaginan estas obligaciones encontradas influye en la participación en el mercado laboral o en las tasas de fertilidad, y al mismo tiempo las políticas públicas influyen en la toma de estas decisiones.

La comunicación plantea como principales medidas a promover y a desarrollar aquellas relacionadas con los permisos por motivos familiares, con la garantía de la igualdad de trato de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores y con la existencia de guarderías infantiles asequibles y de calidad. La primera de estas cuestiones será abordada mediante la Directiva 2010/41/UE, del Parlamento y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. La misma garantiza en su artículo 8 que las trabajadoras autónomas, así como las mujeres que sus cónyuges o parejas de hecho que contribuyan a la actividad de los trabajadores autónomos, tendrán derecho a disfrutar de un subsidio de maternidad de cuantía suficiente que le permita interrumpir la actividad profesional por un período mínimo de 14 semanas.

Este texto entiende como una de las finalidades principales de las medidas de conciliación el hecho de *“atraer a más personas al mercado laboral”*. Así lo establece tras hacer referencia al relanzamiento de la Estrategia de Lisboa<sup>527</sup> en 2005, donde se reconoció *“la necesidad de explotar el enorme potencial de las mujeres en el mercado de laboral”*. De esta manera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al

---

<sup>527</sup> COM (2005) 24. La Cumbre de Luxemburgo sobre el empleo en noviembre de 1997, anticipa la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam lanzando la Estrategia Europea de Empleo. El objetivo de la EEE es reducir significativamente el desempleo a escala europea en cinco años. La EEE crea un marco de vigilancia multilateral que incluye, en particular, un informe conjunto sobre el empleo anual, unas directrices de empleo que servirán de base para los planes nacionales de acción (PNA) elaborados por los Estados miembros, así como recomendaciones del Consejo de Ministros a los distintos Estados miembros. La coordinación de las políticas nacionales de empleo tiene como principal objetivo que los Estados miembros se comprometan sobre un conjunto de objetivos y metas comunes, en torno a cuatro pilares: la empleabilidad, el espíritu empresarial, la adaptabilidad y la igualdad de oportunidades.

El Consejo de Lisboa de marzo de 2000 fijó el objetivo de convertir a Europa en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» en diez años. La EEE adquiere toda su importancia en esa estrategia global.

incremento del empleo, es decir, a intereses económicos. Quedan reducidas a medios las que deberían ser planteadas como fines en sí mismas.

Bajo la vigencia de este Plan han sido llevadas a cabo dos directivas que en mayor o menor medida han contribuido a la mejora de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. En primer lugar, la Directiva 2006/54/CE<sup>528</sup> cuyas aportaciones no son excesivamente numerosas pero sí supone un impulso en esta materia. En segundo lugar, la Directiva 2010/18/UE<sup>529</sup>, directiva que sí puede ser calificada de pilar fundamental dentro de esta temática.

### **2.2.3.1 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)**

La Directiva 2006/54, 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, no se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo sí contiene pequeñas pinceladas al respecto que construyen y suponen un avance en este sentido<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> 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). Diario Oficial L 204 de 26.7.2006.

<sup>529</sup> 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 BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

<sup>530</sup> VICENTE AÑÓ, Vicente. “Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Comentario a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, p. 278.

Esta norma actuó como norma codificadora y recopiló en ella otras como las Directivas 76/207/CE<sup>531</sup>, la 97/80/CE<sup>532</sup> y la 75/117/CE<sup>533</sup>, y sus modificaciones. Reúne en un único texto las disposiciones existentes en este ámbito, así como ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Mediante ella se pretendía simplificar la abundante legislación existente en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres y facilitar una mejor regulación al respecto<sup>534</sup>.

Su punto 11 invita explícitamente a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a que adopten “*reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar*” y propone “*reglamentaciones adecuadas sobre el permiso parental que puedan solicitar tanto padres como madres*”, así como “*la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de niños y la asistencia a personas dependientes*”.

Las referencias normativas relativas a derechos de conciliación en esta directiva son escasas. Esta carencia puede justificarse por tratarse de una norma fruto de otras normas y por el hecho de que ninguna de ellas tenga por objeto expreso la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A pesar de ello, sí pueden encontrarse algunas disposiciones que se acercan más directamente a esta temática como el artículo 15 donde se menciona la “*reintegración tras el permiso de maternidad*” para que la

---

<sup>531</sup> 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.

<sup>532</sup> Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo

<sup>533</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

<sup>534</sup> BRZEZIŃSKA Agata. “Gender equality in the Case Law of the European Court of Justice”. *Institute for European Studies*. Working paper 2/2009, p.14; *Vid.* GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar y CEBRIÁN CARRILLO, Antonio. “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE”. *Revista el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, pp. 241-274.

persona trabajadora pueda beneficiarse de *“cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”*.

Por lo que a la finalidad con la que esta Directiva es dictada, se ha de decir que en ella confluyen todos los objetivos de las distintas normas que refunde. Es por ello que pese a que sostenga que tiene por objeto *“garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”*, tal como enuncia su artículo 1, con éste convive cada uno de los objetivos de las normas que la directiva refunde. La finalidad de esta directiva puede ser deducida de su ámbito de aplicación, es decir, en éste se plantea como fin garantizar la igualdad entre hombres y mujeres únicamente en el ámbito de la empleo y de la ocupación, dejando entrever así la superioridad del fin económico.

#### **2.2.3.2 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 BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE**

Esta directiva tiene su base en la Directiva 96/34/CE, a la que deroga<sup>535</sup>, y en el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado en 1995 que ésta última recoge y que sería revisado por los interlocutores sociales. De esta manera la Directiva 2010/18/UE es fruto de la negociación entre estos interlocutores, negociación que quedó plasmada en el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental celebrado por BUSINESS, la UEAPME, el CEEP y la CES, de 18 de junio de 2009<sup>536</sup>.

Esta última directiva sostiene respecto de la Directiva 96/34/CE en su tercera consideración, que *“contribuyó en gran medida a mejorar las oportunidades de que disponían los trabajadores con hijos en los Estados miembros para conciliar mejor sus responsabilidades laboral y familiares mediante permisos”*.

---

<sup>535</sup> Considerando 7, Directiva 2010/18/UE del Consejo por la que se aprueba el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE

<sup>536</sup> Fecha de presentación ante la Comisión, 30 de julio de 2009, COM (2009) 410 final.



Debido a este carácter y origen negociado, la Directiva 2010/18/UE puede ser calificada de norma de mínimos que tiene como fin la armonización de las legislaciones de los Estados miembros así como la fijación de unas directrices comunes en materia de conciliación<sup>537</sup>. Así viene establecido en el propio texto en la cláusula 1.1. Algunos autores como CABEZA PEREIRO hablan de su carácter “laxo” y “muy tibio”<sup>538</sup>.

Sin embargo, y pese a ser calificada de tibia, esta directiva prevé un mecanismo de control con la intención de asegurar su cumplimiento y tiene un mayor alcance que su predecesora. Por una parte su artículo 2 establece que *“los Estados miembros determinarán las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones nacionales promulgadas en aplicación de la presente directiva. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”*. De esta manera trata de garantizar el cumplimiento de su contenido. Otorga a los Estados miembros la función de control y de sanción.

Por otra parte, y como novedad, respecto a su ámbito de aplicación reconoce expresamente en su cláusula 1.3 que la misma se aplicará a *“trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con un contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal”*. Éste es ampliado respecto a la directiva anterior, la cual únicamente alcanzaba, de acuerdo con lo dispuesto en su cláusula 1.2 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”*.

Este amplio ámbito de aplicación unido a la voluntad expresa de dar cumplimiento a la norma, refleja la intención de armonizar y homogeneizar las legislaciones de los distintos Estados miembros, de manera que unos mínimos comunes sean garantizados a todos los trabajadores y trabajadoras con independencia del tipo de relación laboral que les una a su empleador.

---

<sup>537</sup> GILL, Tess. “Parental Leave- Reconciliation policies and Employment- the UK”. En CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta (Eds.). *Reconciliation, Corresponsability and Employment: International Experiences*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. 2012, p. 86.

<sup>538</sup> CABEZA PEREIRO, J. “¿En que debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”. *Revista Aranzadi Social*. Núm. 6. 2010, p. 89.

Por lo que al análisis del objeto se refiere, en primer lugar se ha de hacer mención al objeto que muestra la directiva de manera clara y evidente. La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo *“facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales”*.

La conciliación aparece así como fin último, no obstante y puesto que el objeto del presente trabajo es determinar la concurrencia de este fin social tras las distintas directivas existentes en materia de conciliación procede hacer mención a determinadas relaciones establecidas por la directiva, que pueden conducir a la consecución de otros fines, y no precisamente de carácter social.

En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Se realiza especial alusión a uno de sus objetivos consistente en *“incrementar la tasa de empleo general al 70%, la tasa de empleo femenino al 60% [...], y la contribución al logro de estos objetivos de las políticas encaminadas a mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”*.

De este párrafo se deduce el carácter instrumental y no final que poseen las políticas y medidas en materia de conciliación. Este objeto que la directiva trata de mostrar como fin último, no resulta más que un medio, una herramienta para el alcance de otras metas que preocupan mucho más a la Unión como es el incremento de la tasa de actividad femenina.

Así, puede argumentarse nuevamente el carácter económico de la normativa europea en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, concretamente, en este caso, de la Directiva 2010/18/UE.

Desde las instituciones europeas se viene defendiendo la corresponsabilidad como meta fundamental, y como medio para el alcance de una igualdad real entre

hombres y mujeres. En este sentido, la Directiva 2010/18/UE reconoce en su considerando 12 que *“las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado”*, por ello propone *“adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”*.

Esta expresa mención acerca de la importancia de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres es de suma trascendencia, puesto que es necesario corregir realidades tales como la *“doble presencia femenina”*<sup>539</sup>, y la exclusiva atribución a la mujer de los roles de cuidado de la familia y del hogar.

Entre las aportaciones de la directiva que contribuyen al fomento de esta ansiada corresponsabilidad y al reparto equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, pueden mencionarse, la afirmación del carácter, *“en principio”* intransferible del permiso parental, así como la diferenciación realizada entre el permiso de maternidad, el parental y las ausencias de trabajo.

Por una parte, esta intransferibilidad aparece proclamada en primer lugar en la consideración decimosexta de manera aparentemente absoluta. Sin embargo a la hora de ser regulada, el legislador parece que ha decidido suavizar los términos, convirtiendo el permiso en intransferible parcialmente o, lo que es lo mismo, en transferible.

La cláusula 2.2 contempla que *“a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible”*.

Así también, el hecho de que las modalidades de aplicación del período intransferible se dejen al arbitrio de cada uno de los Estados miembros, indiscutiblemente resta a la medida la pretendida homogeneidad anteriormente mencionada.

---

<sup>539</sup> Con la noción *“doble presencia femenina”* se acuña el fenómeno en virtud del cual las mujeres se hallan presentes tanto en la esfera pública como en la esfera privada siendo responsables en ambos ámbitos y de manera casi exclusiva en en ésta última.

Por otra parte, mediante la distinción entre el permiso de maternidad, el parental y las ausencias al trabajo por causa mayor, la directiva trata de poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y que no pueden las disposiciones que protegen la maternidad sustituir a los específicos permisos parentales<sup>540</sup>.

De lo dispuesto en el considerando cuarto<sup>541</sup> se deduce que los principales instrumentos de los que la Unión Europea se vale para la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar son aquellas medidas existentes en materia de protección de la maternidad y de permiso parental. Ello unido a que la regulación olvida la protección de cuidados que requieren aquellos familiares que no reúnen la condición de hijos e hijas, causa una de las deficiencias más importantes de estas directivas. Esta norma no recoge una alusión concreta en relación al cuidado de familiares, lo que supone una carencia criticable de la misma. La necesidad de cuidado a familiares distintos de los hijos constituye uno de los problemas fundamentales de los trabajadores y trabajadora.

En su cláusula 7<sup>a</sup>, mantiene una referencia idéntica a la contemplada en la cláusula 3<sup>a</sup> de la Directiva 96/34/CE<sup>542</sup>, en la que se regulaba la ausencia al trabajo por motivos de fuerza mayor. Bajo estas disposiciones han hallado amparo las ausencias al trabajo por el cuidado de familiares, puesto que no existe una regulación expresa que contemple tales circunstancias. Las dificultades para llevar a cabo el cuidado de las personas mayores es una realidad que está cada vez más presente en nuestra sociedad y que se convierte en un elemento fundamental en la complicada empresa de la conciliación.

---

<sup>540</sup> *Ibidem.* p. 92.

<sup>541</sup> “[...] la Comisión consultó a los interlocutores sociales europeos en 2006 y 2007 sobre la manera de seguir mejorando la conciliación de la vida profesional, privada y familiar y, concretamente, la legislación de la Unión existente en materia de protección de la maternidad y permiso parental, así como la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares, tales como los permisos de paternidad, de adopción y para el cuidado de familiares.” Considerando 4, Directiva 2010/18/UE del Consejo por la que se aprueba el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE

<sup>542</sup> 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.

También cabe mencionar lo dispuesto en la cláusula 5.5 en la cual se remite a los Estados miembros la regulación de las cuestiones relativas a las prestaciones de seguridad social durante el disfrute del permiso parental teniendo en cuenta “*la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de la seguridad social de los distintos regímenes, en particular la asistencia sanitaria*”. Sin embargo, en relación a los ingresos, el Acuerdo marco únicamente recuerda a los Estados miembros que la existencia de prestaciones sustantivas de la seguridad social durante la duración mínima del permiso parental influye de modo muy significativa en el disfrute de dicho permiso. La falta de cobertura económica incide directamente en la escasa utilización del permiso por parte del miembro de la familia mejor remunerado que, en la mayoría de los casos es el varón.

La cláusula 3.3 del Acuerdo incorpora también un aspecto novedoso al prever que las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental se deben ajustar a las necesidades específicas de los progenitores que tienen hijos con discapacidad o con enfermedad de larga duración.

Como aspecto a destacar y que responde a la argumentación planteada en el presente trabajo, ha de ser mencionada la consideración general 8 en la que las políticas de conciliación son concebidas como políticas familiares y no como políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

### **2.2.3.3 Evaluación del Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres 2006-2010**

Desde la Directiva 2010/18/UE hasta la actualidad la cuestión relativa a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha continuado preocupando a la UE y a sus instituciones las cuales han continuado trabajando al respecto.

En junio de 2010 el Parlamento emitió una resolución sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-

2010)<sup>543</sup> en el que se hacía balance de algunas cuestiones relativas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La inexistente estructuración de la evaluación de los resultados del plan en diversas áreas temáticas dificulta su análisis y le resta transparencia, pues impide tener una visión exhaustiva de cada una de las realidades que componen este ámbito relativo a la igualdad.

Previamente a la evaluación de los resultados, el texto considera con carácter general por una parte, la ausencia de una solución eficaz que dé respuesta a la cuestión relativa a la conciliación, así sostiene en el apartado AA que *“sigue sin encontrarse una solución para poder compaginar la vida profesional, familiar y privada”*. Por otra parte, establece la importancia de la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres, y menciona como importante instrumento para su consecución la previsión del permiso de paternidad. También apunta como nota excepcional a tener en cuenta que el hecho de *“no incluir los períodos de permiso parental y de maternidad en el cálculo del tiempo de trabajo global es discriminatorio y perjudica la posición de las mujeres en el mercado laboral”*.

En relación con la promoción de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre Pekín +15 - Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género*<sup>544</sup>, alude en su considerando D a la importancia de la misma entre hombres y mujeres y establece la necesidad de *ofrecer a los hombres oportunidades realistas, en particular en materia de licencia parental, para compartir las responsabilidades familiares y domésticas en pie de igualdad con las mujeres*. El mismo texto en su apartado 5 insta a la Comisión a tener en cuenta entre las prioridades de su Plan de trabajo la conciliación del trabajo, la familia y la vida privada.

Por lo que a la evaluación de los resultados del citado plan se refiere, la resolución critica en su punto 2 la no regulación del permiso de paternidad a nivel de la

---

<sup>543</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 y recomendaciones para el futuro (2009/2242(INI)) (2011/C 236 E/13) 18.08.2011.

<sup>544</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2010, sobre Pekín +15 - Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género (2010/C 348 E/03) 21.12.2010

Unión así como el incumplimiento por parte de la mayoría de los Estados miembros de los objetivos de Barcelona consistentes en garantizar el acceso a unos servicios de atención infantil asequibles y de buena calidad.

En el punto 5 se solicita a la Comisión y a los Estados miembros que inicien campañas de sensibilización para acabar con los estereotipos y los papeles tradicionales de cada sexo, en particular campañas dirigidas a los hombres que resalten la necesidad de compartir las responsabilidades familiares. Esta idea también aparecerá reforzada en los puntos 58 y 68.

En el punto 38 se pide a la Comisión que, en colaboración con los Estados miembros y los interlocutores sociales, lleve a cabo una revisión de las políticas de equilibrio entre la vida familiar y laboral con vistas a asegurar que los costes de paternidad no corran a cargo del empleador sino de la comunidad, con el fin de erradicar el comportamiento discriminatorio en las empresas y contribuir a nuestro futuro demográfico.

El Parlamento recuerda a la Comisión y a los Estados miembros en el apartado 39 que es necesario aprobar medidas positivas a favor de las mujeres y de los hombres, con el fin de facilitar su reintegración en el empleo tras un período consagrado a la familia favoreciendo políticas de integración o reintegración en el mercado de trabajo para permitirles recuperar la independencia financiera.

También solicita mayor acción, concienciación y control de los lugares de trabajo con objeto de garantizar mejores condiciones de trabajo para las mujeres, prestando atención a los horarios, al cumplimiento de los derechos relativos a la maternidad y paternidad, a la conciliación entre vida laboral y vida familiar, instando a la ampliación y al pago íntegro de los permisos de maternidad, a la creación, por una parte, del permiso parental y, por otra, de un permiso de paternidad remunerado, a la creación de un permiso familiar remunerado destinado, en particular, al cuidado de familiares dependientes, a medidas para luchar contra los estereotipos sexistas en la

división del trabajo y la prestación de cuidados y a la lucha contra actuaciones que pongan en peligro estos derechos<sup>545</sup>.

El texto pone de manifiesto en su punto 57 la necesidad de recompensar a aquellas empresas que establezcan medidas dirigidas a satisfacer aquellas necesidades de sus trabajadores o trabajadoras derivadas de cuidar a los hijos o familiares.

Finalmente también se refiere a aspectos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral en los punto 67 en el que hace referencia a la situación concreta de las mujeres autónomas y de aquellas mujeres que trabajan en empresas familiares o pequeñas empresas en la cuales su situación es más vulnerable.

#### 2.2.4 ESTRATEGIA PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES 2010-2015

*El Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010)* ha sido sucedido por la Estrategia de la Comisión para la igualdad entre hombres y mujeres (2010-2015)<sup>546</sup>.

Ha sido en este marco bajo el cual el Consejo ha llevado a cabo la adopción del *Pacto Europeo por la igualdad de género*<sup>547</sup> el cual ha destacado, en su segundo objetivo de los tres que plantea, la importancia de la conciliación del trabajo y la vida familiar. La conciliación se plantea como condición previa para la participación en pie de igualdad en el mercado de trabajo de hombres y mujeres, así establece en el mismo la necesidad de *promover un mejor equilibrio entre vida laboral y vida privada para mujeres y hombres a lo largo de toda su vida, con el fin de impulsar la igualdad de género, aumentar la participación de la mujer en el mercado laboral y contribuir a superar los desafíos demográficos.*

---

<sup>545</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010. *op cit.* apdo. 56.

<sup>546</sup> Comunicación de la Comisión, Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres, 2010, COM (2010)491 final.

<sup>547</sup> Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020).DO (2011/C 155/02) 25.05.2011.



Es relevante la importancia que le otorga el pacto a la cuestión relativa a la conciliación, sin embargo cabe poner de manifiesto que la misma aparece en todo momento vinculada bien al incremento de la tasa de actividad femenina, bien a la reversión de la crisis demográfica que en la actualidad atraviesa la UE, lo que en definitiva posiciona nuevamente esta cuestión en el ámbito económico de la Unión. Una vez más, la conciliación es promovida con el fin de contribuir al empleo, al crecimiento y al desarrollo económico.

Cabe destacar que este Pacto es adoptado en estricta relación con la “*Estrategia Europa 2020*”, la nueva estrategia europea para el empleo y el crecimiento<sup>548</sup> que se establece con el objeto de ayuda a los Estados miembros y a la Unión Europea a conseguir elevados niveles de competitividad, productividad, crecimiento, cohesión social y convergencia económica. Esta estrategia incluye como uno de sus objetivos principales el de aumentar hasta el 75 % la tasa de empleo de mujeres y hombres de entre 20 y 64 años, lo que significa que, al aplicar la estrategia, habrá que procurar sobre todo eliminar las barreras a la participación de las mujeres en el mercado laboral.

Bajo este período que comprende la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015) se han desarrollado distintos documentos que refieren a la conciliación de la vida personal, familiar u laboral desde distintas perspectivas. Por ello a continuación se distinguen tres apartados en los que se diferencian tres enfoques desde los que esta cuestión es tratada.

a) La conciliación y el empleo

La UE acostumbra a relacionar estrechamente las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con el empleo, la potenciación del mismo y el desarrollo económico de la Unión. En este sentido el CESE ha sostenido que para que pueda llevarse a cabo el aprovechamiento de los potenciales de ocupación disponibles es necesario aplicar a gran escala una política que fomente las oportunidades de

---

<sup>548</sup> Comunicación de la Comisión “Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. COM (2010) 2020. 3.3.2010

participación que prevea medidas tales como aquellas dirigidas a facilitar la compaginación de la vida profesional y la vida laboral<sup>549</sup>.

En esta misma línea el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible*<sup>550</sup> argumenta en su apartado 39 la necesidad de promover la conciliación del trabajo y de la vida familiar mediante una asistencia a la infancia adecuada y de calidad y mediante medidas en el lugar de trabajo que favorezcan a la familia. El Parlamento argumenta que entre las causas de la pobreza femenina<sup>551</sup>, como puede ser la reciente crisis económica, se encuentran los obstáculos creados por la falta de conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente cabe destacar también como uno de los principales instrumentos que se prevén en la Comunicación de la Comisión, *El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*<sup>552</sup>, la conciliación de la vida familiar y laboral.

En este sentido establece que la Comisión contribuirá al desarrollo de políticas para compaginar la vida laboral, la privada y la familiar, especialmente gracias a enfoques innovadores que vengán propiciados por el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que apoyen la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral y en los puestos de toma de decisiones.

También sostiene que la Comisión ha de trabajar con los Estados miembros para que aprovechen al máximo las oportunidades de cofinanciación que ofrecen los Fondos

---

<sup>549</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El futuro del mercado de trabajo en Europa — En busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas» (Dictamen exploratorio) (2011/C 318/01). 29.10.2011. Apartados 1.3 y 3.9.

<sup>550</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible (2010/2010(INI)) (2011/C 308 E/02). 20.10.2011

<sup>551</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre el rostro de la pobreza femenina en la Unión Europea (2010/2162(INI)) (2012/C 199 E/09). 7.7.2012. Apartado 6.

<sup>552</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. COM(2012) 615 final. 14.11.2012

Estructurales, con el fin de fomentar el acceso de las mujeres al empleo y su evolución profesional y de mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional.

b) La conciliación y la cuestión demográfica

Son muchos los documentos europeos de carácter relativamente reciente que ponen en relación la cuestión referente a la conciliación de la vida profesional y familiar con la cuestión demográfica. En las *Conclusiones del Consejo sobre la conciliación del trabajo y la vida familiar en el contexto de cambio demográfico*<sup>553</sup>, adoptadas en Luxemburgo el 17 de junio de 2011, se ponen de manifiesto la directa interacción existente entre la conciliación de la vida familiar y laboral y la cuestión demográfica.

El Comité Económico y Social Europeo también ha puesto de relieve esta relación en algunos de sus dictámenes<sup>554</sup>, manifestando la influencia que la política familiar ejerce sobre el cambio demográfico. Se plantea cómo las medidas favorecedoras de la conciliación pueden incidir en el incremento de la tasa de natalidad, y corregir la actual tendencia hacia una población cada vez más envejecida, que plantea problemas tales como la insostenibilidad del sistema de protección social o de atención sanitaria.

El CESE sostiene que el envejecimiento de la población europea, es decir, el incremento de la proporción de personas mayores, se explica haciendo alusión a dos aspectos. Por una parte, esta realidad viene marcada por el aumento de la esperanza de vida y, por otra parte, por un importante descenso de la natalidad que impide la sustitución generacional<sup>555</sup>.

---

<sup>553</sup> Council conclusions, Reconciliation of work and family life in the context of demographic change. 3099<sup>th</sup>. Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs. Council meeting. 17.06.2011.

<sup>554</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros”. (Dictamen exploratorio)(2011/C 218/02). 23.07.2011; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa — En busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas”. (Dictamen exploratorio) (2011/C 318/01). 29.10.2011

<sup>555</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros». (Dictamen exploratorio) (2011/C 218/02). 23.07.2011. Apdo. 2.3.

Esta sociedad envejecida provoca también una nueva necesidad de cuidado de las personas mayores<sup>556</sup> que afecta en mayor medida a las mujeres debido a la división tradicional sexual de los roles, en virtud de la cual las tareas de cuidado han sido asignadas a la mujer. Esta premisa ubica a la mujer en una situación de especial vulnerabilidad.

En respuesta a esta realidad el punto 18 de la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece*<sup>557</sup> solicita que se fomenten políticas de apoyo al funcionamiento del núcleo familiar que permita decidir a sus integrantes si optan por cuidar ellos mismos a sus familiares de mayor edad o por solicitar servicios sociales complementarios manteniendo que en ambos casos la ayuda deberá estar igualmente retribuida.

En este mismo sentido la *Resolución del Parlamento Europeo sobre los cuidados a largo plazo para las personas de edad avanzada*<sup>558</sup> solicita a la Comisión y a los Estados miembros que tengan en cuenta las necesidades de los cuidadores informales, que prestan una proporción significativa de los cuidados a las personas de edad avanzada, y que tomen medidas concretas para apoyar y salvaguardar este recurso mediante la formación, los cuidados temporales y medidas de conciliación de la vida laboral y la vida familiar.

Del mismo modo, la enmienda 31 de la *Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros: Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020*<sup>559</sup> establece que para facilitar el acceso de las mujeres y de los jóvenes al mercado de trabajo, teniendo en cuenta los retos demográficos, “deberán crearse las

---

<sup>556</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece (2009/2205(INI)) (2011/C 308 E/08). 20.10.2011.

<sup>557</sup> *Ibidem*.

<sup>558</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre los cuidados a largo plazo para las personas de edad avanzada (2011/C 308 E/13). 20.10.2011.

<sup>559</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros: Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020 (COM (2010)0193 – C7-0111/2010 – 2010/0115(NLE)) (2011/C 308 E/28). 20.10.2011.

*condiciones para que se disponga de suficientes estructuras de atención infantil, a fin de facilitar a cualquier niño en edad preescolar un lugar de acogida extrafamiliar”.*

c) La conciliación como derecho de la infancia

La idea consistente en plantear la protección de la conciliación desde la perspectiva de los derechos del niño ya ha sido contemplada con anterioridad en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada*, sin embargo puede decirse que la misma adquiere fuerza al vislumbrarse esta misma intención en el apartado 3.9 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones -Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño”. De lo dispuesto en el mencionado apartado se desprende la necesidad de dar prioridad a las posibilidades de proteger y aplicar efectivamente los derechos del niño en ámbitos tales como la conciliación de la vida familiar y la vida profesional.



## **CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

En este capítulo se pretende mostrar el papel y la labor que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo a lo largo de su historia acerca de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Se ha buscado concretar la interacción existente entre la legislación vigente en cada momento sobre la materia y la interpretación y aplicación que el Tribunal ha hecho de la misma, así como las propuestas formuladas al legislador comunitario a través de su jurisprudencia.

Tal y como establece McGLYNN, el TJUE ha contribuido al desarrollo y promoción de las políticas y legislación en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de manera muy considerable y, según esta autora, ha resultado con frecuencia la institución más dinámica de la UE en este área<sup>560</sup>. Sin embargo su actuación no queda exenta de críticas como se observa en el análisis.

FOUBERT plantea dos críticas fundamentales que son las que el presente análisis va a tratar de comprobar y demostrar. Por una parte sostiene que las soluciones dadas por el Tribunal, no siempre contribuyen a la mejora de las oportunidades de la mujer en el mercado laboral. En muchas ocasiones éstas mantienen la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres y refuerzan el papel de cuidado que a la mujer se le ha venido asignando.

Por otra parte, pone de manifiesto la importancia de los factores económicos que se esconden tras la discriminación o tras una actitud no lo suficientemente activa para promover la mejora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de hombres y mujeres<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> McGLYNN, Clare. "Reclaiming a feminist vision: Reconciliation of paid work and family life in European Union law and policy". *op. cit.* Vol.7. 2001, p. 263.

<sup>561</sup> FOUBERT, Petra. *The legal Protection of the pregnant Worker in the European Community*. The Hague: Kluwer Law International. 2002, p.131.

Este capítulo consta de cinco partes. Tras este primer apartado introductorio, en el segundo apartado se expone una breve presentación de la misión y composición del TJUE. En el tercer apartado se presenta la exposición del análisis realizado de cada una de las sentencias de manera cronológica de acuerdo con la metodología expuesta en la introducción de la tesis. En cuarto lugar, se plasma el análisis transversal realizado. Finalmente, en el quinto epígrafe se ponen de manifiesto aquellos resultados que de ambos exámenes se han extraído.

## 2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>562</sup>

Los Tratados y el derecho derivado han otorgado a la institución judicial de la UE la responsabilidad de garantizar el respeto del Derecho de la misma<sup>563</sup>. Con el fin de llevar a cabo esta misión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desempeña fundamentalmente tres funciones. En primer lugar, controla la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión Europea. En segundo lugar, vela por que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados. En tercer lugar, interpreta el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales.

A pesar de estas importantes funciones, el TJUE no posee la competencia exclusiva en la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión, puesto que son los jueces nacionales los encargados en primer lugar de ejercer estas funciones. Ello se debe al carácter directamente aplicable que en muchos casos posee este derecho en los Estados miembros. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el TJUE colaboran para lograr una interpretación y aplicación armoniosas de este Derecho en todo el ámbito de la Unión.

---

<sup>562</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos. 2010; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (Coord.). *Instituciones de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012; DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2009.

<sup>563</sup> Artículo 19.1 TUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, está integrado por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General (creado en 1989) y el Tribunal de la Función Pública (creado en 2004). Cabe puntualizar que en la presente investigación, han sido analizadas exclusivamente aquellas sentencias emanadas del Tribunal de Justicia tal y como se ha justificado en el apartado referente a la metodología.

### **3. ANÁLISIS CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL**

Previamente al comienzo de este análisis debe recordarse que el conjunto de sentencias analizadas es el resultado de la búsqueda realizada utilizando los descriptores “maternidad”, “permiso parental” y “conciliación familiar”. Así se ha realizado puesto que entendemos que todos ellos componen la compleja noción de la conciliación de vida personal, familiar y laboral. Por ello el término conciliación, relativamente reciente, no aparecerá hasta la sentencia *Hill y Stapleton*<sup>564</sup> en la que se reconocerá por primera vez la importancia que el Derecho comunitario ha de otorgar a esta cuestión.

#### ***1. Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana, sentencia del TJCE de 26 de octubre de 1983 (C-163/82)- Recurso por incumplimiento***

El TJCE se enfrenta en este asunto por primera vez con una cuestión relativa a la conciliación pues en el mismo es puesta en entredicho por la Comisión la regulación del permiso de maternidad llevada a cabo por Italia. En este asunto la Comisión refiere al TJCE el incumplimiento por parte de la República Italiana de llevar a cabo la adopción de las medidas oportunas para garantizar los derechos establecidos en la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad

---

<sup>564</sup> *Hill y Stapleton*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1998 (C-243/95).

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.

La Comisión plantea tres ideas. En primer lugar, sostiene que el Gobierno italiano sólo ha implementado el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 5<sup>565</sup> de la Directiva de manera parcial. Argumenta que el mencionado precepto únicamente es desarrollado en relación a determinadas condiciones de trabajo, pero que no todas son contempladas.

En segundo lugar, la Comisión esgrime que la legislación italiana tampoco ha desarrollado plena y suficientemente el artículo 6 en relación con la posibilidad de *“que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes”*.

En tercer lugar, y siendo el punto que guarda mayor relación con la cuestión relativa a la conciliación, la Comisión sostiene que en Italia los hombres son víctimas de discriminación en relación con el permiso de maternidad en el caso de adopción, puesto que la legislación interna únicamente contempla este derecho para la madre adoptante.

El Tribunal finalmente desestima la solicitud de la Comisión. En lo referente a ésta última petición de la Comisión, el Tribunal argumenta, en el párrafo 16 de la sentencia y de acuerdo con la justificación dada por el Gobierno italiano, que lo que se ha pretendido con la regulación de este permiso es la asimilación de la situación de

---

<sup>565</sup> Artículo 5 de la Directiva 76/207. “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.”

entrada de un menor en su familia adoptiva a la situación del nacimiento de un niño en su familia biológica durante el período inicial.

El Tribunal se aparta de la línea argumental establecida en las Conclusiones de la Abogada General Rozès<sup>566</sup>, que sí considera la concurrencia de discriminación por razón de sexo. En muchas ocasiones, como se expondrá, la posición del Abogado General es más satisfactoria para los intereses de los trabajadores y trabajadoras que la dada por el TJCE<sup>567</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia puede observarse la tendencia del Tribunal a mantener la división tradicional de tareas entre hombres y mujeres en virtud de la cual, las funciones de cuidado son atribuidas a la madre<sup>568</sup>. Se ignora el hecho de que el padre puede tener cualquier tipo de legítima necesidad o deseo de un período de permiso. La paternidad se halla limitada debido a la atribución del papel de “breadwinner” al hombre<sup>569</sup>. Esta sentencia no promueve la corresponsabilidad entre hombres y mujeres ni tampoco trata de corregir la situación de desigualdad existente en la sociedad en lo que al cuidado de los hijos se refiere.

El hecho de no garantizar un permiso similar al de maternidad a aquel padre que adopte un hijo, supone indirectamente un ahorro económico tanto para el Estado como para el empleador, puesto que no será necesario el pago de una prestación por paternidad ni la contratación de un empleado que sustituya al que se halle disfrutando del permiso.

Esta regulación del permiso de maternidad llevada a cabo por Italia podríamos considerar, como hace la Comisión, que origina una discriminación directa para los varones adoptantes a los que no se les reconoce el mismo permiso que a las madres

---

<sup>566</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, Conclusiones de la Abogada General Rozès, presentadas el 7 de junio de 1983 (C-163/82).

<sup>567</sup> PRECHAL, Sacha y BURROWS, Noreen. *Gender discrimination law of the European Community*. Boston: Dartmouth. 1990, p. 142.

<sup>568</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p.131.

<sup>569</sup> *Vid.* COLLIER, Richard. “Feminising the Workplace?” En MORRIS, Anne y O’DONNELL, Thérèse. *Feminist perspectives on employment law*. London: Cavendish Publications. 1999.

adoptantes. Esta sentencia va a realizar una interpretación restrictiva de la Directiva 76/207 sin preconizar ni innovar aspecto alguno al respecto.

## **2. Ulrich Hofmann y Barmer Ersatzkasse, sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984 (C-184/83)- Cuestión prejudicial**

Un año más tarde, Ulrich Hoffman solicitaba<sup>570</sup> a las autoridades alemanas la retribución del período de excedencia que había pedido para el cuidado de su hijo, por equiparación al permiso de maternidad retribuido al que había renunciado la madre por reanudar rápidamente su actividad profesional. Siéndole negada esta solicitud, y habiendo llegado la cuestión al TJCE, él argumentaba que la atribución del permiso de maternidad retribuido únicamente a la mujer supone una discriminación no sólo para el padre, sino también para la madre, a la que se le encomienda tácitamente y en exclusiva el cuidado de sus hijos.

En este asunto<sup>571</sup> el Landessozialgericht Hamburg plantea al Tribunal una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de los artículos 1, 2 y apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. Esta cuestión se centra fundamentalmente, tal y como establece el Abogado General, el Sr. Darmon, en sus conclusiones generales<sup>572</sup>, en la delimitación del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva y de la excepción basada en el deseo de protección de la mujer, según se desprende al apartado 3 del artículo 2.

La Ley sobre la protección social de la maternidad (Mutterschutzgesetz) de 18 de abril de 1968, establece para la madre dos períodos de descanso. En primer lugar, y en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6, prevé un período obligatorio de 8

---

<sup>570</sup> En la misma línea que las Conclusiones presentadas por la Abogada General Ròzes en el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana (C-163/82)*.

<sup>571</sup> *Vid.* CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. “Pregnancy, maternity and the organisation of family life”: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”. *European Law Review*. Núm. 26. 2001, p. 244; SZYSZCZAK, ERIKA M. “Community law on pregnancy and maternity”. En HERVEY, Tamara y O’Keefe, David (Eds.). *Sex equality law in the European Union*. New York: Ed. John Willey and sons. 1996, pp. 51-62; BURROWS, Noreen. *op. cit.* pp. 273-293.

<sup>572</sup> *Hofmann*, Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 27 de junio de 1984 (C-184/83, punto 1).

semanas. En segundo lugar, la letra a) del artículo 8 establece un período facultativo que dispensa a la madre de su actividad profesional desde la finalización del anterior período hasta el día en el que el menor cumple 6 meses de edad.

El objeto de la sentencia es la determinación de la compatibilidad de este segundo período de descanso, únicamente atribuido a la madre, con el principio de igualdad desarrollado en la Directiva 76/207/CEE.

El demandante, el Sr. Hoffman, junto con la Comisión alegan que el objeto del citado período no consiste en la protección de la salud de la madre, tal y como justifica el Gobierno alemán, sino en la protección del hijo<sup>573</sup>. Son distintos los puntos de la sentencia en los que se manifiesta por parte del Tribunal que el objeto del período consiste en evitar la acumulación de la carga que recae sobre la madre<sup>574</sup>, acumulación resultante de su actividad profesional y de la maternidad y que puede ser perjudicial para su salud<sup>575</sup>.

El párrafo 14 establece explícitamente que el objeto de la protección legal de la madre es “*reducir la antinomia entre el papel de la mujer como madre y su situación de trabajadora en la vida profesional, con el fin de preservar su salud y la de su hijo*”<sup>576</sup>. De esta manera se observa la visión del Tribunal para el que las tareas de cuidado del hijo continúan siendo competencia exclusiva de la mujer. El Tribunal sostiene que mediante este permiso se pretende proteger, por un lado, la condición biológica de la mujer durante su embarazo y durante el período posterior a éste, y por otra parte, “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”<sup>577</sup>. Del uso de esta expresión se desprende la justificación teórica<sup>578</sup> en virtud de la cual este órgano continúa atribuyendo las tareas de cuidado en exclusiva a la mujer. Esta

---

<sup>573</sup> Hofmann (C-184/83, párrafo 4 y 10).

<sup>574</sup> Hofmann (C-184/83, párrafo 25).

<sup>575</sup> El Abogado General llega a hablar de una triple carga, en la que aúna las tareas domésticas, la reanudación de la actividad profesional y los cuidados intensivos que requiere el recién nacido en el punto 11 de sus Conclusiones.

<sup>576</sup> Hofmann (C-184/83, párrafos 14, 15 y 25).

<sup>577</sup> Hofmann (C-184/83, párrafo 25); El Tribunal confirmará esta postura en 1986 el asunto *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>578</sup> FREDMAN, Sandra. *Women and the Law*. Oxford: Clarendon Press.1997, p. 195.

sentencia todavía es mencionada por el Tribunal en numerosas ocasiones con el fin de justificar determinadas medidas de protección dirigidas a la mujer.

El demandante sostiene, acertadamente, que otra vía para evitar esta acumulación de cargas sería la posibilidad de que este permiso establecido en el artículo 8 de la ley alemana pudiera ser disfrutado por el padre<sup>579</sup>. Aparece, de esta manera, la propuesta de la corresponsabilidad como medida para evitar conductas discriminatorias<sup>580</sup>.

Frente a estas alegaciones el Tribunal refiere que el objeto de la Directiva no es regular las “*cuestiones relativas a la organización de la familia ni modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja*”<sup>581</sup>. De esta manera considera la cuestión fuera del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>582</sup>.

La Comisión sostiene que debe hacerse una interpretación más restrictiva de la excepción a la igualdad de trato establecida en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva en cuestión, que autoriza a los Estados miembros a mantener disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

Sin embargo, el Tribunal concluye estableciendo que el mencionado período de descanso por maternidad concedido a la mujer una vez expirado el plazo legal de protección sí se halla bajo el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva<sup>583</sup>. Éste queda amparado bajo este paraguas de trato desigual en aras de la

---

<sup>579</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 11).

<sup>580</sup> El Abogado General, en sus Conclusiones, recoge en el punto 3 cómo el demandante plantea la posibilidad de que el padre disfrute de este permiso como medida para permitir a la madre reanudar lo antes posible su actividad profesional y evitar así que dicha interrupción interfiera de la menor manera posible en su trayectoria laboral. También recoge en el punto 5 la argumentación del demandante según la que “*la facultad del padre no sólo de cuidar de su hijo sino también de ocuparse de las tareas domésticas contribuye igualmente a aliviar a la madre de las cargas que pueden deteriorar su salud*”.

<sup>581</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 24).

<sup>582</sup> En las Conclusiones del Abogado General se establece, en el punto 8, que esta cuestión relativa a “*favorecer una mejor distribución de las responsabilidades en el seno de la pareja corresponde de forma inmediata exclusivamente a los Estados miembros*”. Es por ello que el Abogado General afirma que en la interpretación de la Directiva 76/207 debe prescindirse de cualquier argumento basado en el período de descanso parental.

<sup>583</sup> *Hofmann*, (C-184/83, parágrafo 26).

protección de la maternidad. Establece que los Estados pueden conceder a la madre este tipo de permisos y no les obliga a permitir, alternativamente, la concesión de tal período al padre, ni siquiera en el caso de acuerdo mutuo entre los progenitores<sup>584</sup>.

Este fallo perjudica gravemente a las mujeres en el mercado de trabajo. El hecho de que el permiso de maternidad no se limite al restablecimiento físico y psicológico de la madre sino que también contemple un período para el cuidado del niño, refuerza el estereotipo de que es la mujer y no el hombre quien debe asumir el cuidado del recién nacido. Se perpetúan de esta manera los roles familiares tradicionales<sup>585</sup>.

La propuesta de la Comisión relativa a la formulación del permiso parental encontró obstáculos al llegar al Consejo de Ministros.<sup>586</sup> No sería hasta 1991 cuando el Consejo alcanzaría una posición común dando lugar así al nacimiento de la Directiva 92/85/CEE<sup>587</sup> la cual protegería expresamente a aquellas mujeres embarazadas o que hubieran dado a luz recientemente.

Esta Directiva prevé en su artículo 8, de forma común para todos los Estados miembros, un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas. Dentro del período de este permiso, en el apartado 2 del artículo 8, se prevé un permiso de maternidad obligatorio de al menos dos semanas de duración. Es necesario poner de manifiesto la ausencia de toda referencia a la posible transferibilidad de este permiso al padre, así como de la previsión en la misma de un permiso parental. Tampoco queda establecido el carácter retribuido de este permiso, cuestión fundamental a la hora de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres así como la corresponsabilidad en el hogar.

---

<sup>584</sup> Hofmann, (C-184/83, parágrafo 28).

<sup>585</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 135.

<sup>586</sup> SZYSZCZAK, ERIKA. "Community law on pregnancy and maternity". *op. cit.* p.52.

<sup>587</sup> 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. DOCE, núm. L 348 de 28.11.1992.

La cuestión relativa estrictamente al permiso parental finalmente desembocará en la aprobación de la Directiva 96/34/CE<sup>588</sup> que trataría en exclusiva este asunto. La misma en su cláusula 2 concederá 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. El apartado de segundo de esta segunda cláusula establecerá la intransferibilidad del permiso con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, aunque no lo hará de manera estricta.

\* \* \*

Esta sentencia mantiene la línea jurisprudencial y la argumentación en la que se fundamenta la sentencia del asunto *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*. Considera que este permiso tiene por objeto la protección de la salud de la madre a la que reconoce exclusivamente el rol de cuidado dejando al padre fuera de todo derecho y toda obligación en éste ámbito.

El Tribunal, de manera indirecta, favorece el beneficio económico del Estado y del empleador, puesto que el hecho de no garantizar la transferibilidad de la prestación por maternidad al padre que ha solicitado una excedencia para el cuidado de su hijo, ni prever un permiso de paternidad retribuido supone indirectamente un ahorro económico tanto para el Estado como para el empleador, puesto que no será necesario el pago de una prestación por paternidad ni la contratación de un empleado que sustituya al que se halle disfrutando del permiso. En este caso la madre tampoco es sustituida durante todo el período de maternidad puesto que renuncia a parte del permiso.

En este supuesto también cabría considerar que nos encontramos ante un supuesto de discriminación directa puesto que el hombre carece de permiso alguno y de prestación alguna para cuidar a su hijo. Esta sentencia va a realizar una interpretación restrictiva del principio de igualdad desarrollado por la Directiva 76/207 y a su vez va a interpretar de manera laxa la excepción que esta realiza en su artículo 2.3.

---

<sup>588</sup> 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. DOCE, núm. L 145 de 19.6.1996.



**3. *Marguerite Johnston y Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986 (C-222/84)-  
Cuestión prejudicial**

En este asunto el problema principal planteado no consiste en una cuestión próxima a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo una de las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal of Northern Ireland atañe de cerca a la posibilidad de amparar conductas discriminatorias por razón de sexo bajo la excepción dispuesta en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207<sup>589</sup>. En virtud de ello éstas quedarían justificadas en aras de la protección de la salud de la mujer.

La Sra. Johnston plantea el litigio frente al Chief Constable de la Royal Ulster Constabulary (en lo sucesivo RUC) ante la negativa de éste a renovar su contrato y a proporcionarle adiestramiento profesional en el manejo y uso de armas de fuego. Esta decisión vino causada por el hecho de que este cuerpo de policía irlandés había decidido, ante la necesidad de afectar miembros de la RUC Full-time Reserve a misiones de seguridad que implicaban el uso de armas de fuego, no renovar a las mujeres los contratos a tiempo completo como agentes de policía. Ello traía causa en el hecho de que en este cuerpo de policía únicamente los hombres podían portar armas y sólo ellos eran adiestrados en su manejo.

Entre las distintas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJCE, la que se ciñe al objeto de la presente investigación es la relativa a la posibilidad de justificar esta conducta al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

En este sentido, la cuarta cuestión planteada al Tribunal se refiere a si la política aplicada por un jefe de policía, responsable legalmente de la dirección y del control de la policía, según la cual las mujeres que sean miembros de la policía no deben portar armas de fuego, puede, teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas en el presente asunto, constituir una "disposición relativa a la protección de la mujer" en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva en cuestión.

---

<sup>589</sup>Artículo 2.3 de la Directiva 76/207: 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".

La respuesta dada a esta cuestión es satisfactoria debido a que en este supuesto el Tribunal interpreta de manera restrictiva el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 2. El órgano judicial sostiene que de la mención expresa al embarazo y a la maternidad se deduce que la Directiva 76/207 pretende garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer, por una parte, y las particulares relaciones entre la mujer y su hijo en los primeros meses de vida, por otra<sup>590</sup>. Por ello concluye, que esta disposición no permite excluir a las mujeres de este empleo y que las diferencias admitidas por la misma no incluyen que existan riesgos y peligros que afecten de una manera específica a las mujeres, en cuanto tales<sup>591</sup>.

Esta sentencia permite hacer frente a la perspectiva proteccionista que pretende sobreproteger a la mujer por razón de la maternidad, convirtiéndola en un obstáculo para ella. Una interpretación demasiado extensiva de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva podría dar lugar a situaciones discriminatorias en perjuicio de la mujer.

Cabe mencionar que las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Darmon mantendrán el mismo argumento al sostener que la prohibición impuesta a las mujeres policía de portar armas de fuego y de recibir el adiestramiento correspondiente no se puede considerar como una disposición relativa a la protección de la mujer en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

Sin embargo, también es preciso manifestar cómo el Tribunal continúa manteniendo la tesis<sup>592</sup> de la protección de la especial relación entre la madre y el hijo ya establecida en el asunto *Hofmann*<sup>593</sup>, en virtud de la cual perpetua la tradicional distribución de los roles familiares.

\* \* \*

---

<sup>590</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>591</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 46).

<sup>592</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>593</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25).

En este supuesto nuevamente se plantea un supuesto de discriminación directa puesto que la legislación nacional prevé un tratamiento para la mujer distinto del previsto para el hombre para el desempeño de un mismo empleo.

En él el Tribunal opta por una interpretación restrictiva de la excepción prevista en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207 lo que favorece la igualdad entre hombres y mujeres a diferencia de la laxa interpretación que elabora en el asunto *Hofmann*. De la decisión adoptada por el Tribunal no se derivan directa ni indirectamente alteraciones en los costes económicos para el empleador.

#### **4. Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa, sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1988 (C-312/86)- Recurso por incumplimiento**

En este asunto la Comisión interpone un recurso por incumplimiento con el objeto de que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al no adoptar en el plazo establecido todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación completa y exacta de la Directiva 76/207.

La cuestión radica especialmente en la excepción que prevé el párrafo 1 del artículo 19 de la Ley nº 83-635, de 13 de julio de 1983, por la que se modificaba el Código de Trabajo francés y el Código Penal en lo que respecta a la igualdad profesional entre mujeres y hombres.

La nueva redacción del artículo L123-2 del Código de Trabajo prohíbe la inserción en un convenio colectivo o en un acuerdo colectivo, so pena de nulidad, de ninguna cláusula que reserve el beneficio de cualquier tipo de medida a asalariados en consideración de su sexo, a menos que ésta tenga por objeto la aplicación de disposiciones relativas al embarazo, a la lactancia de los hijos o al reposo anterior y posterior al parto.

Sin embargo, la redacción de este artículo que, *a priori*, no presenta ningún problema, se ve exceptuada por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19

anteriormente mencionado. Este precepto sostiene que la citada disposición del Código de Trabajo no impide la aplicación de los usos, de las cláusulas de contratos de trabajo, de convenios o de acuerdos colectivos vigentes en el momento de promulgarse esa Ley, que reconocieran derechos especiales a las mujeres.

Se entiende por derechos especiales de las trabajadoras que figuran en los convenios colectivos ejemplos tales como la prolongación de los permisos por maternidad, la reducción del tiempo de trabajo a favor de las mujeres mayores de 59 años, la jubilación anticipada, la obtención de permisos por enfermedad de los hijos, la concesión de días suplementarios de vacaciones anuales por hijo, el permiso de un día para el día de comienzo del curso escolar, la concesión de horas de permiso el día de la madre, descansos diarios para las mujeres que trabajen con material mecanográfico o que estén empleadas como dactilógrafas o telefonistas, el otorgamiento de bonificaciones para el cálculo de la jubilación, a partir del segundo hijo, el pago de primas a las madres de familia que soporten gastos de guardería o custodia<sup>594</sup>.

El reconocimiento de estos derechos especiales, en exclusiva, a la mujer, pone de manifiesto la atribución, por parte de la legislación francesa, de la carga de las tareas del cuidado de los hijos a la misma. En consecuencia, la Comisión considera que, salvo aquellos derechos que podrían quedar bajo el amparo del apartado 3 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, el resto de ellos provocan que la legislación francesa permita mantener por un período indefinido desigualdades de trato entre hombres y mujeres contrarias a la Directiva<sup>595</sup>.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal, que sostiene en su apartado 14 que las disposiciones controvertidas no pueden justificarse invocando el apartado 3 del artículo 2. El Tribunal sostuvo que estos derechos especiales de protección de las mujeres eran incompatibles con las disposiciones de la Directiva 76/207 y que deberían ir dirigidos tanto a mujeres como a hombres<sup>596</sup>.

---

<sup>594</sup> Comisión y República Francesa (C-312/86, parágrafo 8).

<sup>595</sup> Comisión y República Francesa (C-312/86, parágrafo 9).

<sup>596</sup> Comisión y República Francesa (C-312/86, parágrafo 14).

El Tribunal de Justicia delimita, sin embargo, el ámbito de aplicación de este apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, refiriéndose nuevamente a lo dispuesto en el párrafo 25 de la sentencia *Hofmann*, de 12 de julio de 1984, en virtud de la cual se considera que la protección de la mujer, por lo que se refiere a la maternidad, tiene por objeto garantizar la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo a lo largo del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que el cúmulo de cargas que resultan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional afecte negativamente a estas relaciones<sup>597</sup>.

El Abogado General en sus Conclusiones realiza una delimitación más precisa al respecto<sup>598</sup>. Aunque, tal y como interpreta FOUBERT, de éstas puede discernirse que el enfoque de ampliar el permiso de maternidad no había cambiado todavía<sup>599</sup>.

Tal y como sostiene McGLYNN, en este asunto el Tribunal rechaza los derechos especiales concedidos a las madres, con el argumento de que estos deben estar disponibles tanto para las mujeres como para los hombres<sup>600</sup>. Así, a finales de 1990, con el desarrollo de las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, la Directiva relativa al permiso parental adoptada y el rápido aumento de la cifras de empleo

---

<sup>597</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86, párrafo 13).

<sup>598</sup> El Abogado General Slynn, en sus Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 1988, en primer lugar, recuerda la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de este precepto tal y como se deriva de la jurisprudencia (*Johnston* (C-222/84, párrafo 44)). En segundo lugar, en la página 6328, sostiene que la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo se limita al período que sigue al embarazo y al parto, y no a lo largo de un período ulterior, tal y como se deriva de apartado 25 de la sentencia dictada en el asunto *Hofmann* y en el apartado 44 del fundamento de la sentencia en el asunto *Johnston*. En tercer lugar, en la página 6328, puntualiza que el propósito de la Comisión con este recurso no es la abolición de estos derechos, permisos o licencias, de los que la mujer es la única beneficiaria, sino la extensión de los mismos a los varones. Exige que estas ventajas se concedan en las mismas condiciones a hombres que a mujeres. De no ser así, se pueden derivar consecuencias negativas no sólo para el hombre que se ve privado injustificadamente de estos derechos, sino también para la mujer en relación, por ejemplo, a su acceso al empleo, debido al mayor coste que el empresario asume al contratarle en comparación al coste que le supondría la contratación de un varón. Frente a esta propuesta el Gobierno francés se limita a oponer argumentos de carácter económico y esgrime que la equiparación de derechos entre hombres y mujeres al alza representaría un coste económico considerable tanto para los empresarios como para el Estado que no está dispuesto a asumir (página 6330). El Abogado General sostiene también que la insistencia de Francia en el papel tradicional de la madre manifiesta la no consciencia del desarrollo y evolución que se ha venido desarrollando en la sociedad en relación a esta cuestión.

<sup>599</sup> FOUBERT, *Petra.op. cit.* p. 138.

<sup>600</sup> McGLYNN, Clare. "Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy". *The Columbia Journal of European Law*. Núm. 1, vol. 7, p. 266.

femenino, se podría pensar que la concepción tradicional de los roles de las mujeres y los hombres dentro de la familia habría dado paso ya a una respuesta más progresista e igualitaria de la Corte. Sin embargo, como más tarde se expondrá, ello no ocurriría de esta manera, tal y como se pondrá de manifiesto a través de las sentencias de los asuntos *Abdoulaye, Hill y Lewen*<sup>601</sup>.

\* \* \*

Esta sentencia supuso un importante cambio en la dirección de la jurisprudencia de éste órgano<sup>602</sup>, el cual venía perpetuando la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres siguiendo la línea asentada en *Hofmann*. Sin embargo, no hizo extensivos a los hombres los derechos femeninos previstos por la legislación francesa sino que se limita a declarar que la República Francesa ha incumplido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación completa y exacta de la Directiva 76/207. El Tribunal no se pronuncia sobre la propuesta de la Comisión de extender los derechos en cuestión a los varones, probablemente debido al alto coste económico que ello supondría para el Estado francés y para sus empresas. En esta sentencia el Tribunal hace frente a supuesto de discriminación directa al permitir la legislación la existencia de determinados derechos especiales para las mujeres no amparados todos ellos bajo la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207. Esta sentencia desarrolla e interpreta este precepto.

##### **5. *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker y Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88)- Cuestión prejudicial**

El eje sobre el que se articula la sentencia radica en si la actitud de un empresario negando la contratación de una candidata en un puesto para el que se la considera apta cuando esta decisión está basada en los perjuicios económicos que le acarrearía su

---

<sup>601</sup> *Abdoulaye*, sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-218/98); *Hill y Stapleton*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1998 (C-243/95); *Lewen*, sentencia del TJCE de 21 de octubre de 1999 (C-333/97).

<sup>602</sup> CLAUSSEN, Cathryn. "Incorporating Women's Reality into Legal Neutrality in the European Community: The sex segregation of labour and the Work-family nexus". *Law and Policy in International Bussines*. Vol. 22. Núm. 4. 1991, p. 797.

contratación debido a estar embarazada en el momento de solicitar el puesto de trabajo, viola directa o indirectamente el principio de igualdad de trato que establece el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207. En otras palabras, pretende determinar la licitud de la negativa de contratación por razón de embarazo en relación con el principio de igualdad de trato en materia de acceso al empleo.

El empresario, alega en su defensa el perjuicio económico que le hubiera causado la contratación de la Sra. Dekker. En caso de haberla contratado no hubiera conseguido que su asegurador, el Risicofonds, le devolviera las prestaciones diarias que hubiera estado obligado a abonar a la Sra. Dekker durante su período de descanso por maternidad y además se hubiera visto obligado a contratar un sustituto. Ello se explica porque el régimen nacional de que se trata asimila el embarazo a la enfermedad común y, por otra parte, el Ziekengeldreglement (reglamento interno del Risicofonds sobre el abono de prestaciones diarias en caso de enfermedad) no contiene ninguna disposición que excluya el embarazo de los casos en los que el Risicofonds está facultado para denegar la devolución de las prestaciones diarias.

El Tribunal, compartiendo el enfoque del Abogado General, establece dos principios esenciales. En primer lugar, concluye que la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa<sup>603</sup> por razón de sexo, puesto que tal circunstancia sólo puede ser opuesta a las mujeres y que tal discriminación no puede quedar justificada aludiendo al perjuicio económico que tal contratación pudiere causar<sup>604</sup>. En segundo lugar y considerando<sup>604</sup> que ningún candidato masculino optó al puesto, el Tribunal establece que no es necesario un elemento comparativo masculino,

---

<sup>603</sup> En relación a la calificación de tal conducta como discriminación directa el Abogado General Darmon, en las Conclusiones presentadas el 14 de noviembre de 1989, sostiene en el punto 23 que la igualdad entre hombres y mujeres no puede ser concebida sin tener en cuenta la maternidad y que esta causa discriminatoria, únicamente puede ser opuesta frente a la mujer pues no hay acontecimiento más relacionado con ella. El Abogado General desecha la concurrencia de discriminación indirecta entendida como aquélla que acontece cuando concurren elementos que en abstracto podían afectar a ambos sexos por igual, pero que en el caso concreto resultan vinculados con más frecuencia a la situación de un sexo concreto. *Vid. J.P.Jenkins y Kingsgate (ropa producciones) Ltd*, sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1981 (C-96/80); *Bilka-Kaufhaus GMBH y Karin Weber von Hartz*, sentencia de 13 de mayo de 1986 (C-170/84); *Ingrid Rinner-Kühn y FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, sentencia de 13 de julio de 1989 (C-171/88).

<sup>604</sup> *Dekker* (177/88, parágrafo 12).

ya que sólo a las mujeres les puede ser negado el acceso al empleo por razón de estar embarazadas. Este enfoque será adoptado en sucesivos casos<sup>605</sup>.

Según FOUBERT el hecho de que el Tribunal califique la discriminación por embarazo como discriminación directa conlleva numerosas consecuencias. En la legislación comunitaria, el sistema de control referente a la discriminación indirecta opera como un sistema abierto. Ello quiere decir que cualquier justificación objetiva no referida a un motivo de discriminación sexual puede ser admisible para defender una política o práctica que afecta principalmente a mujeres. En este caso, el Tribunal de Justicia, comprueba, en primer lugar, si el medio elegido corresponde a una verdadera necesidad por parte de la empresa y, en segundo lugar, si se trata de un mecanismo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo en cuestión.

El sistema de discriminación directa, sin embargo, generalmente se caracteriza por su carácter cerrado. Esto implica que únicamente las justificaciones que figuran en una norma legal son aceptables. Las justificaciones no escritas no son permitidas<sup>606</sup>. Definir el embarazo como un modo de discriminación sexual directa podría implicar la admisión, únicamente, de aquellas justificaciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva 76/207.

En este caso Tribunal se negó a tomar en cuenta las razones económicas para justificar la discriminación sexual directa. Sin embargo, no realizó referencia alguna a la ley nacional en la que los empleadores se inspiran para discriminar económicamente. Al asimilar el embarazo y la enfermedad, y al excluir el reembolso de las prestaciones en caso de enfermedad previsible, la ley holandesa inducía a los empleadores a discriminar económicamente a las mujeres embarazadas.

El Tribunal sostuvo que negar el acceso al empleo a una mujer por el hecho de estar embarazada no podía quedar justificado en las posibles pérdidas económicas que al

---

<sup>605</sup> *Webb*, sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994 (C-32/93); *Høj Pedersen*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1998 (C-66/96); *Gruber*, sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1999 (C-249/97).

<sup>606</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 148.



empresario le pudiera suponer el permiso de maternidad<sup>607</sup>. También consideró que no procedía examinar la cuestión de si unas disposiciones de Derecho nacional ejercían una presión tal sobre el empresario como para inducirle a negarse a contratar a una mujer embarazada y suponer por tal motivo una discriminación en el sentido de la Directiva<sup>608</sup>. El Abogado General en este punto fue más allá<sup>609</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a un supuesto de discriminación directa por razón de sexo tal y como la misma determina. En ella el Tribunal protege claramente los derechos de las trabajadoras frente a los intereses económicos del empleador. Esta sentencia preconiza la redacción del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El Tribunal llegaría a esta conclusión de una manera ambigua lo que en un futuro daría lugar a nuevos litigios sobre la interpretación del artículo 10 y cuestionaría el compromiso de la Comunidad Europea para proteger a las mujeres<sup>610</sup>.

#### **6. *Birthe Vikebe Hertz y Aldi Marked K/S*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-179/88)- Cuestión prejudicial**

En este asunto se plantea qué consideración merecen los períodos de enfermedad sobrevenidos tras el descanso por maternidad, pero que tienen su causa en el embarazo

---

<sup>607</sup> VOTINIUS, Jenny Julén. “Troublesome transformation -EU Law on Pregnancy and maternity turned into Swedish Law on Parental Leave”. En RÖNMAR, Mia (Ed.). *Labor Law, Fundamental Rights and Social Europe*. Oxford: Hart Publishing. 2011, p. 139.

<sup>608</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 13).

<sup>609</sup> El Abogado General Darmon sostuvo por una parte, en los puntos 30 y 32, que el principio de igualdad de trato no debe ceder, en ningún caso, ante justificaciones económicas. Por otra parte, en el punto 31, encomienda a los Estados miembros la adopción de todas las medidas necesarias para que la obligación que tienen los empresarios de contratar a una mujer embarazada no les resulte perjudicial como consecuencia de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno. Tal y como sostiene el Sr. Darmon en el punto 22 de sus Conclusiones, tanto en este asunto como en el asunto *Hertz*, se está solicitando al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el lugar que hay que reservar a la maternidad en nuestra sociedad. El Abogado General también pone de manifiesto la necesidad de realizar la *difícil conciliación de las exigencias de la vida profesional con la maternidad*.

<sup>610</sup> SZYSZCZAK, ERIKA. “Community law on pregnancy and maternity”. *op cit.* p.52.

o en el parto. ¿Han de recibir éstos un régimen especial o les puede ser aplicado el régimen de “derecho común” de las bajas por causa de enfermedad? Las disposiciones del apartado 1 del artículo 5<sup>611</sup> en relación con el apartado 1 del artículo 2<sup>612</sup> de la Directiva 76/207, ¿comprenden los despidos producidos como consecuencia de ausencias por razón de enfermedad causada por un embarazo o un parto?

En la sentencia del TJ se contempla, por una parte, que el despido de una mujer a causa de su embarazo, del parto o de ausencias repetidas debidas a una enfermedad que es consecuencia de un embarazo o un parto, con independencia de cuándo sobrevenga, es contrario al principio de igualdad de trato, puesto que un trabajador masculino no puede sufrir tales trastornos y no podría ser despedido por la misma razón<sup>613</sup>.

Por otra parte, se afirma que la prohibición de despedir a una trabajadora a causa de numerosas bajas por enfermedad, justificada en el único motivo de que la enfermedad sea consecuencia del embarazo o del parto, podría afectar al empresario muchos años después del parto y acarrear no sólo dificultades de gestión para los empresarios sino efectos negativos para las mujeres en relación a su acceso al empleo.

El Tribunal, siguiendo la argumentación dada por el Abogado General<sup>614</sup> establece que el despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, originadas por un embarazo o por un parto, no constituye una

---

<sup>611</sup> Artículo 5 de la Directiva 76/207: “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”.

<sup>612</sup> Artículo 2 de la Directiva 76/207: “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”.

<sup>613</sup> *Hertz* (C-179/88, parágrafo 8).

<sup>614</sup> El Sr. Darmon, Abogado General, en sus Conclusiones sostiene que es cierto que la Directiva, en el apartado 3 del artículo 2, encomienda a los Estados miembros la tarea de adoptar disposiciones adecuadas relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y la maternidad, sin embargo la misma sostiene también la estricta igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos. De ello, el Abogado General deduce la prohibición de tratar los estados patológicos con origen en la maternidad menos favorablemente que los que tienen un origen distinto, sin embargo, de esto no infiere la obligación de los Estados miembros de establecer discriminaciones positivas.

El Abogado General considera que el establecimiento de criterios para decidir en qué casos el estado patológico debe quedar amparado por la protección debida a la maternidad así como la determinación de la duración de esta protección, resultaría excesivamente complejo para el Tribunal. Por ello realiza un llamamiento al legislador, nacional o comunitario, al que le encomienda esta misión.

discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones<sup>615</sup>.

El órgano judicial, en primer lugar, reiteró que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa por razón de sexo<sup>616</sup>, y añadió que lo mismo ocurre con el despido de una trabajadora por razón de embarazo. Sin embargo, el Tribunal, finalmente con su decisión alivió parcialmente la carga económica de los empresarios derivada de las consecuencias de los embarazos de las trabajadoras al negarse a aceptar la inmunidad general para todas las enfermedades relacionadas con el embarazo.

De esta manera el Tribunal fijó y distinguió dos períodos. Por una parte, el período relativo al permiso de maternidad, durante el cual la mujer goza de una extensa protección en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207. Por otra parte, el período que sobreviene al permiso de maternidad durante el cual la mujer pasa a recibir formalmente el mismo trato que el que sería recibido por un hombre en una situación semejante y comparable<sup>617</sup>. El Tribunal fija así el límite final, más no el inicial, de la protección de la mujer contra el despido por causa de embarazo. El límite inicial, es decir, el momento a partir de cual comienza para la mujer embarazada esta especial protección irá delimitándose en sucesivas sentencias. La delimitación del comienzo de esta protección irá configurándose a través de sucesivas sentencias<sup>618</sup>.

Este asunto, tal y como sostiene BURROWS, fue aprovechado por el Tribunal como una oportunidad para precisar aquellos puntos que en el asunto *Dekker* habían quedado implícitos en relación a la legislación reguladora de los despidos por razón de la maternidad<sup>619</sup>.

---

<sup>615</sup> *Hertz* (C-179/88, párrafo 14).

<sup>616</sup> *Dekker* (C-177/88, párrafo 13).

<sup>617</sup> MORE, Gillian. "Reflections on Pregnancy Discrimination under European Community Law". *Journal of Social Welfare and Family Law*. Vol. 14. 1992. p.53.

<sup>618</sup> *Brown* (C-411/96, párrafo 27).

<sup>619</sup> BURROWS, Noreen. *op. cit.* p. 282.

En esta sentencia se observa un retroceso en relación a la anterior. ARNULL sostiene que el “*enfoque general establecido por el Tribunal en el caso Dekker fue un enfoque audaz y progresista, sin embargo el TJCE en asunto Hertz trató de dorar la píldora a los empleadores sosteniendo que el principio Dekker dejaría de aplicarse una vez que el período de permiso de maternidad hubiera llegado a su fin*”<sup>620</sup>. Igualmente, CARACCIOLO y MASSELOT sostienen que el Tribunal en este asunto suaviza la interpretación en lo que se refiere al principio de discriminación directa proclamado en el asunto *Dekker* y que no es aplicado en el presente<sup>621</sup>.

Este asunto, tal y como establece el Sr. Damon, exige la difícil conciliación del principio de igualdad de trato y las exigencias de la vida económica<sup>622</sup>. Se enfrentan en el presente caso, el principio de igualdad de trato y la protección del derecho al empleo frente a los intereses económicos, inclinándose la balanza claramente a favor de estos últimos<sup>623</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia en la que el Tribunal entiende que no concurre discriminación indirecta se determina el fin del permiso de maternidad como límite final de protección de la mujer por razón de maternidad. En ella se otorgó mayor importancia a las posibles dificultades financieras a las que deberían hacer frente los empresarios así como al eficiente funcionamiento de las empresas que a los intereses de aquella mujer que sufre una enfermedad con causa en el embarazo una vez transcurrido el período del permiso de maternidad. No había ocurrido esto en el asunto *Dekker*, pues en éste las razones económicas habían quedado claramente rechazadas por el Tribunal.

---

<sup>620</sup> ARNULL, Anthony. *The European Union and its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press. 1999, p. 499.

<sup>621</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. “Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”. *op. cit.* p. 247.

<sup>622</sup> *Dekker*, Conclusiones del AG (C-177/88, punto 39).

<sup>623</sup> En las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 14 de noviembre de 1989, en el punto 45, se considera que el otorgar a aquellos estados patológicos que fueran consecuencia directa, cierta y preponderante del embarazo o del parto una protección especial podría provocar serias dificultades financieras para los empresarios. En última instancia podría provocar la negativa por parte de éstos de contratar mujeres embarazadas, argumentando criterios falaces, e incluso mujeres cuya edad permitiera prever una próxima maternidad.

La problemática que se deriva de esta interpretación que realiza el Tribunal es la tácita atribución que se realiza en exclusiva a la mujer de la carga de las consecuencias de la maternidad. La responsabilidad derivada de la maternidad, incluidas las consecuencias económicas, debería distribuirse equánimamente entre el padre y la madre<sup>624</sup>. Puesto que habitualmente el nacimiento de un niño es fruto de una elección adoptada por dos personas, ambas deberían acarrear el precio que impone el mercado de trabajo por ello<sup>625</sup>. En esta sentencia se establece que la situación del embarazo no es asimilable a la de una enfermedad. Esta afirmación sería más tarde recogida por la Directiva 95/85 en su Preámbulo.

### **7. Alfred Stoeckel, sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991 (C-345/89)- Cuestión prejudicial**

El fondo de la cuestión planteada en el asunto *Stoeckel* no atañe al objeto de la presente investigación, pues queda limitado estrictamente al ámbito de la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres. Sin embargo, entre las afirmaciones que el Tribunal realiza en esta sentencia algunas de ellas sirven de indicador para intuir y mostrar la posición de éste órgano en relación a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aunque de manera indirecta. Por ello la misma ha sido seleccionada en el presente trabajo con carácter complementario o auxiliar.

Mediante su cuestión prejudicial, el Tribunal de póllice de Illkirch (Francia), pregunta al Tribunal de Justicia si el artículo 5 de la Directiva 76/207<sup>626</sup> es lo suficiente

---

<sup>624</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p.157.

<sup>625</sup> *Ibidem.* p. 158.

<sup>626</sup> Artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE: “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”.

preciso como para imponer a un Estado miembro la prohibición de consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, tal como dicho principio figura en el artículo L 213-1 del Código de Trabajo francés.

El Tribunal argumenta que las únicas excepciones que a este artículo se le pueden oponer son aquellas que quepan bajo el amparo del apartado 3 del artículo 2 de la citada Directiva, el cual hace referencia a aquellas disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad<sup>627</sup>. El Tribunal completa la interpretación de este precepto invocando el apartado 44 del asunto *Johnston*<sup>628</sup>, en el que se sostiene que mediante la mención expresa del embarazo y la maternidad, la Directiva pretende garantizar, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otra, las relaciones particulares entre la mujer y su hijo.

También es digna de mención la justificación que el Gobierno francés realiza a la prohibición prevista en su legislación según la cual las mujeres no pueden desempeñar trabajos nocturnos. Éste sostiene que esta tutela responde a objetivos generales de protección de la mano de obra femenina y a consideraciones especiales de carácter social relativas, por ejemplo, a los riesgos de agresión y a la mayor carga de trabajo familiar que pesa sobre las mujeres<sup>629</sup>. En esta argumentación puede observarse claramente la visión que en la década de los noventa tiene el Gobierno francés sobre el papel que la mujer desempeña en la sociedad<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> *Stoekel* (C-345/89, párrafo 13).

<sup>628</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>629</sup> *Stoekel* (C-345/89, párrafo 14).

<sup>630</sup> En las Conclusiones del Abogado General Tesouro, presentadas el 24 de enero de 1991, se exponen en el punto 5 algunas de las argumentaciones que el Gobierno francés esgrimía para justificar disposiciones como la francesa. De este modo, se señalaba la mayor debilidad física de la mujer y por lo tanto su mayor vulnerabilidad ante las consecuencias del trabajo nocturno; los riesgos que la mujer podía correr en su desplazamiento nocturno al puesto de trabajo; la inconveniencia de trabajar de noche junto a compañeros del otro sexo; las convicciones arraigadas sobre el papel social de la mujer como madre y punto de referencia de la organización familiar. En ellas se sostiene que el lugar preferente de las mujeres era el hogar, para ocuparse de la familia, por lo que el trabajo nocturno femenino era considerado como especialmente perturbador de la vida familiar y perjudicial para la sociedad.

Según el Tribunal, las justificaciones presentadas por el Gobierno francés no quedan recogidas bajo el ámbito del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207<sup>631</sup> y, en consecuencia, concluye que el artículo 5 es lo bastante preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres.

El Tribunal no se pronuncia en relación a las responsabilidades familiares y reitera lo dispuesto en la sentencia *Hofmann*<sup>632</sup> según la cual la Directiva 76/207 no se hallaba dirigida a regular cuestiones relativas a la organización familiar ni a modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja, por lo que no entrará en la mencionada cuestión. En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General<sup>633</sup>.

\* \* \*

En este asunto el Tribunal hace frente a un supuesto de discriminación directa al existir una prohibición en virtud de la cual las mujeres quedaban excluidas del desempeño de trabajos nocturnos. El análisis de este asunto permite contemplar una clara tendencia del Tribunal hacia la igualdad entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo. Sin embargo en algunos de los argumentos que se esgrimen tanto por el mismo como por el Sr. Tesauro, se continúa vislumbrando la división tradicional sexual de roles. Mediante el fallo adoptado por el Tribunal podríamos interpretar que éste persigue el incremento de la tasa de ocupación femenina y por ende una economía de la CEE más fuerte y competitiva. En esta sentencia se desarrolla e interpreta el contenido de la Directiva 76/207.

---

<sup>631</sup> *Stoeckel* (C-345/89, párrafo 18).

<sup>632</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 24).

<sup>633</sup> El Abogado General argumenta, en el punto 6 de sus Conclusiones, que la norma no está destinada a proteger el vínculo especial que existe entre madre e hijo en términos abstractos y generales, favoreciendo o protegiendo un determinado papel tradicional de la mujer dentro de la organización familiar, sino, más restrictivamente, el vínculo que existe entre madre e hijo durante el período del embarazo e inmediatamente posterior al parto. *Vid. Hofmann* (C-184/83, párrafo 26) y *Comisión y República italiana* (C-163/82, párrafo 16).

**8. Office national de l'emploi (Onem) y Madeleine Minne, sentencia del TJCE de 3 de febrero de 1994 (C-13/93)- Cuestión prejudicial**

Al igual que ocurría al realizar el análisis del asunto *Stoeckel*<sup>634</sup>, en el presente caso, el fondo de la cuestión planteada no atañe al objeto de la presente investigación, pues queda limitado estrictamente al ámbito de la igualdad en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres. Sin embargo, entre las afirmaciones que el Tribunal realiza en esta sentencia algunas de ellas sirven también de indicador para intuir y mostrar la posición de éste órgano en relación a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aunque de manera indirecta.

En el presente caso la Cour de travail de Liège solicita al Tribunal de Justicia mediante cuestión prejudicial que dilucide si el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE se opone a que un Estado miembro regule el trabajo nocturno manteniendo regímenes de excepciones diferentes para uno y otro sexo.

En el asunto *Stoeckel*, anteriormente citado, el Tribunal estableció que el artículo 5 es lo suficientemente preciso para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres cuando no existe una prohibición análoga para los hombres, aunque al mismo tiempo establece que esta obligación admite excepciones.

Es necesario observar si las diferencias de trato entre hombres y mujeres que establece la normativa belga en relación a las excepciones a la prohibición del trabajo nocturno, se hallan justificadas al amparo del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva.

Nuevamente, el Tribunal reitera la finalidad perseguida por el mencionado apartado e invoca lo dispuesto en la sentencia *Johnston*<sup>635</sup>, en cuyo apartado 44 se sostiene que la Directiva al mencionar el embarazo y la maternidad, pretende garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer, por una parte, y las particulares relaciones entre la mujer y su hijo, por otra. De esta manera se observa como 8 años después el Tribunal continúa esgrimiendo la misma argumentación, a través de la cual, tácitamente, atribuye las tareas de cuidado a la mujer, pues considera especial y

---

<sup>634</sup> *Stoeckel* (C-345/89).

<sup>635</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).



particular las relaciones entre la mujer y su hijo. El Abogado General irá un poco más allá<sup>636</sup>.

En el supuesto presente observamos que la naturaleza de las diferencias entre ambos regímenes de excepciones no se encuentra justificada por la necesidad de garantizar alguna de las finalidades perseguidas por el apartado 3 del artículo 2<sup>637</sup>. En consecuencia, el Tribunal considera que el artículo 5 de la Directiva resulta incompatible con el régimen de excepciones establecido por la legislación belga en relación con la prohibición del trabajo nocturno por resultar éste contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Sin embargo, finalmente el artículo 5 no tendrá capacidad para alterar la legislación belga en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 234 del Tratado. Las mencionadas disposiciones nacionales fueron adoptadas para garantizar el cumplimiento por parte del Reino de Bélgica de obligaciones derivadas de un convenio internacional celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado con Estados terceros. De esta manera el artículo 234 del Tratado CEE facultaba al Estado belga para no aplicar la Directiva en la medida en que ésta fuera contraria al Convenio n° 89 de la OIT.

En cuanto al motivo por el que la Sra. Minne decide abandonar su puesto de trabajo, no se hace referencia alguna en la sentencia. Ella argumenta motivos de orden familiar por los que no está dispuesta a continuar trabajando, sin embargo al no hallarse contemplada esta causa entre los supuestos previstos en la legislación nacional, no tendrá derecho a recibir las prestaciones por desempleo.

\* \* \*

---

<sup>636</sup> El Abogado General Tesauro, en relación con la justificación de la diferencia de trato existente entre los dos regímenes de excepciones, destaca en el punto 6 la resolución de remisión del juez nacional que sostiene que en el presente caso “*tal disparidad de trato no está justificada por exigencias objetivas vinculadas a la protección de la mano de obra femenina tales como, en particular, la protección contra los riesgos de agresión o la obligación de asumir determinadas responsabilidades familiares específicas*”. Además remite a la sentencia *Hofmann* y se reitera, con mayor explicitud, en la atribución a la mujer de concretas y determinadas responsabilidades y cargas familiares, perpetuando así la división tradicional de roles.

<sup>637</sup> *Minne* (C-13/93, párrafo 12).

En esta sentencia el Tribunal aprecia la existencia de discriminación directa pese a que no puede declarar los regímenes de excepciones incompatibles con la normativa comunitaria debido a la existencia de un convenio internacional anterior. Se mantiene, de esta manera, la división tradicional sexual de tareas entre hombres y mujeres. De la sentencia no se derivan en este caso consecuencias económicas directas para ninguna de las partes. Constituye éste asunto un claro supuesto de no reconocimiento de la necesidad de conciliación de la vida familiar y profesional, puesto que la sentencia no hace referencia alguna al motivo por el que la Sra. Minne decide abandonar su puesto. La mujer resulta penalizada por decidir atender las tareas de cuidado que recaen sobre ella. La sentencia se limita a interpretar el contenido de la Directiva 76/207 no desarrolla ninguna novedad.

**9. Gabriele Habermann-Beltermann y Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. eV, sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92)-  
Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>638</sup> se presenta ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial planteada por el Arbeitgericht Rogensburg, en relación a la interpretación del apartado 1 del artículo 2, del apartado 1 del artículo 3<sup>639</sup> y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207.

La señora Habermann-Beltermann es contratada para el desempeño de un trabajo nocturno por el Arbeiterwohlfahrt el 23 de marzo de 1992, con efectos de 1 de abril del mismo año. El 29 de mayo un certificado médico indicaba que la empleada estaba embarazada y que dicho embarazo había comenzado el 11 de marzo.

El empresario, amparándose en la legislación alemana (artículo 8.1 de la Mutterschutzgesetz), en virtud de la cual las mujeres embarazadas no pueden trabajar

---

<sup>638</sup> FENWICK, Helen y HERVEY, Tamara K. “Sex equality in the single market: new directions for the European Court of Justice”. *Common Market Law Review*. Núm. 32. 1995, pp. 443-470.

<sup>639</sup> Artículo 3 de la Directiva 76/207: “1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional”.

por la noche, presenta un escrito el 4 de junio con el fin de extinguir el contrato. Tal y como explica el Juez nacional en Alemania, en virtud de la jurisprudencia y de una doctrina dominante, la inobservancia de una prohibición de ocupación implica, en principio, la nulidad del contrato. En base a lo anterior el empresario podría impugnar el contrato celebrado en las circunstancias anteriormente descritas debido a su error sobre las cualidades esenciales de la otra parte contratante.

Mediante las dos cuestiones planteadas se pretende conocer si el apartado 1 del artículo 2, en relación con el apartado 1 del artículo 3 y con el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, debe ser interpretado en el sentido de que se opone, por una parte, a que dicho contrato sea declarado nulo como consecuencia de la prohibición del trabajo nocturno que se aplica, con arreglo al Derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna y, por otra parte, a que sea impugnado por el empresario, debido a un error sobre las cualidades esenciales de la otra parte contratante en el momento de celebrarse el contrato<sup>640</sup>.

Para tratar de dar respuesta a ambas cuestiones el Tribunal se pregunta si la declaración de nulidad o la impugnación del contrato constituyen en este caso una discriminación basada directamente en el sexo. En el párrafo 15 se responde afirmativamente a la pregunta, al sostener que la ruptura del contrato debido al embarazo, ya sea consecuencia de una declaración de nulidad o de una impugnación, sólo podría afectar a las mujeres<sup>641</sup>. Sin embargo es preciso matizar, que en el presente caso, a diferencia del asunto *Dekker*<sup>642</sup>, la desigualdad de trato no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora sino en la prohibición legal existente en Alemania en relación al trabajo nocturno.

El Tribunal analiza si la Directiva se opone a que el cumplimiento de la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas, cuya compatibilidad con el apartado 3 del artículo 2 está fuera de toda duda, pueda implicar la nulidad o permitir

---

<sup>640</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafo 11).

<sup>641</sup> *Dekker* (C-177/88) y *Hertz*, (C-179/88).

<sup>642</sup> *Dekker* (C-177/88).

la impugnación de un contrato de trabajo debido a que tal prohibición impide que la trabajadora efectúe el trabajo nocturno para el que se la contrató.

Así, el Tribunal se preguntó si la interpretación del empleador de la Sra. Habermann-Beltermann relativa a la prohibición del trabajo nocturno constituye un incumplimiento de la Directiva 76/207. Aquí se halla un paralelismo con el asunto *Dekker* que, de hecho, también presentó un problema referente a la aplicación indebida de la directiva.

El empresario alega que una protección excesiva de la madre podría dar lugar a abusos por parte de las mujeres, y en consecuencia provocar una discriminación en perjuicio de los hombres<sup>643</sup>. Este argumento es rechazado rotundamente por el Tribunal<sup>644</sup>.

El TJCE plantea, con el fin de dar respuesta a las cuestiones realizadas, la finalidad del artículo 2.3 de la Directiva y reitera la respuesta dada en sentencias anteriores como en *Hofmann*<sup>645</sup>. Así, sostiene que esta disposición reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, 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<sup>646</sup>. Se observa en la puntualización anterior, nuevamente la alusión al argumento relativo a la protección de la especial relación de la madre y el hijo, perpetuando así la consideración de que las tareas de cuidado corresponden a la mujer.

Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que sería contrario al objetivo del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva admitir la posibilidad de que el contrato pudiera ser declarado nulo o impugnado a causa del embarazo<sup>647</sup>. La ruptura de un contrato de duración indeterminada como consecuencia del embarazo de la trabajadora, bien debido

---

<sup>643</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 19).

<sup>644</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 20).

<sup>645</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

<sup>646</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 21).

<sup>647</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 24).

a la nulidad o a su impugnación, no puede justificarse en la existencia de una prohibición legal que impida temporalmente a la trabajadora embarazada desempeñar un trabajo nocturno<sup>648</sup>. De esta manera el Tribunal subrayó que la pregunta se refería a un contrato por tiempo indefinido y que la incapacidad de la Sra. Habermann - Beltermann para realizar un trabajo nocturno era de carácter únicamente temporal.

Mientras que en *Dekker* el Tribunal se negó a prestar atención al argumento de que, de hecho, la legislación nacional estaba en el origen de la supuesta discriminación (parágrafo 25), en el caso *Habermann-Beltermann* adoptó un enfoque diferente. Pese a que el Abogado General, el Sr. Tesauo, estaba convencido de que las consideraciones del TJCE en *Dekker* eran igualmente válidas para el presente caso, el Tribunal parece considerar el despido de la Sra. Habermann-Beltermann como un supuesto de discriminación indirecta.

El Abogado General, por su parte, había precisado algunos detalles muy importantes tales como el hecho de que en el supuesto de nulidad del contrato tendría lugar un caso de discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo. Mientras que en el supuesto de resolución del contrato tendría lugar un caso de despido discriminatorio por razón de sexo<sup>649</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no profundizó en esta cuestión dogmática y simplemente se limitó a citar ambas disposiciones<sup>650</sup>.

El Sr. Tesauo también realiza una puntualización muy interesante al sostener que debe excluirse la posibilidad de que las discriminaciones autorizadas al amparo del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva para proteger a las mujeres, puedan ser aplicadas de tal forma que éstas queden excluidas del mercado laboral<sup>651</sup>. Sostiene en el mismo parágrafo que “*sería paradójico que el reconocimiento de la función social de la maternidad y la consiguiente protección de las mujeres embarazadas se produjese a través de la exclusión de las mismas del mercado de trabajo*”. De este modo se plantea,

---

<sup>648</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 25).

<sup>649</sup> *Habermann-Beltermann*, Conclusiones del Abogado General Tesauo presentadas el 27 de enero de 1994, (C-421/92, punto 7).

<sup>650</sup> HÄNLEIN, Andreas. “European maternity protection-perfected or excessive? Comments on the latest judgments of the ECJ”. *The European Legal Forum*. Issue8. 2000/2001, p. 545.

<sup>651</sup> *Habermann-Beltermann*, Conclusiones del Abogado General (C-421/92, punto 11).

indirectamente, la dificultad de las mujeres de conciliar la realidad de la vida personal, familiar y laboral.

Es importante y precursora la matización que realiza el Abogado General en el párrafo 12 de sus Conclusiones en virtud de la cual establece que el principio de igualdad de trato establecido en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva excluye que el embarazo pueda tomarse en consideración para negar la contratación, por lo que resulta absolutamente irrelevante el conocimiento de dicha situación en el momento de la contratación.

En las Conclusiones también se mencionará la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Ésta contempla, en su artículo 7, que debe reconocerse a una mujer embarazada que realiza un trabajo nocturno el derecho a ser trasladada al trabajo diurno o el derecho a un permiso, sin que ello pueda, en ningún caso, implicar la pérdida del puesto de trabajo, tal y como viene establecido en el artículo 10. Esta Directiva no será mentada por el Tribunal debido a que la misma no se había aprobado en el momento de producirse los hechos.

Finalmente, el Abogado General descarta la posibilidad de que pueda ser invocada por el empresario la justificación relativa al perjuicio económico que éste sufre por el hecho de emplear a una persona que disfruta de un permiso durante todo el período de embarazo, sin cuestionar que ciertamente así ocurrirá. Para ello se fundamenta en lo dispuesto por el Tribunal en la sentencia *Dekker* en virtud de la cual “[e]sta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en el caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad”<sup>652</sup>.

Según FENWICK y HERVEY, el Tribunal evitó hacer explícito el punto relativo a la exclusión de toda justificación económica en caso de discriminación directa por razón de embarazo, por lo que, implícitamente, dejaba abierto su establecimiento en

---

<sup>652</sup> *Dekker* (C-177/88, párrafo 12).

futuros casos. El Tribunal no prohibió de manera rotunda que las justificaciones económicas pudieran ser aceptadas<sup>653</sup>. De esta manera, tal y como establece FOUBERT, la puerta quedaba abierta<sup>654</sup>.

De acuerdo con estas últimas autoras, el Tribunal limitó su decisión a aquellos supuestos en los que se pudiera hablar de la existencia de un contrato indefinido. Sin embargo, no estableció nada en relación con aquellas contrataciones de duración determinada o temporales. Esta omisión consistía en un modo de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios. Ello suponía una acción para mitigar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en *Dekker*<sup>655</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa así determinado por el Tribunal. Las consecuencias económicas que de ella se derivan van en detrimento del empleador, aunque éstas parecen suavizarse al establecerse que la protección únicamente alcanzará aquellas mujeres que gocen de contratos de carácter indefinido. El Tribunal se limita a interpretar lo dispuesto en la Directiva 76/207.

---

<sup>653</sup> FENWICK, Helen and HERVEY, Tamara. *op. cit.* pp. 452-453.

<sup>654</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 161.

<sup>655</sup> *Ibidem.*p. 163.

**10. Carole Louise Webb y EMO Air Cargo, sentencia de 14 de julio de 1994  
(C-32/93)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Webb es contratada indefinidamente por la empresa EMO con el fin de sustituir a la Sra. Stewart durante el permiso de maternidad de ésta y de continuar posteriormente en la empresa pese a la reincorporación de esta última. Tras conocer la empresa el embarazo de la Sra. Webb procede a despedirla alegando su incapacidad para efectuar el trabajo para el que había sido contratada<sup>656</sup>.

La Cámara de los Lores plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con el fin de que se dilucide si el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, formulado en la Directiva 76/207/CEE, se opone al despido de una mujer embarazada, contratada por tiempo indefinido, pero con el fin específico de sustituir, en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última.

Tanto el empresario en su alegación como el juez nacional en la redacción de la cuestión prejudicial puntualizan que el empleador hubiera despedido igualmente a un trabajador masculino contratado con la misma finalidad si éste hubiera necesitado ausentarse durante dicho período por razones médicas o de otro tipo. El Tribunal, sin embargo, sostiene que no procede llevar a cabo el examen de esta matización<sup>657</sup>, puesto que, tal y como se estableció en el asunto *Hertz*, no cabe la asimilación de la situación de embarazo a la provocada por una enfermedad<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> Vid. BOCH, Christine. "When is pregnancy unique to the female sex". *Edinburgh Law Review*. Vol. I. 1997, pp. 392-399; ROFES i PUJOL, María Isabel. "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La sentencia Webb de 14 de julio de 1994. La igualdad de trato entre hombres y mujeres: el acceso al empleo y las condiciones de trabajo". *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 12. 1995, pp. 105-108; McGLYNN, Clare. "Webb v EMO: A Hope for the Future?" *Northern Ireland Legal Quarterly*. Núm. 46. 1995, pp. 50-62; SZYSZCZAK, Erika. "The Status to be Accorded to Motherhood": Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd". *The Modern Law Review*. Vol. 58. 1995, pp. 860-866; BUSBY, Nicole. "The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v. EMO Air Cargo (U.K.) Ltd". *The Juridical Review*. Núm. 2. 1996, pp. 156-159; LAHERA FORTEZA, Jesús, CHÁVARRI ANDRÉS, Joaquín. *op. cit.* pp. 911-924

<sup>657</sup> *Webb* (C-32/93, parágrafo 24).

<sup>658</sup> *Hertz* (C-178/88, parágrafo 16).



Debe tenerse en cuenta que la Directiva 92/85/CEE<sup>659</sup>, que entraría en vigor a finales del mismo año en el que fue emitida la sentencia, materializaría esta idea en el último considerando de su Preámbulo al afirmar que “*la noción de prestación adecuada en caso de permiso por maternidad [...] no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad*”.

En primer lugar y en relación al hecho de si concurre en el supuesto una situación de discriminación directa por razón de sexo el Abogado General afirma que la resolución de un contrato por razón del embarazo afecta únicamente a las mujeres<sup>660</sup>. En consecuencia, se trata de un supuesto contrario al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva en cuestión. Conforme a la jurisprudencia existente hasta el momento, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo<sup>661</sup>.

Frente a ello tanto el juez nacional como el empresario interpretan que no se trata de un supuesto de discriminación basado en el embarazo sino en la incapacidad de que la empleada para efectuar, en un período determinado, la prestación para la que había sido contratada. Sin embargo desligar esta incapacidad del embarazo que es la causa que la provoca y desencadena resulta imposible<sup>662</sup>.

En consecuencia y apoyándose en la solución dada en el apartado 25 de la sentencia *Habermann-Beltermann*, el Tribunal establece que la resolución de un contrato por tiempo indefinido con causa en el embarazo de la trabajadora no podrá justificarse por el hecho de que la empleada se encuentre, con carácter temporal, en la imposibilidad de efectuar el trabajo para el que fue contratada. En este sentido el

---

<sup>659</sup> 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. DOCE, núm. L 348 de 28.11.1992.

<sup>660</sup> *Webb*, Conclusiones del Abogado General Tesauro presentadas el 1 de junio de 1994 (C-32/93, punto 7).

<sup>661</sup> *Hertz* (C-178/88, parágrafo 13); *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 15).

<sup>662</sup> *Vid.* SANZ CABALLERO, Susana. “El Tribunal de Justicia de la UE y la promoción de la maternidad”. En ABRIL STOFFELS, Ruth y JUARISTI BESALDUCH, Elena. *Políticas públicas de atención social a la maternidad. Una visión transversal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pp. 53-88.

Abogado General, el Sr. Tesauero, en el apartado 11 dispone que la solución dada en el asunto *Habermann-Beltermann* responde más ajustadamente al presente supuesto<sup>663</sup>.

Cabe recordar en este punto que la sentencia *Dekker*, en su apartado 12, establece que el perjuicio económico padecido por el empresario por tener a su cargo a una persona de permiso durante todo el período del embarazo, no puede justificar una discriminación cuya existencia se ha probado.

En este caso, tal y como sostiene FOUBERT, al Tribunal le resulta más sencillo que en el caso *Dekker* la negativa a tener en cuenta las justificaciones económicas del empresario, puesto que en *Dekker* la discriminación se hallaba producida por las disposiciones de una ley nacional, por lo que se trataba de un supuesto de discriminación indirecta<sup>664</sup>.

Cabe poner de relieve la importancia del apartado 26 del que podemos deducir el interés del Tribunal por proteger los derechos de la madre frente a los intereses económicos del empleado. En él se afirma que:

*“[...]el despido de una mujer encinta, contratada por tiempo indefinido, no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. La disponibilidad del empleado es necesariamente para el empleador un requisito esencial del buen cumplimiento del contrato de trabajo. Pero la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva”.*

Es preciso, también, hacer alusión a la mención que el Tribunal realiza en el apartado 21 al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, pese a que la misma todavía no había entrado en vigor en el momento de emisión de la sentencia. Este artículo prevé una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante

---

<sup>663</sup> El Abogado General sostiene que en este caso la resolución del contrato de trabajo no se halla ligada a una prohibición legal, como en asunto citado, sino que se deriva de la voluntad del empleador de evitar aquellas cargas económicas y organizativas que se deriven de tener que contratar a una nueva empleada.

<sup>664</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 167.

el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. Cabe destacar que dicho precepto no prevé excepción alguna a la prohibición que proclama. Este artículo puede ser considerado como la cristalización de la jurisprudencia que hasta el momento se había encargado de proteger a la mujer frente a los despidos cuya causa radicaba en una discriminación por razón de sexo como es el embarazo.

Por todo ello el Tribunal concluye afirmando que el apartado 1 del artículo 2 en relación con el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 se opone al despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indefinido con el objeto de sustituir en un primer momento, a otra trabajadora durante el permiso de maternidad de esta última y que no puede llevar a cabo dicha situación porque poco después de su contratación se encuentra embarazada<sup>665</sup>.

La problemática radica nuevamente, al igual que sucede en el asunto *Habermann-Beltermann*, en el hecho de que el Tribunal se limita a hacer referencia a los contratos indefinidos, sin embargo no se pronuncia en relación a aquellos que poseen una duración determinada<sup>666</sup>. De manera indirecta, parece admitir la posibilidad de poder despedir a aquellas trabajadoras vinculadas a su empresario mediante un contrato de temporal que se encuentren embarazadas. Por su parte, el Abogado General, considera esta cuestión, planteada por la Comisión a lo largo del procedimiento, supérflua.

Mediante esta omisión se trataba de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios con el aumento de las garantías de los derechos sociales y de protección de los trabajadores. Como ya se ha establecido, de esta manera, se pretendía paliar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en *Dekker*<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> *Webb* (C-32/93, párrafo 29).

<sup>666</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *op cit.* p. 257.

Cabe preguntarse si ello podría dar lugar a la desprotección de aquellas mujeres que cuenten con este tipo de relación laboral y que reuniendo los requisitos para recibir las prestaciones establecidas por razón de la maternidad, sean despedidas.

De acuerdo con FOUBERT, la mayor parte de la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras es de tipo económico, por lo que se plantea que a lo que la normativa antidiscriminatoria debe hacer frente es a aquellas reacciones económicas de los empresarios cuya gran perjudicada es la mujer<sup>668</sup>.

El reparto del coste económico que supone la maternidad entre ambos padres se plantea como solución para hacer frente a la discriminación sufrida por las mujeres. La distribución de los costes, estrictamente, entre el empresario y la madre, no supone una solución, puesto que los empleadores tenderán a trasladar de alguna u otra manera los costes a las trabajadoras. Sin embargo si en este reparto entrara también el padre, los empresarios quizá se verían obligados a gravar no sólo a las trabajadoras sino también al trabajador masculino, por lo que podría tratarse de una forma de paliar la discriminación con base en la maternidad.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a un supuesto de discriminación directa así calificado por él. Las consecuencias económicas de la misma recaen sobre el empleador el cual deberá asumir el coste que supone tener tres empleados para un mismo puesto. Es cierto que nuevamente parece limitarse esta protección a aquellos supuestos en los que la trabajadora se halle vinculada a su puesto de trabajo mediante un contrato de carácter indefinido. Esta sentencia interpreta lo dispuesto en la Directiva 76/207, sin embargo menciona ya algunos de los preceptos de la Directiva 92/85, como el artículo 10, pese a su inaplicabilidad en el presente asunto.

---

<sup>668</sup> *Ibidem.* p. 168.

**11. Joan Gillespie y Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board, Southern Health and Social Services Board, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996 (C-342/93)- Cuestión prejudicial**

En este caso<sup>669</sup> son planteadas por parte de la Court of Appeal in Northern Ireland al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 119 del TCE, de la Directiva 75/117/CEE<sup>670</sup> y de la Directiva 76/207/CEE. A través de las mismas, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se dilucide si el principio de igualdad de retribución, formulado en el artículo 119 del TCE y precisado en la Directiva 75/117, o el derecho legítimo a la protección de la mujer embarazada previsto en la Directiva 76/207, imponen la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad y, en su caso, de aplicarles un aumento salarial que haya tenido lugar antes o durante el permiso de maternidad.

En caso de no existir tal obligación, el juez nacional solicita que se determine si el Derecho comunitario establece criterios específicos, y en su caso cuáles, para fijar el importe de la prestación que se les debe pagar durante este período.

Cabe destacar la relevancia de esta sentencia, pues tal y como indica el Abogado General, el Sr. Lèger, es la primera vez que al TJCE se le presenta la oportunidad de pronunciarse acerca de estos puntos<sup>671</sup>.

El TJCE responde, en primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 119 y la Directiva 75/117. El órgano judicial establece una primera premisa según la cual la prestación que las trabajadoras reciben del empresario, en virtud de disposiciones legislativas o por razón de convenios colectivos, durante su permiso de maternidad

---

<sup>669</sup> Vid. McGLYNN, Clare. "Equality, Maternity and Questions of Pay, European Law Review". Núm. 21. 1996, pp. 327-332; MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. "La CJCE, le droit de la maternité et le principe de non-discrimination: vers une clarification?" *Cahiers de Droit Européen*. Núm. 5-6. 2000, p. 641.; BARBERA, Marzia. *op. cit.* p. 151.

<sup>670</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. DOCE L 45.

<sup>671</sup> Gillespie, Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 6 de junio de 1995 (C-342/93, punto 8).

constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del TCE y de la Directiva 75/117<sup>672</sup>. El Tribunal argumenta una segunda premisa, según la cual tanto el artículo 119 del Tratado como el artículo 1 de la Directiva 75/117 se oponen a una normativa que permita abonar una retribución diferente a los trabajadores masculinos y femeninos, cuando efectúan un mismo trabajo o un trabajo del mismo valor.

Sin embargo y pese a lo que hubiera cabido esperar, establece una tercera premisa en virtud de la cual proclama la imposibilidad de equiparar la situación en la que se halla una mujer durante su permiso de maternidad a la de un hombre o a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo<sup>673</sup>. De esta manera el Tribunal concluirá que en el presente asunto no concurre discriminación salarial entre hombres y mujeres sino únicamente tiene lugar la aplicación de reglas diferentes para situaciones diferentes. En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General<sup>674</sup>.

Es por ello que durante el permiso de maternidad las mujeres no tendrán derecho a percibir su salario íntegro, la retribución que ésta perciba será calculada atendiendo al principio de prestación adecuada<sup>675</sup> y no al principio de igualdad retributiva.

El Tribunal rechaza seguir en el ámbito relativo a la igualdad retributiva<sup>676</sup>, la jurisprudencia asentada en virtud de la cual la discriminación por razón del embarazo constituye discriminación directa por razón de sexo, como se establece en los asuntos *Dekker y Webb*. Tal y como sostienen CARACCIOLO Y MASSELOT, el Tribunal de Justicia se limitó a establecer que las mujeres durante su permiso de maternidad no podrían reclamar su igualdad frente a los hombres en el trabajo. Según ellas, el Tribunal

---

<sup>672</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 14).

<sup>673</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 17).

<sup>674</sup> En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General, en su punto 32, al afirmar que no resulta correcto jurídicamente querer comparar la situación de un trabajador que ocupa su puesto de trabajo que el de una trabajadora en permiso de maternidad. Por ello sostiene que los artículos 119 del Tratado y 1 de la Directiva 75/117 no son aplicables al presente caso.

<sup>675</sup> Artículo 11.2 b. de la Directiva 92/85/CEE.

<sup>676</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 172.

deja entreabierta la puerta para una posible comparación entre la situación relativa al permiso de maternidad con la del trabajador ausente de su puesto por enfermedad<sup>677</sup>.

Cabe poner de manifiesto la mención que realiza a la Directiva 92/85 en el penúltimo considerando de su preámbulo, en el que se hace referencia, al reconocer el derecho al permiso de maternidad, al derecho al mantenimiento de una remuneración y/o al beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a quienes se aplica la Directiva. Esta norma no resultará aplicable debido a que su entrada en vigor no se había producido en el momento en el que acaecen los hechos del litigio principal.

En segundo lugar, y en relación a lo dispuesto en la Directiva 76/207, el Tribunal argumenta que no es aplicable al presente caso debido a que la retribución que constituye la prestación abonada durante el permiso de maternidad se encuentra comprendida en el artículo 119 del Tratado y en la Directiva 75/117 por lo que no puede ser encuadrada también en la Directiva 76/207<sup>678</sup>.

En consecuencia el Tribunal concluye que el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado y precisado en la Directiva 75/117 no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que se les abonan durante dicho período, siempre que el referido importe no se fije en una cuantía que ponga en peligro el objetivo del permiso de maternidad.

Sin embargo, por otra parte, sostiene que en la medida en que el cálculo de estas prestaciones se base en un salario percibido por la trabajadora antes del comienzo del permiso de maternidad, su importe deberá incluir los aumentos de salario que hayan tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por los salarios de referencia y el final del permiso de maternidad<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. “Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”. *op. cit.* p. 250.

<sup>678</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 24).

<sup>679</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 25).

De esta manera reconoce la consolidación de aquellos derechos y mejoras salariales por parte de las mujeres ausentes por razón del disfrute del permiso de maternidad que hubieran adquirido en el caso de hallarse en su puesto de trabajo.

\* \* \*

En esta sentencia se sostiene que la retribución que las mujeres perciban durante su permiso de maternidad será calculada atendiendo al principio de prestación adecuada<sup>680</sup> y no al principio de igualdad retributiva. Esta desigualdad en la retribución no es considerada como constitutiva de discriminación directa por el Tribunal.

De la decisión adoptada por el Tribunal y haciendo suyo lo argumentado por el Abogado General en el punto 48 de sus Conclusiones se infiere el interés económico que tras la misma reside. El Sr. Lèger llega a afirmar que una legislación nacional que no dispone el mantenimiento del salario durante el permiso de maternidad es contraria a las disposiciones del apartado 1 del artículo 2 en relación con las del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 *conllevaría el riesgo de perturbar el equilibrio de un sistema global de protección social*. En esta sentencia el Tribunal interpreta el artículo 119TCE así como las disposiciones de la Directiva 75/117 y menciona el Preámbulo de la Directiva 92/85 todavía inaplicable.

---

<sup>680</sup> Artículo 11.2 b. de la Directiva 92/85/CEE.



**12. Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa, sentencia del TJCE de 13 de marzo de 1997 (C-197/96)- Recurso por incumplimiento y**

**13. Comisión de las Comunidades Europeas y la República Italiana, sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1997 (C-207/96)- Recurso por incumplimiento**

El análisis de estos asuntos, tanto por su proximidad temática como temporal, conviene que sea llevado conjuntamente con el fin de analizar la postura del Tribunal en relación a los mismos. Ambas sentencias vienen a completar lo dispuesto en la sentencia *Stoeckel*, de 25 de julio de 1991<sup>681</sup>, anteriormente analizada y calificada de auxiliar en relación al objeto de la investigación. En ella se observaba, de manera indirecta, la posición del mismo en referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En el asunto de la Comisión frente a la República Francesa, la primera interpone frente a la segunda un recurso con el fin de que sea declarado el incumplimiento por parte de ésta última de las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. La fundamentación de este incumplimiento radica en el mantenimiento del artículo L 213-1 del Código de Trabajo, que contempla la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, sin que exista una prohibición similar para los hombres.

En la argumentación llevada a cabo por el Tribunal se menciona la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE al principio de igualdad de trato en lo que a las condiciones de trabajo se refiere, el cual prevé que la Directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

Sin embargo, en este supuesto el órgano judicial no profundiza en esta línea argumental sino que se limita a invocar como fundamentación del incumplimiento, por una parte, la denuncia presentada por el Gobierno francés en relación al Convenio n° 89 de la OIT relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria. Con el

---

<sup>681</sup> *Stoeckel* (C-345/89).

fin de aplicar este Convenio se estableció en su día el controvertido precepto del Código de Trabajo. Por otra parte se establece que pese a que las disposiciones comunitarias sean directamente aplicables, como ocurre en este supuesto, en el caso en que exista incompatibilidad entre éstas y una legislación nacional, la segunda únicamente puede quedar eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo carácter jurídico de aquellas que deben ser modificadas<sup>682</sup>.

En consecuencia el Tribunal declara que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 5, al mantener en el artículo L 213-1 del Código de Trabajo la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria pese a que no existe una prohibición igual para los hombres.

Puede interpretarse que el abandono de la línea argumental referente a la protección de la maternidad y el embarazo de la mujer, se debe a la consideración por parte del Tribunal de que no cabe incardinar el carácter general de la prohibición del trabajo nocturno femenino en el sector industrial, bajo la especificidad y el carácter restringido de la excepción contenida en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva. Es por ello que no mencionará ni especificará, como lo viene haciendo en otros asuntos, la finalidad que considera persigue el mencionado precepto.

En el asunto de la Comisión frente a la República Italiana, se plantea una cuestión similar. En él la demandante solicita que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de adoptar las medidas necesarias para atenerse a lo dispuesto en la Directiva 76/207/CEE. También solicita que se declare el incumplimiento de la demandada por mantener en vigor en su ordenamiento jurídico interno normas que establecen la prohibición del trabajo nocturno femenino, en contra de lo dispuesto en el artículo 5 de la mencionada Directiva.

La argumentación dada por el Tribunal es igual a la planteada en el supuesto de la Comisión frente a la República Francesa, tanto en relación a la obligación de adaptar la normativa interna a la normativa comunitaria<sup>683</sup> como en lo que se refiere a la tímida

---

<sup>682</sup> *Comisión y República Francesa* (C-197/96, parágrafo 14).

<sup>683</sup> *Comisión y República Italiana* (C-207/96, parágrafo 3).

alusión a la inaplicación de la excepción contenida en el apartado 3 de artículo 2 de la Directiva<sup>684</sup>.

Puesto que el primero de los motivos invocados por la Comisión fue inadmitido por el Tribunal por la falta de una exposición coherente y detallada del mismo<sup>685</sup>, éste únicamente se pronunciará en relación al segundo de los motivos. En otras palabras, en relación al incumplimiento de la República Italiana de la obligación de eliminar de su ordenamiento jurídico interno aquellas normas que establecían la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres. Cabe mencionar que la República Italiana ya no se hallaba vinculada por lo dispuesto en el Convenio n° 89 de la OIT, puesto que denunció el mismo en febrero de 1992 al tener conocimiento de la sentencia *Stoeckel*<sup>686</sup>.

Cabe destacar, con el fin de observar la perspectiva y la visión que sobre el papel de la mujer tenía la República Italiana, la argumentación que este país hacía en defensa del mantenimiento en vigor de la mencionada prohibición: esta fue conservada con objeto de garantizar el respeto a exigencias de naturaleza personal y familiar cuya importancia recoge el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207. Sin embargo el Tribunal no tuvo en cuenta esta argumentación y no profundizará en este planteamiento. Con ella se separa de la reflexión realizada en la sentencia *Stoeckel* en torno al mismo. Ello puede significar un cambio en la posición del Tribunal en relación a la división tradicional de roles entre el hombre y la mujer que acostumbraba mantener en su jurisprudencia anterior de manera indirecta al aludir, fundamentalmente, a la finalidad del mencionado apartado del artículo 2 de la Directiva.

El órgano judicial reitera la argumentación en virtud de la cual la incompatibilidad entre la legislación nacional y las disposiciones comunitarias sólo puede quedar eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse. En consecuencia declara que la República Italiana al mantener en su ordenamiento jurídico la mencionada prohibición incumple lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva.

---

<sup>684</sup> *Comisión y República Italiana* (C-207/96, parágrafo 2).

<sup>685</sup> *Comisión y República Francesa* (C-197/96, parágrafo 21).

<sup>686</sup> *Stoeckel* (C-345/89, parágrafo 11).

En ambas sentencias el Tribunal se encuentra con legislaciones nacionales que contienen disposiciones constitutivas de discriminaciones directas por razón de sexo. De lo dispuesto en las sentencias no se infiere que mediante ellas se favorezcan directamente los intereses económicos del Estado. El Tribunal, en ambos casos, se limita a interpretar lo dispuesto en la Directiva 76/207, nada se preconiza.

**14. *Helle Elisabeth Larsson y Føtex Supermarked*, sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997 (C-400/95)- Cuestión prejudicial**

En el caso *Larsson*<sup>687</sup> el Søg Handelsretten (Tribunal marítimo y mercantil) danés planteó al Tribunal de Justicia una cuestión sobre la interpretación del apartado 1 del artículo 5 y del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE. Concretamente pretendía que se dilucidara si bajo estos artículos quedaban comprendidos aquellos despidos producidos como consecuencia de ausencias posteriores al período de descanso por maternidad, en caso de que dichas ausencias fueran debidas a una enfermedad que hubiera aparecido durante el embarazo y se hubiera prolongado durante y después del transcurso del período de descanso por maternidad<sup>688</sup>.

El Tribunal trajo a colación la sentencia *Hertz*<sup>689</sup>, en la que sostiene que el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207, no constituye obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto. La interpretación que las distintas partes realizan sobre la citada sentencia presenta importantes discrepancias, fundamentalmente aquella llevada a cabo por la demandante.

---

<sup>687</sup> Vid. BOCH, Christine. “Où s'arrête le principe d'égalité ou de l'importance d'être bien-portante (à propos de l'arrêt Larsson de la Cour de Justice)”. *Cahiers de Droit Européen*. 1998, p.177-190; NOVAK, Meinhard. “Krankheit während der Schwangerschaft und anschließende Entlassung”. *St. Galler Europarechtsbriefe*. 1997, pp. 434-437; ROFES i PUJOL, María Isabel. “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto a las condiciones de despido. La incapacidad laboral durante el embarazo. Su consideración a la luz de la Directiva 76/207. La sentencia de 29 de mayo de 1997 de la Sala VI en el asunto C-400/95, Larsson”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 17. 1997, pp. 185-195.

<sup>688</sup> BUSBY, Nicole. “Divisions of labour: maternity protection in Europe”. *op. cit.* p. 289.

<sup>689</sup> *Hertz*, (C-179/88).

La demandante sostiene, apoyada en el apartado 16 de la sentencia que, en virtud de lo dispuesto en el asunto *Hertz* cabe distinguir entre, por una parte, las enfermedades que son consecuencia del embarazo o del parto que, como ocurre en la sentencia *Hertz*, aparecen una vez concluido el permiso por maternidad y, por otra parte, las que, como ocurre en su caso, ya se presentan en el embarazo o durante el permiso por maternidad y que se prolongan una vez finalizado dicho período de descanso. La Sra. Larsson sostiene que la Directiva se opone al despido de aquellas trabajadoras que se hallen en el segundo de los supuestos planteados<sup>690</sup>.

Sin embargo, el Tribunal inadmitirá tal argumentación y tal interpretación de la sentencia *Hertz*. En este asunto el Tribunal sostiene que es inexacto afirmar que él mismo, con base en la sentencia *Hertz*, haya establecido una distinción en virtud del momento de aparición o manifestación de la enfermedad<sup>691</sup>.

El Tribunal, apoyándose en la argumentación recogida en *Hertz*<sup>692</sup>, responde sosteniendo que, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de acuerdo con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2, no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad.

El Tribunal sostiene que tener en cuenta la ausencia de la mujer durante el permiso de maternidad para justificar un posterior despido se considerará contrario al objetivo de protección que persigue el apartado 3 del artículo 2 de la mencionada<sup>693</sup>. Estima que ello privaría de efecto útil a dicha disposición. Sin embargo y puesto que mantiene que la trabajadora no se beneficia de protección contra el despido motivado por ausencias debidas a una enfermedad que aparece durante el embarazo, el Tribunal deduce que la Directiva no se opone a que las ausencias de las trabajadoras que tengan

---

<sup>690</sup> *Larsson*, (C-400/95, parágrafo 13).

<sup>691</sup> *Larsson*, (C-400/95, parágrafo 17).

<sup>692</sup> *Hertz* (C-179/88, párrafos, 16,17 y 18).

<sup>693</sup> *Larsson*, (C-400/95, parágrafo 22).

lugar entre el comienzo del embarazo y el comienzo del permiso por maternidad, sean tenidas en cuenta para el cálculo del período que justificaría su despido con arreglo a la legislación nacional.

En relación con esta idea el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer recoge una extensa reflexión tras la que concluye que los períodos de baja médica causados por problemas de salud provocados por el embarazo y que trascurren desde el inicio del mismo hasta el inicio del permiso de maternidad no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de computar las ausencias a efectos de despido<sup>694</sup>.

Algunos autores han criticado esta postura cuestionando la razón en virtud de la cual se otorga un trato diferenciado a aquellas enfermedades relacionadas con el embarazo que tienen lugar con anterioridad al permiso de maternidad y aquellas que tienen lugar con posterioridad a éste<sup>695</sup>. Con independencia a esta última crítica, como se ha visto, el Tribunal se separa de lo dispuesto en las Conclusiones del Abogado General.

El propio órgano judicial plantea una solución alternativa en el caso de que fuera aplicable la Directiva 92/85, sin embargo en el momento en el que los hechos del litigio principal sucedieron todavía no había transcurrido el plazo de trasposición de la misma. La norma, en su artículo 10, prevé una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada, durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso por maternidad. En consecuencia, el Tribunal deduce que las ausencias que se

---

<sup>694</sup> El Abogado General, argumentando su respuesta en la jurisprudencia del Tribunal dictada en interpretación de la Directiva 76/207, establece que sería contradictorio afirmar, por una parte, que el despido de una mujer por razón de su embarazo constituye una discriminación por razón de sexo [*Hertz* (C-179/88, párrafos 13 y 14)], que el embarazo no puede equipararse a una enfermedad [*Webb* (C-32/93, párrafo 25)] o que el despido de una mujer embarazada no puede justificarse por el hecho de que se encuentre incapacitada para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato [*Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafo 25); *Webb* (C-32/93, párrafo 26)] y, al mismo tiempo, aceptar que los períodos en los que la mujer embarazada haya debido estar en situación de baja médica debido a una enfermedad provocada por el embarazo pudieran serle computados, a los efectos de un despido que se produciría una vez finalizado el descanso por maternidad.

<sup>695</sup> CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia. “Maternity and Equal Treatment”. *European Law Review*. Núm. 23. 1998, p. 169.

produzcan durante el período protegido, salvo por razones no inherentes al estado de la interesada, no podrán ser tenidas en cuenta para la justificación del despido<sup>696</sup>.

En el presente caso se pone de manifiesto una vez más la especial atención que el Tribunal de Justicia presta al delicado equilibrio existente entre los intereses del empleador y del empleado, al tratar cuestiones relacionadas con la maternidad que, concretamente, implican la indisponibilidad de una persona para desarrollar su trabajo. En este sentido la respuesta dada en la sentencia *Larsson* puede considerarse como una consecuencia previsible del asunto *Hertz*<sup>697</sup>. La restrictiva interpretación que realiza del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva tiene como consecuencia que la balanza quede inclinada a favor del empresario. Al permitir la consideración de las ausencias por baja médica con causa en el embarazo transcurridas desde el inicio del mismo hasta el comienzo del permiso de maternidad para la justificación del despido de la trabajadora, reduce la protección de la misma y facilita al empresario la discriminación de las trabajadoras así como la impunidad de dicha conducta.

Sin embargo, otros autores como FOUBERT consideran la solución planteada en la sentencia como un esfuerzo considerable que el Tribunal realiza para reducir la especial protección de las mujeres al mínimo necesario. Esta autora sostiene que un tratamiento excesivamente protector podría llegar a poner en peligro la posición de la mujer en el mercado laboral, ya que alienta a los empleadores a discriminar a las trabajadoras en el acceso al empleo<sup>698</sup>.

Esta crítica, que justifica la postura del Tribunal así como el despido de la trabajadora, puede resultar un tanto enrevesada para lograr argumentar y defender el fallo del Tribunal. No por miedo a las posibles represalias por parte del mercado laboral se ha de cesar en la necesaria protección de la mujer en lo que al embarazo y a su maternidad se refiere.

---

<sup>696</sup> *Larsson* (C-400/95, párrafo 25).

<sup>697</sup> CARACCILO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *op cit.* p. 254. *Vid.* ELLIS, Evelyn. "Recent Developments in European Community Sex Equality Law". *Common Market Law Review*. Núm. 35. 1998, pp. 379-408.

<sup>698</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 187

En esta sentencia se plantea ante el Tribunal un posible supuesto de discriminación indirecta puesto que en la situación descrita únicamente pueden hallarse las mujeres, sin embargo el órgano judicial no considera la concurrencia de tal situación. Como se ha establecido, la restrictiva interpretación que el Tribunal realiza del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva tiene como consecuencia que la balanza quede inclinada a favor de los intereses económicos del empleador. La sentencia interpreta la legislación vigente, sin embargo plantea una solución diferente para el caso en que la Directiva 92/85 hubiera entrado en vigor, mucho más beneficiosa para las trabajadoras en las que concurren las circunstancias descritas.

**15. Caisse nationales d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) y Evelyne Thibault, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1998 (C-136/95)- Cuestión prejudicial**

La Cour de cassation de Francia suspendió el procedimiento llevado a cabo entre CNAVTS y la Sra. Thibault para plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con el fin de determinar si el apartado 1 del artículo 1<sup>699</sup>, el apartado 1 del artículo 2, el apartado 1 del artículo 5 y, en su caso, el apartado 4 del artículo 2<sup>700</sup> de la Directiva 76/207/CEE, prohíben privar a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, como consecuencia de su ausencia motivada por el disfrute del permiso de maternidad<sup>701</sup>.

---

<sup>699</sup> Artículo 1.1 de la Directiva 76/207: “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».

<sup>700</sup> Artículo 2.4 de la Directiva 76/207: “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”.

<sup>701</sup> Vid. MAYR, Klaus. “Berücksichtigung des Mutterschaftsurlaubs als tatsächlich geleistete Dienstzeit”. *European Law Reporter*. 1998, pp. 247-248; LANQUETIN, Marie-Thérèse. *Recueil Dalloz Sirey*. 1998, p. 246-247; CARACCILO DI TORELLA, Eugenia. “Thibault. Exiting the Maze”. *Industrial Law Journal*. 1998, pp. 373-377; SANZ CABALLERO, Susana. “El Tribunal de Justicia de la UE y la conciliación profesional, familiar y personal”. En ABRIL STOFFELS, Ruth. *Conciliación hoy*. Madrid: CEU Ediciones. 2012, pp. 83-116.



La problemática viene planteada por la existencia de una disposición nacional de origen convencional (Capítulo XII del Reglamento interior tipo para la aplicación del convenio colectivo de trabajo del personal de los organismos de seguridad social), en virtud de la cual se exige que el empleado que acredite por los menos seis meses de presencia en el puesto de trabajo será objeto de calificación por parte de sus superiores jerárquicos.

La CNAVTS se negó a calificar a la Sra. Thibault por considerar que su presencia en el puesto de trabajo durante el año en cuestión había sido inferior a dicho mínimo. El mencionado organismo interpretó esta norma en el sentido de que el permiso por maternidad no computaba como presencia en el puesto de trabajo sino como ausencia al igual que sucede con las bajas por enfermedad, de tal manera que la demandante no pudo ser calificada y, en consecuencia, no pudo optar a la promoción profesional correspondiente.

El Tribunal de Justicia argumenta que el ejercicio de los derechos concedidos a las mujeres en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva no puede conllevar que la trabajadora experimente un trato desfavorable en el acceso al empleo o en lo que a las condiciones de trabajo se refiere. En otras palabras, el ejercicio del derecho al permiso de maternidad no puede privar a la mujer de su derecho a ser calificada y de la posibilidad de promoción profesional<sup>702</sup>.

Finalmente el Tribunal responde que de la interpretación del apartado 3 del artículo 2 y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, se deriva la prohibición de que una normativa nacional prive a una mujer de su derecho a ser calificada y, por lo tanto, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por el hecho de haber estado ausente debido a un permiso de maternidad<sup>703</sup>.

Dicha solución se debe, fundamentalmente, a la calificación de los hechos del litigio como discriminatorios. El Tribunal considera que la conducta descrita en el presente supuesto es constitutiva, a efectos de la Directiva, de una discriminación basada directamente en el sexo, puesto que la Sra. Thibault resulta discriminada por

---

<sup>702</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafos 26 y 27).

<sup>703</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafo 33).

causa, exclusivamente, de su embarazo y de su permiso por maternidad. En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer<sup>704</sup>.

Tal y como establecen MASSELOT y BERTHOU “*la CJCE a jugé dans l'affaire Thibault qu'un régime d'égalité substantielle, et non pas un simple droit à l'égalité formelle, devait être appliqué à la grossesse*”<sup>705</sup>. El Tribunal proclama que la Directiva 76/207 tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal<sup>706</sup>. Es la primera vez que este órgano judicial explícitamente menciona y distingue los conceptos de igualdad material y de igualdad formal<sup>707</sup>.

El Tribunal, pese a no hacer referencia a la Directiva 92/85, a diferencia del caso *Webb*<sup>708</sup>, en esta sentencia está plenamente en consonancia con los requisitos establecidos por la misma, la cual no era aplicable en el momento en el que suceden los hechos del asunto principal.

En este caso, en el párrafo 25 de la sentencia, se reitera jurisprudencia del Tribunal en relación a la finalidad perseguida por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva o a la problemática referente a la asimilación del concepto de embarazo al de enfermedad. Por una parte se menciona, haciendo alusión a la sentencia *Hofmann*<sup>709</sup>,

---

<sup>704</sup> El Abogado General sostiene que el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva se opone a la disposición nacional de origen convencional, de enunciado neutro, en virtud de la cual el empleado ha de acreditar al menos seis meses de presencia en el puesto de trabajo para poder ser calificado por los superiores jerárquico, pero cuya aplicación en la práctica pueda producir una discriminación directa por razón de sexo. Esta norma provoca una situación discriminatoria en la medida en que permite calcular el tiempo de presencia de la empleada en el puesto de trabajo, contabilizando el descanso por maternidad como un período de baja por enfermedad.

<sup>705</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 640.

<sup>706</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafo 26).

<sup>707</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 179; CARMONA CUENCA, Encarna. “El principio de igualdad material en la Constitución europea”. *Foro constitucional iberoamericano*. Núm. 8. 2004, p.1: Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller– se distingue entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad real o material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

<sup>708</sup> *Webb* (C-32/93, 25).

<sup>709</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25).

*Habermann-Beltermann*<sup>710</sup> y *Webb*<sup>711</sup>, que el apartado 3 del artículo 2 tiene por finalidad la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. De esta manera el Tribunal continúa manteniendo esta argumentación fundamentada en las especiales relaciones de la madre con el hijo, en virtud de las cual atribuye a la misma las tareas de cuidado, manteniendo así la división tradicional de roles.

Por otra parte, en las Conclusiones del Abogado General, en relación a la equiparación del concepto de embarazo al de enfermedad, se establece que la misma es constitutiva de una discriminación directa. Se reitera así la jurisprudencia establecida en la sentencia *Webb* y en las Conclusiones del asunto *Larsson*<sup>712</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal se enfrenta a unos hechos que considera constitutivos de discriminación directa basada en el sexo. Mediante la solución adoptada en ella el Tribunal inclina la balanza en favor de la protección de la maternidad en detrimento de los intereses económicos del empleador. La trabajadora ausente por haber disfrutado de su permiso por maternidad, a pesar de no reunir el período mínimo de seis meses tendrá el derecho a ser calificada. El Tribunal adopta una solución compatible con las disposiciones contenidas en la Directiva 92/85 la cual todavía en este momento no resulta aplicable.

**16. Kathleen Hill, Ann Stapleton y Tje Revenue Commissioners,  
Department of Finance, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1998 (C-  
243/95)- Cuestión prejudicial**

En el asunto conocido como *Hill y Stapleton*<sup>713</sup> se reconoce por primera vez la importancia que el Derecho comunitario ha de otorgar a la conciliación de la vida

---

<sup>710</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 21).

<sup>711</sup> *Webb* (C-32/93, parágrafo 20).

<sup>712</sup> *Webb* (C-32/93, 25); *Larsson*, Conclusiones del AG, (C-400/95, punto 35).

<sup>713</sup> *Vid.* NOVAK, Meinhard. “Diskriminierung von Frauen beim Wechsel von Teilzeit- auf Vollarbeitsplätze”. *European Law Reporter*. 1998, p. 344-345; McGLYNN, Clare y FARRELLY,

personal, familiar y profesional<sup>714</sup>. La posibilidad de conciliación entre estos tres ámbitos es entendida por el Tribunal como *el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres*<sup>715</sup>. Por ello ésta se convierte en sentencia de referencia que en asuntos posteriores será tenida en cuenta por el Tribunal cuando se le presente la oportunidad de dirimir acerca de cuestiones relacionadas con esta problemática.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia examina y resuelve conjuntamente tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Labour Court irlandesa sobre la interpretación de la Directiva 75/117. Tales cuestiones surgen en el marco del litigio de las Sras. Hill y Stapleton frente a The Revenue Commissioners y el Department of Finances.

El eje de las cuestiones planteadas consiste en identificar si existe discriminación cuando el empleador determina que trabajadores que pasan del régimen de trabajo a tiempo compartido al régimen de trabajo en jornada completa retroceden en la escala de ascensos y, por tanto, en su nivel retributivo. Ello es así porque el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de “tiempo trabajado”. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en caso de que la aplicación de tal criterio dé lugar a una discriminación indirecta, ésta puede estar justificada<sup>716</sup>.

De los hechos descritos en el asunto se deduce que la normativa nacional cuestionada en el procedimiento principal perjudica a los trabajadores que pasan del régimen de trabajo a tiempo compartido al de jornada completa en comparación con quienes han trabajado en jornada completa durante el mismo número de años. Ello se debe a que al pasar al régimen de jornada completa, el trabajador a tiempo compartido es clasificado en la escala retributiva en un nivel inferior al que se le aplicaba anteriormente y, por consiguiente, en un nivel inferior al de un trabajador en jornada completa que hubiera estado empleado durante el mismo período de tiempo.

---

Catherine. “Equal Pay and the Protection of Women within Family Life”. *European Law Review*. 1999, pp. 202-207.

<sup>714</sup> BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *op. cit.* p. 13.

<sup>715</sup> Hill (C-243/95, parágrafo 42).

<sup>716</sup> BRZEZIŃSKA, Agata. *op. cit.* p. 21.

Tras determinar que el mencionado sistema de clasificación se halla bajo el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado y por tanto de la Directiva 75/117 y que se halla comprendido en el concepto de “retribución” en el sentido de este artículo 119, el Tribunal actúa con el fin de comprobar si existe discriminación.

Después de comprobar que ambas modalidades de contrato constituyen situaciones comparables puesto que los trabajos desempeñados resultan análogos, el Tribunal pasa a determinar si el trato desigual resulta justificable mediante razones objetivas y si podría hablarse de discriminación indirecta. El Tribunal considera ambas situaciones comparables puesto que argumenta que un trabajador a tiempo compartido adquiere la misma experiencia que un trabajador a tiempo completo, en el mismo período de tiempo, a pesar de trabajar menos horas<sup>717</sup>.

Debe tenerse en cuenta, tal y como señala el órgano judicial y como se ha expuesto en el procedimiento principal, que las mujeres constituyen casi la totalidad de los trabajadores a tiempo compartido en el sector público irlandés y que eligen tal opción con el fin de conciliar el trabajo y las cargas familiares<sup>718</sup>.

En este sentido, el Tribunal sostiene, en primer lugar, que el motivo de justificación conforme al cual una excepción a favor del tiempo compartido daría lugar a una discriminación a favor de las mujeres queda descartado, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 29.

En segundo lugar, respecto a la justificación fundamentada en razones económicas, el Tribunal recuerda que el empleador no puede justificar una discriminación por el único motivo de que la eliminación de la misma implicaría un aumento de sus costes.

En esta sentencia se destaca por primera vez la importancia de las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral al sostener que *“la política comunitaria en este ámbito consiste en incentivar y, en la medida de lo posible, adaptar las condiciones*

---

<sup>717</sup> HERON, Alexandra. “Promoting and Protecting Reduced-Hours Work: European Union Law and Part-Time Work”. En *Working Time for Working Families: Europe and the United States*. Washington D.C: Friedrich Ebert Stiftung. 2005, p. 44.

<sup>718</sup> *Hill* (C-243/95, párrafo 41).

*de trabajo a las cargas familiares. La protección de la mujer en la vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional es, como la del hombre, un principio que en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros está ampliamente considerado como el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres y está reconocido por el Derecho comunitario”<sup>719</sup>.*

En una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeña un empleo en jornada compartida, el Tribunal concluye que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 se oponen a la normativa nacional cuestionada.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a una situación que califica constitutiva de discriminación indirecta puesto que la regulación nacional dirigida a los trabajadores a tiempo compartido afecta en la mayoría de los supuestos a mujeres (ya que son éstas las que ocupan en un alto porcentaje este tipo de puestos). El Tribunal entiende que no cabe justificación objetiva a esta situación discriminatoria. En este asunto el Tribunal se limita a interpretar lo dispuesto en el artículo 117 del Tratado y en la Directiva 75/117. La solución adoptada conlleva consecuencias económicas desfavorables para el empleador y recuerda que el empleador no puede justificar una discriminación por el único motivo de que la eliminación de la misma implicaría un aumento de sus costes.

**17. *Mary Brown y Rentokil Initial UK*, sentencia del TJCE de 30 de junio de 1998 (C-394/96)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Brown es despedida por la empresa Rentokil por haber estado ausente durante un período superior a 26 semanas. Esta empresa posee una cláusula en virtud de la cual, en caso de baja por enfermedad superior a 26 semanas ininterrumpidas, se despedirá al trabajador afectado, con independencia de su sexo. La baja de la Sra.

---

<sup>719</sup> *Hill* (C-243/95, párrafo 42).

Brown se debía a sufrir una serie de trastornos imputables a su embarazo. Finalmente fue despedida durante el transcurso del mismo<sup>720</sup>.

El artículo 33 de la Employment Protection Act 1978 prevé el derecho que tienen las trabajadoras a reanudar su trabajo tras haber estado ausentes del mismo total o parcialmente por causa del embarazo o del parto siempre y cuando éstas hubieran estado empleadas en la empresa sin interrupción, al menos, dos años con anterioridad al comienzo de la undécima semana previa a la fecha prevista para el parto. Sin embargo, en el presente caso la demandante no reunía el citado requisito por lo que no se le consideraba sujeto de este derecho.

La Cámara de los Lores, concedora del litigio en última instancia, decide plantear dos cuestiones prejudiciales al TJCE en relación a la interpretación del apartado 1 del artículo 2 y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. La primera de ellas planteaba si el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento del embarazo por ausencias debidas a la incapacidad laboral causada por el embarazo.

Esta misma cuestión plantea si existe alguna diferencia en el caso de que el mencionado despido se realice en aplicación de una cláusula contractual en la que se permita al empresario despedir a cualquier trabajador, independientemente de su sexo, tras un número determinado de semanas de ausencia continuada.

En respuesta a la misma, el TJCE presenta como marco general, en primer lugar, tal y como se establece en reiterada jurisprudencia<sup>721</sup>, que el despido de una trabajadora

---

<sup>720</sup> Vid. CABRAL, Pedro. "Dismissal on grounds of pregnancy-related illnesses prohibited, EU Focus - Essential developments in EU". *Law and Policy*. Núm. 18. 1998, pp. 2-3; BOCH, Christine. "During Pregnancy, Females are Pregnant". *European Law Review*. 1998, pp. 488-494; CABRAL, Pedro. "La jurisprudencia de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Politique sociale". *Revue du marché unique européen*. Núm. 4. 1998, p.156-158; CARACCILO DI TORELLA, Eugenia. "Pregnancy, maternity and dismissals: A clarification?" *The Journal of Social Welfare & Family Law*. 1999, p.81-88; WYNN, Michael. "Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?" *The Modern Law Review*. 1999, p.435-447; HANLON, James. "Pregnancy Discrimination. The "Sick" woman is cured!" *The Law Teacher*. Vol. 33. 1999, pp. 91-94; SIMON, Shona. "Discrimination on the Ground of Pregnancy: Chaos or Consistency from the ECJ?" *The Edimburg Law Review*. 1999, pp. 217-228; ROFES I PUJOL, María Isabel: El embarazo no es una enfermedad. *Aequalitas*. Núm. 1. 1999, pp. 20-23; SANZ CABALLERO, Susana. "De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad: 40 años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27. Núm. 3. 2009, pp. 721-742.

por razón de su embarazo constituye una discriminación basada en el sexo. En segundo lugar, reitera la posible excepción en virtud del apartado 3 del artículo 2 del principio de igualdad de trato con el fin de proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

En tercer lugar, pese a su inaplicabilidad *ratione temporis*, el Tribunal hace alusión al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, el cual prevé la prohibición de despido de la mujer desde el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. De hecho, se fundamentará en el mismo a la hora de adoptar su interpretación.

El Tribunal, además de las citadas fundamentaciones también toma en consideración para dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, por una parte, el hecho de que el embarazo, tal y como se establece en la sentencia *Webb*<sup>722</sup>, no puede quedar asimilado a un estado patológico. Por otra parte enuncia la protección frente al despido de la que goza la mujer durante el permiso de maternidad, en virtud del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, tal y como queda previsto en la sentencia *Hertz*<sup>723</sup>.

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera, en respuesta a la primera parte de la primera cuestión, que el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de un trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral con causa en el mismo.

En relación con la segunda parte de la primera cuestión, responde que la cláusula contractual en cuestión, aparentemente neutra, cuando se aplica al supuesto de las trabajadoras embarazadas supone también una discriminación basada en el sexo.

La segunda cuestión prejudicial plantea si resulta contrario al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 el hecho de despedir a una trabajadora por ausencias debidas a una incapacidad laboral causada por el

---

<sup>721</sup> *Dekker* (C-177/88, párrafo 12); *Hertz* (C-179/88 párrafo 13); *Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafo 15); *Webb* (C-32/93, párrafo 19).

<sup>722</sup> *Webb* (C-32/93, párrafo 25).

<sup>723</sup> *Hertz* (C-179/88, párrafo 15).



embarazo. Esta trabajadora no tiene derecho a ausentarse del trabajo por causa de embarazo y parto durante el período establecido por la normativa nacional porque no ha estado contratada el tiempo necesario para gozar de protección frente al despido. El Tribunal considera que dada la argumentación y respuesta otorgada a la primera cuestión, no procede responder a ésta.

La importancia de esta sentencia según CARACCIOLLO DI TORELLA y MASSELOT radica en dos puntos. En primer lugar, ésta aclara el enfoque anterior del Tribunal. Al hacer caso omiso de *Larsson*, el Tribunal reconoció expresamente su intención de seguir una nueva dirección. En segundo lugar, comenzó a proporcionar directrices sobre la forma de interpretar la relación entre las disposiciones de la Directiva de igualdad de trato y la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas, que como resultado de *Larsson* no había quedado clara<sup>724</sup>. Estas autoras sostienen que *Brown* supuso un importante avance hacia la conciliación de la maternidad y la vida profesional<sup>725</sup>.

Sin embargo, la solución dada por el Tribunal en el presente caso no ha resultado exenta de críticas. Autores como FOUBERT cuestionan por qué se distingue entre aquellas enfermedades relacionadas con el embarazo que se presentan con anterioridad al permiso de maternidad, las cual si ostentan protección, de aquellas también relacionadas con el embarazo pero que sin embargo, se presentan con posterioridad al disfrute del mencionado permiso<sup>726</sup>.

\* \* \*

El Tribunal en esta sentencia hace frente a una situación de discriminación indirecta puesto que una norma o cláusula contractual aparentemente neutra resulta perjudicial para aquellas mujeres que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. En la presente sentencia el Tribunal revoca la postura mantenida en la sentencia *Larsson*<sup>727</sup>

---

<sup>724</sup> CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. “Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”. *op cit.* p. 255. *Vid.* BUSBY, Nicole. “Divisions of labour: maternity protection in Europe”. *op. cit.*

<sup>725</sup> *Ibidem.* p. 256.

<sup>726</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 190.

<sup>727</sup> *Larsson* (C-400/95).

y manifiesta un importante avance en relación a la protección de la mujer embarazada, al establecer que en virtud del principio de no discriminación la prohibición de despido de la misma estará vigente no únicamente durante el permiso de maternidad sino desde el inicio del embarazo hasta la finalización del citado permiso<sup>728</sup>. De esta manera, se aplica la protección dispuesta en el artículo 10 de la Directiva 92/85 todavía no aplicable *ratione temporis*. Esta solución fue planteada ya por el Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, en la sentencia *Larsson*<sup>729</sup>.

En este supuesto puede observarse como el Tribunal se aleja de la protección de los intereses económicos del empresario. Esta posición había primado en asuntos como *Larsson* en los que la tutela de la mujer por razón de su embarazo o maternidad había sido interpretada por el órgano judicial de manera restrictiva con el fin de no perjudicar al empleador. Es importante destacar también, la distinción que el Abogado General realiza en atención a las finalidades perseguidas por la Directiva 76/207 y por la Directiva 92/85<sup>730</sup>. También cabe mencionar que el Tribunal mediante su solución no contribuye a mantener la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres

---

<sup>728</sup> *Brown* (C-394/96, parágrafo 24 y 25).

<sup>729</sup> El Abogado General, en las Conclusiones presentadas en el asunto *Larsson*, (C-400/95, puntos 36 y 42) consideraba que el período de protección de la mujer debía iniciarse desde el comienzo de la gestación y, en consecuencia, aquellas bajas médicas con causa en el embarazo que transcurriesen con anterioridad al comienzo del permiso de maternidad no deberían ser computadas a efectos de justificar el despido de la trabajadora. El Abogado General, aludía al período de protección frente al despido recogido en el artículo 10 de la Directiva 92/85 pese a que la misma tampoco resultaba todavía aplicable a los hechos del litigio principal. En aquel momento el Tribunal de Justicia se apartó de la propuesta planteada por el Abogado General y limitó la protección únicamente al período del permiso de maternidad, tal y como había sido establecido en la sentencia *Hertz*.

<sup>730</sup> El Abogado General en Ruiz-Jarabo Colomer, en las Conclusiones presentadas en el asunto *Brown* (C-394/96, punto 21) distingue las finalidades perseguidas por las Directivas 76/207 y 92/85 mediante la referencia a la base jurídica de cada una de las normas comunitarias. En este sentido sostiene que la Directiva 76/207 se fundamenta jurídicamente en lo dispuesto en el artículo 235 del TCE, por lo que constituye una acción de la Comunidad necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad en este caso, para realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Esta fundamentación serviría para poder entender que tras las disposiciones contenidas en la mencionada Directiva prima en última instancia el funcionamiento del mercado común.

Sin embargo, la Directiva 92/85 se fundamenta jurídicamente en el artículo 118A del Tratado, el cual obliga al Consejo a establecer, 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. Sin embargo, y pese a no guardar ésta una relación tan estrecha con la cuestión económica como la Directiva 76/207, el considerando noveno de su exposición de motivos alude a que la misma no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo. Aquí podemos observar la constante preocupación de la, en este momento, CE por el empleo y por el mercado de la misma.

pese a que en su argumentación todavía conserva resquicios de ésta. Observamos estos resquicios al hacer referencia a la especial relación de la mujer con el hijo<sup>731</sup>.

**18. Margaret Boyle y otras, y Equal Opportunities Commission, sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (C-411/96)- Cuestión prejudicial**

Esta es la primera sentencia, tal y como es reflejado explícitamente por el Abogado General<sup>732</sup>, en la que el TJCE interpreta y aplica directamente la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En ella serán analizadas algunas cuestiones controvertidas surgidas en el litigio entre la Sra. Boyle y otras demandantes y su empleador, la Equal Opportunities Commission, en relación con el régimen de maternidad que ésta aplicaba a sus trabajadoras<sup>733</sup>.

Debido a la complejidad del supuesto se exponen individualmente las respuestas y las argumentaciones dadas por el Tribunal a cada una de las cinco cuestiones prejudiciales planteadas.

La primera cuestión solicita que se determine si el artículo 119 del Tratado, tal como lo desarrolla la Directiva 75/117, y las Directivas 76/207 o 92/85 se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo supedita el pago, durante el permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 de la Directiva 92/85, de una retribución más elevada que la prestación prevista por la legislación nacional en materia de permiso de maternidad, al requisito de que la trabajadora se comprometa a reintegrarse al trabajo después del parto durante al menos un mes, so pena de tener que devolver la diferencia

---

<sup>731</sup> *Brown* (C-394/96, parágrafo 17).

<sup>732</sup> *Boyle*, Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 19 de febrero de 1998 (C-411/96, punto 27).

<sup>733</sup> *Vid.* HYLAND, Niamh. *The Bar Review*. Vol. 4. 1999, pp. 273-275; BERTHOU, Katell y MASSELOT, Annick. "Egalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE." *Droit social*. Núm. 11. 1999, p. 942-947; BUSBY, Nicole. "Divisions of labour: maternity protection in Europe". *op. cit.* p. 290.

entre el importe de la retribución que se le haya pagado durante el permiso de maternidad y el de dicha prestación.

Con el fin de dar respuesta a la pregunta planteada el Tribunal realiza la siguiente argumentación. Por una parte sostiene que a pesar de que la Directiva exija que durante el permiso de maternidad a que se refiere el artículo 8 la trabajadora perciba un volumen de ingresos igual, como mínimo, al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, la letra b) del punto 2 y el punto 3 del artículo 11 no pretenden garantizarle la percepción de unos ingresos mayores que aquellos que, en virtud del contrato de trabajo, el empresario se haya obligado a pagarle en el caso de incapacidad temporal por enfermedad.

En consecuencia deduce la compatibilidad de esta regulación con la letra b) del punto 2 y el punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85, siempre que el importe de dicha prestación no fuera inferior a los ingresos que la trabajadora percibiría en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud.

Por otra parte, y en contra de las alegaciones realizadas por la demandante, el Tribunal considera que en el presente asunto la cláusula controvertida no discrimina a la mujer por causa de su embarazo y por lo tanto no concurre vulneración alguna del principio de igualdad de retribución, previsto en el artículo 119 TCE. El Tribunal argumenta en este sentido que según la jurisprudencia<sup>734</sup> únicamente existe discriminación, bien cuando se da la aplicación de normas distintas a situaciones comparables, bien cuando se da la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. Debido a que la situación de la mujer embarazada no es equiparable a la de un hombre o una mujer en situación de incapacidad temporal, no concurriría el supuesto de discriminación por aplicación de normas distintas a situaciones comparables, puesto que dicha comparabilidad ha quedado descartada.

Es en este punto de la fundamentación en el que el Tribunal reitera la finalidad del permiso de maternidad consistente en la protección de la condición biológica de la

---

<sup>734</sup> *Gillespie* (C- 342/93, parágrafo 16).

mujer durante su embarazo y después de éste y en la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>735</sup>. De esta manera, en este último inciso, se observa, como de nuevo el Tribunal realiza referencias indirectas a la división tradicional sexual de los roles entre el hombre y la mujer.

Por todo ello el Tribunal de Justicia responde a la primera de las cuestiones planteadas que la cláusula controvertida no es contraria a las disposiciones de Derecho comunitario en cuestión<sup>736</sup>.

El Juez nacional mediante su segunda cuestión plantea si el artículo 119 del Tratado, tal como lo desarrolla la Directiva 75/117, y las Directivas 76/207 o 92/85 se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo obligue a una trabajadora a adelantar la fecha del inicio del permiso de maternidad retribuido al comienzo de la sexta semana anterior a la semana en que se prevé que se producirá el parto o al comienzo del período de incapacidad temporal por enfermedad cuando esta segunda fecha sea posterior a la primera. Cabe tener también en cuenta que esta mujer se encuentra en situación de incapacidad temporal retribuida por enfermedad relacionada con su embarazo inmediatamente antes de dicha fecha y que da a luz durante el período de incapacidad temporal por enfermedad.

En primer lugar y en respuesta a esta cuestión, el Tribunal descarta la aplicabilidad del artículo 119 del Tratado y de la Directiva 75/117, puesto que la cláusula controvertida hace referencia al inicio del permiso de maternidad por lo que se acudirá a lo dispuesto en la Directiva 76/207 y 92/85.

En segundo lugar, alega que en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 la determinación de los períodos de permiso de maternidad es una facultad que corresponde a los Estados miembros. En consecuencia el TJCE responde a esta segunda cuestión sosteniendo que el artículo 8 de la Directiva 92/85 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 no son contrarios a la cláusula nacional en cuestión.

---

<sup>735</sup> *Boyle* (C-411/96, párrafo 41).

<sup>736</sup> *Boyle* (C-411/96, párrafo 44).

Mediante su tercera cuestión el Juez nacional pide que se dilucide si el artículo 119 del Tratado, tal como lo desarrolla la Directiva 75/117, y las Directivas 76/207 y 92/85 se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo prohíba a una mujer estar en situación de incapacidad temporal retribuida por enfermedad durante el período de catorce semanas del permiso de maternidad del que debe disfrutar como mínimo una trabajadora en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 o de cualquier permiso de maternidad adicional que le conceda el empresario, salvo si decide reintegrarse al trabajo y terminar así definitivamente el permiso de maternidad.

El órgano judicial interpreta que si una mujer contrae una enfermedad durante el permiso de maternidad, al que se refiere el artículo 8 de la Directiva 92/85, y se acoge al régimen de incapacidad temporal por enfermedad, si esta incapacidad termina en un fecha anterior a la expiración de dicho permiso de maternidad, no se le podrá privar del derecho a seguir disfrutando, después de esta fecha, el permiso de maternidad previsto en la citada disposición hasta la expiración del período mínimo de catorce semanas, debiéndose calcular dicho período a partir de la fecha del inicio del permiso de maternidad.

Según el órgano judicial una interpretación contraria impediría alcanzar el objetivo perseguido por el permiso de maternidad referente a la protección de la protección de las particulares relaciones entre la madre y el hijo. Sostiene explícitamente que mediante el citado permiso se pretende garantizar a la mujer la posibilidad de ocuparse de su hijo recién nacido en las semanas posteriores al parto. Nada establece en relación al padre, sino que da por hecho, nuevamente, que la labor de atender al hijo es propia y exclusiva de la madre.

El Tribunal responde a esta tercera cuestión que la mencionada cláusula no es compatible con las disposiciones de la Directiva 92/85 en aquellos casos en los que se refiera al permiso de maternidad mínimo previsto en el artículo 8 de la Directiva. Sin embargo no resultará incompatible en aquellos casos en los que haga referencia a aquellos permisos de maternidad adicionales concedidos por el empresario. Al respecto

cabe destacar la posición, en sentido contrario, adoptada por el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer<sup>737</sup>.

El Juez nacional pretende, a través de su cuarta cuestión, que se determine si el artículo 119 del Tratado, tal como lo desarrolla la Directiva 75/117, y las Directivas 76/207 o 92/85 se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo limite el tiempo durante el que se devengan vacaciones anuales al período de catorce semanas del permiso de maternidad del que deben disfrutar como mínimo las trabajadoras, en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 y excluya el devengo de vacaciones durante todo el período del permiso de maternidad adicional que el empresario les conceda.

A esta pregunta el Tribunal responde negativamente, poniendo de manifiesto la inexistencia de contradicción alguna entre la normativa nacional y el Derecho comunitario. El órgano judicial llega a la siguiente conclusión tras efectuar dos afirmaciones. Por una parte sostiene que el derecho al devengo de vacaciones anuales únicamente debe garantizarse durante el período de catorce semanas que deben disfrutar como mínimo las trabajadoras, en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85, y no durante el período adicional del permiso de maternidad que los empresarios conceden a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Por ello la cláusula no resulta, en principio, contraria al Derecho comunitario. Por otra parte argumenta que tal cláusula no es constitutiva de discriminación indirecta, como la parte demandante alegaba. Todos los trabajadores de la empresa en cuestión que disfruten de un permiso no retribuido cesan en el devengo de vacaciones anuales durante dicho período. Es cierto, tal y como argumentaba la demandante, que la mayoría de estos permisos son disfrutados por mujeres, debido a que entre ellos se halla el permiso por maternidad. Sin embargo, al tratarse este permiso de una mejora del permiso legalmente establecido, y en definitiva de una ventaja de la que las mujeres son beneficiarias, no cabe hablar de discriminación indirecta.

---

<sup>737</sup> El Abogado General considera que las disposiciones de la Directiva 92/85 no resultan contrarias a la mencionada cláusula. En este sentido esgrime en primer lugar, el carácter renunciante de este permiso. En segundo lugar, alude al carácter ininterrumpido del permiso mínimo de maternidad de catorce semanas por lo que considera que no resulta posible interrumpir el mismo por una temporada y retomar dicha situación con posterioridad. Finalmente alega, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 11 de la mencionada Directiva, que el mantenimiento de la retribución y/o del beneficio de una prestación adecuada, pueden quedar sometidos al cumplimiento de determinados requisitos contemplados en las legislaciones nacionales.

Finalmente, a través de la quinta cuestión planteada, el Juez nacional pretende aclarar si el artículo 119 del Tratado, tal como lo desarrolla la Directiva 75/117 y las Directivas 92/85 o 76/207 se oponen a que una cláusula de un contrato de trabajo limite, en el marco de un Plan de Pensiones enteramente financiado por el empresario, el devengo de derechos a pensión de jubilación durante el permiso de maternidad, al período durante el cual la mujer perciba una retribución pactada en el contrato de trabajo o prevista en la legislación nacional.

El Tribunal considerará dicha cláusula contraria a las disposiciones establecidas por el Derecho comunitario, concretamente a la Directiva 92/85, por lo que no considera oportuno llevar a cabo la interpretación del artículo 119 del tratado, tal y como lo desarrolla la Directiva 75/117 ni la Directiva 76/207.

Los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras en el sentido de la letra a) del punto 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, entre los que se halla el relativo a la adquisición de derechos a pensión, deben garantizarse durante el período de catorce semanas del permiso de maternidad.

Cabe poner de manifiesto la opinión que le merece al Abogado General la cuestión relativa a las excedencias por cuidado de hijos<sup>738</sup>. Éste sostiene que el hecho de reservar en exclusiva a las mujeres el disfrute de una excedencia de las características descritas en el supuesto no contribuye a promover la igualdad de oportunidades sino que perpetua en la sociedad la idea de que son las mujeres quienes deben ocuparse prioritariamente de los hijos. En esta misma línea autores como FOUBERT ponen de manifiesto que la clave del problema radica en la inexistencia de un permiso parental, entendido éste como un permiso que tiene por objeto la atención y el cuidado de los niños y que puede ser solicitado indistintamente por el padre y por la madre<sup>739</sup>.

También MASSELOT Y BERTHOU argumentan que el presente asunto se decidió sobre la base de la idea estereotipada de la mujer como madre. De hecho, cuando el Tribunal de Justicia interpreta que el artículo 8 de la Directiva 92/85 establece un "beneficio específico" a las mujeres, refuerza la idea de que el cuidado infantil no es

---

<sup>738</sup> Boyle, Conclusiones del Abogado General (C-411/96, punto 60).

<sup>739</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 205.



una tarea compartida habitualmente por dos padres, sino una tarea para la mujer que, por naturaleza, debe ser capaz de combinar el trabajo y las responsabilidades familiares<sup>740</sup>.

El argumento sostenido por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer según el cual este estereotipo impide promover la igualdad de oportunidades entre los sexos, no fue aceptado por el Tribunal de Justicia el cual invocaría una vez más la "protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo".

Tal y como destaca BARBERA<sup>741</sup>, el Abogado General en la presente sentencia aporta su interpretación en relación a la distinción entre retribución y prestación<sup>742</sup>, así como la aplicabilidad del carácter adecuado<sup>743</sup> a cada una de estas nociones. También se abandona el patrón masculino como elemento de comparación, pero a costa de convertir

---

<sup>740</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 654.

<sup>741</sup> BARBERA, Marzia. *op. cit.* p. 155.

<sup>742</sup> El Abogado General en las Conclusiones presentadas en el asunto *Boyle* sostiene en su punto 33 que *“al distinguir entre retribución y prestación, se diferencia en función de a quién corresponda financiar los ingresos que debe percibir la mujer. Así, para el concepto de retribución, habrá que recurrir al artículo 119 del Tratado que lo define de forma amplia como: « [...] el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Esta definición se ha visto completada por la jurisprudencia de este Tribunal que, desde 1971, incluyó dentro de este concepto, las gratificaciones «actuales o futuras» y, en 1990, añadió que las gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo están comprendidas dentro del concepto de retribución «[...] ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario».*

*Por eliminación, la prestación será, necesariamente, cualquier ingreso de carácter público o privado que perciba la mujer mientras disfruta del descanso por maternidad y que no le sea satisfecho por el empleador en razón de la relación de trabajo. Pienso que esta definición englobará, en la mayoría de los casos, cantidades abonadas por los organismos de seguridad social, sea directamente, sea través de entidades gestoras.*

*En mi opinión, también la terminología que acompaña a estos dos conceptos apoya esta interpretación. En efecto, cuando la disposición se refiere a «una retribución», se acompaña de la palabra «mantenimiento». Ello significa que, bien por imperativo legal, bien por aplicación de un convenio colectivo o en virtud del contrato individual, será el empleador quien deba asegurar a la empleada, durante su descanso por maternidad y en razón de la relación de trabajo, un determinado nivel de ingresos, que, como ya he indicado con anterioridad, no tiene por qué coincidir necesariamente con el salario íntegro. En cambio, cuando la disposición se refiere a «una prestación», se acompaña de la expresión «beneficio de», lo que la acerca más al ámbito de las acciones protectoras de la seguridad social y contribuye a alejarla del concepto de retribución”.*

<sup>743</sup> En el punto 30 de las Conclusiones el Abogado General establece que según el apartado 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85, *“se considerará que la prestación es adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales”.*

a la mujer que se halle durante su permiso de maternidad en una trabajadora de segunda categoría, de tal manera que le pueden ser restringidos algunos de sus derechos durante este período. Ello también se produce a costa de relegarla al ámbito de la protección social, en el que la justificación económica tiene más probabilidad de ser reconocida gracias al principio de subsidiariedad. En el presente caso, puede observarse nuevamente la protección de los intereses del empleador en detrimento de los intereses de la mujer embarazada o en período de lactancia.

Al abandonar el elemento masculino de referencia y entender el Tribunal que se trata de una situación no comparable a ninguna otra, ello le permite no detectar ningún tipo de discriminación directa en el presente asunto en el que se pone de manifiesto que la mujer que se halle en permiso de maternidad goza de menos derechos que aquellos de los que disfruta cualquier otro trabajador que se halle en otra situación de permiso, como puede ser por enfermedad.

Esta sentencia sirve para ratificar que la Directiva 92/85 dibuja una línea arbitraria entre la trabajadora embarazada y la trabajadora durante el permiso de maternidad siguiendo la estela comenzada en el asunto *Hertz*<sup>744</sup>. También cabe poner de manifiesto la desprotección que la misma experimenta una vez finalizado el permiso de maternidad mínimo de 14 semanas establecido por la Directiva.

En relación a la distinción mencionada, CARACCIOLLO Y MASSELOT sostienen que el Tribunal sitúa por un lado a las mujeres embarazadas, las cuales no pueden ser objeto de discriminación por este motivo, pues ello constituiría una violación de la Directiva 76/207 y de la Directiva 92/85. Mientras que por otro lado sitúa a las trabajadoras que se hallen en permiso de maternidad las cuales no tienen derecho a compararse ni con los hombres y mujeres que se hallen en su puesto de trabajo ni con los trabajadores que se hallen en el disfrute de cualquier otro tipo de permiso, incluido el permiso por enfermedad. A estas trabajadoras que se hallen en permiso de maternidad únicamente les será de aplicación las disposiciones de la Directiva 92/85. De esta manera las trabajadoras embarazadas pueden reclamar su derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, mientras que las mujeres en permiso de maternidad sólo

---

<sup>744</sup> *Hertz* (C-179/88).

pueden aspirar al pago mínimo garantizado establecido en el artículo 11.2.b, que no puede ser inferior al salario recibido durante el permiso por enfermedad<sup>745</sup>.

De lo dispuesto en este asunto y en el asunto *Gillespie*<sup>746</sup> se deduce que las mujeres durante el permiso de maternidad se hallan desprovistas de recursos frente al empleador cuando éste se basa en el principio de protección especial en virtud de la Directiva 92/85. MASSELOT y BERTHOU argumentan que tal interpretación de la norma comunitaria únicamente puede provocar la prolongación de la situación de desventaja económica de las mujeres. La concreción de la noción de "prestación adecuada" para el permiso de maternidad únicamente se guía por el criterio de la cantidad recibida en ausencia de baja por enfermedad, por lo que el empleador no será penalizado por falta de pago de sueldo completo durante este permiso.

\* \* \*

Resulta complejo extraer conclusiones de esta sentencia debido a la disparidad de las diferentes cuestiones prejudiciales planteadas. A grandes rasgos puede sostenerse que de las soluciones adoptadas se deriva el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles así como unas consecuencias económicas favorables al empleador. El Tribunal en esta sentencia aplica por primera vez la Directiva 92/85.

**19. Høj Pedersen y Kvickly Skive, Bettina Andresen y Jørgen Bagner, Tina Pedersen y Jørgen Rasmussen, Pia Sørensen y Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1998 (C-66/96)-  
Cuestión prejudicial**

En este asunto el Sø-og Handelsret de Dinamarca planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del mismo Tratado, de la Directiva 75/117/CEE, de la Directiva 76/207/CEE y de la Directiva 92/85/CEE.

---

<sup>745</sup> CARACCILO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *op cit.* p. 250.

<sup>746</sup> *Gillespie* (C- 342/93).

La cuestión prejudicial surgió en el marco de los litigios entre las personas que dan título a la sentencia, en relación al mantenimiento del salario de las empleadas durante ausencias del trabajo debidas a sus embarazos. Las Sras. *Høj Pedersen, Andresen, Pedersen y Sørensen* sufrieron trastornos durante el desarrollo de su embarazo antes de los tres meses que precedían a la fecha prevista para el parto.

De acuerdo con la ley danesa aquellas mujeres que se encuentren incapacitadas para trabajar por razón de una patología relacionada con el embarazo antes del comienzo del permiso de maternidad no tienen derecho a recibir el salario completo de su empleador, sino que percibirán unas asignaciones de la autoridad local competente. Sin embargo en el caso en que un trabajador o trabajadora incurra en incapacidad temporal por razón de una enfermedad no relacionada con el embarazo tendrá derecho a recibir la totalidad de su salario de su empresario. Es por ello que las demandantes consideran tal redacción discriminatoria.

La cuestión prejudicial, un tanto compleja debido a la pluralidad de supuestos que recoge, plantea, en primer lugar, si el Derecho comunitario se opone y, en particular, el artículo 119 del Tratado CE, la Directiva 75/177/CEE, la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 92/85/CEE, a una legislación nacional que prevé que una mujer embarazada que, antes de dar comienzo su permiso de maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral como consecuencia de un estado patológico relacionado con su embarazo, acreditada mediante certificado médico, no tiene derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario, sino únicamente a cobrar una asignación diaria abonada por una entidad local. Sin embargo, en caso de incapacidad laboral por causa de enfermedad, acreditada mediante certificado médico, el trabajador tiene, en principio, derecho a percibir de su empresario la totalidad de su salario.

El Tribunal responde que, de acuerdo a la legislación nacional que es aplicada a los cuatro procedimientos principales, todo trabajador tiene, en principio, derecho a conservar la totalidad de su salario en caso de incapacidad laboral. Por ello, el hecho de que una mujer se vea privada, antes de que dé comienzo su permiso por maternidad, de la totalidad de su salario, cuando la incapacidad laboral que sufre resulta de un estado

patológico relacionado con el embarazo, debe considerarse fundamentalmente basado en el embarazo y, en consecuencia, discriminatorio<sup>747</sup>.

La disposición nacional controvertida establece una diferencia de trato salarial sobre la base del origen de la enfermedad. Ello supone que los derechos salariales de la mujer embarazada en situación de incapacidad laboral, serán inferiores o iguales a los de un hombre enfermo según su dolencia esté o no relacionada con el embarazo.

En consecuencia, la aplicación de disposiciones legales como aquellas de que se trata en los procedimientos principales implica una discriminación contra las trabajadoras contraria al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 75/117, pues éstas toman en cuenta una circunstancia en la que sólo pueden hallarse las mujeres<sup>748</sup>.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente mediante su cuestión pide que se dilucide si el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 se oponen a una legislación nacional que establece que aquella mujer embarazada que se halle ausente de su trabajo por trastornos comunes del embarazo (no graves) antes de que dé comienzo su permiso de maternidad no tiene derecho a que el empresario le abone su salario. Frente a ello cabe recordar que todo trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad tiene, en principio, derecho a ello.

En los supuestos planteados en este segundo apartado, a diferencia de los planteados en el primero, la disminución o incluso la pérdida de salario que afecta a la empleada como resultado de tales ausencias no motivadas por una incapacidad laboral no puede considerarse esencialmente basada en el embarazo, sino más bien en la decisión de la empleada de no trabajar. En consecuencia el Tribunal responde negativamente a la pregunta y establece que en estos supuestos la legislación comunitaria objeto de interpretación no se opone a la legislación nacional en cuestión.

El Abogado General, sin embargo, solicita al Tribunal que declare la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a los supuestos que acaban de ser planteados, pues considera que los mismos no se ciñen a ninguna de las

---

<sup>747</sup> *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 35).

<sup>748</sup> *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 37).

circunstancias alegadas por las demandantes, pues a todas ellas les fue expedido un certificado médico en el que se declaraba su incapacidad laboral<sup>749</sup>. El Sr. Ruiz-Jarabo Colomer considera que una respuesta del Tribunal interpretando el derecho comunitario aplicable a esos dos supuestos no resultaría de utilidad al juez nacional para resolver los litigios de los que conoce.

En tercer lugar, mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine si las Directivas 76/207 y 92/85 se oponen a una legislación nacional que prevé que un empresario tenga la posibilidad de obligar a una mujer a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario, cuando considere que no puede dar trabajo a una mujer embarazada pese a que ésta no se halle en situación de incapacidad laboral.

En este supuesto el Tribunal responde afirmativamente y concluye que la legislación nacional constituye una discriminación contraria a la legislación comunitaria objeto de interpretación. Esta respuesta es argumentada minuciosamente. Por un lado, el TJCE sostiene que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207, los hombres y las mujeres deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, incluidas entre éstas las condiciones de despido. En consecuencia afirma que una legislación que afecte únicamente a las trabajadoras es contraria al principio de igualdad de trato y, en concreto, al artículo citado.

Por otro lado, enuncia que en ningún caso el supuesto descrito podría quedar amparado, como excepción al principio de igualdad de trato, bajo el marco del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, el cual prevé reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. La disposición en cuestión, en lugar de otorgar protección a la mujer embarazada, lo que hace es conceder al empresario la posibilidad de dejarla temporalmente sin trabajo.

En relación a ello, puntualiza que la legislación danesa persigue en mayor medida la protección de los intereses del empresario que la de la condición biológica de la mujer embarazada. El Tribunal no acepta la justificación dada por el legislador danés

---

<sup>749</sup> *Pedersen*, Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de julio de 1997 (C-66/96, punto 27).

en virtud de la cual la ley refleja un reparto equitativo de los riesgos y las cargas económicas relacionadas con el embarazo entre las trabajadoras, los empresarios y la sociedad<sup>750</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal aplica la línea jurisprudencial adoptada en el asunto *Brown*<sup>751</sup>, en virtud de la cual la protección de la mujer por causa en el embarazo se prolonga no únicamente durante el permiso de maternidad, sino desde el comienzo de la gestación. Finalmente, hace alusión a la Directiva 92/85, pese a que la misma no resulte aplicable *ratione temporis* y sostiene que la legislación nacional en ningún caso reúne los requisitos materiales y formales exigidos en la misma<sup>752</sup>.

En esta sentencia el Tribunal hace frente a dos supuestos de discriminación directa ya que considera que, en las cuestiones primera y segunda, la aplicación de disposiciones nacionales implica una discriminación directa contra las trabajadoras contraria al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 75/117, pues éstas toman en cuenta una circunstancia en la que sólo pueden hallarse las mujeres<sup>753</sup>. Las consecuencias económicas de la solución adoptada por el Tribunal, que mantiene la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Dekker*<sup>754</sup>, resultan desfavorables para el empleador.

---

<sup>750</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 652.

<sup>751</sup> *Brown* (C-411/96, parágrafo 27).

<sup>752</sup> *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 58).

<sup>753</sup> *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 37).

<sup>754</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

**20. Oumar Dabo Abdoulaye, otros y Régie nationale des usines Renault SA, sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-218/98)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>755</sup> es el Conseil de prud'hommes du Havre el que plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en relación a la interpretación del artículo 119 del TCE, de la Directiva 75/117/CEE y de la Directiva 76/207/CEE.

En ella pregunta concretamente si el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, formulado en el artículo 119 del Tratado de Roma, se opone al pago de una asignación de un importe de 7.500 francos, reservada exclusivamente a la mujer embarazada y no al padre del niño, al comienzo del permiso de maternidad.

Para dar respuesta a la misma el Tribunal, en primer lugar, considera que la mencionada asignación se halla incardinada bajo el concepto de retribución en el sentido del artículo 119 TCE definido por el mismo a lo largo de su jurisprudencia<sup>756</sup>.

Para que el principio de igualdad de retribución pueda ser aplicado es necesario que los trabajadores y trabajadoras a los que se aplica se encuentren en una situación comparable, tal y como ha sido establecido por el Tribunal en la sentencia *Gillespie*<sup>757</sup>. En consecuencia, la compatibilidad de la mencionada asignación con el artículo 119 del TCE dependerá de si se da o no esta situación comparable entre los trabajadores y trabajadoras de la empresa.

Haciendo constar las desventajas profesionales que ha manifestado la empresa demandada que las mujeres sufren como consecuencia de la interrupción del trabajo debido al permiso de maternidad, el Tribunal deduce que trabajadores y trabajadoras no se hallan en situaciones comparables, por lo que dicha asignación no se opondrá al artículo 119 del TCE. La misma tiene por finalidad compensar estas desventajas profesionales padecidas por la mujer como consecuencia de su maternidad.

---

<sup>755</sup> Vid. BERTHOU, Katell y MASSELOT, Annick. *op. cit.*, p. 942-947; McGLYNN, Clare. "Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye". *Law Review*. Núm. 6. 2000, pp. 654-662.

<sup>756</sup> *Abdoulaye* (C-218/98, párrafos 13 y 14).

<sup>757</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafos 16 a 18).



En relación a las desventajas profesionales, Renault menciona que las mujeres embarazadas no tendrán, en primer lugar, derecho a promoción durante su permiso de maternidad. Al reincorporarse, la experiencia profesional que la mujer puede invocar se verá reducida por el tiempo que haya durado su ausencia. En segundo lugar, una mujer embarazada no puede aspirar a los aumentos de salario ligados a la productividad individual. En tercer lugar, la mujer no puede participar en programas de formación. Finalmente, debido a que las nuevas tecnologías hacen evolucionar constantemente los puestos de trabajo, al reincorporarse del permiso de maternidad su readaptación tropezará con dificultades.

Frente a algunas de tales declaraciones cabe plantearse si son estas medidas conformes al Derecho comunitario, o por el contrario resultan contrarias al principio de igualdad de trato y por ende a la Directiva 76/207, si no constituyen un claro ejemplo de las consecuencias desfavorables de la excepción otorgada por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva en aras de la protección de la maternidad.

Esta misma sorpresa es manifestada por FOUBERT quien se interroga acerca de porqué el Tribunal no entra a examinar las desventajas profesionales que experimenta la mujer como consecuencia del permiso de maternidad enumeradas por Renault<sup>758</sup>. McGLYNN sostiene que tales desventajas, que incomprensiblemente son tácitamente admitidas por el Tribunal, por la Comisión y por el Gobierno de Reino Unido, se basan en razones infundadas y en estereotipos<sup>759</sup>.

A pesar de los avances introducidos a lo largo de la época de los noventa en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, mediante la adopción de las Directivas 92/85 y 96/34, el Tribunal en esta sentencia, al no pronunciarse en relación a la situación de desventaja vivida por las trabajadoras por razón de su maternidad, mantiene tácitamente la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres, en virtud de la cual es la mujer la que se hace, en exclusiva, cargo del cuidado de los hijos.

---

<sup>758</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 176.

<sup>759</sup> McGLYNN, Clare. "Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye". *op. cit.* pp. 657-658.

McGLYNN argumenta que la decisión del Tribunal comparte el enfoque originario sostenido en el asunto *Hoffman*<sup>760</sup> y su legitimación del *status quo*<sup>761</sup>. En ella el órgano jurisdiccional al tratar de dar protección a la mujer mediante la asignación económica indirectamente refuerza el reparto tradicional de responsabilidades entre hombres y mujeres. Mediante su apoyo a la asignación dineraria cuestionada en el caso, el Tribunal afianza así la posición de desventaja de las trabajadoras. La razón radica en que el Tribunal no cuestiona las múltiples situaciones de desventaja que viven las trabajadoras en la empresa.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal se encuentra ante una situación que no califica de discriminación directa puesto que en la empresa Renault los trabajadores y trabajadoras no se hallan en situaciones comparables. Las mujeres se hallan en una situación de desventaja por lo que la asignación que éstas perciben al comienzo del permiso de maternidad se entiende justificada a modo de compensación. La problemática reside en que el Tribunal nada dice en relación con esta situación de desventaja claramente contraria al ordenamiento jurídico comunitario.

Para poder determinar la repercusión económica de la decisión adoptada por el Tribunal cabría cuantificar el valor económico de todos aquellos derechos que la mujer por razón de su maternidad deja de disfrutar, el cual, más que probablemente, sea muy superior a la bonificación salarial cuestionada en el litigio principal. Es por ello, que la balanza, nuevamente, se inclina en favor de los intereses del empleador. En esta sentencia el Tribunal nada preconiza sino que se limita a interpretar el artículo 119 TCE, la Directiva 75/117 y la Directiva 76/207. Como ya se ha establecido, al no pronunciarse el Tribunal acerca de la situación de desventaja por las trabajadoras en la empresa Renault, mantiene tácitamente la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

---

<sup>760</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

<sup>761</sup> McGLYNN, Clare. “Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy”. *op. cit.* p. 267.

**21. Gabriele Gruber y Silhouette International Schmied GmbH & Co.KG, sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1999 (C-249/97)- Cuestión prejudicial**

En el presente caso el Landesgericht Linz austríaco planteó ante el Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 119 del TCE.

La primera cuestión plantea fundamentalmente si el artículo 119 del TCE se opone a una normativa nacional que concede una indemnización por extinción del contrato a aquellos trabajadores que ponen fin antes de tiempo a su relación laboral para cuidar a sus hijos, debido a la falta de guarderías infantiles, indemnización que es inferior a la que perciben, respecto de una misma duración efectiva de actividad laboral, los trabajadores que presentan su dimisión por una “causa justa”, cuando resulta que la mayoría de los trabajadores que perciben la indemnización de cuantía inferior por extinción del contrato son mujeres.

En primer lugar el Tribunal descarta la concurrencia de discriminación directa, puesto que el pago por extinción del contrato de cuantía inferior previsto en el artículo 23 bis de la Angestelltengesetz (Ley de los empleados; en lo sucesivo, AngG) se lleva a cabo en idénticas condiciones para las trabajadoras y para los trabajadores que ponen fin a su relación laboral como consecuencia del nacimiento de un hijo<sup>762</sup>.

Por ello el Tribunal, en segundo lugar, pasará a determinar la existencia o no de un supuesto de discriminación indirecta, es decir, si se trata de la aplicación de una medida nacional, que aunque formulada de manera neutra perjudica en la práctica a un número mucho más elevado de personas de un determinado sexo. Al respecto en el asunto son planteadas dos tesis, una de ellas alegada por la demandante y la Comisión y otra alegada por la empresa y el Gobierno austríaco.

La primera de las tesis sostiene que los grupos de trabajadores que deben tomarse para realizar la comparativa son, de una parte, las trabajadoras que presentan su dimisión por razón de su maternidad y, de otra parte, aquellos trabajadores que

---

<sup>762</sup> Gruber (C-249/97, párrafo 23).

presenten su dimisión por alguna de las causas justas recogidas en la normativa, independientemente de su sexo. De esta manera se puede observar una manifiesta desventaja del primer grupo puesto que percibe la mitad de la indemnización por extinción del contrato que la concedida al segundo grupo. Esta tesis propone equiparar la resolución del contrato por razón de maternidad a una causa justa en el sentido del artículo 26 de la AngG, que da derecho a la totalidad de la indemnización.

La segunda de las tesis sostiene que los grupos de trabajadores que deben tomarse para realizar la comparativa son, de una parte, las trabajadoras que presentan su dimisión por razón de su maternidad y, de otra parte, los trabajadores, independientemente de su sexo, que presentan su dimisión sin causa justa o que ponen voluntariamente fin a su relación laboral por motivos personales. De esta manera se aprecia que el primer grupo no experimente desventaja alguna, sino al contrario es beneficiario de cierto trato de favor.

El Tribunal con el fin de inclinarse por una de las dos tesis planteadas, decide analizar si el objeto y la causa de la situación en la que se hallan los trabajadores que deciden presentar su dimisión para cuidar de sus hijos es similar al objeto y la causa de aquella situación en las que se hallan los trabajadores que presentan su dimisión por alguna de las causas justas previstas en el artículo 26 AngG. El Tribunal considera que tales situaciones gozan de una naturaleza diferente a la de la situación en la que se halla la demandante por lo que deduce que excluirla de la aplicación del artículo 23, en virtud del cual tendría derecho a la totalidad de la indemnización, no constituye una medida indirectamente discriminatoria.

Excluir del beneficio de la indemnización íntegra a las trabajadoras que dimiten por razón de maternidad no constituye una medida indirectamente discriminatoria contra éstas, ya que no conduce a desfavorecerlas en relación con otros trabajadores que se encuentren en una situación idéntica o análoga a la suya. A este respecto, los grupos que deben compararse son, por un lado, las trabajadoras que presentan su dimisión por razón de maternidad y, por otro, los trabajadores de uno u otro sexo que presentan su dimisión sin causa justa, y no aquellos que presentan su dimisión por una causa justa relacionada con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del

empresario, en la medida en que la situación de estos últimos, en la que se hace imposible la continuación del trabajo, tiene un objeto y una causa de naturaleza diferente de la que tiene la situación en la que se encuentran las trabajadoras que presentan su dimisión por razón de maternidad.

Finalmente el Tribunal responde que el artículo 119 del Tratado CE no se opone a una normativa nacional que concede una indemnización por extinción del contrato a aquellos trabajadores que ponen fin antes de tiempo a su relación laboral para cuidar a sus hijos, debido a la falta de guarderías infantiles, indemnización que es inferior a la que perciben, respecto de una misma duración efectiva de la actividad laboral, los trabajadores que presentan su dimisión por una causa justa relacionada con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario. El Abogado General, el Sr. Léger, plantea una solución totalmente distinta, no seguida por el Tribunal<sup>763</sup>.

---

<sup>763</sup> El Abogado General Léger, en las Conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 1999 con motivo del asunto *Gruber*, considera que sí existe incompatibilidad entre la normativa nacional cuestionada y el artículo 119 del TCE. El Abogado General argumenta que el artículo 119 TCE se opone a la aplicación de una norma de Derecho nacional que perjudique a un porcentaje sustancialmente más elevado de trabajadores de un determinado sexo, sin que exista ningún tipo de justificación objetiva. El Sr. Léger llega a esta conclusión tras llevar a cabo la argumentación que a continuación se expone.

En primer lugar el Abogado General considera tras atender a las alegaciones realizadas por las partes en relación al grupo con el cual debe entrar en comparación la situación de la Sra. Gruber, que el parámetro de comparación que debe considerarse válido en el caso de autos es el de *un trabajador que se encuentre en circunstancias tales que no sea razonablemente posible exigir de él que mantenga su relación laboral* (punto 44). Tal consideración se debe a que la dimisión de la demandante no es la expresión de una elección personal y voluntaria, sino el resultado de una obligación imperiosa y ajena.

El Sr. Léger considera que el hecho de que una trabajadora perciba la mitad de la indemnización por extinción del contrato de trabajo a la que tiene derecho otro trabajador obligado a la dimisión por una de las causas justas contenidas en el artículo 26 de la AngG, constituye una clara desventaja para ella. A ello se suma también, la supeditación de ésta al cumplimiento de requisitos adicionales a los exigidos a los trabajadores que dimiten por causas justas para la obtención de la mitad de la indemnización.

En segundo lugar, estima que se trata de un supuesto discriminatorio pues de la información aportada por el Juez nacional, al que corresponde tal labor, se desprende que el grupo de trabajadores perjudicados por la citada norma se halla compuesto fundamentalmente por mujeres.

En tercer lugar, el Abogado General considera que los elementos alegados en los autos no constituyen justificaciones objetivas pertinentes de la discriminación que se ha puesto de manifiesto. Entre los elementos que se han expuesto para justificar tal discriminación cabe hacer referencia a los aportados por la empresa la cual sostiene que la modificación de la normativa entrañaría consecuencias financieras difícilmente soportables por el empresario, puesto que la indemnización y el incremento de la misma corre a su cargo. Sin embargo, cabe resaltar como el Tribunal de Justicia ya se ha negado en otras ocasiones [*Dekker* (C-177/88, parágrafo 12); *Webb* (C-32/93, parágrafo 12)] a admitir que

En el caso *Gruber* el Tribunal opta por una concepción formal del principio de igualdad. Ello provoca que se decida que la ruptura del contrato de trabajo motivada por la falta de estructura para los niños menores de tres años, no se pueda describir como una causa justa del cese legal del contrato de trabajo. Sin embargo en el asunto *Abdoulaye*<sup>764</sup>, el Tribunal hacía uso del concepto de igualdad material o real lo que le permitía motivar su decisión y justificar la asignación que la empresa otorgaba a las trabajadoras al inicio de su permiso por maternidad. Defendía que tal importe tenía la finalidad de compensar las desventajas profesionales que a consecuencia de este permiso la mujer padece.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal se halla ante un supuesto en el que no considera que concurra discriminación directa ni indirecta. En ella se limita a interpretar lo dispuesto en el artículo 119 TCE y la Directiva 75/117. De acuerdo con MASSELOT y BERTHOU, mediante la solución planteada se mantiene una organización masculina del trabajo<sup>765</sup>, se perpetúan de este modo los roles tradicionales de hombres y mujeres.

El Tribunal pierde la oportunidad de resolver en favor de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Si hubiera establecido la comparativa entre aquellos trabajadores, hombres y mujeres, que renuncian a su puesto por la insuficiencia de guarderías y aquéllos y aquéllas que lo hacen por una causa justa, hubiera dado un paso importante hacia una mayor protección de los trabajadores que se hallan en esta situación. Un vez más cabe observar la protección de los intereses económicos de los empresarios fruto de una interpretación restrictiva de la normativa comunitaria.

La segunda cuestión planteada es considerada irrelevante tanto por el Abogado General, como por el Tribunal.

---

consideraciones de índole presupuestaria puedan constituir una justificación objetiva de una discriminación entre trabajadoras y trabajadores en materia de retribución. Pese a esta postura adoptada por el Abogado General, ya se ha puesto de manifiesto que el Tribunal no considera que la normativa nacional sea contraria al derecho comunitario y por tanto constitutivo de una acción discriminatoria.

<sup>764</sup> *Abdoulaye* (C-218/98).

<sup>765</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 656.

## 22. *Susanne Lewen y Lothar Denda*, sentencia del TJCE de 21 de octubre de 1999 (C-333/97)- Cuestión prejudicial

En el presente supuesto el *Arbeitsgericht Gelsenkirchen* de Alemania planteó al TJCE dos cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 119 del TCE, del artículo 11, número 2, letra b)<sup>766</sup>, de la Directiva 92/85/CEE y de la cláusula 2, apartado 6<sup>767</sup>, del Anexo de la Directiva 96/34/CE<sup>768</sup>. Según MASSELOT Y BERTHOU la solución dada por el Tribunal en este asunto atenuó la regla establecida en los casos *Boyle y Gillespie*<sup>769</sup>.

La Sra. Lewen demandó al Sr. Denda, propietario de la empresa *Denda Zahntechnik*, en la que la demandante trabajaba, por no haber recibido la gratificación de Navidad que el demandado acostumbraba entregar a sus empleados a final de año debido a que la Sra. Lewen se encontraba disfrutando de su permiso parental<sup>770</sup>.

Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal de Justicia si una gratificación de Navidad, como la contemplada en el procedimiento principal, puede encajar en el concepto de retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado o del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, aun

---

<sup>766</sup> Artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE: “En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse: - b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”.

Artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE: “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”.

<sup>767</sup> Cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE: “6. Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales”.

<sup>768</sup> 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. DO L 145

<sup>769</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 645.

<sup>770</sup> *Vid.* CARACCILOLO DI TORELLA, Eugenia. “Childcare, employment and equality in the European Community: first (false) steps of the Court”. *European Law Review*. 2000, pp. 310-316; GOTTARDI, Donata. “Ancora una decisione della Corte CEE sui congedi di maternità e parentali: garanzie retributive e principio di non discriminazione a confronto”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2000, pp. 48-51; SANZ CABALLERO, Susana. “La madre trabajadora ante el juez comunitario”. En VILATA, Salvador. *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo*. Valencia: Universidad de Valencia. 2005, pp. 67-92.

cuando dicha gratificación haya sido concedida por el empleador principal exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa.

El Tribunal responde a la misma estableciendo que la gratificación aludida constituye una retribución a efectos del artículo 119 del TCE, aun cuando dicha gratificación haya sido concedida con carácter voluntario por el empleador y se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa. Sin embargo, sostiene que dicha gratificación no encaja en el concepto de remuneración contemplado en el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, puesto que su finalidad no consiste en garantizar al trabajador femenino el mencionado nivel de ingresos durante el permiso de maternidad<sup>771</sup>.

El Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, en relación a esta misma pregunta responde también que la gratificación mencionada constituye una retribución a efectos del artículo 119 del TCE<sup>772</sup>.

El órgano jurisdiccional nacional pregunta, en su segunda cuestión prejudicial, si el artículo 119 del TCE, el artículo 11 número 2 de la Directiva 92/85 y la cláusula 2 apartado 6 del Anexo de la Directiva 96/34 se oponen a que el empresario excluya por completo de la entrega de una gratificación a las mujeres que, en la fecha en que se abona, disfruten de un permiso parental, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede, ni los períodos correspondientes al descanso por maternidad.

En primer lugar, el Tribunal aclara que el abono de esta gratificación a un trabajador o trabajadora durante su permiso parental, que no de maternidad, no se halla contemplado ni en el artículo 11 número 2 de la Directiva 92/85, ni en la cláusula 2 apartado 6 del Anexo de la Directiva 96/34.

---

<sup>771</sup> *Lewen* (C-333/97, párrafos 23 y 24).

<sup>772</sup> *Lewen*, Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer presentadas el 21 de octubre de 1999 (C-333/97, punto 22). El Abogado General sostiene que la motivación que induzca al empleador a abonar esa gratificación no modificará tal consideración. Al igual que el Tribunal, considera que la mencionada retribución no se trata de una remuneración en el sentido de la letra b), del apartado 2, del artículo 11 de la Directiva 92/85. Sin embargo realiza un aporte innovador al otorgar a dicha gratificación la consideración de derecho inherente al contrato de trabajo en el sentido de la letra a), del apartado 2, del artículo 11 de la misma Directiva, cuya adquisición debe quedar garantizada durante el descanso por maternidad de la mujer trabajadora.



En segundo lugar, el Tribunal tras descartar la concurrencia de discriminación directa en el supuesto de que se trata, procede a determinar si se observa algún indicio de discriminación indirecta en el principal. En relación a ello, y ante la duda existente acerca de la finalidad con la que la empresa otorga la gratificación, el órgano judicial propone dos posibles soluciones. Por una parte, y en el caso de que la concesión de la gratificación se halle sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de la entrega, la negativa a abonar la gratificación a una mujer que disfrute de un permiso parental, no constituye una discriminación a los efectos del artículo 119 del TCE.

Por otra parte, cabe señalar que en el caso de que la gratificación constituyera una retribución retroactiva del trabajo realizado durante el año en el que se concede la misma, ello ubica a los trabajadores que se encuentren disfrutando de un permiso parental y que han trabajado durante ese año en una situación de desventaja. En consecuencia, el Tribunal considera que la negativa de dicha gratificación al mencionado colectivo constituye una discriminación indirecta a los efectos del artículo 119 del TCE, pues las trabajadoras solicitan con mayor frecuencia que los trabajadores el disfrute de dicho permiso.

En relación a la cuestión de si los períodos de descanso por maternidad deben tomarse en consideración, el Tribunal señala que los mismos deben asimilarse a los períodos de trabajo por lo que necesariamente deberán ser tenidos en cuenta. De lo contrario las trabajadoras quedarían discriminadas, pues si no hubiesen estado embarazadas, dichos períodos les hubieran computado como períodos trabajados.

El Abogado General también considera imprescindible la determinación del modo de adquisición del derecho a la gratificación, encomendándole dicha labor al órgano judicial nacional. En contra de la decisión adoptada por el Tribunal, el Abogado General opina que los hechos planteados en la segunda cuestión no son constitutivos de discriminación indirecta. El permiso parental no se trata de una condición de trabajo sino una ventaja específica reservada a los trabajadores por razón de una reciente maternidad o maternidad. Procede poner de manifiesto que el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer

hace alusión en sus Conclusiones al permiso parental y remarca su función como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar<sup>773</sup>.

La tercera cuestión plantea si el artículo 119 del Tratado, el artículo 11 número 2 letra b) de la Directiva 92/85, y la cláusula 2 apartado 6 del Anexo de la Directiva 96/34 se oponen a que un empleador, al conceder la gratificación de Navidad a una trabajadora que disfruta de un permiso parental, tenga en cuenta, para reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de permiso parental y los períodos de descanso por maternidad.

El Derecho comunitario no ampara el derecho del trabajador a que los períodos de permiso parental sean considerados períodos de actividad a los efectos de devengar derechos a una gratificación de las características descritas en los autos.

El Tribunal responde que las normas mencionadas no se oponen a que los períodos en los que el trabajador ha disfrutado del permiso parental sean tenidos en cuenta por el empresario con el fin de reducir proporcionalmente la mencionada gratificación.

Esta desprotección del permiso parental por parte del Derecho comunitario es criticada por McClynn, ya que es cierto que a consecuencia de ella el padre se ve desprotegido, al tiempo que se refuerza la idea de que el cuidado de los niños es principalmente responsabilidad de las mujeres y que únicamente son los derechos de éstas los que merecen protección. El fallo, de esta manera, conllevaría la negación del

---

<sup>773</sup> Lewen, Conclusiones del Abogado General (C-333/97, punto 40).

Es cierto que la Directiva 96/34, en la que este aparece regulado, todavía no puede ser aplicada *ratione temporis*. Sin embargo el Abogado General realiza ya en la presente sentencia algunas interpretaciones en relación al mencionado permiso.

En ese sentido, puntualiza que el trabajador que disfruta de un permiso parental se halla en una situación específica, protegida por el Derecho comunitario tras la adopción de la Directiva 96/34, que se le concede por razón de su reciente paternidad o maternidad, pero que no puede asimilarse a la situación de un hombre o de una mujer que están trabajando, sobre todo, cuando la gratificación de Navidad va dirigida bien a premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa para el pasado, bien a incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa para el futuro o bien a alcanzar una mezcla de ambas finalidades, ya que el permiso parental se caracteriza, justamente, por dejar en suspenso el contrato de trabajo y sus obligaciones respectivas de trabajar y de retribuir el trabajo.

objetivo contenido en la Directiva 96/34 en virtud del cual los padres pueden disfrutar igualmente del cuidado de sus hijos<sup>774</sup>.

En este mismo sentido MASSELOT y BERTHOU argumentan que puesto que el permiso parental no es, por definición, un derecho específico de las mujeres, el Tribunal ignora la realidad jurídica y se basa en una realidad socialmente construida de asimilar el permiso parental a una ventaja específica para las mujeres. Este tipo de pensamiento es peligroso porque conlleva una restricción subjetiva del derecho y arraiga la discriminación indirecta<sup>775</sup>.

\* \* \*

El Tribunal en este asunto considera que en el caso en que la gratificación navideña posea como requisito el hecho de hallarse en activo para recibirla no puede considerarse la concurrencia de discriminación directa. Sin embargo, en el supuesto en que esta gratificación tuviera un carácter retroactivo con la finalidad de reconocer el trabajo desempeñado anteriormente al trabajador, en este caso sí nos hallaríamos ante una situación de discriminación indirecta puesto que son las mujeres las que en la mayoría de los casos solicitan y disfrutan de este tipo de permisos.

Esta interpretación del Tribunal reduce las posibilidades contenidas en la Directiva 96/34, la cual no es todavía aplicable *ratione temporis*. El Tribunal adopta así la postura de que las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral deben centrarse en las mujeres principalmente, frente a aquella que defiende un enfoque integral de las mismas y que sostiene que estas medidas deben ir dirigidas, de igual manera, a hombres y a mujeres con el fin de fomentar la corresponsabilidad y de corregir así las desigualdades preestablecidas en la estructura social.

De esta sentencia se deduce el mayor peso de los intereses económicos del empleador frente a la protección del permiso parental de los empleados. A pesar de que no se niega el abono de la gratificación, los meses durante los que el trabajador disfruta del permiso no computan para la obtención de la mencionada gratificación. En

---

<sup>774</sup> McGLYNN, Clare. "Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye". *op cit.* p.268.

<sup>775</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 650.

consecuencia, probablemente, en la mayoría de los casos la bonificación no llegue a abonarse por no reunir el requisito de tiempo exigido.

### **23. *Tanja Kreil y Bundesrepublik Deutschland*, sentencia de 11 de enero de 2000 (C-285/98)- Cuestión prejudicial**

Los hechos acaecidos en el asunto *Kreil*, tal y como sucedía en el asunto *Johnston*<sup>776</sup>, no se ciñen directamente a la materia objeto de la presente investigación. Sin embargo sí que cabe hacer referencia a alguna de las cuestiones y alegaciones que en el caso se presentan así como a la respuesta que otorga el Tribunal a las mismas.

La Sra. Kreil ve rechazada su solicitud de alistamiento en la Bundeswehr (Ejército Federal alemán) con el fin de ocupar un empleo en el servicio de mantenimiento de armas. Según la Soldatengesetz (Ley de personal militar) y el Soldatenlaufbahnverordnung (Reglamento de la carrera militar) las mujeres sólo pueden ser reclutadas sobre la base de un alistamiento voluntario y únicamente en unidades sanitarias y en formaciones de música militar. La demandante mantiene que tal exclusión constituye una discriminación directa contraria a la Directiva.

El Gobierno alemán alega al respecto, en primer lugar la inaplicabilidad del Derecho comunitario al caso de autos y, en segundo lugar, sostiene que en el supuesto de que la Directiva 76/207/CEE fuera aplicable a las fuerzas armadas, las disposiciones nacionales controvertidas se hallarían justificadas en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva<sup>777</sup>. De esta manera, el Gobierno alemán trata de justificar la exclusión de las mujeres en las fuerzas armadas en la protección que la misma requiere por razón de su maternidad.

Tras resolverse la aplicabilidad de la Directiva 76/207/CEE a los hechos en cuestión<sup>778</sup> y en respuesta a la mencionada alegación, el Tribunal reitera la argumentación pronunciada en el asunto *Johnston* en el que establece que la finalidad

---

<sup>776</sup> *Johnston* (C-222/84).

<sup>777</sup> *Kreil* (C-285/98, parágrafo 12).

<sup>778</sup> *Kreil* (C-285/98, parágrafo 19).

del apartado 3 del artículo 2 de la citada Directiva es, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo<sup>779</sup>.

El Tribunal concluye que dicha disposición no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas. De ello se desprende que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2 apartado 3 de la Directiva en aras de la protección de la mujer.

En relación a la misma cuestión el Abogado General, el Sr. La Pergola recuerda en su punto 13 que el Tribunal de Justicia siempre ha rechazado categóricamente las alegaciones formuladas por los Estados miembros para ampliar el alcance de la expresión “protección de la mujer” a supuestos distintos del embarazo, la lactancia o la maternidad.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal considera que nos hallamos ante una situación de discriminación directa por razón de sexo, puesto que las mujeres quedan excluidas del acceso a determinados puestos por el mero hecho de ser mujeres. El Tribunal interpreta la normativa en favor de las mujeres quienes tradicionalmente venían siendo discriminadas en sectores laborales como el militar. La sentencia nada preconiza sino que se limita a interpretar lo dispuesto en la Directiva 76/207. El Tribunal continúa la línea jurisprudencial iniciada en *Johnston*. De la decisión adoptada por el órgano judicial no se derivan directa ni indirectamente alteraciones en los costes económicos para el empleador.

---

<sup>779</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

#### **24. Silke-Karin Mahlburg y Land Mecklenburg-Vorpommern, sentencia del TJCE de 3 de febrero de 2000 (C-207/98)- Cuestión prejudicial**

El Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern planteó en el presente asunto<sup>780</sup> una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en relación a la interpretación del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE.

En la misma se preguntaba si constituye una discriminación ilegal por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la citada Directiva, el hecho de que una empresa no contrate para un puesto vacante a una candidata apta, en principio, para desempeñar la actividad de que se trata por estar embarazada y no poder ocupar desde el primer momento y durante el embarazo el puesto de trabajo por tiempo indefinido, debido a una prohibición de desempeñar dicha actividad laboral impuesta por la Mutterschutzgesetz (Ley alemana de protección de la maternidad).

El Tribunal para dar respuesta a la misma invoca lo dispuesto por el asunto *Dekker*<sup>781</sup> en el que se estableció que la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo puesto que ésta únicamente puede ser opuesta frente a mujeres. Sin embargo, este asunto se ha de precisar puesto que el empresario ampara y justifica esta negativa en la existencia de una prohibición legal de contratación de mujeres embarazadas para el desarrollo de puestos que puedan resultar peligrosos para su salud o para la del feto<sup>782</sup>.

Esta prohibición se fundamenta en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, por lo que realmente se trata de determinar si esta Directiva ampara esta negativa de contratación del empresario. Para poder dilucidar dicha cuestión expone tres cuestiones.

---

<sup>780</sup> Vid. MAYR, Klaus. "Schwangerschaft: Arbeitsverbot kein Einstellungshindernis" *European Law Reporter*. 2000, pp.127-128; X. *Revue de jurisprudence sociale*. 2000, pp. 413; CORAZZA, Luisa. "Tutela fisica della lavoratrice madre e accesso al lavoro: la Corte di giustizia rafforza il divieto di discriminazione diretta". *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2000, pp. 503-505; VETTOR, Tiziana. "Stato di gravidanza e assunzione in mansioni vietate alle donne in tale stato." *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2001, pp. 173-181.

<sup>781</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

<sup>782</sup> Artículo 4 de la Mutterschutzgesetz, de 24 de enero de 1952 (Ley de protección de la maternidad).

En primer lugar se invoca el asunto *Webb*<sup>783</sup> en virtud del cual el Tribunal de Justicia estableció que el despido de una mujer embarazada, contratada por tiempo indefinido no podía fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Estableció que pese a que la disponibilidad del empleado sea para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva.

En segundo lugar trae a colación lo dispuesto por el Tribunal en el asunto *Habermann-Beltermann*<sup>784</sup> según el cual la prohibición legal del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas, en principio compatible con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, no puede servir de base para resolver un contrato de trabajo existente celebrado por tiempo indefinido debido a la temporalidad de la prohibición en relación a la duración total del contrato.

Finalmente menciona el caso *Thibault*<sup>785</sup> en el cual el Tribunal sostuvo que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva no puede ser objeto de un trato desfavorable en lo que atañe a su acceso al empleo y a sus condiciones de trabajo y que, desde esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal.

De todo lo expuesto el Tribunal concluye que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide

---

<sup>783</sup> *Webb* (C-32/93, párrafo 26).

<sup>784</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafos 18, 23 y 25).

<sup>785</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafo 26)

destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante.

En relación a las observaciones referentes a las consecuencias económicas de una decisión similar que se plantearon en la vista, el Tribunal realiza una breve alusión a las mismas. En ellas reitera, en relación a esta cuestión, lo dispuesto en el asunto *Dekker*<sup>786</sup> donde declaró que los perjuicios económicos que el empresario padece por causa de la contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad, no puede justificar la negativa de contratación de ésta. De esta manera el Tribunal hace valer la protección de los derechos de la mujer y su especial situación de vulnerabilidad frente a los intereses económicos de los empresarios. La argumentación llevada a cabo en el presente asunto por el Abogado General el Sr. Saggio, se asemeja en gran medida a la sostenida por el Tribunal<sup>787</sup>.

Nuevamente en esta sentencia se hace referencia a la distinción entre la igualdad formal y la igualdad real ya apuntada por el Tribunal por vez primera en el asunto *Thibault*<sup>788</sup>. El Sr. Saggio profundiza en este aspecto y sostiene que el objetivo principal de la disposición comunitaria controvertida es reservar a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener en vigor disposiciones nacionales que, aunque impliquen un trato diferenciado según el sexo, resultan necesarias para compensar las situaciones desfavorables en las que se puedan encontrar las mujeres embarazadas. Se

---

<sup>786</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

<sup>787</sup> El Abogado General en las Conclusiones presentadas el 7 de octubre de 1999 con motivo del asunto *Mahlbourg*, hace referencia al igual que el órgano judicial a los asuntos *Dekker*, *Thibault* y *Habermann* y añade, con el fin de reforzar su razonamiento, los planteamientos esgrimidos por el Tribunal de Justicia en los casos *Brown* y *Hofmann*.

Es curiosa la alusión que el Abogado General realiza al apartado 25 de la sentencia *Hofmann* en la que se hace referencia al tradicional reparto de roles entre el hombre y la mujer en el que explícitamente se mantiene la simultaneidad de cargas a la que se ve obligada la mujer. Es, al menos, destacable cómo tras dieciséis años de la emisión de la primera se continúa esgrimiendo las mismas justificaciones con el fin de justificar el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, en virtud del cual el principio de igualdad de trato puede verse exceptuado en aras de la protección de la maternidad.

También cabe resaltar los requisitos que el Sr. Saggio expone para aclarar en qué supuestos pueden ser adoptadas excepciones al principio de igualdad de trato en virtud del artículo 2, apartado 3 de la Directiva. En este sentido, sostiene en el punto 28, que será necesario que las mencionadas excepciones, por una parte, otorguen una mayor protección a la mujer y, por otra parte, que dicho trato favorable tenga por objetivo alcanzar la igualdad sustancial.

<sup>788</sup> *Thibault* (C-136/95, parágrafo 26).



trata de alcanzar la igualdad real, incluso en los supuestos en los que la mera igualdad formal, obtenida mediante un trato idéntico, resulte insuficiente<sup>789</sup>.

Conviene hacer referencia también al hecho de que la protección otorgada en este caso a la mujer embarazada parece quedar limitada a aquellos supuestos en los que la trabajadora trata de acceder a un contrato de trabajo de carácter indefinido o se halla ya en posesión del mismo. Por ello vuelve a plantearse la duda en relación a la desprotección sufrida por aquellas trabajadoras que se hallan vinculadas a la empresa a través de un contrato temporal. Esta crítica ya había sido planteada en los asuntos *Habermann-Beltermann* y *Webb*<sup>790</sup> donde se había considerado que esta omisión consistía en un modo de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios. Ello suponía una acción para mitigar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en *Dekker*. En lo que se refiere a las observaciones de índole económica que, como se ha mencionado, fueron mencionadas en la vista, el Abogado General abunda más en dicha cuestión<sup>791</sup>.

\* \* \*

La adhesión del Tribunal a la postura de que la discriminación por embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo está modificando lentamente

---

<sup>789</sup> *Mahlbourg*, Conclusiones del Abogado General (C-207/98, puntos 27 y 28).

<sup>790</sup> *Webb* (C- 32/93 párrafo 26).

<sup>791</sup> El Abogado General, en primer lugar señala la primacía de la protección otorgada por el Derecho comunitario a la mujer embarazada frente a los resultados económicos de la empresa en la que la trabajadora está empleada, tal y como se proclama por el Tribunal en el asunto *Webb* (C- 32/93 párrafo 26). Sin embargo, plantea la duda, en relación a las cargas que los empresarios pueden verse obligados a soportar con el fin de garantizar la igualdad de trato a las mujeres embarazadas y la protección de la maternidad, para el caso de si siempre se ha de dar preferencia al principio de no discriminación o si, en determinadas circunstancias, cabe justificar algunas excepciones para tener en cuenta las exigencias de las empresas más frágiles.

El Abogado califica esta problemática de real, sin embargo argumenta que la igualdad de trato entre hombres y mujeres es un principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que no puede ser restringido para tomar en consideración dicho tipo de exigencias. Sostiene que la postura del Tribunal en relación a los aspectos económicos es clara aludiendo a lo dispuesto en el asunto *Dekker*, donde se establece que la discriminación de la mujer embarazada no puede justificarse haciendo referencia al perjuicio económico que el empresario padece en caso de contratarla durante su baja por maternidad *Dekker* (C-177/88, párrafo 12).

Esta clara y rotunda afirmación debe ser puesta en duda en aspectos concretos en los que como ya se ha puesto de manifiesto el Tribunal, de manera indirecta, ha primado los intereses de los empresarios frente a la protección de la mujer embarazada, por ejemplo la limitación de la protección a aquellos contratos de duración indefinida.

los principios sociales y jurídicos tradicionales, en virtud de los cuales se primaba el interés del mercado frente al de los padres y madres trabajadores. Mediante la solución adoptada el Tribunal hace valer la protección de los derechos de la mujer y su especial situación de vulnerabilidad frente a los intereses económicos de los empresarios. El Tribunal en este asunto nada preconiza sino que se limita a interpretar y desarrollar el contenido de la Directiva 76/207.

**25. Birgitte Jørgensen y Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg, sentencia del TJCE de 6 de abril de 2000 (C-226/98)- Cuestión prejudicial**

En el asunto Jørgensen el Østre Landsret (Tribunal del Este de Dinamarca) plantea ante el Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación de la Directiva 76/207/CEE y de la Directiva 86/613/CEE<sup>792</sup>. Cabe decir que de las cuestiones planteadas únicamente la segunda resulta relevante en lo que al objeto de la presente investigación se refiere.

La Sra. Jørgensen, médico especialista a tiempo completo, resultó sujeta y afectada por el Convenio llevado a cabo entre el Foreningen af Speciallæger (Asociación Danesa de Médicos Especialistas; en lo sucesivo FAS) y el Sygesikringens Forhandlingsudvalg (Comité de Negociaciones sobre el Seguro de Enfermedad; en lo sucesivo SFU), en virtud del cual se adoptó, por un lado un “modelo de ruptura”, que implicaba una reducción obligatoria de los honorarios de las consultas con un mayor volumen de ingresos y, por otro lado, un “modelo de transformación” destinado a limitar el ejercicio de la actividad de los médicos especialistas a tiempo parcial. Este Convenio buscaba entre otros objetivos la limitación del gasto público destinado a los cuidados dispensados por los médicos especialistas y una mejor planificación económica y geográfica del número de dichos médicos.

---

<sup>792</sup> Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. DOCE, núm. L 225 de 12.08.86.

Además, el punto 6 del Convenio, en relación al “modelo de transformación”, disponía que las consultas a tiempo completo que no superasen el umbral de ingresos establecido al efecto serían reclasificadas como consultas a tiempo parcial, las que superasen el umbral y el tramo de tolerancia establecido seguirían siendo consultas a tiempo completo, mientras que las que superasen el umbral de volumen de ingresos pero estuvieran incluidas en el tramo de tolerancia —que es el supuesto que interesa en el presente asunto— continuarían siendo consultas a tiempo completo, pero deberían transformarse en consultas a tiempo parcial en el momento de su cesión a terceros.

La demandante, afectada por el tercero de los supuestos de dicha medida, alega que el “modelo de transformación” constituye una medida discriminatoria por razón de sexo, puesto que afecta a un mayor número de mujeres, debido a que el volumen de ingresos de éstas ha sido más reducido que el de los trabajadores masculinos debido a que ellas se han hecho cargo, en la mayoría de los casos, de la educación y del cuidado de los hijos por lo que no han podido desempeñar el mismo volumen de trabajo que sus compañeros.

La segunda cuestión prejudicial se interpone con el objeto de determinar en qué medida las consideraciones relativas a la seguridad presupuestaria, al ahorro y la planificación de la actividad de las consultas médicas pueden ser consideradas razones objetivas que justifiquen que una medida perjudique a un mayor número de mujeres que de hombres, es decir, pueden justificar una conducta constitutiva de una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al principio de igualdad.

La Comisión considera que una diferencia de trato puede verse justificada por medidas generales de política social como las invocadas en el asunto principal, pero que no ocurre así si se trata únicamente de consideraciones presupuestarias que constituyan un fin en sí mismas.

El Tribunal, en primer lugar hace alusión a lo dispuesto en la sentencia *Roks y otros*<sup>793</sup>, en virtud de la cual “*aunque consideraciones de índole presupuestaria puedan*

---

<sup>793</sup> *Rocks y otros*, sentencia del TJCE de 24 de febrero de 1994 (C-343/92). En esta sentencia el Tribunal sostiene que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una normativa nacional que, supeditando el derecho a una prestación por incapacidad laboral a un requisito no impuesto anteriormente a los hombres, priva a las mujeres casadas de los derechos que deducirían del efecto directo del apartado 1 del

*ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar, no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos”<sup>794</sup>.*

Por otra parte, el Tribunal en el mismo asunto, en el apartado 36 argumenta que admitir que consideraciones de índole presupuestaria puedan justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres que, de no existir aquellas, constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podrían variar en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros.

Sin embargo y pese a lo dispuesto en la citada sentencia, el Tribunal retoma el argumento esgrimido por la Comisión y sostiene que las razones relativas a la necesidad de garantizar una buena gestión del gasto público son legítimas y pueden justificar medidas de política social.

En consecuencia establece que no puede considerarse que tales medidas infrinjan el principio de igualdad de trato, si responden a un objetivo legítimo de política social, si son aptas y necesarias para alcanzarlo y si, por lo tanto, están justificadas por razones ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo<sup>795</sup>. Cabe mencionar que estos mismos indicadores son utilizados por el TEDH.

En similar sentido se pronuncia el Tribunal en la sentencia *Grau-Hupka*<sup>796</sup> en la que declaró que los Estados miembros no están obligados a conceder ventajas en

---

artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

<sup>794</sup> *Rocks y otros* (C-343/92, párrafo 35).

<sup>795</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y Bélgica*, sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1991 (C-229/89, párrafos 19 y 26) y *Molenbroek y Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1992 (C-226/91, párrafos 13 y 19).

<sup>796</sup> *Grau-Hupka y Stadtgemeinde Bremen*, sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1994 (C-297/93). En esta sentencia se plantea si el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras es contraria a que la pensión de jubilación haya quedado reducida a raíz de una pérdida de la retribución debida al tiempo dedicado a la educación de un hijo.

materia de seguro de vejez a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal no considera que los hechos que conforman el litigio principal sean constitutivos de discriminación pese a que, en nuestra opinión, resulta bastante obvio que nos hallamos ante un supuesto de discriminación indirecta. La medida adoptada afecta negativamente y en mayor proporción a las mujeres pues son ellas las que en la mayoría de los casos han optado por reducir su volumen de trabajo en favor de la educación y cuidado de sus hijos.

En tal respuesta se observa la primacía del interés económico del Estado frente a los intereses y derechos de los trabajadores. Los primeros priman sobre la protección de intereses tales como el principio de igualdad entre hombres y mujeres o la protección de la maternidad y del cuidado de los hijos. Estas tareas se ven penalizadas por la respuesta dada por el Tribunal al no ser tenidas en cuenta. El Tribunal en esta sentencia se limita a interpretar lo dispuesto en las Directivas 76/207/CEE y 86/613/CEE.

### **26. *María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de los Barrios*, sentencia de 4 de octubre de 2001 (C-438/99)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto el Juzgado de lo Social Único de Algeciras planteó al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 10<sup>797</sup> de la Directiva 92/85/CE. Las mismas se suscitaron en el marco de un

---

El hecho de que no se hayan podido considerar todos los años dedicados a la educación de un hijo afecta proporcionalmente a más mujeres que hombres, ya que, si se tienen en cuenta a la generación que actualmente está en situación de jubilación, la educación de los hijos correspondía casi en exclusiva a las mujeres. En consecuencia existe una mayoría de mujeres en el colectivo que cobra una pensión de jubilación reducida, por lo que se podría inferir que nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta con respecto a las mujeres.

Sin embargo, el Tribunal sostiene que la normativa comunitaria no obliga a que, al calcular la pensión de jubilación legal, los Estados miembros tengan en cuenta los años dedicados a la educación de un hijo. En consecuencia, no es posible calificar el mencionado supuesto de contrario al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

<sup>797</sup> Artículo 10 de la Directiva 92/85: “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

litigio entre la Sra. Jiménez Melgar y su antiguo empleador, el Ayuntamiento de los Barrios como consecuencia de la falta de renovación de su contrato de trabajo de duración determinada<sup>798</sup>.

En este caso y en el asunto *Tele Danmark*<sup>799</sup>, que se expone a continuación, el Tribunal resuelve por primera vez cuestiones prejudiciales en las que se requiere la interpretación de la prohibición de despido a la luz de la Directiva 92/85. El asunto *Jiménez Melgar* es el primer caso español que hace referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

La primera de las cuestiones prejudiciales plantea si la Directiva 92/85, pese a su inadaptación por parte del Estado miembro en la fecha en la que se producen los hechos del principal, despliega su efecto. Ello conferiría a los particulares derechos que éstos podrían invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado.

A ella responde el Tribunal en sentido afirmativo<sup>800</sup> argumentando también que las disposiciones del artículo 10 imponen a los Estados, en su condición de empleadores, obligaciones concretas para cuyo cumplimiento éstos no cuentan con

---

establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

<sup>798</sup> Vid. DÍAZ ABAD, Nuria. “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Despido de trabajadoras embarazadas: contratos de trabajo de duración determinada”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2001, pp. 3407-3409; HÄNLEIN, Andreas. “European maternity protection - perfected or excessive? Comments on the latest judgments of the ECJ”. *op. cit.* p. 544-548; LHERNOULD, Jean-Philippe. “L’actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2002, pp. 16-18.

<sup>799</sup> *Tele Danmark y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001 (C-109/00).

<sup>800</sup> *Jiménez Melgar* (C-438/99, parágrafo 34).

margen de apreciación alguno. También recuerda que bajo la mencionada obligación se hallan las autoridades no integradas como los ayuntamientos<sup>801</sup>.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si, al autorizar excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia en casos «*excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o [las] prácticas nacionales*», el artículo 10 punto 1 de la Directiva 92/85 obliga a los Estados miembros a especificar las causas de despido de dichas trabajadoras.

A esta pregunta el Tribunal responde que la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de causas de despido que excepcionalmente se admitirían respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

La tercera cuestión prejudicial plantea al TJ si el artículo 10 de la Directiva prohíbe que el empleador no renueve el contrato de trabajo de duración determinada de una trabajadora embarazada.

Con el fin de dar respuesta a esta pregunta el Tribunal realiza la exposición argumental que a continuación se resume. En primer lugar, el órgano jurisdiccional manifiesta que la Directiva 92/85 no distingue, en relación al alcance de la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, entre contratos de duración determinada y contratos por tiempo indefinido. En consecuencia el mencionado artículo será de aplicación a ambas clases de contratos.

En segundo lugar, el Tribunal sostiene que no es equiparable la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado a su fecha de vencimiento prevista, a un despido y, en consecuencia el primero de los supuestos no resulta contrario al artículo 10 de la Directiva 92/85.

El Tribunal, acertadamente puntualiza, tal y como defiende la Comisión<sup>802</sup> en su argumentación y el Abogado General en sus Conclusiones<sup>803</sup> que, en la medida en que

---

<sup>801</sup> *Fratelli Costanzo y Municipio de Milán*, sentencia del TJCE de 22 de junio de 1989 (C-103/88).

la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituirá una discriminación directa por razón sexo, contraria a los artículos 2 apartado 1 y 3 apartado 1 de la Directiva 76/207.

El Tribunal mediante su sentencia contribuye a aclarar la relación entre la Directiva 76/207 y la Directiva 92/85. De ella se desprende que la Directiva 92/85 únicamente será de aplicación en aquellos casos en los que exista una relación laboral mientras que la Directiva 76/207 será aplicable en supuestos de acceso al empleo de mujeres embarazadas o supuestos de renovación de una relación laboral de duración determinada, cuando la no renovación se deba al embarazo de la empleada.

También en ella el Tribunal extiende la protección del Derecho comunitario a los supuestos de trabajadoras embarazadas vinculadas a su empresa mediante un contrato de duración determinada. Tal y como se expondrá en el caso *Tele Danmark*, en el que el Abogado General incidirá especialmente en esta cuestión, hasta el momento la jurisprudencia<sup>804</sup> del Tribunal de Justicia a la hora de justificar la protección de las trabajadoras embarazadas frente a su despido o frente a la negativa de acceso al empleo, había prestado especial atención a la duración del contrato que vinculaba a la trabajadora con la empresa. Debido a que los asuntos planteados hasta el momento todos ellos versaban sobre trabajadoras con contrataciones por tiempo indefinido, era lógica la crítica en relación a la posible desprotección de las trabajadoras con contrataciones por tiempo determinado. Tal y como sostiene HÄNLEIN “*the possible “loophole” has now been closed by the Court*”<sup>805</sup>.

\* \* \*

---

<sup>802</sup> *Jiménez Melgar* (C-438/99, párrafo 41).

<sup>803</sup> *Jiménez Melgar*, Conclusiones del Abogado General Tizziano presentadas el 7 de junio de 2001 (C-438/99, punto 50).

El Abogado General, argumenta que, en ocasiones, la no renovación de un contrato de duración determinada puede asimilarse a una negativa de contratación. El Sr. Tizzano, sostiene según reiterada jurisprudencia que una negativa de contratación de una trabajadora, considerada apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo (*Dekker* (C-177/88, párrafo 12) y *Mahlbourg* (C-207/98, párrafo 28).

<sup>804</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92) y *Webb* (C-32/93).

<sup>805</sup> HÄNLEIN, Andreas. *op cit.* p.546.



En esta sentencia el Tribunal interpreta la prohibición de despido a la luz de la Directiva 92/85. El asunto *Jiménez Melgar* es el primer caso español que hace referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El Tribunal considera que no es equiparable la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada a un despido por lo que el primero de los supuestos no resulta contrario al artículo 10 de la Directiva 92/85. Sin embargo, el Tribunal añade que en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituirá una discriminación directa por razón sexo, contraria a los artículos 2 apartado 1 y 3 apartado 1 de la Directiva 76/207.

Las consecuencias económicas de esta decisión repercuten perjudicialmente sobre el empleador y en lo que al mantenimiento o no de la división tradicional de roles entre hombres y mujeres se refiere, nada se deduce al respecto directamente.

En esta sentencia se interpreta que la Directiva 92/85 es aplicable y protege no sólo a aquellas trabajadoras que gozan de un contrato indefinido sino también a aquellas que se hallan vinculadas a su puesto mediante un contrato de duración determinada.

**27. *Tele Danmark A/S y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001 (C-109/00)- Cuestión prejudicial**

El presente asunto resulta de especial interés puesto que en él el Tribunal aclara la duda existente en relación a la protección de las trabajadoras embarazadas vinculadas a su empleador mediante un contrato de duración determinada. El Tribunal en los casos<sup>806</sup> que se había pronunciado hasta este momento, se había limitado a manifestar expresamente la protección de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en aquellos supuestos en los que el contrato en cuestión era de carácter indefinido o al menos ello se ha deducido de la interpretación de sus fallos<sup>807</sup>.

La Sra. Brandt-Nielsen fue contratada por la empresa Tele Danmark por un período de seis meses. No fue hasta el tercer mes de contrato cuando la empleada informó de su embarazo y de que su próxima maternidad tendría lugar a principios del último mes de contrato. Tras comunicar su estado, a finales de ese mismo mes, la demandante sería despedida.

De las dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia, nos centraremos en la primera de ellas puesto que la segunda no guarda una relación estrecha con el objeto de la presente investigación. Se solicita al Tribunal que se dilucide si los artículos 5 apartado 1 de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo cuando ésta última fue contratada por un período determinado sin que informara a su empresario de su embarazo, aun cuando lo conocía en el momento de celebrar el contrato de trabajo y que, debido a dicho estado, no iba a poder trabajar durante gran parte de la duración del contrato.

La demandada sostiene que la negativa a contratar a una mujer embarazada o su despido, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, sólo infringe el Derecho

---

<sup>806</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92) y *Webb*, (C-32/93).

<sup>807</sup> *Vid.* DÍAZ ABAD, Nuria. *op cit.* p.3407-3409; HÄNLEIN, Andreas. *op cit.* p.544-548; LHERNOULD, Jean-Philippe. *op cit.* p.16-18

comunitario cuando se trata de un contrato por tiempo indefinido, por lo que las Directivas 76/207 y 92/85 no serán de aplicación al presente asunto.

El Tribunal con el fin de dar respuesta a la cuestión expone los siguientes argumentos. En primer lugar esgrime que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo tal y como lo ha venido sosteniendo en reiterada jurisprudencia<sup>808</sup>.

En segundo lugar sostiene que resulta irrelevante la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad<sup>809</sup> y que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo<sup>810</sup>.

En tercer lugar, también argumenta que el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo. El órgano jurisdiccional también señala que las Directivas 76/207 y 92/85 no establecen distinción alguna respecto al alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres atendiendo a la duración de la relación laboral que guarden con la empresa.

De todo ello deduce que los artículos 5 apartado 1 de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de su embarazo, pese a que la misma haya sido contratada por un tiempo determinado y no informara a su empleador en el momento de la contratación de este motivo y esté incapacitada para trabajar durante una parte importante del contrato. De esta manera el Tribunal, finalmente, establece la teoría de que la duración del

---

<sup>808</sup> *Habermann-Beltermann* (C421/92, párrafo 15); *Webb* (C-32/93, párrafo 19).

<sup>809</sup> *Dekker* (C-177/88, párrafo 12)

<sup>810</sup> *Mahlburg* (C-207/98, párrafo 29).

contrato de trabajo resulta irrelevante y no debe tener influencia alguna sobre la protección de la trabajadora embarazada<sup>811</sup>.

En los asuntos resueltos hasta el presente supuesto por el Tribunal de Justicia en los que la causa directa del despido había sido el embarazo<sup>812</sup>, el contrato de las trabajadoras había sido concertado por tiempo indefinido. En estos asuntos el Tribunal había mostrado especial atención a la duración del contrato<sup>813</sup> y a la justificación de que la incapacidad de la trabajadora para desempeñar sus funciones tenía un carácter temporal en relación a la duración total del contrato. En consecuencia, se había dejado la puerta abierta a una posible desprotección de aquellas trabajadoras vinculadas a la empresa mediante un contrato por tiempo determinado, lo cual generó duras críticas por parte de la doctrina.

En el caso *Habermann-Beltermann* el Tribunal sostiene que “*las cuestiones prejudiciales se refieren a un contrato de duración indeterminada y que, por consiguiente, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas sólo produce efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato*”<sup>814</sup>. En el asunto *Webb* el Tribunal afirma que “*la resolución de un contrato por tiempo indefinido debido al embarazo de la trabajadora no puede justificarse por el hecho de que la empleada se encuentre, con carácter meramente temporal, en la imposibilidad de efectuar el trabajo para el que fue contratada*”<sup>815</sup>. Mediante la presente sentencia, así como también a través de la sentencia *Melgar*<sup>816</sup>, se cierra la puerta que había sido dejado abierta en el asunto *Webb*, tal y como sostienen

---

<sup>811</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 170.

<sup>812</sup> *Habermann-Beltermann* (C421/92); *Webb* (C-32/93).

<sup>813</sup> JACQMAIN, Jean. “Pregnancy as Grounds for Dismissal”. *Industrial Law Journal*. 1994, pp. 355-359, especialmente p.356: “However, both the Habermann and the Webb judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the duration of the contract of employment”.

<sup>814</sup> *Habermann-Beltermann* (C421/92, parágrafo 23).

<sup>815</sup> *Webb* (C-32/93, parágrafo 27).

<sup>816</sup> *Jiménez Melgar* (C-438/99).

BUSBY<sup>817</sup>. Ésta es una de las cuestiones que el Abogado General, en sus Conclusiones ha tratado con especial interés<sup>818</sup>.

Es innegable la importancia que esta sentencia, así como la sentencia *Melgar*, emitida el mismo día por el Tribunal, tienen en relación al debate que existía acerca de la diferente protección de las trabajadoras vinculadas a su empresa mediante contratos de duración indefinida y aquellas que lo estaban mediante contratos de duración determinada. MASSELOT sostiene que a través de los fallos de estos dos asuntos el Tribunal pone fin a al argumento en virtud del cual las Directivas 76/207 y 92/85 otorgaban un trato diferente a las trabajadoras en virtud de la duración de su relación contractual con el empleador<sup>819</sup>.

Sin embargo, desde el punto de vista económico, algunos autores como HÄNLEIN ven una serie de problemas en esta confirmación de la extensión de la

---

<sup>817</sup> BUSBY, Nicole. “Maternity Rights Before the European Court of Justice: Emergence of a Two-Track Social Europe”. *Scottish law & Practice Quarterly*. 2002, p. 29: “The door, which was, perhaps, left open in this respect following the Webb ruling, has been firmly shut”.

<sup>818</sup> El Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer, manifiesta en el punto 27 de sus Conclusiones que la interpretación de esta jurisprudencia según la cual el Tribunal ha querido diferenciar la protección otorgada a los contratos indefinidos de la dada a los contratos por tiempo indeterminado, es errónea. Sostiene que el Tribunal al realizar las referidas afirmaciones no estaba prejuzgando que, cuando la duración del contrato fuera determinada, la solución debería ser distinta.

El Abogado General argumenta tal postura esgrimiendo las siguientes causas. En primer lugar mantiene que la Directiva 76/207 al establecer el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no realiza distinción alguna entre contratos por tiempo indefinido. En segundo lugar, establece que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo es igualmente discriminatorio cuando la relación tiene un carácter indefinido que cuando es de carácter temporal. En tercer lugar, sostiene que la Directiva 76/207 quedaría privada de su efecto útil si se excluyera el trabajo por duración determinada del ámbito de aplicación de la misma y finalmente invoca la cláusula 4 del Acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empresarios Europeos y el Centro Europeo de la Empresa Pública sobre el trabajo de duración determinada, cuyo apartado 1 dispone que “no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorecida que a e a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

En este sentido LOUSADA AROCHENA establece que “[t]anto el caso *Habermann* como el caso *Webb* han levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fueran temporales? Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente”. En LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”. *Revista del Poder Judicial*. Núm. 54. 1999, p. 570.

<sup>819</sup> MASSELOT, Annick. “Jurisprudential developments in Community pregnancy and maternity rights: the ECJ judgments in cases C-438/99 *Melgar* and C-109/00 *Brandt-Nielsen*”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Núm. 1. 2002, p 62.

protección. HÄNLEIN sostiene que tal solución no alienta, en particular, a las pequeñas y medianas empresas a la contratación de mujeres. Dicho autor argumenta que desde un punto de vista jurídico, este escepticismo está justificado ya que la segunda frase del apartado segundo del artículo 137 del TCE prevé expresamente que las materias relativas a la protección en el empleo serán desarrolladas por el Consejo mediante directivas con el fin de evitar establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

También cabe hacer mención a la reflexión que realiza el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer acerca de la obligación de la trabajadora de comunicar su embarazo en el momento de la contratación. Si, de acuerdo con la Directiva 76/207, el embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y la negativa a contratarla por razón de su estado constituye una discriminación directa por razón de sexo, el Abogado General considera que el empleador no está legitimado para preguntar a la trabajadora si está encinta. Lo contrario, además de representar una intrusión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, equivaldría a obstaculizar seriamente el acceso al mercado laboral de la mujer encinta<sup>820</sup>.

\* \* \*

Del asunto *Tele Danmark* pueden extraerse las conclusiones que a continuación se exponen. En primer lugar, parece que los tribunales nacionales de aquellos Estados miembros en los que existe un sistema de protección de la maternidad (por lo general anterior a la adopción de la Directiva 92/85) más amplio son más propensos a remitir casos al Tribunal de Justicia que aquellos Estados que hubieron de adaptar su legislación a las exigencias de la legislación comunitaria.

En segundo lugar, puede ponerse de manifiesto la compleja interacción existente entre la normativa aplicable, concretamente entre la Directiva 92/85 y la Directiva 76/207, la cual requiere un desarrollo detallado en lo que a su aplicación se refiere<sup>821</sup>.

---

<sup>820</sup> *Tele Danmark*, Conclusiones del Abogado General (C-109/00, punto 34).

<sup>821</sup> MASSELOT, Annick. "Jurisprudential developments in Community pregnancy and maternity rights: the ECJ judgments in cases C-438/99 Melgar and C-109/00 Brandt- Nielsen". *op. cit.* p. 63.

En tercer lugar se esgrime que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo tal y como lo ha venido sosteniendo en reiterada jurisprudencia<sup>822</sup>. Y se argumenta que el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. De esta manera el Tribunal, finalmente, establece la teoría de que la duración del contrato de trabajo resulta irrelevante y no debe tener influencia alguna sobre la protección de la trabajadora embarazada<sup>823</sup>.

En cuarto lugar, se deduce que resulta irrelevante la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo. Y finalmente, en lo que se refiere al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, nada se infiere al respecto.

**28. *Joseph Griesmar y Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction Publique, de la Réforme de l'État et de la décentralisation*, sentencia del TJCE de 29 de noviembre de 2001 (C-366/99)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto<sup>824</sup> el Conseil d'État planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 119 del TCE y 6 apartado 3<sup>825</sup> del Acuerdo sobre Política Social, así como de la Directiva 79/7/CEE<sup>826</sup>. Estas cuestiones surgen en el marco del litigio entre el Sr. Griesmar y el Ministre de

---

<sup>822</sup> *Habermann-Beltermann* (C421/92, parágrafo 15); *Webb* (C-32/93, parágrafo 19).

<sup>823</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 170.

<sup>824</sup> *Vid.* MONIOLLE, Carole. “Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de retraite dans la fonction publique”. *La Semaine juridique - édition générale*. Núm. 26. 2002; PALICI DI SUNI PRAT, Elisabetta. “Padri e madri in pensione”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2002, pp. 187-191; PILEGGI, Teresa. “Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni dalla giurisprudenza comunitaria”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2002, pp. 677-681.

<sup>825</sup> Artículo 6.3 del Acuerdo sobre la Política Social: “El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”.

<sup>826</sup> Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. DOCE, núm. L 6 de 10.1.1979.

l'Économie, des Finances et de l'Industrie así como el Ministre de la Fonction Publique, de la Réforme de l'État et de la décentralisation, en relación a la licitud de la orden por la que se concedía una pensión de jubilación al Sr. Griesmar.

Para el cálculo de esta pensión, se tuvieron en cuenta los años de servicios efectivos prestados por el Sr. Griesmar, pero no se tuvo en cuenta la bonificación establecida en el artículo L. 12, letra b)<sup>827</sup> del código de pensiones civiles y militares, de que disfrutaban las funcionarias por cada uno de sus hijos. Mediante este fallo se va a observar la postura del Tribunal a favor o no de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en lo que al cuidado de los hijos se refiere.

Tras considerar el Tribunal que las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, el Tribunal procede a responder la segunda parte de la primera pregunta que le ha sido planteada.

En esta segunda parte el Conseil d'État planteaba si, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6 apartado 3 del Acuerdo anejo al Protocolo n° 14 sobre la Política Social<sup>828</sup>, las disposiciones del artículo L. 12, letra b) del mencionado código resultan contrarias al principio de igualdad de retribución.

---

<sup>827</sup> Según el artículo L.12, letra b), del código de pensiones civiles y militares francés: “A los años de servicios efectivos se añadirán, conforme a las condiciones establecidas por resolución administrativa, las siguientes bonificaciones: a) [...] b) Bonificación a favor de las funcionarias por cada hijo legítimo, natural legalmente reconocido o adoptivo y, siempre que los hayan cuidado durante un período mínimo de nueve años con anterioridad a la edad de 21 años, por cada uno de los hijos mencionados en el artículo L. 8, apartado II.”

Los hijos a los que se refiere el artículo L. 18, apartado II, del código son: “Los hijos legítimos, naturales legalmente reconocidos y adoptivos del titular de la pensión; los hijos del cónyuge nacidos de un matrimonio anterior, sus hijos naturales legalmente reconocidos y sus hijos adoptivos; los hijos respecto de los cuales se haya delegado la patria potestad en el titular de la pensión o en su cónyuge; los hijos bajo tutela del titular de la pensión o de su cónyuge, cuando la tutela conlleve la guarda efectiva y permanente del niño; los hijos acogidos en su hogar por el titular de la pensión o por su cónyuge, que demuestre, en las condiciones determinadas mediante decreto del Consejo de Estado haber asumido su carga efectiva y permanente.”

<sup>828</sup> El artículo 6, apartado 3, de dicho Acuerdo precisa: “El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.”



En primer lugar el Tribunal determinará si las situaciones de un funcionario y de una funcionaria, que sean, respectivamente, padre y madre son comparables, en cuanto a la concesión de la bonificación controvertida en el procedimiento principal. Tal determinación es necesaria, pues de la jurisprudencia del Tribunal se deriva que el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable<sup>829</sup>.

A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, a efectos de la aplicación del principio de igualdad de retribución, la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora cuando la ventaja que se concede únicamente a las trabajadoras está destinada a compensar las desventajas profesionales que para ellas supone la interrupción del trabajo, inherente al permiso de maternidad<sup>830</sup>.

Así pues, es preciso examinar si esta bonificación está destinada a compensar las desventajas profesionales que sufren las funcionarias debido a la interrupción laboral durante el período que sigue al parto, en cuyo caso la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora, o si está destinada, fundamentalmente, a compensar las desventajas profesionales que sufren las funcionarias por el hecho de haber cuidado a los hijos, en cuyo caso es preciso apreciar si son comparables las situaciones de un funcionario y de una funcionaria.

A este respecto, se ha de destacar, en primer lugar, que, aun cuando la bonificación controvertida en el procedimiento principal se conceda en particular a las funcionarias por los hijos legítimos y naturales, o sea, por los hijos biológicos, su concesión no está relacionada con el permiso de maternidad o con las desventajas que sufre en su carrera una funcionaria debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. En segundo lugar, se ha de reconocer que las situaciones de un funcionario y de una funcionaria pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. Por ello el Tribunal sostiene que el artículo L. 12, letra b), del código crea una

---

<sup>829</sup> *Abdoulaye* (C-218/98, párrafo 16).

<sup>830</sup> *Abdoulaye* (C-218/98, párrafos 18, 20 y 22).

diferencia de trato por razón de sexo en relación con los funcionarios que hayan asumido efectivamente el cuidado de sus hijos.

El artículo 6 apartado 3 del Acuerdo sobre la Política Social autoriza las medidas nacionales que tengan como finalidad eliminar o reducir las desigualdades de hecho debidas a la realidad de la vida social y que afectan a las mujeres en su vida profesional. Sin embargo, en vista de lo invocado ante el Tribunal de Justicia, resulta manifiesto que la medida controvertida en el procedimiento principal no está destinada a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional.

Por tanto, el Tribunal responde a la segunda parte de la primera cuestión que, a pesar de lo establecido por el artículo 6 apartado 3 del Acuerdo sobre la Política Social, una disposición como el artículo L. 12, letra b), del código vulnera el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos.

Cabe resaltar la alusión que el Tribunal realiza a la jurisprudencia que existe en relación al apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, en virtud de la cual se determina el alcance de la protección que el Derecho comunitario garantiza a las mujeres por razón de su maternidad. El Tribunal en el párrafo 43 menciona nuevamente que éste persigue por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto para evitar la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones<sup>831</sup>. Se reitera de esta manera la división tradicional sexual de los roles entre los hombres y las mujeres.

---

<sup>831</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25); *Johnston* (C-222/84, párrafo 44); *Comisión y Francia* (C-312/86, párrafo 13) y *Kreil* (C-285/98, párrafo 30).

Sin embargo, esta línea no es la mantenida por el Tribunal en el fondo del asunto puesto que apunta que, tal y como se sostiene en el asunto *Comisión y Francia*<sup>832</sup>, las medidas que contemplan la protección de las mujeres como progenitoras, cualidad que pueden tener tanto los trabajadores como las trabajadoras, no pueden justificarse invocando esta disposición de la Directiva.

La postura mantenida por el Abogado General en este caso, el Sr. Alber, es diferente, pues él considera que la normativa controvertida tiene por finalidad la compensación de las desventajas profesionales ligadas a la maternidad por lo que no vulnera el principio de igualdad de retribución<sup>833</sup>.

Junto con ICARD podemos sostener que el Tribunal mediante su jurisprudencia muestra su intención de evitar una postura demasiado protectora de la maternidad que pueda conducir a situaciones discriminatorias<sup>834</sup>. Trata de evitar que tal protección se convierta en un instrumento de trato desigual, a través del cual se perpetúe la división tradicional sexual de roles. En este mismo sentido se pronuncia KOLDINSKÁ la cual también pone de manifiesto el peligro de arraigar los tradicionales estereotipos de género<sup>835</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal sostiene que la disposición nacional es constitutiva de discriminación directa pues vulnera el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios varones que pueden probar haber asumido el cuidado de

---

<sup>832</sup> *Comisión y Francia* (C-312/86, parágrafo 14).

<sup>833</sup> De la exposición realizada por el Abogado General se entrevé como éste atribuye a la mujer, principalmente, la tarea relativa cuidado de los hijos. El mismo hace referencia a las causas del fenómeno sociológico de las expectativas de carrera limitadas de las mujeres con hijos y sostiene que tal situación no es extensible a los padres [*Lommers* (C-476/99, parágrafo 80)]. En otras palabras, el Abogado General describe una situación, ciertamente innegable, pero quizá el mantenimiento de la norma tal y como reza su redacción no resulta la opción más adecuada para hacer frente a la situación de desigualdad entre hombres y mujeres. Alternativa diferente sería la de conceder esta bonificación tanto a aquellas madres como a aquellos padres que prueben haber dedicado parte de su tiempo al cuidado de los hijos.

<sup>834</sup> ICARD, Philippe. “La maternité élément significant de la discrimination”. *Recuel Dalloz*. Núm. 1. 2005, p. 704.

<sup>835</sup> KOLDINSKÁ, Kristina. “Shouldn’t Fathers Raise Their Children? Two ECHR and ECJ Cases on Gender Equality in Pension Rights”. *European Gender Equality Law Review*. Núm.2. 2011, p. 15.

sus hijos. En ella el Tribunal sostiene que ni hombres ni mujeres poseen una especial relación con la familia o con el trabajo y evita así la perpetuación de la división tradicional sexual de los roles entre hombres y mujeres<sup>836</sup>.

La extensión a los varones de esta ventaja en el cálculo de la pensión supone un gran avance tanto en el ámbito relativo a la igualdad entre hombres y mujeres como en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Supone una apuesta clara por la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. Las consecuencias económicas de la decisión judicial perjudican al Estado quien deberá asumir el coste de conceder la mencionada bonificación también a los varones.

### **29. *Busch y Klinikum GmbH & Co. Betriebs-KG*, sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003 (C-320/01)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto<sup>837</sup> es el Arbeitsgericht el que plantea al TJ dos cuestiones prejudiciales con el fin de interpretar el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE.

La Sra. Busch, que trabaja para la clínica desde abril de 1998, queda embarazada y tras el nacimiento de su hijo en junio de 2000 solicita un permiso parental de tres años. En noviembre de 2000 queda embarazada de nuevo por lo que decide suspender su permiso parental y reincorporarse en su puesto de trabajo antes de dar a luz de nuevo con el fin de percibir nuevamente el subsidio de maternidad que es superior al percibido durante el permiso parental.

La demandante no informó a su empresario en el momento de su reincorporación, sino al día siguiente, por lo que la clínica decidió dispensarla de trabajar un día más tarde e impugnar el consentimiento que había prestado para su reincorporación alegando dolo y error sobre una cualidad esencial.

---

<sup>836</sup> NICCOLAI, Silvia. “When Law remembers”. En *The 13th International Conference of ISSEI*. University of Cyprus. July 2-6, 2012, p. 3.

<sup>837</sup> *Vid.* CIAMMARICONI, Anna L. “La Corte di giustizia conferma la progressa giurisprudenza in materia di tutela delle lavoratrici gestanti”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2003, pp. 981-986.

A raíz de este litigio el órgano jurisdiccional plantea una primera cuestión en la que pregunta si constituye una discriminación por razón de sexo, en el sentido del artículo 2 apartado 1 de la Directiva 76/207/CEE, obligar a una mujer a comunicar a su empresario su embarazo cuando ésta desea suspender el permiso parental del que disfruta y reincorporarse nuevamente a su puesto de trabajo.

El Tribunal, al respecto, mantiene la siguiente argumentación. En primer lugar sostiene que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 apartado 1 de la Directiva 76/207 que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, si el empresario toma en consideración el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental, se produce una discriminación directa por razón de sexo<sup>838</sup>. En consecuencia la empleada no tiene la obligación de informar al empleador de su embarazo.

Cabe también poner de manifiesto que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que una discriminación por razón de sexo no puede encontrar justificación en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa de embarazo, impide temporalmente a la empleada desempeñar en su totalidad el trabajo al que estaba destinada<sup>839</sup>.

El hecho de admitir que una trabajadora por cuenta ajena embarazada no pueda ser reincorporada a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, a causa de la prohibición temporal, en virtud del Derecho nacional, de efectuar determinados trabajos para los que fue contratada, sería contrario al objetivo de protección de los artículos 2 apartado 3 de la Directiva 76/207 y 4, apartado 1 y 5 de la Directiva 92/85 y privaría a estas disposiciones de una parte de su efecto útil.

En esta sentencia el Tribunal vuelve a invocar la sentencia *Habermann-Beltermann*<sup>840</sup> para recordar la finalidad del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva

---

<sup>838</sup> Véanse, a propósito de una negativa de contratación, las sentencias *Dekker* (C-177/88) y *Mahlburg* (C-207/98); a causa de un despido, las sentencias *Webb* (C-32/93) y *Tele Danmark*, (C-109/00) y, en lo que respecta a la negativa de renovación de un contrato de duración determinada, la sentencia *Jiménez Melgar* (C-438/99).

<sup>839</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafos 24 y 26) y *Mahlburg* (C-207/98, parágrafo 27).

<sup>840</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 21).

76/207 en virtud de la cual el mismo busca la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.

En cuanto a las consecuencias económicas que puedan deducirse para el empresario de la obligación de reincorporar a su puesto de trabajo a una mujer encinta que no podría cumplir, durante la duración del embarazo, la totalidad de las tareas relacionadas con su empleo, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico padecido por el empresario no puede justificar una discriminación por razón de sexo<sup>841</sup>.

Tal y como sostiene la Comisión en sus observaciones corresponde a los Estados miembros definir los costes que ha de asumir el empleador y los que corren a cargo del erario público, financiados a través de los impuestos en concepto de deber social colectivo, teniendo siempre presente que la protección concedida a la mujer encinta no puede perjudicarla como individuo en el mercado de trabajo<sup>842</sup>.

Por otra parte, el hecho de que la Sra. Busch, al solicitar su reincorporación, tuviera la intención de percibir los subsidios de maternidad, superiores a los subsidios para crianza, y el complemento de maternidad a cargo del empresario, no puede justificar legalmente una discriminación por razón de sexo en lo que respecta a las condiciones de trabajo.

Por todo ello, procede responder a la primera cuestión que el artículo 2 apartado 1 de la Directiva 76/207 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una trabajadora que, con el consentimiento de su empresario, desea reincorporarse a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso parental para crianza, esté obligada a informar a éste de su embarazo cuando, a causa de determinadas prohibiciones legales de trabajo, no pueda ejercer algunas de sus funciones.

---

<sup>841</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12), *Mahlburg* (C-207/98, parágrafo 29) y *Tele Danmark* C-109/00, parágrafo 28).

<sup>842</sup> *Busch*, Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer (C-320/01, punto 38).

En la segunda cuestión se plantea si el derecho del empresario a impugnar su consentimiento, por haber incurrido en error sobre el estado de embarazo de la empleada, constituye una discriminación ilícita por razón de sexo. El Tribunal sostiene que si, como se ha establecido en la primera cuestión, el empresario no puede tener en cuenta el embarazo de la trabajadora para negarle la reincorporación al puesto de trabajo, tampoco podrá invocar el error sobre el embarazo de la interesada. En consecuencia dicho derecho a impugnar su consentimiento sí resultaría contrario al apartado primero del artículo 2 de la Directiva 76/207. Las Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer se hallan en la misma línea que lo dispuesto por el Tribunal en su sentencia<sup>843</sup>.

La interpretación del órgano judicial nacional apoya la tesis que, con anterioridad a las sentencias emitidas con motivo de los asuntos *Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*, se podía haber deducido de los fallos adoptados por el Tribunal hasta ese momento. En la mencionada jurisprudencia no era igual la protección otorgada por la normativa comunitaria y por el Tribunal de Justicia a aquellas trabajadoras que gozaban de un contrato de duración indeterminada que aquéllas que se hallaban en posesión de un contrato temporal.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal se enfrenta a unos hechos que califica como constitutivos de discriminación directa. Mediante el fallo que adopta permite que la mujer que se halle disfrutando de un permiso parental y quede embarazada pueda renunciar a éste antes de su finalización y reincorporarse a su puesto de trabajo con el fin de percibir más tarde la prestación por maternidad cuyo importe es superior. Ello manifiesta un claro interés por la protección de los derechos de las trabajadoras embarazadas.

---

<sup>843</sup> Cabe destacar la mención que el Abogado General efectúa, en el punto 31 de sus Conclusiones, a la interpretación que realiza el órgano judicial alemán en relación a la protección de las trabajadoras vinculadas a la empresa mediante contratos por tiempo determinado.

También cabe poner de manifiesto la referencia que el Abogado General realiza al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuyo plazo de adaptación para los Estados miembros finalizó el 3 de junio de 1998, y cuyo objetivo recuerda que consiste en facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan. Sin embargo, el mismo no es mencionado por el Tribunal en su sentencia.

El Tribunal resuelve en detrimento de los intereses económicos de los empresarios que se verán obligados a asumir parte de los costes de la maternidad de sus empleadas. Esta sentencia no contribuye a mantener la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres pese a que todavía se contemple en ella alguna referencia a esta realidad.

### **30. Karin Mau y Bundesantalt für Arbeit, sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (C-160/01)- Cuestión prejudicial**

El asunto *Mau* no trata ninguno de los aspectos relacionados con el objeto de nuestra tesis por lo que no se procede a la narración de los hechos del litigio principal. Sin embargo, la interpretación que el Tribunal realiza en él del concepto de “relación laboral”, que figura en los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987<sup>844</sup>, resulta de gran

---

<sup>844</sup> Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE, núm. L 283 de 28. 10. 80.

Artículo 3: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren , sin perjuicio del artículo 4 , el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente al período anterior a una fecha determinada . 2. La fecha prevista en el apartado 1 será , a elección de los Estados miembros : - bien la del momento en que se produce la insolvencia del empresario , - o la del previsto de despido del trabajador asalariado afectado , dado en razón de la insolvencia del empresario , - o la del momento en que se produce la insolvencia del empresario o la terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador asalariado afectado , producida en razón de la insolvencia del empresario” .

Artículo 4: “1. Los Estados miembros tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía, prevista en el artículo 3. 2. Cuando los Estados miembros hagan uso de la facultad citada en el apartado 1 , deberán : - en el caso citado en el primer guión del apartado 2 del artículo 3 , asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral , dentro de un período de seis meses anteriores a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario , - en el caso citado en el segundo guión del apartado 2 del artículo 3 , asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha del preaviso de despido del trabajador asalariado , efectuado en razón de la insolvencia del empresario , - en el caso citado en el tercer guión del apartado 2 del artículo 3 , asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los dieciocho últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario o la fecha de terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador asalariado , producida en razón de la insolvencia del empresario . En estos casos, los Estados miembros podrán limitar la obligación de pago a la retribución correspondiente a un período de ocho semanas o a varios períodos parciales, que tengan en total la misma duración. 3. No obstante, a fin de evitar el pago de sumas que excedan de la finalidad social de la presente Directiva, los Estados miembros podrán establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados. Cuando los Estados miembros hagan uso de esta facultad comunicarán a la Comisión los métodos por los que hayan establecido el tope”.



interés para nuestra investigación. El órgano judicial argumenta que este concepto excluye períodos que, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a créditos por salarios impagados. Por consiguiente, deben excluirse los períodos durante los cuales la relación laboral se encuentra suspendida en virtud de un permiso parental puesto que durante dichos períodos no se debe retribución alguna<sup>845</sup>. En este mismo sentido resuelve el Abogado General en sus Conclusiones<sup>846</sup>.

Por ello el período del permiso parental no forma parte del concepto de relación laboral a los efectos de los artículos 3 y 4 de la mencionada Directiva. Esta afirmación puede tener diversas consecuencias. Concretamente en lo que se refiere al cómputo de años trabajados a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, por lo que su no consideración como parte de la relación laboral perjudicará seriamente a aquellas personas que hayan disfrutado de este permiso con el fin de atender y educar a sus hijos.

Claramente puede observarse el impacto económico que supondría una decisión en sentido contrario y el coste que la misma repercutiría en los empresarios o en los Estados. Es por ello que se aprecia la falta de apuesta por parte del Tribunal por la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

---

<sup>845</sup> *Mau* (C-160/01, párrafo 44).

<sup>846</sup> *Mau*, Conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en audiencia pública el 2 de julio de 2002 (C-160/01, punto 83).

**31. Erika Steinicke y Bundesanstalt für Arbeit, sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003 (C-77/02)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto<sup>847</sup> la Sra. Steinicke, quien litiga frente al Bundestalt für Arbeit (Oficina Federal de empleo), organismo para el que venía prestando sus servicios y que le denegó que le fuera aplicado el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de edad, sostiene que la exclusión prevista en la normativa alemana de los trabajadores del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de edad es contraria al Derecho comunitario.

El Verwaltungsgericht Sigmaringen al conocer de este supuesto suspendió el procedimiento y preguntó al Tribunal de Justicia si los artículos 2 apartado 1 y 5 apartado 1 de la Directiva 76/207 habían de interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa alemana. Ésta establece que sólo puede concederse el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de edad al funcionario que haya trabajado a tiempo completo tres años en total, como mínimo, en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial. Debe tenerse en cuenta que existen muchas más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial y que, por este motivo, con arreglo a dicha disposición, están excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de edad.

El Tribunal de Justicia sostiene al respecto que una normativa como la controvertida conduce a establecer una discriminación de las trabajadoras respecto de los trabajadores, y se aventura a calificarla de contraria a los artículos 2 apartado 1 y 5 apartado 1 de la Directiva 76/207, salvo en el supuesto en que concurren razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo que lo justifiquen.

Es competencia del órgano jurisdiccional nacional la comprobación de la existencia de tales razones objetivas, sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionarle una serie de indicaciones con el fin de ayudarle a dictar una resolución. En primer lugar, el TJ establece que pese que los Estados poseen un margen de apreciación en política social, argumento que alega el Bundestalt für Arbeit para justificar la controvertida disposición, éste no puede tener como consecuencia que se

---

<sup>847</sup> Vid. LHERNOULD, Jean-Philippe. "L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale". *Revue de jurisprudence sociale*. 2003, pp. 17-19.

vacíe de contenido un principio fundamental del Derecho comunitario, como es la igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras.

En segundo lugar, recuerda también que pese a que las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de la política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto no pueden justificar una discriminación por razón de sexo<sup>848</sup>.

Es por ello que el Bundestalt für Arbeit no puede justificar una discriminación que resulta de un régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad por el único motivo de que la eliminación de tal discriminación implicaría un aumento de sus costes.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal interpreta las disposiciones de la Directiva 76/207. El Tribunal, pese a que la determinación de la existencia de razones objetivas que justifiquen la discriminación por razón de sexo es competencia del órgano jurisdiccional nacional, sostiene que si éstas no existieran nos hallaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo. De esta manera el Tribunal, defiende los intereses de los trabajadores y trabajadoras frente a los intereses económicos del Estado y trata al mismo tiempo de compensar la penalización que, como consecuencia de la normativa en cuestión, hayan sufrido aquellas personas que han conciliado su vida laboral con su vida familiar, mujeres en la mayoría de los casos.

---

<sup>848</sup> *Steinicke* (C-77/02, parágrafo 66).

**32. Hilde Schönheit y Stadt Frankfurt am Main (C-4/02)- Cuestión prejudicial y entre Silvia Becker y Land Hesse (C-5/02), sentencia de 23 de octubre de 2003- Cuestión prejudicial**

En esta sentencia<sup>849</sup> el Tribunal de Justicia resuelve de manera conjunta los asuntos acumulados *Schönheit y Becker*. En ellos, tanto la Sra. Schönheit como la Sra. Becker se ven afectadas por la aplicación del antiguo artículo 14 (vigente en el momento durante el que acaecieron los hechos) de la BeamtVG (Ley sobre las pensiones de funcionarios y jueces federales y regionales) en el cálculo del importe de su pensión de jubilación. El mencionado artículo prevé la aplicación de una reducción de la pensión para aquellos casos en los que los trabajadores hayan disfrutado de permisos no retribuidos o de reducciones de la jornada laboral por motivos familiares.

Ambas demandantes consideran este precepto contrario al principio de no discriminación por razón de sexo garantizado por el Derecho comunitario. El Verwaltungsgericht Frankfurt am Main al conocer de ambos asuntos decide plantear conjuntamente al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales con el fin de dilucidar todas aquellas dudas surgidas en relación a la interpretación de la normativa comunitaria en ambos supuestos.

Gracias a las cuestiones planteadas el Tribunal extrae conclusiones como las que a continuación se exponen. En primer lugar, reconoce que la pensión de jubilación establecida por la BeamtVG está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado y del artículo 141TCE, apartados 1 y 2.

En segundo lugar, establece que estas disposiciones se oponen a una normativa como la que se deriva del artículo 85 de la BeamtVG en relación con el artículo 14 de la BeamtVG, que puede conllevar una reducción del importe de la pensión de los funcionarios que han desempeñado sus funciones a tiempo parcial durante una parte, al menos, de su carrera, cuando esta categoría de funcionarios comprende un número

---

<sup>849</sup> Vid. LHERNOULD, Jean Philippe. “Pension de vieillesse des fonctionnaires à temps partiel”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2004, pp. 266-267; CIAMMARICONI, Anna Lia. “Part-time, trattamento pensionistico e sviluppo giurisprudenziale della nozione di discriminazione indiretta verso le donne”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2004, pp. 411-415.

considerablemente mayor de mujeres que de hombres, salvo que dicha normativa esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

En tercer lugar, sostiene que corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si, y en qué medida, se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo, una disposición legal cuyo ámbito de aplicación, aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres. Sin embargo, el Tribunal facilita al juez nacional dos indicaciones al respecto. De un lado, recuerda que el objetivo de recortar el gasto público no puede tenerse en cuenta para justificar una diferencia de trato basada en el sexo<sup>850</sup>. El Tribunal, en su jurisprudencia, ya ha establecido que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos<sup>851</sup>.

De otro lado, puntualiza que una diferencia de trato entre hombres y mujeres puede estar justificada, en su caso, por razones distintas de las invocadas en el momento de la adopción de la medida por la que se introdujo.

Finalmente también establece que una normativa nacional como la que se deriva del artículo 85 de la BeamtVG en relación con la antigua versión del artículo 14 de la BeamtVG, que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor que la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo menos importante o porque tenga por objeto evitar que los funcionarios a tiempo parcial resulten beneficiados frente a los funcionarios a tiempo completo.

\* \* \*

El Tribunal considera, pese a que no es competente para realizar tal determinación puesto que es el juez nacional quien ha de comprobar la existencia de razones objetivas que justifiquen la discriminación por razón de sexo, que en este

---

<sup>850</sup> *Schönheit y Becker*, (C-4/02 y C-5/02, punto 84).

<sup>851</sup> *Rocks*, (C-343/92, párrafos 35 y 36); *Jørgensen*, (C-226/98, párrafo 39).

supuesto nos hallamos ante una discriminación indirecta. Ello se debe a que la norma nacional cuestionada, aparentemente neutra, perjudica en mayor proporción a las mujeres, puesto que son ellas quienes en la mayoría de los casos disfrutan de permisos no retribuidos o de reducciones de la jornada laboral por motivos familiares.

En esta sentencia, el Tribunal da más peso a la protección de los derechos de los trabajadores y la conciliación de la vida familiar y laboral de éstos que a los intereses económicos del Estado. También en ella se muestra cómo todavía son las mujeres las que en un porcentaje muy superior al de los hombres se hacen cargo del cuidado de los hijos y del hogar.

### **33. María Paz Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho, S.A, sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (C-342/01)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>852</sup> el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/104/CE<sup>853</sup>, del artículo 11, apartado 2 letra a) de la Directiva 92/85/CEE y del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE. Tales

---

<sup>852</sup> Vid. LHERNOULD, Jean-Philippe. "Droit aux congés annuels payés à une période distincte du congé de maternité". *Revue de jurisprudence sociale*. 2004, p. 439-440; VINCENTI, Pietro Cesare. "Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di giustizia". *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*. 2004, pp. 142-154; OCCHINO, Antonella. "Il congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di giustizia: due variazioni sul tema". *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2004, pp. 704-712; BRESCIA, Marta. "La Corte di giustizia sancisce il "doppio diritto" della gestante a godere del congedo di maternità e delle ferie annuali in due distinti periodi dell'anno". *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2004, pp. 1268-1272; IDOT, Laurence. "Egalité de traitement. Deux prises de position sur les droits de la femme pendant le congé de maternité". *Europe*. Núm. 132. 2004, pp. 19-20; GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. "El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de marzo de 2004, en un caso de coincidencia temporal entre descanso por maternidad y período de vacaciones)". *Revista Española de Derecho Europeo*. 2004, pp. 419-440; STRATOTI, Patrizia. "Ferie annuali e congedo di maternità in una recente pronuncia della Corte di giustizia". *Giustizia civile*. 2005, pp. 9-11; CASTEGNARO, Guy, CLAVERIE, Ariane y DOMINGOS, Christophe. "Dernières tendances jurisprudentielles: Les décisions majeures des tribunaux du travail luxembourgeois et européen". *ACE: comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*. Núm. 8. 2010, pp. 3-19.

<sup>853</sup> Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOCE L 307, p. 18.

cuestiones surgieron en el marco del litigio entre la Sra. Merino Gómez y la sociedad Continental del Caucho S.A.

La Sra. Merino Gómez empleada de Continental Industrias disfrutó de su baja de maternidad desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001. La empresa en virtud de su convenio colectivo tenía fijados únicamente dos períodos vacacionales, uno del 16 de julio al 12 de agosto, y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre. En el convenio se establecía que excepcionalmente 6 trabajadores podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre. Para optar a este turno excepcional tendrían preferencia aquellos trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior.

La Sra. Merino Gómez, al coincidir su permiso de maternidad con su período vacacional, a pesar de no poder acceder al turno excepcional ya que había podido elegir turno de vacaciones el año anterior, solicitó disfrutar sus vacaciones durante el mes de septiembre. La empresa le denegó tal posibilidad.

El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid encargado de dirimir este litigio entendía que la jurisprudencia española previa en esta materia no se ajustaba a lo dispuesto por el TJCE. La jurisprudencia española sostenía que en caso de solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla, la trabajadora no tenía derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, pues primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora<sup>854</sup>. En diversas ocasiones la doctrina había destacado el perjuicio que suponía para las trabajadoras madres la coincidencia de ambos períodos<sup>855</sup>. Es por ello que el Juez nacional plantea las siguientes cuestiones prejudiciales.

---

<sup>854</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995; sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de febrero de 2000; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de diciembre de 1999; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 1999.

<sup>855</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La protección por maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997, p. 98; RIVAS VALLEJO, María Pilar. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. Pamplona: Aranzadi. 1999; CHARRO BAENA, Pilar. "Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental Industrias del Caucho". En SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*. Pamplona: Thomson Aranzadi. 2006. pp. 184 y ss.

Mediante la primera cuestión el órgano nacional pregunta si el artículo 7.1<sup>856</sup> de la Directiva 93/104, el artículo 11.2.a)<sup>857</sup> de la Directiva 92/85 y el artículo 5.1 de la Directiva 76/207 garantizan el derecho de la trabajadora a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto del pactado a través del convenio colectivo y no coincidente con su baja maternal.

Mediante la segunda cuestión el órgano remitente plantea si el contenido material del derecho al disfrute de vacaciones anuales, comprende exclusivamente las cuatro semanas de descanso referidas en el artículo 7.1 de la Directiva 93/104, o se extiende a los 30 días naturales establecidos por la legislación nacional, artículo 38.1<sup>858</sup> del Real Decreto Legislativo 1/95 Estatuto de los Trabajadores.

A la primera de la cuestiones responde el Tribunal de Justicia a través de la siguiente argumentación. En primer lugar sostiene que al derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/104, no le puede ser establecida excepción alguna. Así lo establece el Tribunal en su sentencia *BECTU*<sup>859</sup>. La misma, tal y como el Abogado General recuerda en el apartado 34 de las Conclusiones del presente asunto, afirma y sostiene que el derecho a las vacaciones anuales no admite excepción alguna por motivos económicos.

En segundo lugar el Tribunal de Justicia pone de manifiesto la distinta finalidad perseguida por el descanso vacacional anual y por el permiso de maternidad. De esta

---

<sup>856</sup> Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DO L 307 de 13/12/1993 p. 18-24.

Artículo 7.1: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

<sup>857</sup> Artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85: “En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse: a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b); b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”.

<sup>858</sup> Artículo 38.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (vigente hasta el 01 de Enero de 2014): “El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales”.

<sup>859</sup> *The Queen y BECTU*, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26 de junio de 2001 (C- 173/99, párrafo 43).



manera, aclara que, por un lado, el permiso de maternidad persigue la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, así como la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>860</sup>. Por otro lado, el período vacacional tiene por finalidad la protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador<sup>861</sup>.

En consecuencia en caso de coincidencia de ambos períodos, como ocurre en el asunto presente, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas. Por otra parte, el artículo 11.2 a) de la Directiva 92/85 dispone que en caso de permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora, entre los que se halla el derecho a las vacaciones.

Finalmente, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207 se deduce que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad. Así, el Tribunal de Justicia se aparta radicalmente de la doctrina española previa mayoritaria<sup>862</sup> en virtud de la cual debía negarse “*la posibilidad de suspensión de las vacaciones cuando éstas concurren con cualquier situación de incapacidad laboral (enfermedad, accidente, maternidad, etc.)*”<sup>863</sup>. En este mismo sentido el Tribunal Supremo afirma en sentencia de 27 de junio de 1996 que “*la trabajadora que se encuentre en situación de baja por maternidad no tiene derecho a disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa*”<sup>864</sup>.

Por lo que a la segunda cuestión prejudicial se refiere, el Tribunal sostiene que la trabajadora tendrá derecho a disfrutar del número de días dispuesto en la legislación

---

<sup>860</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25); *Thibault* (C- 136/95, párrafo 25) y *Boyle* (C-411/96, párrafo 41).

<sup>861</sup> *BECTU* (C- 173/99, párrafo 44).

<sup>862</sup> SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CHARRO BAENA, Pilar. *Las vacaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi. 2003.

<sup>863</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*. Granada: Comares. 2002, p. 131.

<sup>864</sup> STS de 27 de junio de 1996, F.J 2º, párrafo 1º.

nacional, puesto que la Directiva comunitaria 93/104 establece en su artículo 15 que el período mínimo de 28 días naturales podrá ser mejorado por los Estados miembros.

NUÑEZ-CORTÉS plantea la problemática relativa a si la solución planteada en este asunto por el Tribunal le podría ser negada al padre puesto que el apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 92/85 únicamente menciona a las “trabajadoras”<sup>865</sup>. Esta autora sostiene que tal situación resultaría totalmente contraria a la normativa española en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, la cual proclama entre sus objetivos la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. Tal solución no contribuiría al reparto equilibrado de las cargas familiares entre los progenitores.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal reconoce la imposibilidad de solapamiento entre el permiso de maternidad y las vacaciones anuales de la trabajadora. Reconoce el derecho al disfrute individual de cada uno de los permisos debido a la distinta finalidad que cada uno de ellos persigue. Tal decisión se adopta a la luz de lo dispuesto en la Directiva 92/85. En el presente asunto se observa cómo el Tribunal mediante su sentencia otorga un mayor peso a los intereses de las trabajadoras madres que a los intereses económicos del empleador. También se observa cómo el Tribunal mediante la solución adoptada no contribuye al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles. Sin embargo, reitera la finalidad del permiso de maternidad, haciendo referencia al asunto *Hofmann* y haciendo alusión a las especiales relaciones entre la mujer y su hijo.

#### **34. H. Lommers y Minister van landbouw, Natuurbeher en Visserij, sentencia del TJCE de 19 de marzo de 2002 (C-476/99)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto<sup>866</sup> el Centrale Raad van Veroep neerlandés planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en relación a la interpretación del artículo 2, apartados

---

<sup>865</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”. *Temas laborales*. Núm. 77- 2004, p. 315.

<sup>866</sup> Vid. WADDINGTON, Lisa. “Careers, gender and employment discrimination”. En MOREAU, Marie-Ange (Ed.). *Before and after the economic crisis*. Cheltenham: Edwar Eggar Publishing. 2011, p. 115

1 y 4<sup>867</sup>, de la Directiva 76/207/CEE. Tal cuestión es formulada en el marco del litigio entre el Sr. Lommers y el Ministerio de Agricultura a raíz de la negativa de éste de aceptar al hijo del Sr. Lommers en el sistema de guarderías que subvenciona, puesto que dicho servicio se halla, en principio, reservado para las funcionarias del citado Ministerio.

La cuestión prejudicial pregunta si el artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE se opone a una normativa establecida por un empleador que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia cuya apreciación corresponde al empleador.

El Tribunal responderá a la misma en sentido negativo, puntualizando y argumentando tal postura. El órgano judicial hace referencia a la finalidad con la que es adoptada esta postura, consistente en remediar la infrarrepresentación de las mujeres entre el personal del Ministerio de Agricultura, así como al contexto en el que se adopta caracterizado por la insuficiencia de guarderías adecuadas y asequibles<sup>868</sup>. Considera que ambos argumentos justifican tal medida.

El Tribunal puntualiza que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a estas plazas de guardería en casos de urgencia que corresponde determinar al empleador, y exceptúa a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos y los ubica en la misma situación que las funcionarias<sup>869</sup>.

Cabe señalar que el propio Tribunal en su párrafo 41 pone de manifiesto el peligro que esta medida conlleva, pues pese a que tiene por finalidad abolir una desigualdad de hecho, podría producir el efecto contrario y contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer. Sin embargo, pese a

---

<sup>867</sup> Artículo 2.4 de la Directiva 76/207: “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”.

<sup>868</sup> *Lommers* (C-476/99, párrafo 43).

<sup>869</sup> *Lommers* (C-476/99, párrafo 46).

contemplar tal posibilidad el Tribunal decide asumir el mencionado riesgo, algo, cuanto menos, criticable.

La concepción de la medida como medida conciliadora de la vida laboral y familiar, tal y como se desprende del párrafo 38, va dirigida exclusivamente hacia las mujeres lo que contribuye a perpetuar la idea de que el cuidado de los niños corresponde en exclusiva a la mujer. En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General Sr. Jacobs, en el asunto *Marschall*<sup>870</sup>.

A pesar de ello, finalmente el Tribunal concluyó que la medida en cuestión quedaba bajo el ámbito de las acciones positivas previstas en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 76/207<sup>871</sup>. También el Abogado General, el Sr. Alber, califica la medida controvertida como una medida que cabría incardinar bajo el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> Véase la nota al pie de la página número 45 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs presentadas el 15 de mayo de 1997 en el asunto *Marschall* (C-409/95). En ellas se sostiene que: “*reservar únicamente a las mujeres la posibilidad de acogerse a los beneficios derivados de las medidas relativas al cuidado de los hijos puede incluso considerarse contrario al objetivo de tratar a hombres y mujeres como participantes en pie de igualdad en la población activa, por cuanto refuerza la presunción de que la responsabilidad primordial del cuidado de los niños ha de corresponder a las mujeres*”.

<sup>871</sup> RAMOS MARTÍN, Nuria Elena. “Positive Action measures in European Union Equality Law. *ERA seminar: ‘EU Law on Equality between Women and Men in Practice’*. Trier, 7 de Julio de 2011, p. 17.

<sup>872</sup> *Lommers*, Conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 6 de noviembre de 2001 (C-476/99, punto 31).

El Abogado General, con el fin de determinar si la medida en cuestión se halla contenida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva comienza recordando el concepto de acción positiva dado por el Tribunal en su jurisprudencia [*Kalanke*, sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93); *Marschall y Land Nordrhein-Westfalen*, sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95); *Badeck y otros*, sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97); *Abrahamson y Anderson*, sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98)].

El Sr. Alber pone de manifiesto que la responsabilidad de las mujeres en cuanto madres representa a menudo y en las condiciones sociales actuales, un obstáculo desde el punto de vista práctico al ejercicio de una actividad profesional y así se menciona en la exposición de motivos de la Recomendación del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (DOCE L 123 de 08/05/1992, p. 16-18).

El Abogado General continúa su argumentación y sostiene que pese a que la mencionada Recomendación tenga por finalidad fomentar una estructura familiar en la que los hombres y las mujeres se repartan el trabajo, del conjunto del documento deduce que en la realidad social la falta de guarderías adecuadas constituye un obstáculo principal para que las mujeres ejerzan una actividad profesional. En consecuencia el Abogado General considera la normativa en cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 4 de la Directiva 76/207 encaminada a promover la igualdad.

Por su parte, la Comisión no comparte esta postura e invocando la sentencia emitida con motivo del asunto *Comisión y Francia*<sup>873</sup>, considera que la normativa controvertida no constituye precisamente un contrapeso frente a las ideas estereotipadas sobre las mujeres. Más bien sirven para reforzar la actitud tradicional respecto de las madres y, por ello, está en contradicción con la justificación en el ordenamiento jurídico comunitario de las acciones positivas a favor de las mujeres. Autores como MITCHELL argumentan los inconvenientes de las medidas de acción positiva entre los que destaca la relegación de las mujeres a las tareas que tradicionalmente les han sido asignadas y la perpetuación de los los negativos estereotipos de la mujer en el ámbito laboral<sup>874</sup>.

\* \* \*

En este asunto el Tribunal se halla ante una situación que podría ser constitutiva de discriminación directa. Sin embargo no la califica como tal. La decisión del Tribunal no sigue la línea establecida por el Consejo en la Recomendación 92/241/CEE sobre el cuidado de los niños y niñas<sup>875</sup>, la cual aboga por el reparto de las responsabilidades relativas al cuidado de los niños y niñas entre hombres y mujeres. El Tribunal en este asunto, otorga su apoyo a una estructura familiar que reduce la responsabilidad masculina en el cuidado de los hijos<sup>876</sup>.

Esta decisión judicial favorece a los intereses económicos del empleador pues una resolución en sentido contrario garantizaría este derecho a hombres y a mujeres por lo que el coste de la medida sería mayor.

---

<sup>873</sup> *Comisión y República Francesa (C-312/86)*.

<sup>874</sup> MITCHELL, Brady. "Unfair Discrimination or Necessary for Equal Opportunity? The ECJ Upholds Positive Action in *Lommers v. Minister van Landbouw*". *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. Núm. 26. 2004, p. 477.

<sup>875</sup> Recomendación del Consejo, 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas. DOCE L 123 de 8.5.1992.

<sup>876</sup> LINOS, Katerina. "Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union". *The Yale Journal of International Law*. Vol. 35. Núm. 1. 2010, p. 168.

**35. Michelle Alabaster y Woolwich plc, Secretary of State for Social Security, sentencia de 30 de marzo de 2004 (C-147/02)- Cuestión prejudicial**

En el asunto *Alabaster*<sup>877</sup> la Court of Appeal de Reino Unido, plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 119 del TCE y de la sentencia *Gillespie*<sup>878</sup>. Estas cuestiones surgen en el marco del litigio entre la Sra. Alabaster y la Sociedad Woolwich, acerca de una solicitud de la demandante de inclusión de un aumento de salario en el cálculo de la prestación legal de maternidad.

La Sra. Alabaster comenzó a disfrutar de su prestación legal de maternidad el 8 de enero de 1996. La controversia radica en el hecho de que la demandante el 12 de diciembre de 1995 había obtenido un aumento de salario con efectos a partir del 1 de diciembre. Sin embargo dicho aumento no fue tomado en consideración para el cálculo de su prestación legal de maternidad, ya que se había producido una vez transcurrido el período de referencia para el cálculo del salario normal conforme a lo dispuesto en el artículo 21.3 de las Statutory Maternity Pay (General) Regulations.

Al conocer del asunto en apelación, la Court of Appeal plantea al TJ en su primera cuestión, si el artículo 119 del Tratado y la sentencia dictada en el asunto *Gillespie* deben interpretarse en el sentido de que la mujer tiene derecho a que un aumento de salario que le ha sido concedido después del período de referencia, y que no se aplica retroactivamente a dicho período, sea tomado en consideración para calcular la parte de la prestación legal de maternidad que depende del salario. En su segunda cuestión, solicita que se determine si influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que el aumento de salario comience a aplicarse antes de que empiece el permiso de maternidad, o bien antes de que finalice el período de pago de la parte de la prestación legal de maternidad que depende del salario, o bien en otra fecha. Al estar ambas cuestiones estrechamente ligadas, el Tribunal les da respuesta de forma conjunta.

---

<sup>877</sup> Vid. OCCHINO, Antonella. *op. cit.* 2004, p. 704-712; BRESCIA, Marta. *op. cit.* pp. 1273-1276; IDOT, Laurence. *op. cit.* p. 19-20; KESSLER, Francis. "L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale". *Revue de jurisprudence sociale.* 2004, pp. 595-597.

<sup>878</sup> *Gillespie* (C-342/93).

En respuesta a estas preguntas el Tribunal argumenta en primer lugar que la prestación que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de convenios colectivos, a una trabajadora durante su permiso de maternidad, al estar basada en una relación laboral, constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

En segundo lugar, el Tribunal, fundamentándose en la jurisprudencia previa<sup>879</sup> que establece que una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, establece que las mujeres que disfrutan de un permiso de maternidad se encuentran en una situación de protección especial pero que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo<sup>880</sup>.

Por ello, las interesadas no pueden acogerse a lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado para exigir que durante su permiso de maternidad se mantenga su retribución íntegra, como si continuasen ocupando efectivamente, como los demás trabajadores, su puesto de trabajo<sup>881</sup>.

En tercer lugar, y a pesar de lo expuesto, el Tribunal sostiene que el principio de no discriminación exige que la trabajadora disfrute, incluso con carácter retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador. El órgano judicial llega a esta afirmación fundamentándola en dos motivos esgrimidos ya en el párrafo 22 de la sentencia *Gillespie*. Por una parte, argumenta que la prestación abonada durante el permiso de maternidad equivale a un salario semanal calculado sobre la base del salario medio percibido por la trabajadora en un determinado momento cuando ocupaba efectivamente su puesto de trabajo y que le ha sido pagado semana tras semana como a cualquier otro trabajador. Por otra parte afirma que la empleada continúa vinculada a su empresario por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad.

---

<sup>879</sup> *Garland y British Rail*, sentencia del TJCE de 9 de febrero de 1982 (C-12/81, párrafo 10) y *Gillespie* (C-342/93, párrafo 112).

<sup>880</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 17).

<sup>881</sup> *Gillespie* (C-342/93, párrafo 20).

Por ello concluye que excluir a la trabajadora del aumento en cuestión durante su permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado.

El Tribunal responde conjuntamente a las cuestiones primera y segunda que el artículo 119 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que, cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución. Tal exigencia no se limita únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia.

Por lo que a la tercera de las cuestiones planteadas se refiere, simplemente cabe señalar que corresponde a los órganos nacionales dar respuesta a la misma debido a la falta de reglamentación comunitaria sobre la materia. El Abogado General, el Sr. Léger, va a llegar a una conclusión similar, pero a través de una vía distinta<sup>882</sup>.

---

<sup>882</sup> El Abogado General afirma que la obligación de incluir los aumentos de salario que hayan tenido lugar antes del permiso de maternidad o durante el mismo, pero fuera del período de referencia, no deriva de la aplicación del artículo 119 del Tratado, sino del artículo 11, número 2, letra a), de la Directiva 92/85.

Tal afirmación se deriva de una serie de motivaciones que el Abogado expone con sumo detalle. En primer lugar sostiene que la solución dada en el asunto *Gillespie*, no ha de ser aplicable al presente asunto por razones concretas, por una parte por las incongruencias que la misma presenta en su desarrollo, por otra parte, por las dificultades que derivarían de su aplicación y finalmente por la evolución que la jurisprudencia de éste órgano ha experimentado desde la misma.

La incongruencia que critica de la solución dada en el asunto *Gillespie* consiste en el hecho de que el principio que establece se fundamenta en la aplicación del artículo 119 del Tratado, tras poner de manifiesto que el principio de no discriminación no es aplicable durante el período en el que la trabajadora se encuentra en su permiso de maternidad. Si el principio de no discriminación fuera aplicable durante el permiso de maternidad ello podría producir una reducción de la protección recibida por la trabajadora durante dicho período.

Finalmente pone de manifiesto que de la jurisprudencia reciente más próxima al presente asunto [*Dekker* (C-177/88, párrafo 14); *Mahlburg* (C-207/98, párrafo 30); *Hertz* (C-179/88, párrafo 13); *Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafo 26); *Webb* (C-32/93, párrafo 29); *Tele Danmark* (C-109/00, párrafo 34); *Brown*, (C-394/96, párrafo 28). En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia modificó su jurisprudencia anterior, a saber, las sentencias *Hertz*, antes citada, apartado 19, y *Larsson* (C-400/95, párrafo 26); *Busch* (C-320/01, párrafo 47); *Thibault* (C-136/95), apartado 33; *Lewen* (C-333/97, párrafo 51); *Pedersen* (C-66/96, párrafo 41)] se deriva que tanto el principio de igualdad de trato como el principio de igualdad de retribución únicamente serán de aplicación fuera del período del permiso de maternidad, mientras que mientras éste transcurra será de aplicación la Directiva 92/85.



\* \* \*

El Tribunal en esta sentencia sostiene que excluir a la trabajadora del aumento en cuestión durante su permiso de maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado.

La decisión del Tribunal en este asunto hace primar los intereses de las trabajadoras frente a los intereses económicos del empleador. El reconocimiento de la consideración de los aumentos salariales de las trabajadoras que hayan tenido lugar antes del permiso de maternidad pero fuera del período de referencia previsto por la norma, otorga una especial protección a los derechos retributivos de la madre cuya carga asume el empleador. En este asunto el Tribunal interpreta de manera extensiva el contenido del principio dispuesto en el artículo 119 TCE. De esta sentencia nada se deduce en relación al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

**36. *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten y Wirtschaftskammer Österreich*, sentencia del TJCE de 8 de junio de 2004 (C-220/02)- Cuestión prejudicial**

En el asunto<sup>883</sup> *Österreichischer* el Oberster Gerichtshof austríaco planteó al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación del artículo 141 del Tratado y del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE. Estas dudas surgen en el marco del litigio celebrado entre *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten y Wirtschaftskammer Österreich* en el que el

---

El Abogado General sostiene que la extensión de la aplicación de la sentencia *Gillespie* a este tipo de asuntos puede tener un carácter perjudicial para la protección de la trabajadora embarazada, puesto que según él esta sentencia puede tener como efecto que los períodos de referencia se fijen hacia el último tramo del embarazo, durante el cual los datos afirman que la mujer se suele ausentar más de su puesto de trabajo por diversas molestias. Ello daría lugar a que si se hiciera un estudio global, tal aplicación provocaría en la generalidad de los casos una reducción del importe de la prestación por maternidad [*Alabaster*, Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 30 de septiembre de 2003 (C-147/02, punto 22)] y serían menos los casos en los que la consecuencia de dicho efecto fuera ventajosa para la mujer.

<sup>883</sup> *Vid.* X. “Inégalité justifiée de rémunération entre hommes et femmes”. *Recueil Le Dalloz*. 2004, p. 2194; X. “Egalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins”. *L'Observateur de Bruxelles*. 2004, p.41-42; LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2005, pp. 9-10.

demandante reclamaba que le fuera computada la excedencia por cuidado de hijos como un período de empleo, a efectos del cálculo de la cuantía de indemnización por despido, a semejanza de otros períodos de excedencia que sí se computan a estos efectos (períodos de prestación del servicio militar o civil sustitutorio).

La primera de las cuestiones planteadas al Tribunal no resulta del todo relevante en relación al objeto de la presente investigación por lo que se procede directamente a mostrar el análisis de la segunda y tercera cuestión el cual es llevado por el Tribunal de manera conjunta debido a la proximidad de las preguntas formuladas.

Mediante sus cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117 se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a los efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

El Tribunal, en primer lugar, recuerda que el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 141 CE y en la Directiva 75/117, al igual que el principio de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable.

Por ello, en segundo lugar, procede a determinar si las dos categorías de personas, es decir, quienes prestan el servicio militar y quienes se hallan en excedencia por cuidado de hijos, se encuentran en situaciones comparables<sup>884</sup>, para lo que analizará cada una de las dos situaciones.

El Tribunal sostiene que la excedencia por cuidado de hijos tiene un carácter voluntario y que obedece a un interés particular del trabajador o trabajadora mientras que la prestación de un servicio nacional tiene un carácter obligatorio y obedece a un interés general, por ello concluye que no se trata de situaciones comparables. En

---

<sup>884</sup> *Abdoulaye* (C-218/98, parágrafo 16); *Griesmar* (C-366/99, parágrafo 39).

consecuencia el Tribunal decide que el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117 no se oponen al trato diferenciado de ambas situaciones.

Es relevante la observación realizada por la Comisión, en virtud de la cual, no es necesario que se establezca tal comparación entre sendas categorías de trabajadores, sino que según su parecer basta con analizar la redacción del artículo 15, letra f, apartado 1 de la *Mutterschutzgesetz* (Ley de protección a la maternidad)<sup>885</sup> en la que aprecia una clara discriminación directa en perjuicio de las mujeres, pues en el mencionado artículo únicamente a éstas hace referencia, negándoles la posibilidad de que los períodos de excedencia para el cuidado de hijos que reconoce, computen a efectos del cálculo de la indemnización por despido. El Abogado General concluye en la misma línea que el Tribunal<sup>886</sup>.

Así también, cabe destacar la alusión que hace la Comisión en sus observaciones a la duda de que la paternidad se halle guiada únicamente por un interés privado y plantea su extraordinaria importancia social. La Comisión invoca el asunto *Hill y Stapleton*<sup>887</sup> para reiterar la importancia de la protección de la mujer, y del hombre, en la vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional como principio reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y resalta la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares.

En este mismo sentido, el Abogado General en el punto 94 de sus Conclusiones reconoce el esfuerzo realizado en el Derecho comunitario para fomentar la

---

<sup>885</sup> Artículo 15, letra f, apartado 1 de la *Mutterschutzgesetz*: “en la medida en que no se acuerde otra cosa, el período de excedencia [por cuidado de hijos] no se computará a efectos de los derechos de la trabajadora que se rijan por la duración del período de empleo”.

<sup>886</sup> De las Conclusiones presentadas por el Abogado General cabe resaltar algunos apuntes en relación a distintas cuestiones como el hecho de que se recuerde nuevamente que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos, con independencia de que el Estado miembro soporte él mismo la carga o la traslade al empresario. De esta manera, el Abogado reitera la exclusión de motivaciones puramente económicas [*Dekker* (C-177/88, parágrafo 12); *Mahlburg* (C-207/98, parágrafo 29), *Tele Danmark* (C-109/00, parágrafo 28). Véanse, además, las sentencias *Schönheit y Becker*, sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2003, (C-4/02, parágrafo 85); *Steinicke*, sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003 (C-7702, parágrafos 66 y 67); *Kutz-Bauer*, sentencia del TJCE de 20 de marzo de 2003, (C187/00, parágrafos 59 y 60; *Roks* sentencia del TJCE de 24 de febrero de 1994, (C-343/92, parágrafos 35 y 36) y *Jørgensen* (C-226/98, parágrafo 39). Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que el resultado de la postura adoptada por el Tribunal y por el Abogado General favorece el interés económico del empleador.

<sup>887</sup> *Hill y Stapleton* (C-243/95, parágrafo 42).

compatibilidad entre la familia y el trabajo. Sin embargo sostiene que “*del objetivo de conciliar el trabajo y la familia no se desprende necesariamente que un trabajador que se acoge a una excedencia por cuidado de hijos deba recibir el mismo trato, en todos los aspectos, que un trabajador que se halla en una relación de empleo activo.[...]El trabajador que ejerce el derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de hijos se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse necesariamente a la de un hombre o mujer que se halle en una situación de empleo activo*”<sup>888</sup>. De esta manera justifica la desigualdad de trato.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal entiende que los hechos acaecidos en el litigio principal no son constitutivos de discriminación indirecta puesto que las situaciones que se plantean no son comparables por lo que la diferencia de trato queda justificada. El Tribunal rechaza la posibilidad de asimilar la excedencia del cuidado de hijos a aquellas excedencias por otras causas las cuales sí son tenidas en cuenta efectos del cálculo de la indemnización por despido. De esta manera, pierde la oportunidad de contribuir a la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Las consecuencias económicas de la solución adoptada por el Tribunal benefician al empleador y penalizan a aquellos trabajadores, principalmente trabajadoras, que han disfrutado de una excedencia para atender a sus hijos. En esta sentencia el Tribunal se limita a interpretar estrictamente el contenido del artículo 141 TCE y la Directiva 75/117.

### **37. *Land Brandenburg y Ursula Sass*, sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 2004 (C-284/02)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>889</sup> se plantea la discriminación por razón de sexo en el ascenso de una trabajadora a una categoría superior por no computar el empleador la totalidad del período de descanso de maternidad previsto por la normativa que regulaba el

---

<sup>888</sup> *Österreichischer*, Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 12 de febrero de 2004 (C-220/02, punto 95).

<sup>889</sup> *Vid. ICARD, Philippe. op. cit. pp. 699-704.*

mencionado permiso en la República Democrática Alemana. Esta normativa preveía un período de descanso posterior al parto de 20 semanas mientras que la normativa equivalente en la República Federal Alemana preveía únicamente un período de descanso posterior al parto de 8 semanas.

Tras la unificación de Alemania se llevó a cabo la adaptación de aquellos contratos de trabajo previstos por la normativa de la República Democrática Alemana y nada se estableció en relación a las trabajadoras que se hallaban en tal situación.

El empleador únicamente computa, en el caso de la Sra. Sass, a efectos de que esta sea clasificada en un grupo retributivo superior, las 8 semanas que prevé la ley de protección de la maternidad de la RFA, mientras que la demandante reclama que le sea computada la totalidad de 20 semanas que es el período que ella disfrutó en virtud de lo dispuesto en la normativa de la RDA.

El órgano judicial conocedor de este asunto plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre si el artículo 141 TCE o la Directiva 76/207, o los dos, se oponen a que un convenio colectivo impida incluir en el período necesario a efectos de ascenso la parte del período en la que la trabajadora disfrutó, al amparo de la normativa de la antigua RDA, de un permiso de maternidad cuya duración excede del período de protección de ocho semanas previsto por la normativa de la República Federal de Alemania, a la que se refiere dicho convenio.

Tras comprobar el Tribunal que la cuestión controvertida se halla bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, el Tribunal recuerda la legitimidad, por una parte, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>890</sup>. El órgano judicial, reitera, de esta manera, el argumento que ha venido dando desde 1984 sin alterar un ápice la tradicional justificación y sin hacer referencia en ella al papel del padre.

El Tribunal también recuerda aquella jurisprudencia en virtud de la cual se establece que el ejercicio de los derechos previstos en aras de lograr esta protección no

---

<sup>890</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

puede dar lugar a un trato desfavorable de la trabajadora en lo que respecta a los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional<sup>891</sup>.

En consecuencia, una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo. Se produce un trato desfavorable en comparación con el que recibirá un compañero de sexo masculino que hubiera comenzado a trabajar el mismo día que la Sra. Sass, puesto que ésta, a consecuencia de haber disfrutado del permiso de maternidad, accederá al grado retributivo superior doce semanas más tarde<sup>892</sup>.

Tras comprobar el Tribunal que el permiso de maternidad previsto en la normativa de la RFA es asimilable al previsto en la normativa de la RDA, puesto que ambos persiguen la protección de aquellas mujeres que hayan dado a luz, concluye que el mencionado permiso debería haber sido tenido en cuenta íntegramente a efectos de la promoción profesional de la trabajadora. Sin embargo el TJ recuerda que es competencia exclusiva del juez nacional la interpretación de la normativa nacional<sup>893</sup>.

Por todo ello, el Tribunal concluye que, si el órgano nacional determina la asimilabilidad de los permisos regulados por ambas normativas, el hecho de que una disposición de un convenio colectivo no tenga en cuenta el tiempo del permiso de maternidad en que la normativa de la RDA supera al previsto por la normativa de la RFA, se opone a lo dispuesto en la Directiva 76/207. El Abogado General, el Sr. Geelhoed, adopta una línea totalmente diferente<sup>894</sup>.

\* \* \*

---

<sup>891</sup> *Merino Gómez* (C-342/01, parágrafo 37); *Thibault* (C-136/95, parágrafo 26).

<sup>892</sup> *Sass* (C-284/02, parágrafo 37).

<sup>893</sup> *Sass* (C-284/02, parágrafo 55).

<sup>894</sup> El Abogado General Geelhoed sostiene que la controversia suscitada en el litigio en cuestión no constituye una cuestión de Derecho comunitario sino que queda bajo el ámbito del derecho nacional.

El Abogado General, en el punto 28 de la Conclusiones presentadas el 27 de abril de 2004, argumenta que la cuestión planteada no se refiere a la discriminación entre hombres y mujeres en general, sino al tratamiento de un grupo determinado de mujeres de la antigua RDA. En consecuencia, la Directiva 76/207 no resulta de aplicación, en la medida en la que no se produce una discriminación por razón de sexo, sino una discriminación entre mujeres de la Alemania del Este y la Occidental. El origen de la diferencia de trato no radica en el embarazo sino en la existencia de dos regímenes jurídicos distintos.

El Tribunal hace frente a una situación de discriminación directa que sufre la trabajadora por el hecho de haber disfrutado de un permiso de maternidad. La posición adoptada por el Tribunal va en beneficio de la protección de la mujer y de su maternidad y en detrimento de los posibles intereses económicos del empleador. De la solución adoptada por el Tribunal nada se puede inferir en relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres. En esta sentencia el Tribunal interpretará lo dispuesto en la Directiva 76/207.

**38. Elisabeth Mayer y Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (C-356/03)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>895</sup> se presenta una petición de decisión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 119 del Tratado CE, del artículo 6 apartado 1 letra g) de la Directiva 86/378/CEE<sup>896</sup> y del artículo 11 punto 2 letra a) de la Directiva 92/85/CEE desarrollada a través de dos cuestiones prejudiciales. La misma surge en el marco del litigio entre la Sra. Mayer y la Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL a partir de ahora) en el que la demandante solicita que los períodos de maternidad le sean tenidos en cuenta a efectos del cómputo del cálculo de la Versicherungsrente (pensión de seguro).

En el caso de autos la VBL, en aplicación de la normativa nacional, al calcular el importe de la pensión de seguro de la Sra. Mayer no tiene en cuenta los períodos durante los que la trabajadora había disfrutado de sus permisos de maternidad. Ello se

---

<sup>895</sup> Vid. BRESCIA, Marta. “Congedo per maternità e sistema previdenziale [Nota a sentenza]”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 2. 2005, pp. 919-924; MAYR, Klaus. “Berücksichtigung der Zeiten des Mutterschutzes bei betrieblichen Rentensystemen” *European Law Reporter*. 2005, p. 84-85; IDOT, Laurence. “Égalité de traitement et prise en compte des congés de maternité”. *Europe*. Núm. 81. 2005, p. 17-18.

<sup>896</sup> Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, en su versión modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996.

Artículo 6, apartado 1, letra g) de la Directiva 86/378: “1. Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se funden en el sexo, bien directa o indirectamente, en particular, las que se refieren al estado matrimonial o familiar, para: [...] g) interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de licencia por maternidad o de licencia por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario.”

debe al hecho de que la normativa nacional, concretamente el artículo 29, apartado 7, de los estatutos de la VBL, produce la interrupción de la adquisición de derechos a efectos de una pensión de seguro durante el permiso legal de maternidad, al establecer como condición que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos. En el presente caso la prestación abonada por el empresario a la trabajadora durante el permiso de maternidad se halla exenta de impuestos en virtud de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra d), de la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta).

La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas pregunta al Tribunal si la mencionada normativa nacional es contraria al artículo 119 del Tratado CE, al artículo 6 apartado 1 letra g) de la Directiva 86/378/CEE y al artículo 11 punto 2 letra a) de la Directiva 92/85/CEE. La segunda de las cuestiones pregunta si tal oposición también concurriría en el caso de que la pensión de seguro no tuviera por objeto asegurar la cobertura de las necesidades de la trabajadora en caso de vejez y de incapacidad profesional, sino que pretendiera compensar las cotizaciones pagadas por ella durante el período de seguro obligatorio.

En primer lugar el Tribunal argumenta la aplicabilidad del artículo 6 apartado 1, letra g)<sup>897</sup> de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, al establecer que la Sra. Mayer durante sus permisos de maternidad además de la prestación por maternidad prevista por el Estado percibió un complemento a cargo del empresario. Tras tal comprobación declara que este precepto es contrario a una normativa nacional como la prevista en el artículo 29, apartado 7 de los estatutos de la VBL, en virtud del cual se produce la interrupción de la adquisición de derechos a efectos de una pensión de seguro durante el permiso legal de maternidad, al establecer

---

<sup>897</sup> El artículo 6 apartado 1 letra g) de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, establece que deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de trato aquellas disposiciones que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso por maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario.

Entre los derechos a que se refiere el artículo 6, apartado 1, letra g), de dicha Directiva se incluyen los derechos a efectos de pensiones futuras cuya adquisición pudiera verse interrumpida por la aplicación de la normativa nacional relativa al permiso de maternidad.



como condición que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos.

En segundo lugar, el Tribunal descarta la aplicabilidad de la Directiva 92/85 puesto que los permisos de maternidad en cuestión fueron disfrutados con anterioridad al vencimiento del plazo que los Estados tenían para la adaptación de su Derecho interno a la misma. La Comisión mantiene una opinión contraria al respecto en sus observaciones al considerar tal circunstancia temporal irrelevante. La Comisión sostiene que los permisos de maternidad anteriores al vencimiento de dicho plazo deben tenerse igualmente en cuenta como tales, con independencia del momento en que se disfrutaron.

En tercer lugar el órgano judicial, establece que no ha lugar a la interpretación del artículo 119 del Tratado, debido a que la respuesta a las cuestiones prejudiciales radica y se fundamenta en lo dispuesto en la Directiva 86/378.

Finalmente el Tribunal, en respuesta a la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas y en relación con la observación esgrimida por la VLB relativas ambas al objeto perseguido por la pensión de seguro, sostiene que su objeto es asegurar una prestación a los trabajadores afectados por la vejez o la incapacidad laboral y no proporcionar una compensación actuarial por las cotizaciones pagadas. En consecuencia el Tribunal establece que una pensión de estas características constituye una prestación complementaria que se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 2 y 4 de la Directiva 86/378.

Por su parte, el Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, llega a la misma conclusión pero a través de una fundamentación jurídica totalmente distinta, puesto que optará por la aplicación del artículo 119 del TCE.

\* \* \*

La postura mantenida por el Tribunal en esta sentencia goza de un carácter protector para con la mujer y para con la maternidad, en la medida en que trata de evitar todas aquellas causas que puedan penalizar a la mujer trabajadora por el hecho de ser

madre<sup>898</sup>. La sentencia provoca consecuencias económicas desfavorables en el responsable de abonar la pensión, que deberá computar también aquellos períodos durante los cuales la mujer ha disfrutado de un permiso de maternidad. El Tribunal interpreta y aplica lo dispuesto en la Directiva 83/378. De la misma nada se infiere en relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles.

### **39. Comisión de las Comunidades Europeas y Gran Ducado de Luxemburgo, sentencia de 14 de abril de 2005, (C-519/03)- Recurso por incumplimiento**

En este asunto<sup>899</sup> la Comisión de las Comunidades Europeas plantea un recurso mediante el que pretende que el Tribunal declare que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del punto 1 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que figura el anexo de la Directiva 96/34, al adoptar los artículos 7 apartado 2<sup>900</sup> y 19 párrafo quinto<sup>901</sup> de la Ley de 12 de febrero de 1999, por la que se crea un permiso parental y un permiso por razones familiares.

La Comisión sostiene que el artículo 7, apartado 2 de la legislación nacional, no es compatible con la cláusula 2, punto 1 del Acuerdo marco. Con el fin de defender su postura, la Comisión expone una serie de argumentaciones. En primer lugar, sostiene que el permiso parental y el permiso de maternidad son distintos y, a su vez, persiguen objetivos distintos. En consecuencia, la mujer cuyo permiso de maternidad comienza durante su permiso parental debe poder aplazar la parte del permiso parental que no haya podido disfrutar por razón del permiso de maternidad.

---

<sup>898</sup> BRESCIA también remarca este carácter garantista de la sentencia *Mayer*. Vid. BRESCIA, Marta. “Congedo per maternità e sistema previdenziale [Nota a sentenza]”. *op. cit.* p. 922.

<sup>899</sup> BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *op. cit.* p. 13.

<sup>900</sup> Artículo 7.2, de la Ley de 12 de febrero de 1999, por la que se crea un permiso parental y un permiso por razones familiares: “En caso de que un embarazo o una adopción, que confiere el derecho a un permiso de maternidad o de adopción, sobrevenga durante el período de permiso parental, este último finaliza y queda sustituido por el otro”.

<sup>901</sup> Artículo 19.5, de la Ley de 12 de febrero de 1999, por la que se crea un permiso parental y un permiso por razones familiares: “Podrán invocar las disposiciones del capítulo I relativas al permiso parental los progenitores por los hijos que hayan nacido con posterioridad al 31 de diciembre de 1998 o para los que se haya iniciado el procedimiento de adopción ante el tribunal tras dicha fecha”.

El permiso de maternidad es aquel que tiene por finalidad fundamentalmente la recuperación física y biológica de la madre mientras que el permiso parental es aquel que persigue en exclusiva el cuidado del menor. El primero de ellos debe disfrutarse obligatoriamente con anterioridad o posterioridad inmediata al parto mientras que el segundo podrá solicitarse a lo largo de un período más extenso de tiempo.

En segundo lugar, al igual que argumenta el Abogado General en sus Conclusiones en el punto 51, la Comisión hace referencia a la discriminación sin justificación objetiva que produciría tal situación. Ello daría lugar a que los progenitores que se hallen en el supuesto mencionado disfrutarían de un período inferior al que tendrían derecho aquellos padres que no se encuentren en el mismo<sup>902</sup>.

Por su parte el Gobierno luxemburgués alega que tal situación de incumplimiento del Acuerdo únicamente se daría en extraños supuestos. Ello se debe a que el apartado 4 del artículo 3 de la Ley de 1999 obliga a que uno de los progenitores tome el permiso parental inmediatamente después del permiso de maternidad y, como en el mayor número de los casos éste es disfrutado por la madre, no le es biológicamente posible interrumpir su permiso parental por un permiso de maternidad.

El Tribunal argumenta la diferente finalidad de ambos permisos. En este sentido, sostiene que el permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo y a éste puede accederse hasta una edad determinada del hijo (8 años). Por otra parte, el permiso de maternidad persigue, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, de otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Aquí se observa cómo el Tribunal mantiene la postura establecida en el asunto *Hofmann*<sup>903</sup> y en el asunto *Griesmar*<sup>904</sup>, en virtud de la cual se atribuye a la mujer la tarea relativa al cuidado de los hijos, ya que se menciona por una parte, la relación

---

<sup>902</sup> *Comisión y Luxemburgo* (C-519/03, parágrafo 27).

<sup>903</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

<sup>904</sup> *Griesmar* (C-366/99, parágrafo 43).

especial de la mujer y su hijo y, por otra parte, se hace mención a la acumulación de cargas. Ello manifiesta tácitamente que es la mujer la que ha de simultanear las responsabilidades laborales y familiares, es ella la que ha de conciliar. De esta manera, el Tribunal continúa perpetuando la división tradicional sexual de los roles entre hombres y mujeres.

El Tribunal también invoca el asunto *Merino Gómez*<sup>905</sup>, con el fin de reforzar la idea de que un permiso no puede ser sustituido por otro permiso de finalidad distinta.

En consecuencia, el Tribunal deduce que el permiso parental, al que tienen derecho ambos progenitores, no puede reducirse cuando resulta interrumpido a consecuencia de otro permiso que persigue un objetivo distinto, como un permiso de maternidad.

La Comisión, en su recurso por incumplimiento también afirma la incompatibilidad del apartado 5 del artículo 19 de la Ley de 1999 con la Directiva 96/34. Ésta sostiene que al exigir la ley nacional para poder solicitar el permiso parental que los hijos hayan nacido con posterioridad al 31 de diciembre de 1998 o que su procedimiento de adopción se haya iniciado ante el tribunal competente tras dicha fecha, el Gobierno luxemburgués supedita el derecho al permiso parental a un requisito adicional no autorizado por la Directiva 96/34.

También argumenta que el hecho de establecer que el permiso parental se ha de disfrutar antes de que el hijo alcance la edad de 5 años no plantea problema alguno, puesto que la Directiva deja que tal límite sea establecido según la apreciación de los Estados miembros.

El Tribunal aprecia sin embargo, que el Gobierno luxemburgués excluye la posibilidad de que los progenitores de los nacidos o adoptados antes del 31 de diciembre de 1998, pero cuyos hijos no hubieran alcanzado todavía la edad de cinco años, en la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1999, disfruten de ese derecho. En consecuencia considera que este requisito no se halla autorizado por la Directiva y resulta incompatible con la misma.

---

<sup>905</sup> *Merino Gómez* (C-342/01, párrafo 41).

El Tribunal, descarta la alegación efectuada por el Gobierno luxemburgués en virtud de la cual la interpretación dada por la Comisión implicaría un efecto retroactivo de la Directiva<sup>906</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal declara que la ley luxemburguesa cuestionada en el litigio principal resulta incompatible con la Directiva 96/34. Sostiene que las finalidades perseguidas por el permiso de maternidad y por el permiso parental son distintas. Las consecuencias económicas de la decisión adoptada por el Tribunal resultarán perjudiciales para el Estado y para el empleador, quienes deberán asumir unos costes mayores al no poder darse el solapamiento de ambos permisos. Esta sentencia interpreta lo dispuesto en la Directiva 96/34 y no contribuye directamente al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

---

<sup>906</sup> *Comisión y Luxemburgo* (C-519/03, párrafo 44).

**40. North Western Health Board y Margaret McKenna, sentencia del TJCE de 8 de septiembre de 2005 (C-191/03)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>907</sup> la Sra. McKenna empleada del North Western Health Board, considera discriminatorio por razón de sexo el régimen<sup>908</sup> en función del cual se ha calculado el importe de la retribución que ha percibido durante una baja por enfermedad ligada al embarazo y en virtud del cual se ha imputado tal ausencia al número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos, a los que tiene derecho un trabajador a lo largo de un período determinado.

La Labour Court irlandesa, que conoció del asunto en apelación, remitió al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales con el fin de dilucidar en qué sentido debía interpretar la normativa comunitaria.

Mediante la primera y la cuarta cuestión se plantea si un régimen de baja por enfermedad que trata de manera idéntica a las trabajadoras que padecen una enfermedad ligada al embarazo y al resto de trabajadores que padecen una enfermedad ajena al embarazo, se halla comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 o en los del artículo 142 TCE y de la Directiva 75/117.

El Tribunal considera que la Directiva aplicable es la 75/117 y el artículo 141 TCE, puesto que recuerda que el mantenimiento de la retribución del trabajador en caso

---

<sup>907</sup> Vid. IDOT, Laurence. “Égalité de traitement et rémunération des maladies consécutives à la grossesse”. *Europe*. Núm. 385. 2005, p. 20; COURSIER, Philippe. “À propos du congé pour maladie liée à une maternité”. *La semaine juridique – Social*. Núm. 1097. 2006, pp. 27-28; VIARENGO, Ilaria. “Parità di trattamento e maternità: la Corte di giustizia si pronuncia sulla riduzione della retribuzione in gravidanza”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2006, pp. 483-488; BINOCOLI, Federica. “Il trattamento della malattia durante la gravidanza: la normativa comunitaria”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2006, pp. 242-249; PARDINI, Andrea. “La malattia connessa a gravidanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2006, pp. 280-285.

<sup>908</sup> McKenna (C-191/03, parágrafo 12): “En el régimen de baja por enfermedad del Board, los miembros del personal de éste tienen derecho a 365 días de baja por enfermedad retribuidos por cada período de cuatro años. Se retribuyen íntegramente un máximo de 183 días de incapacidad por cada período de doce meses. Los días adicionales de baja por enfermedad que se tomen en ese mismo período de doce meses sólo son retribuidos al 50 %, dentro del límite de los 365 días de baja por enfermedad retribuidos por cada período de cuatro años”.

de enfermedad está comprendido dentro del concepto de “retribución”, en el sentido del artículo 141 TCE<sup>909</sup>.

Sin embargo la Comisión de las Comunidades Europeas estima, en la misma línea que el Abogado General<sup>910</sup>, que la cuestión controvertida del asunto son las condiciones de trabajo y que las incidencias en la retribución son únicamente indirectas. En consecuencia consideran aplicable la Directiva 76/207.

Mediante la segunda, la tercera y la quinta cuestión el órgano jurisdiccional remitente trata de determinar, por una parte, si una regla de un régimen de baja por enfermedad que establece una reducción de la retribución, tanto para las trabajadoras que, antes de iniciar el permiso de maternidad, estén de baja a causa de una enfermedad ligada a su embarazo, como para los trabajadores que estén de baja a causa de cualquier otra enfermedad, cuando la baja supere una duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 141 TCE y la Directiva 75/117.

Por otra parte, el órgano judicial nacional pregunta si una regla de un régimen de baja por enfermedad que establece la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que el trabajador tiene derecho en un período determinado, ya se trate de una enfermedad ligada al embarazo o no, constituye una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 141 TCE y la Directiva 75/117.

La Sra. McKenna, los Gobiernos italiano y austriaco, así como la Comisión sostienen que una reducción de la retribución como la controvertida en el procedimiento principal constituye una discriminación por razón de sexo. La Sra. McKenna, el Gobierno italiano y la Comisión afirman que lo mismo sucede con la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad a que tiene derecho un trabajador. El Gobierno austriaco expone, en general, que una

---

<sup>909</sup> *Rinner-Künn y FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, sentencia de 13 de julio de 1989 (C-171/88, parágrafo 7).

<sup>910</sup> *McKenna*, Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 2 de diciembre de 2004 (C-191/03, punto 36).

incapacidad laboral ligada al embarazo exige que se le apliquen disposiciones diferentes de las aplicables a las incapacidades laborales ajenas a ese estado. Ésta va a ser la línea mantenida por el Abogado General, el cual sí considerará dicho régimen discriminatorio por razón de sexo y contrario a la Directiva 76/207<sup>911</sup>.

El Tribunal de Justicia, en esta ocasión no seguirá la línea manifestada por el Abogado General sino que, por el contrario, considerará que no cabe interpretar la Directiva 75/117 ni el artículo 141 TCE como contrarios al régimen controvertido.

El Tribunal sostiene, por una parte, que tanto la reducción de la retribución como la imputación de las bajas por enfermedad ligadas al embarazo son consecuencia de la aplicación, a las embarazadas o a las mujeres que hayan dado a luz, del régimen general aplicable a cualquier trabajador en caso de enfermedad.

En segundo lugar, el Tribunal pone de manifiesto que, en el momento de dictar la sentencia en cuestión, de acuerdo con el Derecho comunitario una trabajadora:

1. No puede ser despedida durante su permiso de maternidad<sup>912</sup>, por motivos relacionados con su embarazo, ni antes de dicho permiso por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo y anterior a ese permiso<sup>913</sup>.

---

<sup>911</sup> El Abogado General, en el punto 66 de sus Conclusiones, hará alusión a la sentencia *Pedersen* (C-66/96) y la interpretará en un sentido distinto al que lo hará el Tribunal. Según el Sr. Léger la conclusión a la que conduce la sentencia *Pedersen*, según la cual a las mujeres embarazadas que se encuentran incapacitadas para trabajar como consecuencia de un estado patológico relacionado con el embarazo debe concedérseles la misma indemnización que a los trabajadores que se encuentran incapacitados para trabajar a causa de una enfermedad, consiste en hacer que desaparezca la discriminación provocada por el régimen controvertido.

En lo que a las consecuencias económicas se refiere, el Gobierno irlandés en sus observaciones (punto 55 de las Conclusiones del Abogado General) con el fin de justificar el mencionado régimen hará referencia al tercer considerando de la Directiva 92/85, a tenor del cual, según el artículo 118 A del Tratado CE, las directivas evitarán poner trabas de carácter financiero que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Con el fin de rebatir tal idea, el Abogado General, en el punto 71 de sus Conclusiones, pondrá seriamente de manifiesto que un perjuicio económico no podrá justificar en ningún caso una discriminación directa por razón de sexo.

<sup>912</sup> *Hertz* (179/88, parágrafo 15).

<sup>913</sup> *Brown* (C-394/96, parágrafo 22).



2. Puede ser despedida por motivos relacionados con una enfermedad ligada al embarazo o al parto y que aparezca después del permiso por maternidad<sup>914</sup>.
3. Puede tener que soportar la reducción de su retribución bien durante el permiso de maternidad, bien posteriormente a dicho permiso, en el caso de padecer una enfermedad ligada al embarazo o al parto y que aparezca después de ese permiso<sup>915</sup>.

El Tribunal sostiene que de la constatación de la especificidad de las enfermedades ligadas a un embarazo<sup>916</sup> no se desprende que una trabajadora tenga derecho al mantenimiento íntegro de su retribución cuando otro trabajador, de baja por una enfermedad ajena a un embarazo, no disfruta de tal derecho<sup>917</sup>.

También establece que ninguna disposición ni principio general del Derecho comunitario impone la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad. Por ello, si una regla que establece una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora durante su permiso de maternidad no constituye una discriminación por razón de sexo, tampoco puede considerarse que lo constituya una regla que establezca, dentro de los mismos límites, una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora de baja durante su embarazo por una enfermedad ligada a éste. El Tribunal considera ambas situaciones comparables. A la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho el trabajador, el Tribunal aplica la misma argumentación.

En esta sentencia el Tribunal realiza una interpretación limitada de aquellas herramientas de protección de la maternidad que tiene a su alcance. El Tribunal realiza también una interpretación restrictiva de lo dispuesto en la sentencia *Pedersen*. El Tribunal entiende que con la sentencia *Pedersen* no se pretendía la protección de la mujer que sufre una discriminación por razón de sexo, interpretación que cabría aplicar

---

<sup>914</sup> *Hertz* (179/88).

<sup>915</sup> *Gillespie* (342/93, parágrafos 17 y 20).

<sup>916</sup> *Brown* (C-394/96, parágrafo 22); *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 33).

<sup>917</sup> *McKenna* (C-191/03, parágrafo 57).

en el caso actual, sino limitar la interpretación de esta protección mediante la asimilación del régimen de protección de la mujer embarazada que sufre algún estado patológico ligado al embarazo al régimen de baja por enfermedad común del que disfrutaban el resto de trabajadores, como garantía mínima.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a una situación de posible discriminación directa por razón de sexo que no califica como tal. El Tribunal entiende que una norma que establece una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora de baja durante su embarazo por una enfermedad ligada a éste no es de carácter discriminatorio.

Si el Tribunal hubiera optado por la línea mantenida por el Abogado General, se hubiera otorgado una mayor protección a las trabajadoras que se hallan en la situación descrita en el litigio principal, si bien, es cierto que el coste económico para los empleadores y Estados hubiera sido infinitamente mayor. El Tribunal en su sentencia opta por no hacer mención a la argumentación económica, planteada por el Gobierno irlandés y por el del Reino Unido en sus observaciones, sin embargo, mediante su fallo les otorga claramente la razón.

Junto con VIARENGO podemos sostener que no se puede entender la actitud de cautela mostrada por el Tribunal que ha preferido evitar las consecuencias que podría tener una aplicación más rigurosa de los principios establecidos en materia de protección frente al despido y ha primado la relevancia de las consecuencias financieras para los empleadores<sup>918</sup>. En esta sentencia el Tribunal se limita a interpretar el contenido dispuesto en la Directiva 75/117. En relación a la contribución de la sentencia al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles cabe decir que nada se deduce al respecto.

---

<sup>918</sup> VIARENGO, Ilaria. *op. cit.* p. 488.

**41. Carmen Sarkatzis Herrero e Instituto Madrileño de la Salud (IMSALUD), sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2006 (C-294/04)-  
Cuestión prejudicial**

El presente asunto<sup>919</sup> parte de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid acerca de la interpretación de la Directiva 76/207, la Directiva 92/85 y la Directiva 96/34, en el marco del litigio entre la Sra. Sarkatzis y el IMSALUD.

El conflicto planteado en el litigio versa sobre la fecha que ha de tomarse en consideración para el cómputo de la antigüedad de la interesada, funcionaria de este instituto. La demandante sostiene que para efectuar el cálculo debe tomarse la fecha de su nombramiento, momento en el que ella se encontraba disfrutando de su permiso de maternidad, mientras que el IMSALUD toma la fecha de su toma de posesión efectiva, la cual tuvo que ser pospuesta excepcionalmente a causa del mencionado permiso.

Previamente a la exposición de las cuestiones prejudiciales es necesario mencionar las observaciones realizadas por el juez nacional. En primer lugar, éste sostiene que la toma de posesión del funcionario es requisito previo para la adquisición y el disfrute de sus derechos estatutarios y que la normativa interna no prevé excepción alguna. Es por ello que en el presente caso las autoridades asimilaron la situación a un supuesto de fuerza mayor o a una causa justificativa que permitía diferir la incorporación del servicio, previa solicitud.

El órgano nacional observa en este modo de proceder un peligro para la interesada, pues considera que la necesidad de presentar una solicitud expone a la trabajadora al riesgo de que le sea denegada la prórroga que pide y sólo adquiere el pleno disfrute de sus derechos al finalizar su permiso de maternidad.

En segundo lugar, el juez nacional considera que se trata de una promoción y no de un nuevo ingreso, pues la interesada ya prestaba sus servicios al IMSALUD, aunque

---

<sup>919</sup> Vid. IDOT, Laurence. “Nomination pendant un congé de maternité”. *Europe*. Núm. 115. 2006, p. 20; LHERNOULD, Jean-Philippe. “L’actualité de la jurisprudence communautaire et internationale. *Revue de jurisprudence sociale*. 2006, pp. 662-663; BEGHINI, Valentina. “Parità di trattamento tra uomini e donne e accesso al lavoro in qualità di dipendente pubblico: un interessante esempio di applicazione del principio del mainstreaming”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2007, pp. 249-254.

con carácter interino. En tercer lugar, considera que la regulación del acceso a la función pública no puede prevalecer sobre los derechos de la trabajadora que disfruta del permiso de maternidad, tampoco puede justificar el perjuicio de la situación profesional de ésta ni dificultar la conciliación de la vida familiar y laboral. Cabe resaltar la mención explícita de esta necesidad de conciliación<sup>920</sup>.

Finalmente sostiene que la desigualdad de trato, que la demandante experimenta frente al resto de las demás personas aprobadas en el concurso-oposición, es incompatible con el derecho reconocido por las Directivas 76/207 y 96/34 a reintegrarse al término del permiso de maternidad.

Son tres las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial nacional al Tribunal de Justicia. La segunda de las cuestiones queda descartada debido a que el Tribunal declara que no existe continuidad jurídica entre las dos situaciones laborales sucesivas de la interesada<sup>921</sup>. La Sra. Sarkatzis no se reincorpora a su empleo anterior sino que accede a un nuevo empleo, por lo que la Directiva 92/85 no le será de aplicación<sup>922</sup>. Tal y como sostiene DE LA PUEBLA PINILLA ésta es una de las peculiaridades que muestra este asunto puesto que no se trata de una desigualdad durante el desarrollo de la relación laboral sino del acceso a un nuevo empleo durante un permiso de maternidad<sup>923</sup>.

Mediante la primera y la tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual, para calcular la antigüedad de un funcionario, únicamente deba tenerse en cuenta la fecha en que tome posesión de su plaza, sin contemplar excepción alguna respecto a las mujeres que se encuentren en permiso de maternidad en

---

<sup>920</sup> *IMSALUD* (C-294/04, párrafo 20).

<sup>921</sup> *IMSALUD* (C-294/04, párrafo 31).

<sup>922</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío y NÚÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar. “Igualdad de las condiciones de trabajo y permiso por maternidad. Comentario a la STJCE de 16 de febrero de 2006”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, p. 312.

<sup>923</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad”. *Revista del Ministerio de Trabajo Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, pág. 303.

el momento de ser convocadas para incorporarse al puesto para el que hayan sido nombradas.

Descartada la aplicación de las Directivas 96/34<sup>924</sup> y 92/85, el Tribunal acude a los artículos 2, apartados 1 y 3 y 3 de la Directiva 76/207 con el fin de determinar si el aplazamiento del inicio de la carrera de la funcionaria hasta la fecha de su toma de posesión efectiva constituye una discriminación por razón de sexo.

El Tribunal realiza la siguiente argumentación. En primer lugar, se apoya en las Conclusiones del Abogado General, punto 34, y sostiene que al amparo del artículo 2, apartado 1 de la Directiva 76/207 quedan prohibidas las discriminaciones directas e indirectas en las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación.

En segundo lugar, recuerda que el ejercicio por las mujeres de los derechos conferidos por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere al acceso al empleo ni a las condiciones de trabajo. Esto fue establecido en la sentencia *Thibault*<sup>925</sup> y en la sentencia *Mahlburg*<sup>926</sup>.

En tercer lugar, el Tribunal invoca la solución dada en el asunto *Sass*<sup>927</sup> en el que se establecía que, en lo que se refiere al cómputo de un período, de permiso de maternidad a efectos del acceso a una categoría profesional superior, las trabajadoras, en su relación laboral, estaban protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad.

Pese a que en el caso de autos no se trata de un ascenso sino del acceso a un nuevo empleo, el Tribunal, siguiendo lo dispuesto en el punto 39 de las Conclusiones del Abogado General, hace extensiva tal solución al presente supuesto. De esta manera se dispone que los artículos 2, apartados 1 y 3 y 3 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que prohíben cualquier discriminación de una trabajadora

---

<sup>924</sup> La demandante en el asunto principal disfrutaba de un permiso de maternidad y no de un permiso parental, por lo que la Directiva 96/34 no es pertinente a efectos de examinar las cuestiones planteadas.

<sup>925</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafo 26).

<sup>926</sup> *Mahlbrug* (C-207/98, párrafo 279).

<sup>927</sup> *Sass* (C-284/02, párrafos 35 y 36).

debida a un permiso de maternidad o relativa a dicho permiso, cuya finalidad es proteger a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal entiende que nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa. Las consecuencias económicas derivadas de la solución adoptada por el Tribunal recaen sobre el empleador. En este caso, el Tribunal se limita a interpretar y desarrollar lo dispuesto en la Directiva 76/207. En relación a la contribución de la sentencia al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles cabe decir que nada se deduce al respecto.

**42. Sari Kiiski y Tampereen kaupunki, sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2007 (C-116/06)- Cuestión prejudicial**

En el presente asunto<sup>928</sup> el Tampereen käräjäoikeus plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales en el marco del litigio celebrado entre la Sra. Siiski y el Tampereen kaupunki (municipio de Tampere), en relación a la denegación por parte de este último de la solicitud formulada por la demandante para modificar la duración de su permiso para el cuidado de hijos.

La Sra. Kiiski es profesora del Instituto de Tampere y su empleador es el Tampereen kaupunki. A la demandante le fue concedido por su empleador un permiso para el cuidado de hijos que ésta había solicitado, durante el período comprendido entre el 11 de agosto de 2004 y el 4 de junio de 2005.

Sin embargo, la Sra. Kiiski, nuevamente embarazada solicitó la modificación de la duración de su permiso de cuidado de hijos y solicitó poner fin a éste el 22 de

---

<sup>928</sup> Vid. IDOT, Laurence. "Egalité de traitement et protection des femmes enceintes". *Europe*. Núm. 301. 2007, p. 24 ; LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. "L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale". *Revue de jurisprudence sociale*. 2007, pp. 998-1000 ; SANZ CABALLERO, Susana. "De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *op. cit.* 738.

diciembre de 2004 con el fin de reincorporarse a su puesto de trabajo el 23 de diciembre y poder disfrutar más tarde de su permiso de maternidad.

Tal solicitud de modificación le fue denegada por su empleador, el cual alegó, basándose en el Convenio colectivo y en la jurisprudencia finlandesa, que un nuevo embarazo no podía comprenderse entre los supuestos que se hallan contemplados para justificar la modificación de la duración del permiso por cuidado de hijos, puesto que no constituye un motivo imprevisible y legítimo.

En este marco, el tribunal nacional eleva al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales. Mediante sus cuestiones primera y tercera pregunta, esencialmente, si el artículo 2 de la Directiva 76/207, que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación a las condiciones de trabajo, así como los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85, que regula el permiso de maternidad, se oponen a una normativa nacional relativa al permiso parental que excluye de modo general el embarazo de los motivos legítimos que permiten una modificación de la duración del permiso.

El Tribunal, por una parte, comprueba que la demandante se halla bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, es decir, que se trata de una “trabajadora embarazada” en el sentido del artículo 2, letra a) de dicha Directiva, pues únicamente en este supuesto gozará de la protección de la misma.

El Tribunal concluye positivamente a este planteamiento, ya que sostiene que la Directiva 92/85 no excluye de su ámbito de aplicación la situación de las trabajadoras que se hayan acogido a un permiso como el permiso para el cuidado de hijos. Así también, el Tribunal argumenta que puede hablarse de trabajadora puesto que al adoptar la Directiva 96/34 en aplicación del Acuerdo marco sobre el permiso parental, el legislador comunitario considera que durante el período de dicho permiso se mantiene la relación de trabajo entre el trabajador y su empleador.

Por otra parte, el Tribunal, procede al análisis de la legitimidad e imprevisibilidad del embarazo. El Convenio colectivo exige en sus artículos 11 y 12 en relación a la solicitud de modificación del permiso de cuidado de hijos que “*el funcionario que lo solicite tendrá derecho a modificar las fechas y la duración del*

*permiso para el cuidado de hijos que le haya ido concedido, siempre que existan motivos imprevisibles y legítimos. Se considerará motivo legítimo todo cambio imprevisible y sustancial en las posibilidades prácticas de cuidar del hijo que el funcionario no hubiera podido tener en cuenta al presentar la solicitud del permiso para el cuidado de hijos”.*

El Tribunal plantea, de un lado, la incidencia que dicho permiso puede tener sobre la organización de la empresa, como puede ser la necesaria contratación de un sustituto, por lo que resultaría legítimo que el Derecho nacional estableciera de un modo estricto los requisitos para modificar la duración del permiso<sup>929</sup>. Este razonamiento referente exclusivamente al aspecto organizativo y, en última instancia, económico de la empresa revela parte de las preocupaciones que se le plantean al Tribunal a la hora de resolver el presente asunto.

Pese a ello, el Tribunal, de otro lado, va a considerar que el embarazo es plenamente comparable, debido a su grado de imprevisibilidad, a acontecimientos tales como la enfermedad grave o el fallecimiento del hijo o del otro progenitor, así como al divorcio. El embarazo, a su vez, también opera modificaciones en las relaciones familiares que pueden afectar a las posibilidades de ocuparse de un hijo en el ámbito del permiso para el cuidado de hijos. Sin embargo, el Tribunal no las califica, en principio, de modificaciones sustanciales que obstaculicen el cumplimiento del permiso.

El conflicto para el Tribunal se va a producir en el momento en el que dicho período colisiona con el período en el que la demandante disfrutaría de su permiso de maternidad. El permiso de maternidad, previsto en la Directiva tiene por finalidad, tal y como viene estableciendo la jurisprudencia<sup>930</sup>, por una parte, la protección biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al parto. De esta manera se pretende evitar que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

---

<sup>929</sup> *Kiiski* (C-116/06, parágrafo 37).

<sup>930</sup> *Griesmar* (C-366/99, parágrafo 43); *Merino Gómez*, (C-342/01, parágrafo 32).



El Tribunal sostiene que el permiso de maternidad, el cual debe ser garantizado en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 92/85, atendiendo a la finalidad del permiso parental, obstaculiza la realización de dicha finalidad y, por ello, constituye un motivo legítimo para poder modificar la duración de dicho permiso.

El órgano judicial también manifiesta que la normativa nacional implica una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el artículo 2 de la Directiva 76/207. Para poder hablar de discriminación, el Tribunal, en reiterada jurisprudencia<sup>931</sup>, exige que situaciones comparables sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes sean tratadas de igual manera, salvo que dicho trato resulte justificado.

El Tribunal sostiene que la normativa nacional no trata de forma idéntica una situación, el embarazo, que considera comparable a la producida por una enfermedad grave o por el fallecimiento del hijo o del otro progenitor, así como por el divorcio, sin que semejante trato se halle objetivamente justificado<sup>932</sup>.

Finalmente, el Tribunal también aduce que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho<sup>933</sup>.

Por todo ello sostiene que el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional relativa al permiso para el cuidado de hijos que no permite que la interesada que así lo solicite modifique la duración de su permiso para el cuidado de hijos a la hora de ejercitar su derecho al permiso de maternidad, de manera que queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad. La segunda cuestión queda descartada por el Tribunal.

En consecuencia, se reconoce por el Tribunal, tal y como sostiene MIRANDA BOTO, el derecho de la trabajadora a modificar la duración de sus permisos, dentro de

---

<sup>931</sup> *Koninklijke Consun y Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006 (C-248/04, párrafo 72); *Advocaten vor der Wereld y Leden van de Ministerraad*, sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2007 (C-303/05, párrafo 56).

<sup>932</sup> *Kiiski* (C-116/06, párrafo 53).

<sup>933</sup> *Kiiski* (C-116/06, párrafo 56).

los márgenes reconocidos por las Directivas comunitarias<sup>934</sup>. Por su parte, la Abogada General, propone una solución contraria a la finalmente adoptada por el Tribunal<sup>935</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal manifiesta que la normativa nacional cuestionada implica una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el artículo 2 de la Directiva 76/207. El Tribunal permite que un nuevo embarazo pueda ser considerado como causa imprevisible y legítima para poder modificar el permiso parental con el fin de que la trabajadora pueda reincorporarse al trabajo y disfrutar más tarde de un nuevo permiso de maternidad. Mediante el fallo adoptado, el Tribunal protege los derechos de la mujer en relación con su maternidad. Las consecuencias económicas de la decisión adoptada por el Tribunal resultarán perjudiciales para el empleador. En relación con la

---

<sup>934</sup> MIRANDA BOTO, José María. “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 77. 2008, p. 190.

<sup>935</sup> La Abogada General, en sus Conclusiones sostiene, por una parte, que la normativa nacional no es constitutiva de discriminación directa ni indirecta en el sentido del artículo 2 de la Directiva 76/207. Ésta argumenta que las finalidades de los permisos de maternidad y parental no resultan excluyentes y que la finalidad del permiso perseguida por el permiso de maternidad quedaría también satisfecha mediante el permiso parental por lo que no es necesaria la sustitución de uno por otro.

La Abogada General, en el punto 39 de sus Conclusiones indirectamente, deja entrever que su postura no favorece la corresponsabilidad entre ambos progenitores. Es más, considera ésta como una razón de conveniencia de la solicitante, un capricho.

También alude y destaca la posibilidad de que el empresario pueda rechazar la reincorporación anticipada de la trabajadora a su puesto de trabajo por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa. Para argumentar tal postura se refiere al sexto considerando del Acuerdo marco sobre el permiso parental en el que se destacan las necesidades de las empresas y de los trabajadores. Aquí se observa la prioridad de los intereses del empleador frente a los de la trabajadora y su posibilidad de conciliar. La Abogada sostiene que de la sentencia Busch, alegada por la demandante, no se puede deducir que un nuevo embarazo genere, sin más, para la trabajadora un derecho de origen comunitario en virtud del cual ésta pueda finalizar en cualquier momento la excedencia para el cuidado de hijos y reincorporarse a su puesto de trabajo.

Por otra parte, también concluye que los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85 tampoco se oponen a tal normativa nacional, aun en el caso de que la trabajadora pierda determinadas prestaciones económicas que, basadas en la relación laboral, se prevean para el permiso de maternidad. Ello se debe a que la Abogada General, en aplicación de anterior jurisprudencia [*Gillespie* (C- 342/93, parágrafo 17); *Lewen* (C-333/97, parágrafo 37); *McKenna* (C-191/03, párrafos 50 y 59)], considera que la situación de las trabajadoras que se hallen disfrutando de un permiso de cuidado de hijos no es comparable a la de una persona que se encuentre en activo, es decir, no puede equipararse a aquella persona que ocupe efectivamente su puesto de trabajo.

En consecuencia, en este supuesto no es aplicable la afirmación en virtud de la cual “un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo derecho” [Comisión y Luxemburgo (C-519/03, parágrafo 33); Merino Gómez, sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (C-342/01, parágrafo 41)]. La trabajadora afectada, al no encontrarse en activo, no tendrá derecho a disfrutar del permiso de maternidad.

contribución de la sentencia al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles cabe decir que nada se deduce al respecto.

**43. Nadine Paquay y Société d'architectes Hoet + Mine SPRL, sentencia del TJCE de 11 de octubre de 2007 (C-460/06)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Paquay, que trabajaba para el estudio de arquitectura “*Société d'architectes Hoet + Mine SPRL*”, disfrutó de un permiso de maternidad desde septiembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. La trabajadora fue despedida el 21 de febrero de 1996, con un período de preaviso de seis meses a contar desde el 1 de marzo de 1996<sup>936</sup>. En esta fecha ya había expirado el período de protección frente al despido garantizado tanto por la normativa nacional como por la normativa comunitaria.

En este sentido el apartado 1 del artículo 10 de la Directiva 92/85 establece que:

*“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8[...].”*

En relación al precepto anterior el artículo 40 de la Ley de 16 de marzo de 1971 sobre el trabajo (*Moniteur belge* de 30 de marzo de 1971) contempla lo siguiente:

*“El empresario que emplee a una trabajadora embarazada no podrá realizar ningún acto orientado a poner fin unilateralmente a la relación laboral desde el momento en el que se le informó del embarazo y hasta transcurrido un mes desde el fin del permiso de maternidad, excepto por motivos ajenos al estado físico derivado del embarazo o el parto”.*

El órgano judicial nacional que conoció del asunto señala que la decisión del despido fue tomada tras la comunicación del embarazo de la empleada, puesto que la demandada, el 25 de mayo de 1995, puso un anuncio en un periódico con el fin de

---

<sup>936</sup> Vid. IDOT, Laurence. “Modalités de licenciement des femmes enceintes”. *Europe*. Núm. 339. 2007, p. 26; LAFUMA, Emmanuelle. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp. 103-105.

buscar una persona que sustituyera a la Sra. Paquay con carácter no temporal sino definitivo. En cuanto a los motivos del despido, el órgano remitente considera que no son ajenos al embarazo.

El tribunal du travail de Bruxelles plantea al Tribunal de justicia dos cuestiones prejudiciales. Mediante la primera, plantea si el artículo 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el punto 1 de este artículo, sino también tomar esa decisión de despido y preparar la sustitución definitiva de tal trabajadora, antes de que expire dicho período.

El objetivo de la Directiva 92/85 consiste en impulsar la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia y el objetivo perseguido por las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el ámbito de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz.

En consecuencia el Tribunal declara que la protección frente al despido otorgada por el artículo 10 de la Directiva 92/85 no se limita a la notificación de la decisión de despido sino que incluye también la adopción de la decisión de despido, los actos preparatorios del despido, así como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo. De lo contrario, dicho precepto quedaría privado de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios.

Mediante la segunda cuestión prejudicial se plantea si una decisión de despido, a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, notificada una vez finalizado el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85, es contraria a los artículos 2, apartado 1 y 5, apartado 1 de la Directiva 76/207.

El Tribunal responde que carece de relevancia el hecho de que tal decisión se notifique una vez finalizado el período de protección y que cualquier otra interpretación de los citados artículos restringiría la tutela otorgada por el Derecho comunitario a las

mujeres embarazadas. Por ello considera contrario a los artículos 2, apartado 1 y 5, apartado 1 de la Directiva 76/207 la decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo cualquiera que sea el momento en que se notifique tal decisión.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a una situación de discriminación directa por razón de sexo, para lo que se limita a interpretar y aplicar lo dispuesto en la Directiva 76/207. Se observa la extensiva interpretación que hace el Tribunal de los preceptos en cuestión lo que conlleva una ampliación de la protección de la mujer frente al despido por causa de su maternidad. Esta sentencia supone un paso adelante en la despenalización que sufre la mujer por esta causa. Según MIRANDA BOTO esta decisión parece extender temporalmente esta protección contra el despido<sup>937</sup>.

En consecuencia, el Tribunal hace primar los intereses de la madre trabajadora frente a los intereses económicos del empleador. En lo que se refiere al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres, nada se deduce al respecto de lo dispuesto por el Tribunal.

#### **44. *Coleman y Attridge Law, Steve Law*, sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 (C-303/06)- Cuestión prejudicial**

La temática del asunto Coleman<sup>938</sup> no guarda estrictamente relación con el objeto de la presente investigación, puesto que orbita en torno al alcance de la

---

<sup>937</sup> MIRANDA BOTO, José María. *op cit.* p.191.

<sup>938</sup> Vid. TOGGENBURG, Gabriel N. "Discrimination by association: a notion covered by EU equality law?" *European Law Reporter*. 2008, pp. 82-88; MESTRE, Bruno. "Discrimination by association: protected by EU Law but limiting the scope of Mangold". *European Law Reporter*. 2008, pp. 300-305; BOUJEKA, Augustin. "Le handicap par association. Note sous CJCE, Grande Chambre, 17 juill. 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, aff. C-303/06". *Revue de droit sanitaire et social*. 2008, pp. 865-873; LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. "L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale". *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp. 883-885; DRIGUEZ, Laetitia. "Lutte contre la discrimination en raison du handicap. Europe. Núm. 320. 2008, p. 27; BROUSSY, Emmanuelle, DONNAT, Francis y LAMBERT, Christian. "Chronique de jurisprudence communautaire. Discrimination fondée sur le handicap". *L'actualité juridique*. 2008, pp.2330-2331; CAVALLINI, Joël. "Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire". *La semaine juridique – Social*. Núm. 1549. 2008, pp. 24-25; BAADE, Björn. "'Discrimination by association" in EC law - Case C-303/06, Coleman v Attridge Law". *Bulletin of international legal developments*. Vol. 19. 2008, pp. 219-220; ROFES I PUJOL, Maria Isabel. "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 40. 2009, pp. 200-211.

protección otorgada por el principio de no discriminación por razón de discapacidad. Sin embargo, de la sentencia adoptada por el Tribunal sí derivan efectos positivos para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en el ámbito de trabajadores con personas dependientes a su cargo.

La Sra. Coleman, que prestaba sus servicios para el bufete de abogados Attridge Law, aceptó dimitir por exceso de plantilla (“voluntary redundancy”). Sin embargo ella sostenía que realmente se trataba de un despido encubierto (“unfair constructive dismissal”) por lo que presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South. También sostuvo haber sido víctima de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo con discapacidad.

La demandante narra que tras su permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que la Sra. Coleman se reintegrara en el mismo puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que sí habría permitido que padres con hijos sin discapacidad recuperaran sus antiguos puestos. También le negó la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos compañeros que eran padres de hijos sin discapacidad. La demandante cuenta que fue calificada de “perezosa” al solicitar una reducción de jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que dichas facilidades sí se concedieron a otros padres. También fue víctima de comentarios insultantes tanto contra ella como contra su hijo.

El Tribunal nacional que conoció del acto plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales. Mediante la primera parte de la primera cuestión y las cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional pide que se dilucide si la Directiva 2000/78<sup>939</sup> y, en particular, sus artículos 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido

---

<sup>939</sup> 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. DOCE L 303 de 02/12/2000 p. 16-22.

Artículo 1 de la Directiva 2000/78: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

Artículo 2.1 y 2.2. a) de la Directiva 2000/78: “1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera

de que únicamente prohíben la discriminación cuando es la propia trabajadora la persona con discapacidad, o si el principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación directa se aplican también cuando el propio trabajador no es la persona con discapacidad, pero sí la víctima de un trato menos favorable por motivo de la discapacidad que padece su hijo.

Según el Tribunal no se desprende del artículo 1, del artículo 2, apartado 1, ni del apartado 2, letra a) del citado artículo 2 de la Directiva 2000/78 que el principio de igualdad de trato se limite a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha norma. La Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al trabajo y al empleo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad<sup>940</sup>.

Es cierto que la Directiva posee preceptos como el artículo 5<sup>941</sup> y el artículo 7, apartado 2<sup>942</sup>, dirigidos en exclusiva a aquellas personas con discapacidad. Sin embargo, el Tribunal sostiene que ello no permite concluir que el principio de igualdad de trato que la misma proclama deba interpretarse de manera restrictiva. También invoca el sexto considerando<sup>943</sup> de la Directiva en el que, al mencionar la Carta de los Derechos

---

de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”.

<sup>940</sup> *Coleman* (C-303/06, parágrafo 38).

<sup>941</sup> Artículo 5 de la Directiva 2000/78: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

<sup>942</sup> Artículo 7.2 de la Directiva 2000/78: “Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

<sup>943</sup> Sexto considerando de la Directiva 2000/78: “La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad”.

Sociales Fundamentales de los Trabajadores, hace referencia al combate general contra toda forma de discriminación<sup>944</sup>.

En la sentencia el Tribunal apoya la tesis mantenida por la Sra. Coleman y la Comisión. Si una persona que se halle en la situación de la demandante no pudiera invocar la discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva, los objetivos mencionados en ésta así como su efecto útil se verían comprometidos, al tiempo que se reduciría la protección que pretende garantizar.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, el Tribunal responde que los preceptos en cuestión deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que posean la discapacidad.

Mediante la segunda parte de la primera cuestión y la cuarta cuestión prejudicial el Tribunal remitente pretende que se dilucide si la Directiva 2000/78 y, en concreto, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3<sup>945</sup>, deben interpretarse en el sentido de que solamente prohíben el acoso relacionado con una discapacidad cuando la persona con discapacidad sea el propio trabajador o también cabe su aplicación a aquellos supuestos en los que la persona sobre la que recae el acoso es distinta a éste.

El Tribunal, remitiendo sus razones a las dadas en relación a la pregunta anterior, concluye que los mencionados preceptos deben interpretarse en el sentido de que su protección no queda limitada a aquellos supuestos en los que la persona acosada sea una persona con discapacidad. En este asunto, el Tribunal seguirá la línea propuesta por el Abogado General, el Sr. Poiares Maduro<sup>946</sup>.

---

<sup>944</sup> *Coleman* (C-303/06, parágrafo 43).

<sup>945</sup> Artículo 2.3 de la Directiva 2000/78: “El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro”.

<sup>946</sup> *Coleman*, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 31 de enero de 2008 (C-303/06, punto 20). El Abogado General, en el punto 20 de sus Conclusiones, da nombre al fenómeno sucedido en este supuesto y lo califica de “discriminación por vinculación”, de la cual también habla la doctrina. El Abogado General en su nota 25 sostiene que la Directiva 2000/78 protege a aquellas personas



En esta sentencia el Tribunal hace frente a una situación de discriminación directa por razón de discapacidad. Nos hallamos ante un supuesto de “discriminación por vinculación” resuelto mediante la interpretación y aplicación de la Directiva 2000/78. En este asunto puede verse cómo el Tribunal, mediante su sentencia, avanza en la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de aquellas personas que poseen a su cargo personas con alguna discapacidad. Esta interpretación comprensiva de la protección en caso de discapacidad influye indirectamente en la protección de aquellas personas que necesitan conciliar su vida personal, laboral y el cuidado de una persona con discapacidad.

Mediante esta decisión el Tribunal se inclina en favor de la protección de los intereses de aquellas personas que han de ocuparse del cuidado de una persona con discapacidad en detrimento de los intereses económicos del empleador. De hecho, algunos autores como BROTTES alertan de los potenciales efectos negativos de esta sentencia sobre el mercado laboral<sup>947</sup>. En lo que se refiere al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres, esta sentencia no distingue si es el padre o la madre quien se halla a cargo del hijo por lo que contribuye a favorecer la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

---

que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el ámbito de empleo y la ocupación por estar vinculadas a una persona con discapacidad.

Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”. *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 37. 2009, pp. 5-10; TAPIA HERMIDA, Antonio. “Discriminación y acoso por “traslación de la discapacidad” o “discriminación por vinculación”. Comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law”. *Revista de trabajo y seguridad social*. Núm. 309. 2008, pp. 105-132.

<sup>947</sup> BROTTES, Jérémy. “The protection from the discrimination and harassment by association in EU law: ECJ judgment of 17 July 2008, Coleman (C-303/06, ECR 2008 p.i-5603)”. *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*. Núm.2, 2013, p. 87.

**45. Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG,  
sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2008 (C-506/06)- Cuestión  
prejudicial**

La Sra. Mayr<sup>948</sup> prestaba sus servicios como camarera para su empresario Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, en lo sucesivo Flöckner. A la Sra. Mayer le es comunicado su despido telefónicamente el 10 de marzo de 2005. La empleada, en este momento, se hallaba de baja por prescripción médica puesto que el día 8 de marzo se le había practicado una punción folicular como parte de una tentativa de fecundación *in vitro*. Sin embargo la transferencia de los óvulos fecundados no se produciría hasta el 13 de marzo de 2005. Cabe tener en cuenta también que los óvulos habían sido fecundados *in vitro* el 8 de marzo.

La Sra. Mayr alegó que su despido era jurídicamente nulo, puesto que ella considera que desde el 8 de marzo, fecha en la que se produce la fecundación de los óvulos, se hallaba amparada por la protección contra el despido que otorga el artículo 10, apartado 1 de la Mutterschutzgesetz.

---

<sup>948</sup> Vid. TRAHANAS, Christina. “The application of the principle of equal treatment to women undergoing in vitro fertilization treatment - Mayr v Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG”. *Bulletin of international legal developments*. Vol. 4. 2008, pp. 37-39; DRIGUEZ, Laetitia. “Protection des femmes enceintes et fécondation in vitro”. *Europe*. Núm. 121. 2008, p. 23; LAFUMA, Emmanuelle. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp.499-500; RIQUOIR, Florence. “Le licenciement fondé sur le fait qu'une salariée se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro est contraire au principe communautaire d'égalité homme/femme (CJCE, 26 février 2008)”. *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*. Núm. 124. 2008, pp. 18-21; MORICEAU, Aurélie. “Protection contre le licenciement d'une femme suivant un traitement de fécondation in vitro”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 1321. 2008, pp. 33-36; REINER, Michael. “Kündigungsschutz während In-vitro-Fertilisation: Mutterschutz oder nur Diskriminierungsschutz”. *Österreichische Juristenzeitung*. 2008, pp. 653-666; THOMAS, S. “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt “Mayr””. *Revue du Droit de l'Union européenne*. Núm. 2. 2008, pp. 370-375; FORNI, Lorena. “La Corte di Giustizia europea e i diritti delle lavoratrici gestanti nel caso della fecondazione assistita”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2008, pp. 747-750; OSTI, Alessandra. “Fecondazione artificiale e tutela della lavoratrice gestante”. *Quaderni costituzionali*. 2008, pp. 651-654; PERRIN, L. “Licenciement en raison d'un traitement de fécondation in vitro”. *Recueil Le Dalloz*. 2008, pp. 788-789; ROFES I PUJOL, Maria Isabel. “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 39. 2008, pp. 193-203; BELLIVIER, Florence. “Noiville, Christine: Contrat et vivant. Contrat de travail et procréation médicalement assistée: quand commence une grossesse?” *Revue des contrats*. 2009, pp. 1225-1229; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, AGRA VIFORCOS, Beatriz. “Despido nulo de trabajadora fecundada in vitro. Un paso más en la aplicación del principio de igualdad por razón de género (A propósito de la STJCE 506/06, de 26 de febrero de 2008, Asunto Mayr)”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 304. 2010, pp. 27-32.

El Oberster Gerichtshof, que conoció el asunto en casación, al estimar que el litigio suscitaba una cuestión que afectaba a la interpretación del Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Mediante la cuestión prejudicial se pregunta si la Directiva 92/85 y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1 de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se aplican a una trabajadora que se somete a fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de esta mujer.

El Tribunal trata de determinar a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 92/85 y, en particular de su artículo 10, si la protección contra el despido se extiende al caso descrito en el asunto que se describe.

Del artículo 10, así como de la finalidad de la Directiva, la cual consiste en la protección de la promoción de 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, se desprende que para acogerse a la protección contra el despido es necesario que el embarazo haya comenzado.

Del decimoquinto considerando de la Directiva 92/85 se desprende que la protección de despido prescrita en el artículo 10 tiene por objeto evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con el embarazo pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada.

Es cierto que la fecha en la que dicha protección debe dar comienzo ha de ser la más temprana posible, sin embargo el Tribunal sostiene que no se puede admitir que esta protección se extienda a una trabajadora cuando aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero.

El Tribunal se apoya en las observaciones ante él presentadas así como en los puntos 43 a 45 de las Conclusiones del Abogado General, en las que se pone de manifiesto que antes de ser transferidos al útero de la mujer la posibilidad de conservar

los óvulos fecundados se amplía hasta un período de 10 años. En consecuencia, la aplicación de la protección contra el despido desde la fecundación de los óvulos podría tener el efecto de conceder el beneficio de esta protección aun cuando la transferencia de los óvulos se retrasara o no se llegara a producir.

El Tribunal declara la no aplicabilidad de la Directiva 92/85 al asunto principal, sin embargo tomará en consideración el artículo 2, apartado 1 y el artículo 5, apartado 1 de la Directiva 76/207, pese a que el órgano remitente no haya hecho referencia al mismo en el enunciado de su cuestión. La Directiva 92/85 tiene por objeto proteger a aquellas trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Sin embargo la protección de la Directiva no se puede extender al momento anterior a la transferencia de óvulos pues en dicho instante la mujer todavía no puede considerarse embarazada.

El TJ interpreta que los mencionados preceptos de la Directiva 76/207 se oponen al despido en las circunstancias acaecidas en el asunto principal, en la medida en que se demuestre que el despido se basa esencialmente en el hecho de que la empleada se haya sometido al tratamiento de fecundación in vitro. Tal despido constituiría una discriminación basada directamente en el sexo puesto que tal situación únicamente puede afectar a las mujeres.

En virtud del principio de no discriminación y, de los artículos 2, apartado 1 y 5, apartado 1 de la Directiva 76/207, el parágrafo 33 de la sentencia el Tribunal declara que debe reconocerse a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. También sostiene que el despido de una trabajadora por razón de un embarazo o por una causa basada esencialmente en dicho estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal se halla ante una situación que califica constitutiva de discriminación directa por razón de sexo puesto que en la situación descrita únicamente pueden hallarse las mujeres. De la solución adoptada por el Tribunal se desprende el mayor peso que éste otorga a los derechos de las trabajadoras frente a los

intereses económicos de los empleadores. En relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres nada se deduce al respecto de la postura manifestada por el Tribunal. En este asunto el Tribunal con el fin de poder proteger a la trabajadora frente a una discriminación por razón de su posible maternidad aplicará la Directiva 76/207 debido a la imposibilidad de aplicar la Directiva 92/85. De este modo observamos cómo el Tribunal trata por todos los medios de proteger a la mujer utilizando aquellas herramientas que tiene a su alcance.

**46. Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho e Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Alcampo S.A., sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 (C-537/07)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>949</sup>, la Sra. Gómez-Limón había trabajado para la empresa Alcampo S.A desde 1986 en régimen de jornada completa, sin embargo desde el 6 de diciembre de 2001 se había acogido al régimen de reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años, con la consiguiente reducción en un tercio de su jornada laboral. En la misma proporción quedaron reducidas tanto su retribución como el importe de las cotizaciones al régimen general de la seguridad social efectuadas por la empresa y ella, al no haberse suscrito ningún convenio especial.

El 30 de junio de 2004 a la empleada le fue reconocida una incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a una pensión del 55% sobre la base reguladora. Esta base fue calculada a partir del importe de las cotizaciones abonadas a la seguridad social durante el período que transcurrió desde el 1 de noviembre de 1998 y el mes de noviembre de 2001.

---

<sup>949</sup> Vid. COURSIER, Philippe. “Un congé parental à temps partiel peut affecter les droits à pension d’invalidité”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 1446. 2009, pp. 40-41; DRIGUEZ, Laetitia. “Exercice du droit à congé parental”. *Europe*. Núm. 362. 2009, pp. 15-16; LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. “L’actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2009, pp.788-791; NUNIN, Roberta. “Fruizione del congedo parentale e calcolo della pensione di invalidità”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2010, pp. 264-267; FERNÁNDEZ PROL, Francisca. “Derechos de conciliación y seguridad social. Análisis de la STJCE de 16 de Julio de 2009. Caso Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros”. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant monografías. Núm. 747. 2011, pp. 227-243.

La Sra. Gómez-Limón presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid alegando que las cotizaciones realmente efectuadas en ese período estaban minoradas en proporción a la reducción de su salario derivada de la disminución de jornada durante el permiso parental por cuidado de un hijo menor, y que su pensión debería haberse calculado sobre la base del importe de las cotizaciones correspondientes a jornada completa. Ella sostiene que el cálculo practicado priva de efecto práctico a un medio destinado a promover la igualdad ante la ley y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

El órgano judicial nacional elevó al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales reestructuradas por éste como a continuación se describe.

En primer lugar, se pregunta al TJ si los particulares pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional la cláusula 2, apartado 6 del Acuerdo marco sobre el permiso parental. A esta cuestión el Tribunal responderá en sentido afirmativo.

En segundo lugar, se pregunta al Tribunal si la cláusula 2, apartados 6 y 8 del citado Acuerdo se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un período de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido, lo que tiene como consecuencia la concesión de una pensión de un importe inferior al que le hubiera correspondido si hubiera seguido trabajando a tiempo completo.

El Tribunal sostiene que la cláusula 2, apartado 6 tiene por objeto evitar la pérdida de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición por el trabajador cuando inicia un permiso parental, así como garantizar que, al finalizar el permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del permiso. Sin embargo esta cláusula no regula los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral durante el período de permiso parental, que serán definidos en virtud de cláusula 2, apartado 7, por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales.

Tampoco la continuidad en la adquisición de futuros derechos en virtud de los regímenes legales de seguridad social durante el permiso parental se regula de manera explícita en el Acuerdo marco sobre el permiso parental. Por el contrario existe en el apartado 8 de la cláusula 2 una remisión a la legislación nacional para la determinación de todos los asuntos de seguridad social relacionados con dicho acuerdo.

Por todo ello, el Tribunal considera que la cláusula 2, apartados 6 y 8, no se opone al supuesto descrito en las cuestiones planteadas. Esta cláusula no impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los trabajadores (durante el período en que disfruten de un permiso parental a tiempo parcial) la adquisición de derechos a futuras prestaciones de seguridad social en la misma medida en que lo harían si siguieran trabajando a tiempo completo.

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la cláusula 2, apartado 8 del Acuerdo marco sobre el permiso parental debe interpretarse en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de prever la continuidad en la percepción de prestaciones de seguridad social durante el período de permiso parental y si los particulares pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la mencionada cláusula frente a las autoridades públicas.

A ello el Tribunal responde que la cláusula 2, apartado 8 del Acuerdo marco sobre el permiso parental no impone a los Estados miembros la obligación de prever, durante el período de permiso parental, la continuidad en la percepción por el trabajador de prestaciones de seguridad social ni establece derechos en favor de los trabajadores. Por tanto, sin que sea necesario examinar si contiene disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, la mencionada cláusula 2, apartado 8 no puede ser invocada por los particulares ante un órgano jurisdiccional nacional frente a las autoridades públicas.

Finalmente el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de la Directiva 79/7, se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función

del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.

El Tribunal mantiene en primer lugar, que una legislación nacional como la controvertida en el procedimiento principal no supone discriminación directa, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras.

Tampoco considera que los hechos sean constitutivos de discriminación indirecta. A pesar de que en la mayoría de ocasiones son las mujeres las que optan por solicitar este tipo de permisos, no se produce una aplicación de normas distintas a situaciones comparables o una aplicación de la misma norma a situaciones diferentes. El trabajador que disfruta del permiso parental se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse a la de un hombre o una mujer que trabaje a tiempo completo.

Con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b) de la Directiva 79/7 los Estados miembros disponen de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de seguridad social en virtud de regímenes legales después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

Por todo ello el Tribunal responde que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de la Directiva 79/7, no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.

\* \* \*

El Tribunal en esta sentencia no protege a aquellos trabajadores que se acogen al permiso parental, pues tal medida no se halla compensada por parte del Estado. No considera los hechos descritos como discriminatorios para aquel trabajador que haya disfrutado de un permiso por cuidado de hijos. De esta manera es el trabajador el que asume la carga económica de atender a su hijo sin ayuda alguna, con la correspondiente reducción salarial, así como la posterior penalización que por ello sufrirá en un futuro a



la hora de percibir una pensión. El Tribunal, con esta sentencia, no contribuye al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles ni tampoco a su corrección.

**47. *Christel Meerts y Proost NV*, sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009 (C-116/08)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>950</sup> la Señora Meerts, que había prestado sus servicios para la empresa Proost a tiempo completo desde 1992 en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, trabajó a partir del 18 de noviembre de 2002 a media jornada a causa de un permiso parental que finalizaría el 17 de mayo de 2003. El 8 de mayo de 2003 la empleada fue despedida con efecto inmediato y se le pagó una indemnización por despido igual a diez meses de salario. Tal indemnización se calculó atendiendo a la remuneración que estaba percibiendo en dicho momento, la cual se hallaba reducida a la mitad debido a la reducción equivalente de sus prestaciones laborales.

Se trata de un caso de resolución unilateral por parte del empresario, sin que concurren razones imperiosas y sin observar el plazo legal de preaviso, del contrato de trabajo de una trabajadora contratada por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras ésta disfrutaba de un permiso parental en jornada parcial.

En el recurso de casación que la demandante interpuso ante el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación), ésta alegó que tanto en primera instancia como en casación, los tribunales interpretaron el Derecho nacional sin tener en cuenta las disposiciones de la Directiva 96/34. Por ello el mencionado Tribunal de casación planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

Mediante la cuestión prejudicial, el órgano judicial remitente preguntaba si la cláusula 2, puntos 6 y 7 del Acuerdo marco sobre el permiso parental debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la indemnización que debía abonarse a la Sra. Meerts se determinara en función de la remuneración reducida que percibía en el

---

<sup>950</sup> Vid. DRIGUEZ, Laetitia. “Consécration des droits acquis des travailleurs en congé parental”. *Europe*. Núm. 28. 2010, p. 28; KRÖMER, Daniela. “Acquired Rights and Parental Leave: the Devil is in the Details”. *European Law Reporter*. 2010, p. 136-140; CALAFÀ, Laura. “Il caso Meerts alla Corte di giustizia e la “sostenibile leggerezza” dell'accordo quadro sul congedo parentale. Primi appunti sulla dir. 2010/18/UE”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2010, pp. 448-455.

momento en que tuvo lugar el despido. La cláusula 2, punto 6 establece que los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso.

El Tribunal recuerda en la sentencia que el concepto de derechos adquiridos o en curso de adquisición no resulta definido en el Acuerdo marco sobre el permiso parental y que dicho Acuerdo tampoco remite al derecho de los Estados miembros para la definición de ese concepto. Sin embargo, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme de toda la UE que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.

Según el TJ, teniendo en cuenta el objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres que el Acuerdo marco sobre el permiso parental persigue, la mencionada cláusula debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que goza de una especial importancia y que, en consecuencia no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>951</sup>.

El Tribunal establece que el concepto de derechos adquiridos o en curso de adquisición comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental<sup>952</sup>.

Siguiendo la línea establecida por el Abogado General<sup>953</sup> en sus Conclusiones, el Tribunal apoya la idea de que una reducción de los derechos derivados de la relación

---

<sup>951</sup> *BECTU* (C-173/99, parágrafo 43); *Del Cerro Alonso y Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2007 (C-307/05, parágrafo 38); *Impact y otros*, sentencia del TJCE de 15 de abril de 2008 (C-268/06, parágrafo 114); *Schultz-Hoff*, sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009 (C-350/06 y C-520/06, parágrafo 22).

<sup>952</sup> *Meerts* (C-116/08, parágrafo 43).

<sup>953</sup> El Abogado General en el punto 55 de sus Conclusiones lleva a cabo la interpretación económica de la solución propuesta y sostiene que de este modo, por un lado, el trabajador no sufre un peor trato en lo económico como consecuencia de acogerse al permiso parental y, por otro lado, el despido de un

laboral en caso de permiso parental podría disuadir al trabajador de acogerse a tal permiso e incitar al empresario a despedir a aquellos empleados que se encuentren en situación de permiso parental. Ello resultaría totalmente contrario a la finalidad del Acuerdo marco sobre el permiso parental, uno de cuyos objetivos es conciliar la vida familiar y profesional.

Por todo ello el Tribunal interpreta la cláusula 2, punto 6 y 7 en el sentido de que en un caso como el descrito en el asunto principal la indemnización que debe pagarse al trabajador no puede determinarse en función de la remuneración reducida, a causa del permiso parental, que percibía cuando el despido tuvo lugar.

Según KRÖMER el Tribunal en esta sentencia abandona la cautela mantenida en el asunto *Gómez-Limón*<sup>954</sup>, en el que éste fue cuidadoso con la legislación existente y no fue más allá de lo estrictamente establecido en la misma, con el fin de imponer a los empleadores una mayor carga económica por razón de la maternidad de sus trabajadoras que aquella establecida previamente en el Acuerdo marco<sup>955</sup>. A pesar de este paso adelante emprendido por el Tribunal algunos autores como TROISSI BROSSE critican la presente sentencia por considerarla demasiado supérflua en lo que al análisis de la legislación nacional se refiere<sup>956</sup>.

Cabe resaltar esta sentencia pues el Tribunal menciona en dos ocasiones la necesidad y la importancia de conciliar la vida familiar y laboral. Así lo hace en el párrafo 35 al recordar el punto 5 de las consideraciones generales del Acuerdo marco sobre el permiso parental donde se establece el compromiso de establecer medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres ofreciéndoles una posibilidad de conciliar sus responsabilidades profesionales y sus obligaciones familiares.

---

trabajador que se halla disfrutando del permiso parental no resulta menos gravoso para el empresario desde un punto de vista económico que el despido de cualquier otro trabajador.

<sup>954</sup> *Gómez-Limón* (C-537/07).

<sup>955</sup> KRÖMER, Daniela. *op. cit.* p.140.

<sup>956</sup> TROISSI BROSSE, Monique. *op. cit.* p.104.

También el párrafo 36 recuerda el punto 6 de las mencionadas consideraciones generales en el que se establece que las citadas medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modelos flexibles de flexibilización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad.

El Tribunal en esta sentencia también menciona expresamente la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, concretamente su artículo 16, el cual hace referencia a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal aborda una situación en la que la trabajadora se ve discriminada en el cálculo de su indemnización por haber disfrutado de un permiso parental para poder atender a sus hijos. Las consecuencias económicas de la solución adoptada por el Tribunal benefician a la trabajadora y van en detrimento del empleador quien deberá abonar un importe indemnizatorio mayor al inicialmente otorgado. Esta sentencia contribuye al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres. En ella, el Tribunal menciona en dos ocasiones la necesidad y la importancia de conciliar la vida familiar y laboral. Finalmente, cabe mencionar que el Tribunal en ella interpreta de manera extensiva la protección otorgada a los trabajadores y trabajadoras en virtud de lo dispuesto en la Directiva 96/34.

#### **48. *Virgine Pontin y T-Comalux S.A.*, sentencia del TJCE de 29 de octubre de 2009 (C-63/08)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>957</sup> se ponen en entredicho las garantías procesales de las que gozan las trabajadoras luxemburguesas en caso de despido por causa de embarazo o

---

<sup>957</sup> PICOD, Fabrice. “Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination”. *La Semaine Juridique - édition générale*. Núm. 433. 2009, p. 42; BARON, Frédéric. “L’application des principes de protection juridictionnelle effective et d’égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes”. *Revue des affaires européennes*. 2009-10, pp.613-618; BELAVUSAU, Uladzislau. “From Lëtzebuerg to Luxembourg: EU Law, Non-Discrimination and Pregnancy”. *European Law Reporter*. 2010, pp. 45-49; TRICOIT, Jean-Philippe. “Protection de la femme enceinte et normes européennes”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 1083. 2010, pp. 36-38; PALLI, Barbara, SCHMITT, Mélanie. “L’effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement. Réflexions à partir de l’arrêt

nacimiento de un hijo. Ello ocurre en el marco del litigio entre la Sra. Potin y la empresa T- Comalux.

La Sra. Pontin prestaba sus servicios para la empresa luxemburguesa T-Comalux desde noviembre de 2005. El 25 de enero de 2007, se le notificó su despido con efecto inmediato por falta grave debido a una ausencia injustificada durante más de tres días. La Sra. Pontin comunicó al día siguiente a su empleador que estaba embarazada y que su despido era nulo en virtud de la protección jurídica conferida a las trabajadoras que se hallan en dicho estado. El código du travail luxemburgués prohíbe el despido de una trabajadora cuando se ha constatado médicamente su embarazo y durante las doce semanas posteriores al parto<sup>958</sup>.

La Sra. Pontin, ante la falta de respuesta de la empresa y al considerarse víctima de un despido abusivo, presentó una demanda ante el Tribunal du travail de Esch-sur-Alzette (Luxemburgo) para que se declarase la nulidad de su despido. Este órgano, que se declaró incompetente para conocer de la pretensión de la demandante, elevó, sin embargo, una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en relación a las garantías procesales ofrecidas por la legislación nacional.

El Tribunal luxemburgués plantea si las Directivas 92/85 y 76/207 se oponen a una normativa nacional como el artículo L.337-1 del Código de Trabajo, que, en lo que

---

CJCE 29 octobre 2009, Pontin, C-63/08”. *Droit social*. 2010, pp. 334-341; DRIGUEZ, Laetitia. “Protection des travailleuses enceintes. *Europe*. Núm. 29. 2010, pp. 28-29; RATTI, Luca. “Licenziamento della lavoratrice in gravidanza: equivalenza ed effettività delle tecniche di tutela nella giurisprudenza della Corte di giustizia”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2010, p. 180-184; WIDDERSHOVEN, R.J. “Administratiefrechtelijke beslissingen”. *Rechtspraak bestuursrecht*. Núm. 1. 2010; DE FALCO, Fabrizio. “Corte di giustizia, licenziamento della lavoratrice madre ed "effettività" della tutela”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2010, pp. 462-465; CASTEGNARO, Guy, CLAVERIE, Ariane; DOMINGOS, Christophe. *op. cit.* pp. 3-19.

<sup>958</sup> La legislación nacional establece en el artículo L.337-1 del Código de Trabajo que: “Se prohíbe al empresario notificar la ruptura de la relación laboral o, en su caso, la solicitud de conciliación, a una trabajadora cuando se ha constatado médicamente su embarazo y durante las doce semanas posteriores al parto. Si se notifica la ruptura antes de la constatación médica del embarazo, la trabajadora puede justificar su estado mediante la presentación de un certificado por correo certificado en el plazo de ocho días desde la notificación del despido. El despido comunicado en incumplimiento de la prohibición de despido establecida en los párrafos precedentes o, en su caso, la solicitud de conciliación, serán nulos de pleno derecho. Durante los quince días siguientes a la resolución del contrato, la trabajadora puede solicitar, mediante simple papeleta, al presidente del tribunal laboral, que resolverá con carácter urgente y por procedimiento sumario, oídas las partes o debidamente convocadas, que declare la nulidad del despido y ordene el mantenimiento de la trabajadora en su puesto o, en su caso, la readmisión conforme a lo dispuesto en el artículo L. 124-12, apartado 4.”

se refiere a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia establecida en el artículo 10 de la Directiva 92/85, limite las vías de recurso de dichas a trabajadoras a una acción de nulidad y readmisión, sujete estas acciones a plazos breves y excluya la acción indemnizatoria.

El TJCE, en relación a si la normativa nacional cumple las exigencias establecidas por los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, ha recordado que los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que las personas que se estimen perjudicadas puedan hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva<sup>959</sup>. Las medidas elegidas deben permitir que se garantice una tutela judicial efectiva y eficaz, deben tener un efecto disuasorio real frente al empresario y, en todo caso, deben ser adecuadas en relación con el perjuicio sufrido<sup>960</sup>.

Conforme a reiterada jurisprudencia se exige que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Por ello el Tribunal analiza si la normativa nacional satisface estas exigencias de equivalencia y de efectividad.

En relación con el principio de equivalencia, la acción de nulidad y readmisión ha sido comparada con la acción indemnizatoria y con la acción disponible cuando el despido se produce en razón del matrimonio. El Tribunal de Justicia, tras considerarlas comparables, sostiene que el plazo aplicable a la acción de nulidad y readmisión por embarazo es sustancialmente más corto por lo que no parece que el principio de equivalencia se respete.

Por lo que respecta al principio de efectividad, un plazo de caducidad relativamente corto para una acción dirigida a obtener la reinserción en la empresa podría, en principio puede considerarse legítimo. Sin embargo, argumenta que el plazo

---

<sup>959</sup> *Potin* (C-63/08, parágrafo 41).

<sup>960</sup> *Potin* (C-63/08, parágrafo 42).

concreto de quince días aplicable a la acción de nulidad y readmisión debe considerarse especialmente corto, teniendo en cuenta además la situación en que una mujer se encuentra al principio de su embarazo.

No obstante, tanto la verificación del principio de equivalencia como la del principio de efectividad corresponden al órgano jurisdiccional nacional. Por ello si éste concluyese que la normativa que se trata en el litigio principal vulnera estos principios, esta normativa no podría considerarse conforme a las exigencias del principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho comunitario, y en particular, por el artículo 12 de la Directiva 92/85.

En relación con la no previsión por la normativa nacional de la acción indemnizatoria para los supuestos de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, el Tribunal considera que el artículo 2 de la Directiva 76/207 sí se opone a la misma cuando dicha acción puede ser ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, si dicha limitación supone un trato menos favorable dispensado a una mujer por razón de su embarazo.

\* \* \*

En esta sentencia, el Tribunal, por una parte, sostiene que la normativa nacional cuestionada es contraria al principio de tutela judicial efectiva. Por otra parte, califica de discriminatorio por razón de sexo el hecho de que la mujer en caso de despido por razón de embarazo carezca de acción indemnizatoria. En ella el Tribunal interpreta lo dispuesto en las Directivas 76/207 y 92/85.

Las consecuencias económicas de la posición mantenida por el Tribunal otorgan mayor peso a los derechos y a la protección de los trabajadores que a los intereses económicos del empleador. Pese a ello, junto con BELAVUSAU sostenemos que tras la cautela de la respuesta del Tribunal se esconden consideraciones de carácter económico<sup>961</sup>. En relación con la contribución de la sentencia al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres nada se deduce al respecto.

---

<sup>961</sup> BELAVUSAU, Uladzislau. *op. cit.* p.48.

**49. Zentralbetriebstrat der Landeskrankenhäuser Tirols y Land Tirol, sentencia del TJCE de 22 de abril de 2010 (C-486/08)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>962</sup> el Zentralbetriebstrat der Landeskrankenhäuser Tirols (comité de empresa de los hospitales del Land de Tirol) interpone una demanda frente al Land de Tirol cuyo objeto es que el Landesgericht de Innsbruck declare que determinadas disposiciones de la Ley del Land de Tirol relativa a los agentes contractuales (en lo sucesivo, “L-VBG”) son incompatibles con el Derecho comunitario.

El órgano judicial nacional remite al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales, sin embargo el Tribunal no se pronunciará en relación a la primera de ellas a solicitud del órgano remitente.

Mediante la segunda de las cuestiones se pregunta si la cláusula 4, punto 2<sup>963</sup> del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial es contraria a una disposición nacional como el artículo 55, apartado 5 de la L-VBG. En éste se dispone que, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de vacaciones aún no disfrutada ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo. Ello conlleva la consecuencia de que un empleado cuya jornada se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante sólo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida.

El Tribunal establece como premisas que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe ser considerado como un principio del

---

<sup>962</sup> Vid. SCHMITT, Mélanie. “L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2010, pp. 647-650; BOUSEZ, Françoise. “Travail à temps partiel, travail à durée déterminée, congé parental: à propos de quelques droits sociaux européens revêtant une importance particulière”. *La Semaine Juridique - Social*. Núm. 42. 2010. pp. 23-24.

<sup>963</sup> Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES - Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. DOCE, núm. L 14 de 20.01.1998.

Cláusula 4, punto 2 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial: “*Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de prorata temporis*”.



Derecho social de la Unión de especial importancia<sup>964</sup>, que no puede ser interpretado de manera restrictiva<sup>965</sup> y que el mismo no pierde su finalidad si no se ejercita durante el período de referencia, sino en un período posterior<sup>966</sup>.

En relación con la última premisa mencionada en el párrafo anterior, el Tribunal sostiene que el disfrute de vacaciones en un período posterior al período de referencia no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período posterior. En consecuencia, la modificación de la jornada de trabajo no puede afectar al derecho a vacaciones que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo. Por ello la redacción del artículo 55, apartado 5 de la L-VBG es contraria a la interpretación que el Tribunal da de la cláusula 4, punto 2 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Mediante la tercera cuestión, el órgano remitente plantea si la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada es contraria a una disposición nacional como el artículo 1, apartado 2, letra m) de la L-VBG, que excluye del ámbito de aplicación de esta ley a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, o que únicamente están empleados ocasionalmente.

El Tribunal sostiene que del hecho de que los trabajadores que se hallen en las circunstancias mencionadas por el artículo en cuestión no disfruten de los derechos concedidos por la L-VBG se desprende que se les trata de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos o a los que trabajan a tiempo parcial.

Según la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y el principio de no discriminación, el trato diferente de un trabajador de duración determinada en relación con un trabajador fijo comparable no puede justificarse por razones objetivas.

---

<sup>964</sup> *Tirols* (C-486/08, párrafo 28).

<sup>965</sup> *Tirols* (C-486/08, párrafo 29).

<sup>966</sup> *Federatie Nederlandse Vakbeweging y Staat der Nederlanden*, sentencia del TJCE de 6 de abril de 2006 (C-124/05, párrafo 30).

En consecuencia, el artículo 1, apartado 2, letra m) de la L-VBG es contrario a la interpretación que el Tribunal realiza de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Mediante tal fallo el Tribunal hace prevalecer los intereses de los trabajadores frente a los intereses de los empresarios. Se amplía de esta manera el ámbito de protección de los trabajadores que gozan de un contrato de duración determinada.

Según el Tribunal el concepto de “razones objetivas”<sup>967</sup> en la citada cláusula no permite justificar una diferencia de trato entre las categorías de trabajadores que se mencionan por el hecho de que aquélla esté prevista en una norma general y abstracta. Este concepto exige que tal desigualdad responda a una auténtica necesidad y resulte indispensable para alcanzar el objetivo perseguido.

Mediante la cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 14, apartado 1, letra c)<sup>968</sup>, de la Directiva 2006/54, es contrario a una disposición nacional como el artículo 60, de la L-VBG, según la cual los trabajadores, esencialmente femeninos, que disfrutaban de su derecho al permiso parental de dos años pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al nacimiento del hijo.

Según la cláusula 2, punto 6 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental y se aplicarán al finalizar el citado permiso.

El Tribunal sostiene que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas forma parte de los derechos derivados directamente de la relación de trabajo de cada trabajador a los que hace referencia la cláusula 2, punto 6. En consecuencia este precepto es

---

<sup>967</sup> *Tirols* (C-486/08, parágrafo 42).

<sup>968</sup> 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). DOCE, núm. L 204 de 26.7.2006.

Artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54: “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”.

contrario a la normativa nacional cuestionada. De esta manera el Tribunal garantiza la protección de aquellos trabajadores y trabajadoras que disfrutaban de su permiso parental tal y como viene haciendo en su jurisprudencia<sup>969</sup>.

Tanto en la sentencia *Gómez-Limón*<sup>970</sup> como en la sentencia *Meerts*<sup>971</sup> el Tribunal establece que el objetivo de la citada cláusula es evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, así como garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del citado permiso.

\* \* \*

El Tribunal en esta sentencia, mediante la respuesta dada a cada una de las cuestiones planteadas, declara la normativa nacional contraria tanto a la Directiva 99/70, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada como a la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. El Tribunal mediante sus soluciones otorga un mayor peso a los intereses de los trabajadores y a la protección de sus derechos que a los intereses económicos de los empleadores. Podemos observar cómo, mediante la delimitación de la finalidad de las distintas herramientas de protección de los derechos de los trabajadores, el Tribunal logra su afianzamiento y reforzamiento. En relación con la contribución de la sentencia al mantenimiento de la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres nada se deduce al respecto.

---

<sup>969</sup> TROISE BROSSE, Monique. *op. cit.* p.104.

<sup>970</sup> *Gómez-Limón* (C-537/07, parágrafo 39).

<sup>971</sup> *Meerts* (C-116/08, parágrafo 39).

**50. Susanne Gassmayr y Bundesminister für Wissenschaft und Forschung, sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010 (C-194/08)- Cuestión prejudicial**

Susanne Gassmayr<sup>972</sup> prestaba sus servicios antes de su embarazo como médica interna en la clínica universitaria de anestesia de la Universidad de Graz en Austria. En esta clínica la Sra. Gassmayr percibía, además de su salario base, un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba. Dejó de trabajar durante su embarazo en virtud de un certificado médico que indicaba que la continuación de su actividad profesional podía poner en peligro su vida o salud o la de su hijo, y más tarde disfrutó del permiso de maternidad.

Debido a que el la normativa nacional excluye el pago de un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo a quien no preste efectivamente esos servicios de disponibilidad, la empresa denegó a la Sra. Gassmayr el pago de ese complemento durante el tiempo en el que se halló ausente de su puesto.

El Verwaltungsgerichtshof (tribunal de lo contencioso-administrativo austríaco) ante el que la Sra. Gassmayr interpuso un recurso contra la resolución del Bundesminister relativa a la denegación del mantenimiento del complemento controvertido, elevó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

El Tribunal respondió afirmativamente a la primera parte de la primera cuestión en la que se le planteaba si el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 puede producir efecto directo. En consecuencia no procede responder a la segunda cuestión planteada.

Mediante la segunda parte de la primera cuestión se pregunta, en esencia, si el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que,

---

<sup>972</sup> Vid. GARDIN, Alexia. “L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2010, pp. 650-653; JEANSEN, Emeric. “Détermination de la rémunération due pendant un congé de maternité”. *La semaine juridique - Social*. Núm. 1388. 2010, pp. 33-34; CASTEGNARO, Guy, CLAVERIE, Ariane, DOMINGOS, Christophe. *op. cit.* pp. 3-19; DRIGUEZ, Laetitia. “Rémunération des travailleuses enceintes ou accouchées”. *Europe*. Núm. 10. 2010, pp. 36-37; DE GREGORIO, ELENA. “Sui limiti della garanzia retributiva spettante alla lavoratrice madre adibita ad altre mansioni per la tutela della salute e della sicurezza sua e del bambino”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2011, pp. 202-208.

durante el período de interrupción del trabajo o de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas debe mantenerse el derecho al pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

El Tribunal responde que no hay tal obligación de mantenimiento del derecho al pago de este complemento y elabora la siguiente argumentación. En primer lugar, sostiene que pese a que el complemento cuestionado constituye una retribución en el sentido del artículo 141 CE, en la mayoría de traducciones del punto 1, del artículo 11 de la Directiva 92/85, se habla de “una” remuneración y no de “la” remuneración.

En segundo lugar, según el artículo 11, punto 4, los Estados miembros pueden establecer una serie de requisitos para que la trabajadora obtenga el derecho a tales ventajas. Según la información de la que dispone el Tribunal, el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo se paga a los trabajadores en función de la duración del servicio efectuado durante las horas extraordinarias y del promedio de actividad del trabajador interesado durante ese tiempo.

En tercer lugar, y en aplicación de lo dispuesto en la sentencia *Parvianen*, los Estados miembros y en su caso los interlocutores sociales, no están obligados a mantener durante el período en el que la trabajadora se halle dispensada de trabajar, los componentes de la remuneración o los complementos que dependen del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio<sup>973</sup>.

Por todo ello, el Tribunal concluye que, siempre que no se perjudique el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, la normativa comunitaria no se opone a lo dispuesto a la normativa nacional en el supuesto en cuestión.

Mediante la tercera parte de la primera pregunta se plantea al Tribunal de Justicia si el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé que una trabajadora que disfrute del permiso de maternidad tiene derecho a una remuneración equivalente al

---

<sup>973</sup> *Parvianen* (C-194/08, párrafo 61).

salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

El Tribunal de Justicia responde que la normativa comunitaria no se opone a tal normativa nacional. En primer lugar, reitera el hecho de que el mencionado complemento se incluye en el concepto de retribución del artículo 141 CE, pero de ello no se deduce el derecho de la trabajadora que se halla disfrutando del permiso de maternidad a todos los complementos.

En segundo lugar, el Tribunal invoca su jurisprudencia<sup>974</sup> para afirmar que la situación de las trabajadoras que disfrutan de un permiso de maternidad no puede asimilarse a la de un hombre o mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo.

Cabe resaltar también cómo el Tribunal al mencionar el objetivo que persigue el permiso de maternidad invoca nuevamente la sentencia *Hofmann*<sup>975</sup> en la que hace referencia a la protección de la condición biológica de la mujer y a la protección de las particulares relaciones de la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>976</sup>. Aquí se observa nuevamente la postura del Tribunal en relación a la división de las tareas entre las mujeres y los hombres, a través de la cual, tácitamente, atribuye a la mujer el cuidado de los hijos.

En consecuencia, el Tribunal afirma que las trabajadoras no pueden acogerse a lo dispuesto en el artículo 119 CE ni el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 para exigir durante su permiso de maternidad una retribución íntegra como si continuasen ocupando efectivamente su puesto de trabajo. Estos preceptos no suponen la el mantenimiento íntegro de la remuneración de la interesada ni el pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo<sup>977</sup>.

---

<sup>974</sup> *Gillespie* (C-342/93, parágrafo 179); *Boyle* (C-411/96, parágrafo 40); *Alabaster* (C-147/02, parágrafo 46)

<sup>975</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

<sup>976</sup> *Parvinien* (C-194/08, parágrafo 81).

<sup>977</sup> GHAILANI, Dalila. "European social policy: some thoughts on the case law". En DEGRYSE, Christophe y NATALI, David. *Social developments in the European Union 2010*. Brussels: ETUI abtl. 2011, p. 185.

De este asunto, así como del asunto *Parviainen*<sup>978</sup> se puede extraer el hecho de que una trabajadora se vea obligada a dejar de trabajar a causa de su embarazo o sea destinada a otro puesto no exime al empresario del pago de todos los complementos ligados a su condición profesional. Sin embargo, no reconoce el derecho de éstas de reclamar los complementos que tienden a compensar los inconvenientes inherentes al ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares cuando no ejercen efectivamente esas funciones.

El punto 25 de las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro expone la encrucijada en la que se encuentra el Tribunal, el cual, por un lado, busca el no disuadir a las trabajadoras de que tengan hijos por el temor a no percibir ingresos suficientes para mantenerse durante el permiso de maternidad, o a que ese hecho repercuta negativamente en su promoción profesional. Sin embargo, por otro lado, es consciente de que el Derecho comunitario tiene muy presentes los intereses económicos de los Estados<sup>979</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal mediante su solución no contribuye a una corrección absoluta de la penalización que supone la maternidad para la mujer, sino que únicamente palía algunos de sus efectos. La balanza se inclina en favor de los intereses económicos del empleador. En ella el Tribunal interpreta de manera restrictiva lo dispuesto en la Directiva 92/85. En cuanto a la contribución de ésta al mantenimiento de la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres nada relevante se infiere al respecto salvo la referencia realizada todavía a la sentencia *Hoffman*.

---

<sup>978</sup> *Parvinien* (C-194/08).

<sup>979</sup> *Gassmayr*, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 3 de septiembre de 2009 (C-194/08, punto 25). Este punto establece que: “El Derecho comunitario concede cierto margen discrecional a las autoridades nacionales para que tengan en cuenta las condiciones sociales y económicas de su país y para decidir qué ingresos pueden considerarse adecuados para una mujer durante el permiso de maternidad y qué condiciones son necesarias para garantizar que no se vea perjudicada en su futura carrera profesional”.

**51. Sanna Maria Parviainen y Finnair Oyj, sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010 (C-471/08)- Cuestión prejudicial**

En este asunto<sup>980</sup> el tribunal de primera instancia de Helsinki plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial acerca de si una trabajadora embarazada que ha sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo distinto al que venía desempeñando, tiene derecho a una remuneración equivalente a la que percibía en su puesto anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, punto 1 de la Directiva 92/85. También pregunta si es relevante la clase y las causas de los complementos salariales percibidos por esa trabajadora cuando ejercía sus anteriores actividades.

La Sra. Parviainen, que prestaba sus servicios para la aerolínea Finnair como jefa de cabina fue destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en tierra, correspondiente a actividad de oficina. Ocupó este puesto hasta la fecha en que comenzó su permiso de maternidad. Durante este periodo en el que se halló trasladada, su salario experimentó una considerable reducción por no contemplarse en el mismo los complementos salariales que recibía en su puesto anterior, los cuales constituían el 40% de su sueldo.

El Tribunal, con el fin de dar respuesta a la cuestión, distingue en primer lugar, la situación de aquellas trabajadoras que se hallan disfrutando de su permiso de maternidad de aquéllas, como es el presente caso, cuyas condiciones trabajo se han adaptado o cuyo puesto de trabajo ha cambiado provisionalmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 y 2 de la Directiva 92/85. A las segundas no les es extrapolable la jurisprudencia del Tribunal sobre la definición de los conceptos de “remuneración” o de “prestación adecuada” enunciados en el artículo 11, puntos 2, letra b), y 3 de la misma norma.

El Tribunal en su argumentación recuerda, en primer lugar, que durante el período en cuestión la demandante siguió trabajando y que el traslado provisional de

---

<sup>980</sup> GARDIN, Alexia. *op. cit.* 2010, pp. 650-653; JEANSEN, Emeric. *op. cit.* pp. 33-34; CASTEGNARO, Guy, CLAVERIE, Ariane, DOMINGOS, Christophe. *op. cit.* pp. 3-19; DRIGUEZ, Laetitia. “Rémunération des travailleuses enceintes ou accouchées”. *op. cit.* pp. 36-37; NEBE, Katja. “Arbeitsentgelt bei mutterschutzbedingter Umsetzung”. *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht.* 2011, pp. 10-11; DE GREGORIO, ELENA. *op. cit.* pp. 202-208.



puesto de trabajo no se produjo a instancias de la interesada sino en aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho finlandés y del artículo 5, apartado 2 de la Directiva 92/85.

Sin embargo, en segundo lugar, sostiene que el examen del artículo 11, punto 11 de la Directiva 92/85 indica que una trabajadora embarazada que está destinada provisionalmente en otro puesto de trabajo, y cuya remuneración en su anterior puesto comprendía un salario base y diversos complementos (la concesión de algunos de los cuales depende de ejercicio de funciones específicas) no puede reclamar el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional.

El Tribunal, para llegar a tal conclusión esgrime tres argumentaciones. Por una parte, sostiene que el artículo 11, punto 1, menciona el mantenimiento de “una” remuneración y no el de “la” remuneración de la trabajadora interesada. De ello se deduce la no obligatoriedad del mantenimiento del salario íntegro que la trabajadora venía recibiendo.<sup>981</sup>

Por otra parte, argumenta que el punto 4 del artículo 11 prevé la facultad de los Estados miembros de someter el derecho a la remuneración a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas.

El órgano judicial también pone de manifiesto que el pago de ciertos complementos a los que la trabajadora tenía derecho antes de su traslado, dependía del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares. Estas funciones no fueron ejercidas durante el período de su destino provisional.

Finalmente el Tribunal argumenta que el punto 1 del artículo 11 atribuye a los Estados un cierto margen de apreciación al definir las condiciones de ejercicio y de aplicación del derecho a remuneración de las trabajadoras a las que se refiere el artículo 5, apartado 2. También establece como límite el hecho de que su salario no podrá ser inferior al de los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se le ha asignado. El Tribunal concluye siguiendo, fundamentalmente,

---

<sup>981</sup> *Parviainen* (C-471/08, párrafo 50).

la argumentación dada por el Abogado General en los puntos 69 y 70 en sus Conclusiones<sup>982</sup>.

\* \* \*

El Tribunal en esta sentencia mediante las soluciones dadas a cada una de las preguntas planteadas no palía la indirecta penalización económica que sufre la mujer por el hecho de ser madre. Las consecuencias económicas de la sentencia resultan favorables para el empleador. En ella el Tribunal interpreta de manera restrictiva lo dispuesto en la Directiva 92/85. Mediante este tipo de soluciones se disuade a la mujer de ser madre y concentra sobre ella la penalización de tal decisión. En cuanto a la contribución de ésta al mantenimiento de la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres nada relevante se infiere al respecto.

**52. *Zoi Chatzi e Ypourgos*, sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 2010 (C-149/10)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Chatzi, que trabajaba como funcionaria en el centro tributario nº 1 de Tesalónica, dio a luz a gemelos el 17 de mayo de 2007. El 27 de junio de 2008 le fue concedido un permiso parental remunerado de 9 meses. Al finalizar éste solicitó un segundo permiso parental por el segundo de sus hijos gemelos que le sería denegado.

El órgano jurisdiccional nacional sostuvo que el embarazo múltiple de una funcionaria no genera derecho a tantos permisos parentales como hijos nazcan, sin embargo, tuvo dudas en torno a la interpretación que debía darse a la Directiva 96/34 en virtud de lo dispuesto en la CDFUE, que sería jurídicamente vinculante a partir de la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa. En consecuencia plantearía al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

---

<sup>982</sup> El Abogado General, en los puntos 69 y 70 de sus Conclusiones, sostiene que la trabajadora embarazada, provisionalmente destinada a otro puesto de trabajo, conserva, además del salario base, el derecho a los componentes de la remuneración, a los complementos inherentes a su condición profesional, así como en particular a los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquica, con su antigüedad y con sus calificaciones profesionales. Sin embargo, no es necesario el mantenimiento de los complementos que dependen del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio.

En la sentencia *Chatzi*<sup>983</sup> el Tribunal de Justicia precisó el alcance de la cláusula 2, apartado 1 del Acuerdo marco sobre el permiso parental anejo a la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco puede interpretarse en el sentido de que confiere al niño un derecho individual al permiso parental y, en consecuencia, la denegación de un segundo permiso parental en caso de nacimiento de gemelos lesiona los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los gemelos.

El Tribunal de Justicia declaró que dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que confiere al niño un derecho individual al permiso parental y ello debido tanto al propio texto del Acuerdo marco como a su finalidad.

La cláusula 2, apartado 1 establece expresamente que se acuerda un derecho individual de permiso parental “*a los trabajadores, hombres o mujeres*”. También, en lo que al ámbito de aplicación del Acuerdo marco se refiere, la cláusula 1, apartado 2 sostiene que éste se aplica “*a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo*”.

También la finalidad reconocida al permiso parental confirma esta interpretación. Según la cláusula 1, apartado 1 del Acuerdo marco, el objetivo de éste “*es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan*”, y está fijado, tal como recuerda el apartado 4 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo, por el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Cabe destacar que el Tribunal menciona que con ese mismo objetivo, el permiso parental se incluyó en el artículo 33, apartado 2 de la CDFUE. Ello supone la primera

---

<sup>983</sup> Vid. DRIGUEZ, Laetitia. “Droit au congé parental”. *Europe*. Núm. 11. 2010, p. 33; GARDIN, Alexia. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2011, pp. 6-8; DE FALCO, Fabrizio. “Corte di giustizia, congedi parentali e parto gemellare”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2011, pp. 495-499; ROSANO, Maddalena. “Congedo parentale e parto plurimo: un diritto da condividere”. *Giurisprudenza italiana*. 2011, pp. 1571-1575.

mención por parte del Tribunal de este precepto de la Carta, en el cual se hace mención expresa a la conciliación de la vida profesional y laboral.

El Tribunal también analiza el posible conflicto entre el artículo 24 (referido a la protección de los intereses del menor) y el artículo 33 (referido a la conciliación de la vida familiar y laboral) de la CDFUE,<sup>984</sup> sin embargo sostiene que el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, no implica necesariamente el reconocimiento de un derecho individual a la obtención de un permiso parental por sus progenitores. Esta opinión de que la titularidad corresponde únicamente a los progenitores es compartida por MIRANZO DÍEZ, el cual argumenta que tal conclusión resulta además avalada por la propia finalidad del permiso parental que es “facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares de los padres que trabajan”, tal y como se dispone en la cláusula primera del Acuerdo<sup>985</sup>.

Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 2, apartado 1 del Acuerdo marco puede interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido o si debe interpretarse en el sentido de que tal nacimiento, al igual que el nacimiento de un único hijo, sólo genera derecho a un permiso parental.

El Tribunal de Justicia para dar respuesta a esta cuestión tendrá en cuenta no sólo su tenor sino también su contexto y objetivos. En lo que a su tenor se refiere el precepto en cuestión dispone que los trabajadores, hombres o mujeres, tienen un “derecho individual de permiso parental [...] por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de 3 meses”.

El Tribunal invoca nuevamente<sup>986</sup> el artículo 33 de la CDFUE con el fin de mostrar su similar redacción. Éste establece que “*toda persona tiene derecho a[...] un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño*”.

---

<sup>984</sup> Chatzi (C-149/10, parágrafo 37).

<sup>985</sup> MIRANZO DÍEZ, José Javier. “La ampliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar en caso de parto múltiple (comentario a la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 sobre el permiso parental)”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Núm. 38. 2011, p. 219.

<sup>986</sup> Chatzi (C-149/10, parágrafo 45).

El problema de esta redacción se plantea en el empleo del singular “*el nacimiento [...] de un hijo*” puesto que éste puede sugerir que el trabajador tiene derecho a un permiso parental distinto por cada hijo. Debido a la ambigüedad de la literalidad de la norma el Tribunal procede a analizar el contexto y los objetivos de la cláusula en cuestión. En este sentido, la finalidad del permiso parental es ofrecer a los progenitores la posibilidad de ocuparse de su hijo.

En relación a si los progenitores de gemelos tienen tantos permisos como hijos hayan nacido, el Tribunal señala que el aumento de cargas a que deben hacer frente es de orden cuantitativo, en la medida en que deben atender simultáneamente las necesidades de dos niños, pero que dicho esfuerzo adicional no se prolonga más en el tiempo, ya que los gemelos, en principio, atraviesan a la vez por las mismas fases de desarrollo.

En consecuencia, el Tribunal sostiene que la prolongación del permiso parental no supone necesariamente la única medida adecuada para facilitar a los progenitores de gemelos la conciliación de la vida profesional y familiar. Por todo ello, el Tribunal concluye que en virtud del contexto y la finalidad perseguida, la cláusula en cuestión no obliga a reconocer un derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido.

Por su parte, la Abogada General interpreta la disposición controvertida en el sentido de que los trabajadores, hombres y mujeres, tienen un derecho individual al permiso parental de al menos tres meses por cada hijo. Ésta se acoge a la literalidad de la disposición y sostiene que en ella no se habla simplemente de un permiso parental tras un nacimiento, sino del nacimiento de “un hijo”. Esta cláusula también es interpretada por el Tribunal a la luz del principio de igualdad, poniendo en relación el artículo 20 de la Carta, en el que dicho principio se halla consagrado con carácter fundamental, y el artículo 33, apartado 2, en que se reconoce al derecho al permiso parental el carácter de derecho social fundamental.

En este sentido establece que la misma obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación en el Estado miembro de

que se trate, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas<sup>987</sup>.

Esta interpretación de la cláusula 2, apartado 1, a la luz del principio de igualdad supone la vía a través de la cual el Tribunal trata de otorgar una mayor protección a los progenitores de gemelos y facilitar la conciliación de su vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, del resultado conjunto de esta sentencia se ve favorecido el interés económico del empleador mientras que la protección otorgada a los padres de gemelos queda en algo ambiguo y etéreo, encomendado a los Estados miembros. Ello se traduce en incertidumbre e inseguridad jurídica.

TRUJILLO PÉREZ sostiene que esta percepción restringida del objeto de la cuestión condujo al Tribunal a no otorgar la debida importancia al principio de igualdad, desvirtuando de alguna manera el sentido y la finalidad del Acuerdo marco sobre el permiso parental<sup>988</sup>. Junto con este autor consideramos que el Tribunal ha desaprovechado una excelente oportunidad para dar un paso más a favor no sólo de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sino también a favor de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, MIRANZO DÍEZ comparte el fallo del Tribunal<sup>989</sup> aunque remarca con énfasis la necesidad de garantizar un trato que tenga debidamente en cuenta las necesidades específicas de los progenitores<sup>990</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal menciona por vez primera el artículo 33 CDFUE e interpretará a la luz del mismo el contenido de la Directiva 96/34. En ella sostiene que el derecho al permiso parental es un derecho individual de los progenitores trabajadores, no de los hijos, por lo que éste no se multiplica en virtud de los hijos nacidos en cada parto. Argumenta que la prolongación del permiso parental no resulta una medida del todo adecuada para facilitar la conciliación de los progenitores de gemelos. Sin embargo

---

<sup>987</sup> *Chatzi* (C-149/10, parágrafo 75).

<sup>988</sup> TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier. *op. cit.* p.514.

<sup>989</sup> MIRANZO DÍEZ, José Javier. *op. cit.* p.225.

<sup>990</sup> *Chatzi* (C-149/10, parágrafo 71).

no aporta solución al respecto. El Tribunal podría haber planteado soluciones tales como la previsión de ayudas específicas (económicas, servicios de atención y cuidado) para aquellos progenitores de gemelos.

Las consecuencias económicas de la postura adoptada por el Tribunal benefician los intereses económicos del empleador en detrimento de la protección de los derechos de los trabajadores, padres y madres de gemelos. De ella nada se infiere en relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual entre hombres y mujeres.

**53. Pedro Manuel Roca Álvarez y Sesa Start España ETT, S.A., sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2012 (C-104/09)- Cuestión prejudicial**

En el asunto<sup>991</sup> Roca Álvarez el órgano nacional remitente plantea al Tribunal de Justicia si una medida nacional que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso de lactancia, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena

---

<sup>991</sup>Vid. PICOD, Fabrice. “Congés d'allaitement pour les pères salariés: des restrictions injustifiées”. *La Semaine Juridique - édition générale*. Núm. 41. 2010, p. 1896; PICOD, Fabrice. “Congés d'allaitement pour les pères salariés: des restrictions injustifiées”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 45. 2010, p. 38; AUBERT, Michel, BROUSSY, Emmanuelle, DONNAT, Francis. “Chronique de jurisprudence de la CJUE. Egalité hommes-femmes”. *L'actualité juridique droit administratif*. 2010, pp. 2308-2309; DRIGUEZ, Laetitia. “Égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins”. *Europe*. Núm. 11. 2010, pp. 33-34; LEONE, Candida. “Towards a More Shared Parenthood? The Case of Roca Álvarez in Context”. *European Labour Law Journal*. Vol. 1. Issue 4. 2010, pp. 513-516; DUMITRAȘCU, Augustina. “Curtea de Justiție a Uniun Europene”. *Curierul Judiciar*. Núm. 11. 2010, pp. 654-655; FLINDALL, Anne. “In the Spirit of Equality: Breastfeeding Leave for Men”. *European Law Reporter*. Núm. 10. 2010, pp. 348-351; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”. *Diario La ley*. Núm. 7499. 2010, pp. 1-4; LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”. *Diario La ley*. Núm. 7536. 2010, pp. 11-13; LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Droit à congé lié à l'éducation d'un enfant”. *Revue de jurisprudence sociale*. Núm. 2. 2011, pp. 102-103; CAPPUCCHIO, Laura. “Corte di giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive”. *Quaderni costituzionali*. 2011, pp. 165-168; DAHM, Katharina. “Stillurlaub für Väter?” *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*. 2011, pp. 396-406.

es contraria al Derecho de la Unión y, en particular, a los artículos 2, apartados 1, 3 y 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE.

El Tribunal de Justicia sostiene, por una parte, que para la normativa nacional la condición de progenitor no es suficiente para que los hombres que tengan la condición de trabajador por cuenta ajena disfruten del permiso, y lo es en cambio para las mujeres que tengan esa misma condición. Sin embargo y por otra parte, 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. Por ello se observa una diferencia de trato por razón de sexo. A continuación el Tribunal procede a determinar si tal diferencia se halla justificada por razón de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

La justificación en el apartado 3, el cual hace referencia a aquellas disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, queda descartada. El órgano jurisdiccional remitente señala que el permiso de lactancia se halla desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad<sup>992</sup>. El permiso en cuestión puede disfrutarse indistintamente por la madre o por el padre. Por ello el Tribunal de Justicia sostiene que no puede considerarse que persiga el objetivo establecido en el artículo 3, que según la jurisprudencia busca proteger la condición biológica de la mujer y las particulares relaciones entre la madre y el hijo<sup>993</sup>. El Tribunal continúa utilizando como jurisprudencia de referencia aquélla en la que se mantiene la división tradicional sexual de roles.

El Tribunal señaló que, desde el momento en que dicho permiso puede disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena (opción que implica que tanto el padre como la madre

---

<sup>992</sup> *Roca Álvarez* (C-104/09, parágrafo 28).

<sup>993</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 23).



pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo) resulta que se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño.

La justificación de la mencionada diferencia de trato en el apartado 4 del artículo de la Directiva 76/207 también queda rechazada. El Tribunal de Justicia declaró que tal medida no tiene como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, ni constituye una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal y a evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.

Según el Tribunal de Justicia, el hecho de denegar el disfrute de dicho permiso a los padres varones 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, que es 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<sup>994</sup>.

El precepto de la legislación española en cuestión puede 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<sup>995</sup>.

De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que el artículo 2, apartados 1, 3 y 4 y el artículo 5 de la Directiva 76/207 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a la medida nacional controvertida. Tal y como sostiene FOTINOPOULOU el Tribunal facilitó que la titularidad del derecho al permiso de lactancia no residiera exclusivamente en la madre trabajadora, sino que tanto el padre como la madre fueran titulares del derecho sin necesidad de ejercicio subsidiario de esta licencia por parte del

---

<sup>994</sup> *Roca Álvarez* (C-104/09, parágrafo 37) y *Roca Álvarez*, Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 6 de mayo de 2010 (C-104/09, punto 47). *Vid.* GHAILANI, Dalila. “European social policy: some thoughts on the case law”. *op. cit.* p. 185.

<sup>995</sup> *Lommers* (C-476/99, parágrafo 41).

padre<sup>996</sup>. En este sentido, el Tribunal trató de promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, así como corregir la división tradicional sexual de roles, en virtud de la cual la mujer tiene atribuido el papel de cuidadora. JACQMAIN apoya la tesis mantenida por la Abogada General Kokott quien vinculó este asunto con la compleja cuestión de la paternidad compartida y la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>997</sup>.

De esta manera, de acuerdo con BALLESTER PASTOR se plantea una paradoja entre la línea por la que apuesta el Tribunal en este asunto y el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman*, la cual todavía no se considera superada. Resulta incoherente la defensa, por una parte, de la legitimidad de las medidas para el cuidado de los hijos dirigidas en exclusiva a la mujer con fundamento en la especial relación existente entre la madre y el hijo y, por otra parte, la consideración de perjudicial para el colectivo femenino de este tipo de beneficios dirigidos a él en exclusiva<sup>998</sup>.

Mediante la decisión adoptada por el Tribunal, éste hace primar los intereses de los trabajadores y trabajadoras frente a los intereses económicos de los empleadores. En consecuencia, SHAW plantea su preocupación por el posible “efecto boomerang” de la excesiva protección a la maternidad lo cual conllevaría a la reticencia por parte de los empresarios a la contratación de mujeres en edad fértil debido al coste económico directo e indirecto que de las mismas se deriva en caso de maternidad. En otras palabras, una protección excesiva podría dar lugar a obstaculizar el acceso de las mujeres al mercado laboral<sup>999</sup>.

\* \* \*

---

<sup>996</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, Olga. “El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez)”. *Lan Harremanak. Revista de relaciones laborales*. Núm. 23. 2010, p.134.

<sup>997</sup> JACQMAIN, Jean. “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (De 1/9/2010 a 31/8/2011)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 29. 2011, p. 9.

<sup>998</sup> BALLESTER PASTOR, Amparo. “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. *Lan Harremanak*. Núm. 25. 2012, p. 57.

<sup>999</sup> SHAW, K. V. “The case of Álvarez and the boomerang effect of maternity leave”. *Web Journal of Current legal Issues*. Núm.2. 2013. Disponible en:

<http://ojs.qub.ac.uk/index.php/webjcli/article/view/219/335> [consultado el 03/15/2012]

En este supuesto se observa una diferencia de trato por razón de sexo que el Tribunal no considera justificada en lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207. A través de la solución adoptada, el Tribunal contribuye a promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, así como corregir la tradicional división sexual de roles. Consideramos de gran importancia que se vayan derribando todas aquellas barreras, jurídicas y sociales, que dificultaban a los padres varones el implicarse en mayor medida en el cuidado de sus hijos e hijas. El Tribunal adopta una actitud valiente y otorga un mayor peso a los intereses y derechos del trabajador que a los intereses o perjuicios económicos que pueda sufrir el empleador.

#### **54. Dita Danosa y LKB Lizings SIA, sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Danosa<sup>1000</sup> prestaba sus servicios a la sociedad de capital LKB, en la que era miembro del consejo de dirección. El 24 de julio de 2007, le fue notificada el acta de la reunión de la junta de socios en la que se acordó la destitución de su cargo. Ella, que consideraba que tal destitución era ilegal, presentó una demanda ante el Juzgado del distrito central de la ciudad de Riga. La Sra. Danosa se encontraba en la semana undécima de embarazo en el momento del despido.

El órgano jurisdiccional nacional planteó al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. En primer lugar, preguntó si una persona que presta servicios en una sociedad de capital, siendo miembro de su consejo de dirección, debía considerarse trabajador en el sentido de la Directiva 92/85/CEE. A tal cuestión el Tribunal respondió

---

<sup>1000</sup> JEANSEN, Emeric. "Protection de la « travailleuse enceinte » membre d'un comité de direction." *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 50. 2010, pp. 23-25; DRIGUEZ, Laetitia. "Protection des travailleuses enceintes". *op. cit.* p. 29; WANK, Rolf. "Kapitalgesellschaft, Mitglied der Unternehmensleitung, Arbeitnehmereigenschaft, Kündigung/"Danosa"" *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*. Núm.1. 2011, p.27-28; SCHMITT, Mélanie. "L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Rupture des relations juridiques en raison de l'état de grossesse." *Revue de jurisprudence sociale*. Núm. 2. 2011, pp. 97-98; LEOPOLD, Anders. "Mutterschutz für Mitglieder der Unternehmensleitung." *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 2011, pp. 362-368; PETROVIC, Sinisa, CERONJA, Petar. "Corporate Effects of the Danosa Case: Is the Termination of Membership of the Board of Directors Allowed in the Case of a Pregnant Board Member?" *Croatian Yearbook of European Law & Policy*. Vol. 8. 2012, pp. 437-456; SCHUBERT, Claudia. "Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer" *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 2013, pp. 5-15.

afirmativamente, sin embargo la argumentación dada al respecto no resulta relevante en la presente investigación por lo que no se realiza alusión a la misma.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia debía determinar la conformidad, respecto de la prohibición de despedir recogida en el artículo 10 de la Directiva 92/85, de una normativa nacional (artículo 224.4 del Código de comercio letón) que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin tener en cuenta el hecho de que esté embarazada.

Según el Tribunal de Justicia, en el supuesto de que el tribunal nacional determine que concurre en la demandante la condición de “trabajadora embarazada” con arreglo a la Directiva 92/85, y que el acuerdo de destitución controvertido se tomó por razones esencialmente relacionadas con el embarazo, tal acuerdo resultaría incompatible con el artículo 10 de la mencionada Directiva. Si por el contrario, la interesada no reuniera la condición de trabajadora, el Tribunal de Justicia sostiene que la demandante podría acogerse a la protección contra la discriminación por razón de sexo que otorga la Directiva 76/207/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE.

En virtud del principio de no discriminación y, en especial, de lo dispuesto en la Directiva 76/207, debe reconocerse a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. En consecuencia, según el Tribunal de Justicia, aun suponiendo que el miembro afectado de un consejo de dirección no tenga la condición de “trabajadora embarazada”, no es menos cierto que su destitución por razón de embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartados 1 y 7, y 3, apartado 1, letra c) de la Directiva 76/207. JACQMAIN plantea el interrogante de si mediante esta decisión el Tribunal persigue llenar alguna de las lagunas de la Directiva 76/207<sup>1001</sup>.

El Tribunal también menciona la posibilidad de que la demandante pueda ampararse, en el caso de que su destitución tenga causa en su embarazo y de que el

---

<sup>1001</sup> JACQMAIN, Jean. “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”. *op cit.* p.10.

órgano jurisdiccional nacional la califique de “trabajadora autónoma”, en la Directiva 86/613<sup>1002</sup>, aplicable a los trabajadores autónomos.

Por todo ello el Tribunal responde a la segunda cuestión que el artículo 10 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación. El Abogado General, el Sr. Yves Bot, no otorga una solución tan protectora sino que justifica la norma letona<sup>1003</sup>.

Cabe destacar de esta sentencia la especial mención que el Tribunal realiza al artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se establece que el principio de igualdad entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a una situación que califica de discriminación directa por razón de sexo en virtud de la Directiva 76/207. Resulta pionera puesto que con la finalidad de otorgar protección a una mujer embarazada miembro del consejo de administración de una empresa asimila su situación a la de una trabajadora de la misma. Mediante la solución adoptada, el Tribunal otorga un mayor peso a los derechos de la trabajadora que a los derechos económicos de la empresa. En relación con la contribución de la sentencia al mantenimiento de la tradicional división sexual de roles entre hombres y mujeres nada se infiere al respecto. Para resolver este asunto, el Tribunal propone la interpretación e interpretación tanto de la Directiva 92/85 en primer lugar como de las Directivas 76/207 y 86/613 con carácter subsidiario.

---

<sup>1002</sup> Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias, así como sobre la protección de la maternidad. DOCE, núm. L 225 de 12.08.86.

<sup>1003</sup> El Abogado General, en sus Conclusiones presentadas el 2 de septiembre de 2010, sostiene en el punto 107 que el mero hecho de que esta disposición sea menos protectora que las normas nacionales aplicables al resto de las trabajadoras no ha de ser en sí mismo contrario al artículo 10 de la Directiva 92/85. Por ello propone que se responda que el artículo 10 se opone a una norma nacional en virtud de la cual los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital pueden ser cesados sin ninguna limitación en la medida en que dicha norma autorice dicho cese por un motivo relacionado con el embarazo.

**55. Tanja Borger y Tiroler Gebietskrankenkasse, sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2011 (C-516/09)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Borger<sup>1004</sup>, residente en Austria, tras el nacimiento de su hijo el 7 de enero de 2006, se acogió a una excedencia sin sueldo de dos años. Desde el 5 de marzo de 2006 al 28 de febrero de 2007, la Tiroler Gebietskrankenkasse abonó a la Sra. Borger una prestación por cuidado de hijos y, entre el 1 de marzo de 2007 y el 6 de enero de 2008, un pago compensatorio. Cabe mencionar que durante este último período, ésta se trasladó a vivir a Suiza a causa del trabajo de su marido.

Al final del período de excedencia, la empleada acordó con su empresario la prórroga de la misma durante seis meses, sin embargo durante este período no le sería concedida la prestación por cuidado de hijos ni el mantenimiento de la cobertura de la seguridad social.

La Sra. Borger interpuso una demanda en la que sostenía que la Tiroler Gebietskrankenkasse estaba obligada a abonarle también durante la prórroga un pago compensatorio de la prestación por cuidado de hijos. Ella argumentó que durante ese período disfrutaba de una excedencia sin sueldo pero que seguía manteniendo un vínculo laboral efectivo por lo que continuaba teniendo la condición de trabajadora, en el sentido del Reglamento n° 1408/71<sup>1005</sup>. También esgrimió que durante el tiempo que estuvo dedicada al cuidado de su hijo permaneció parcialmente afiliada al seguro de pensiones austriaco.

---

<sup>1004</sup> Vid. DRIGUEZ, Laetitia. “Affiliation et reconnaissance de la qualité de travailleur en matière de sécurité sociale. *Europe*. Núm 5. 2011, pp. 22-23; JEANSEN, Emeric. “Notion de travailleur salarié au sens du règlement 1408/71”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 26. 2011, pp. 47-48; SALVATORI, Rossella. “Lavoro subordinato e congedo parentale: la Corte conferma le tutele comunitarie”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2011, pp. 1284-1287.

<sup>1005</sup> Reglamento (CEE) n°1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a las aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DOCE 1997, L 28, p. 1), modificado a su vez por el Reglamento (CE) n° 1606/98, de 29 de junio de 1998 (DOCE L 209, p. 1).

El Oberster Gerichtshof (tribunal de casación austríaco) al conocer del asunto suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las dudas que le surgieron en torno a la interpretación del Reglamento nº1408/71.

El órgano jurisdiccional remitente, pedía esencialmente que se dilucidara si debía reconocerse la condición de “trabajador por cuenta ajena”, en el sentido del artículo 1, letra a), del reglamento nº1408/71, a una persona que se halla en la situación de la Sra. Borger durante los seis meses de prórroga de la excedencia sin sueldo a la que se acogió después del nacimiento de su hijo.

El Tribunal establece que conforme a su jurisprudencia, una persona tiene la condición de trabajador, en el sentido del Reglamento nº 1408/71, por estar asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en el marco de un régimen general o especial de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), de dicho Reglamento, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral<sup>1006</sup>. Tal y como sostiene GHAILANI, una de las aportaciones más relevantes del Tribunal en esta sentencia consiste en la determinación de la condición de trabajador<sup>1007</sup>.

\* \* \*

En esta sentencia, el Tribunal mediante la amplia interpretación del concepto de trabajador que realiza, permite garantizar una mayor protección a supuestos como el descrito en el asunto principal, y en concreto beneficia la posibilidad de proteger y garantiza la conciliación de la vida personal, laboral y familiar tanto de hombres como de mujeres. Las consecuencias económicas de la solución adoptada por el Tribunal resultan beneficiosas para la trabajadora en detrimento de los intereses económicos del empleador.

---

<sup>1006</sup> *Dodl y Oberhollenzer y Tiroler Gebietskrankenkasse*, sentencia del TJCE de 7 de junio de 2005 (C-543/03, párrafo 34).

<sup>1007</sup> GHAILANI, Dalila. “Römer, Casteels, Prigge: Overview of a number of judgments delivered by the Court of Justice of the European Union in 2011”. En NATALI, David and VANHERCKE, Bart. *Social Developments in the European Union 2011*. Brussels: ETUI abtl. 2012, p. 225.

**56. Land Hessen y Florence Feyerbacher, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, (C-62/11)**

La Sra. Feyerbacher<sup>1008</sup>, de nacionalidad alemana y residente en Alemania, tras ejercer durante años una actividad profesional por la que estaba sujeta al impuesto sobre la renta y a la seguridad social de dicho país, adquirió la condición de miembro del personal del Banco Central Europeo, el cual tiene su sede en Alemania. En consecuencia, le fueron aplicadas las condiciones de contratación establecidas por la institución, en virtud de las cuales el salario de su personal no se halla sujeto al impuesto sobre la renta ni a la seguridad social de Alemania.

La Sra. Feyerbacher tras el nacimiento de su hijo, el 5 de septiembre de 2008, solicitó a las autoridades alemanas recibir el subsidio parental previsto por la Bundeselterngehd und Elternzeitgesetz (Ley sobre el subsidio parental y la licencia parental).

Esta solicitud sería denegada y al conocer de la misma el Hessisches Landessozialgericht, éste elevó al Tribunal de Justicia distintas cuestiones prejudiciales mediante las que preguntaba, básicamente, si el artículo 15<sup>1009</sup> del Convenio de 18 de septiembre de 1998 celebrado entre el Gobierno alemán y el Banco Central Europeo relativo a la sede de dicha institución, en relación al artículo 36<sup>1010</sup> del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, excluye que la República Federal de Alemania pueda conceder un subsidio parental.

El Tribunal sostiene que es cierto que el artículo 15 del Convenio relativo a la sede impide al Estado imponer a los agentes del BCE obligaciones materiales y procesales para beneficiarse de las prestaciones previstas por las condiciones de

---

<sup>1008</sup> Vid. LARCHÉ, Marion. “Accord de siège de la BCE”. *Europe*. Núm. 10. 2012, pp. 19-20.

<sup>1009</sup> Artículo 15 del Convenio de 18 de septiembre de 1998 celebrado entre el Gobierno alemán y el Banco Central Europeo relativo a la sede: “Visto lo dispuesto en el artículo 36 [del Protocolo sobre los Estatutos del SEBC y del BCE], las condiciones de contratación de los miembros del Comité Ejecutivo y de los empleados no están sometidas a las disposiciones materiales y procesales del Derecho laboral y social de la República Federal de Alemania”.

<sup>1010</sup> Artículo 36 del Protocolo sobre los Estatutos del SEBC y del BCE: “El Consejo de Gobierno, a propuesta del Comité Ejecutivo, establecerá las condiciones de contratación del personal del BCE. 2. El Tribunal de Justicia tendrá jurisdicción en cualquier litigio entre el BCE y sus empleados dentro de los límites y con arreglo a las condiciones que establezcan las condiciones de empleo”.



contratación del BCE. Sin embargo este artículo no obliga en modo alguno a la República Federal de Alemania, como Estado de sede, a prever la concesión a dichos agentes del subsidio parental de que se trata en el asunto principal.

Del mismo modo, este artículo no priva a la RFA, que no supedita el derecho a la prestación del permiso parental a requisito de empleo o seguro, de la facultad de conceder esta prestación a los agentes del BCE que residen en su territorio, toda vez que la posibilidad de tal concesión está prevista efectivamente en su legislación nacional y las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión no excluyen esta posibilidad. Por todo lo expuesto, el Tribunal responde que el artículo 15 del Convenio relativo a la sede no excluye que la RFA pueda conceder el subsidio parental.

\* \* \*

El Tribunal resuelve en favor de la empleada mediante la extensiva interpretación que realiza de las competencias de la RFA. Mediante su sentencia contribuye a la mejora de las condiciones e instrumentos para conciliar la vida personal, familiar y laboral. A consecuencia de la solución adoptada por el Tribunal quedan perjudicados los intereses económicos del Estado. En relación con la contribución del fallo al mantenimiento de la tradicional división sexual de roles, nada se deduce al respecto.

***57. Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),  
Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sentencia del TJUE  
de 22 de noviembre de 2012 (C-385/11)- Cuestión prejudicial***

La Sra. Elbal<sup>1011</sup>, tras haber trabajado como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana (el 10% de la

---

<sup>1011</sup> Vid. DRIGUEZ, Laetitia. “Pensions légales des travailleurs à temps partiel et discrimination indirecte des femmes”. *Europe*. Núm.1. 2013, p. 47-48; KESSLER, Francis. “L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Travailleurs à temps partiel et droit des retraites: des discriminations sans fin”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2013, pp. 165-166

jornada legal en España), presentó una solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (a partir de ahora INNS) para obtener una prestación de jubilación.

Esta solicitud le sería denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación, en virtud de lo dispuesto en artículo el 161<sup>1012</sup>, apartado 1, letra b) de la Ley General de la Seguridad Social. En consecuencia, la Sra. Elbal, tras ser desestimada su reclamación ante el INSS, interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona. En ella alegaba que la disposición adicional séptima<sup>1013</sup> de la LGSS, en virtud de la cual le había sido denegada la pensión, vulneraba el principio de igualdad. El órgano jurisdiccional nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales.

El Tribunal procede a responder únicamente la cuarta de las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas. Mediante ella, el Juzgado remitente pregunta, básicamente, si el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en

---

<sup>1012</sup> Artículo 161 de la LGSS: “Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a) haber cumplido 65 años de edad; b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años[...]”.

<sup>1013</sup> Disposición adicional séptima de la LGSS: “La protección social derivada de los contratos a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas:

Primera. Cotización. a) La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. b) La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen. c) Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.

Segunda. Períodos de cotización. a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. b) Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Tercera. Bases reguladoras. a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. [...]”

circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exija a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida al carácter parcial de su jornada.

El Tribunal, por un lado, sostiene que una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial (como la Sra. Elbal que durante mucho tiempo ha efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido) a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación. Dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión.

Por otro lado, el Tribunal pone de manifiesto que el propio Juzgado remitente estima estadísticamente probado que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

\* \* \*

En esta sentencia el Tribunal hace frente a un supuesto de discriminación indirecta, puesto que la normativa en cuestión, aparentemente neutra, perjudica en proporción considerablemente superior a las mujeres. El Tribunal sostiene que la normativa cuestionada es contraria al artículo 4, apartado 1 de la Directiva 79/7, salvo que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Mediante la solución adoptada, el Tribunal favorece y protege la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, puesto que un alto porcentaje de los trabajadores, en su mayoría mujeres, que optan por la jornada a tiempo parcial lo hacen para poder atender, por una parte, su trabajo y, por otra parte, el cuidado de las personas a su cargo y de su hogar. El Tribunal a través de su solución otorga un mayor peso a los derechos de los trabajadores y trabajadoras que a los intereses económicos del Estado pues es el encargado de gestionar el sistema de pensiones. En relación con la contribución del fallo al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, nada se deduce al respecto.

**58. Nadežda Riežniece y Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests, sentencia del TJUE de 20 de junio de 2013 (C-7/12)- Cuestión prejudicial**

La Sra. Riežniece fue nombrada por el Lauku atbalsta dienests asesora principal en la Sección de asuntos jurídicos del Departamento Administrativo. La funcionaria disfrutó de un permiso parental entre el 14 de noviembre de 2007 y el 6 de mayo de 2009.

En 2009, debido a una reorganización estructural del Lauku atbalsta, uno de los puestos de asesor principal en la Sección de asuntos jurídicos del Departamento Administrativo fue amortizado sin referirse a un funcionario concreto. En consecuencia, cuatro funcionarios, entre ellos la Sra. Riežniece, fueron evaluados.

En la evaluación practicada en 2009, en comparación con la evaluación que les había sido realizada en 2006, de los ocho criterios utilizados tres eran nuevos, mientras que los otros cinco existían ya como tales o como componentes de un criterio existente. Además, dos de los criterios utilizados para la evaluación de 2006 no se tuvieron en cuenta en 2009.

A dos de los funcionarios evaluados, que habían permanecido en activo, se les evaluó el período comprendido entre el 1 de febrero y el 26 de febrero de 2009, mientras que a la Sra. Riežniece y a otra funcionaria, que se había acogido también al permiso parental, se les evaluó sobre la base de los resultados de la última evaluación anual realizada antes que iniciaran el referido permiso.

La Sra. Riežniece, que obtuvo una calificación global inferior a la recibida en la evaluación de 2006, fue clasificada en último lugar por lo que le fue comunicada la amortización de su puesto de trabajo. El Lauku atbalsta dienests le propuso, al mismo tiempo, el traslado a un puesto de asesora principal en la Sección de desarrollo de sistemas de información del Departamento de Información, que la Sra. Riežniece aceptó.

El 26 de mayo de 2009, el Lauku atbalsta dienests, debido a dificultades económicas, comunicó a la Sra. Riežniece el preaviso de cese en la función pública del Estado debido a la amortización de su puesto de trabajo en la Sección de desarrollo de sistemas de información del Departamento de Información.

El Augstākākas tiesas senāts (sala del Tribunal Supremo), que conoció en casación del procedimiento iniciado por la Sra. Riežniece, preguntó al Tribunal de Justicia si la Directiva 76/207 y el Acuerdo sobre el permiso parental debían interpretarse en el sentido de que se oponen:

- a que, a efectos de una evaluación de trabajadores en el marco de una amortización de puestos de funcionario debido a dificultades económicas nacionales, una trabajadora en situación de permiso parental sea evaluada en su ausencia sobre la base de la última evaluación anual realizada antes del inicio del permiso parental, aplicándose nuevos criterios, mientras que los trabajadores que han permanecido en activo son evaluados respecto de un período más reciente, y

- a que dicha trabajadora, que ha sido trasladada a otro puesto de trabajo al término de su permiso parental y como consecuencia de la citada evaluación, sea despedida debido a la amortización de ese nuevo puesto de trabajo.

En primer lugar, el Tribunal examina en qué medida un empleador puede, en el marco de la amortización de un puesto de trabajo, evaluar a un trabajador que se haya acogido a un permiso parental. El Tribunal sostiene que de la cláusula 2, apartado 4 se desprende que, en circunstancias como las del litigio principal, no queda prohibido a un empleador despedir a un trabajador que se haya acogido a un permiso parental, siempre que dicho permiso no esté motivado por la solicitud o el disfrute del permiso parental. En consecuencia, el acuerdo marco sobre el permiso parental no se opone a que un empleador, en el marco de la amortización de un puesto de trabajo, evalúe a un trabajador que se haya acogido a un permios parental tanto para trasladarlo a otro puesto similar o equivalente como cuando pretende reducir el número de trabajadores debido a dificultades económicas.

En segundo lugar, el Tribunal examina en qué medida la evaluación, en el mencionado marco, de una trabajadora que se haya acogido a un permiso parental puede constituir una violación del principio de no discriminación. El Tribunal sostiene que si se demostrase tal y como el órgano jurisdiccional remitente lo hace en la sentencia *Lewen*<sup>1014</sup>, que las mujeres recurren al permiso parental con mucha mayor frecuencia que los hombres, para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el modo de evaluación de los trabajadores en el marco de una amortización de un puesto de trabajo no puede colocar a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en una situación menos favorable con respecto a los trabajadores que no hayan disfrutado de este permiso.

Para que así sea, el TJ establece una serie de requisitos que la evaluación debiera cumplir. En primer lugar, debe evaluarse a todos los empleados a los que la amortización pueda afectar. En segundo lugar, la evaluación debe basarse en criterios estrictamente idénticos a los que se aplican a los trabajadores en activo. Finalmente, también establece que la aplicación de dichos criterios no puede implicar la presencia física de los trabajadores<sup>1015</sup>.

El órgano jurisdiccional remitente es el encargado de determinar si la evaluación realizada en 2009 a los funcionarios del asunto principal reunía estos requisitos que ahora establece el Tribunal con el fin de comprobar si existió discriminación indirecta en el sentido del artículo 2 apartado 2 de la Directiva 76/207.

En tercer lugar, el Tribunal examina en qué medida el empleador de la demandante podía trasladarla a otro puesto de trabajo como consecuencia de los resultados de la evaluación de 2009.

El Tribunal sostiene que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si el empleador no estaba informado, en el momento en el que le propuso el nuevo puesto de trabajo a la demandante, de que éste iba a ser amortizado. En el caso de que el empleador estuviera informado de tal situación, el Tribunal declara que tal

---

<sup>1014</sup> *Lewen* (C-333, parágrafo 35).

<sup>1015</sup> *Riežniece* (C-7/12, parágrafo 43).

hecho resulta inadmisibile pues podría privar a la interesada de la protección otorgada por la cláusula 2, apartado 5, del Acuerdo sobre el permiso parental.

\* \* \*

En este caso el Tribunal trata de proteger a aquellos trabajadores que se acogen a un permiso parental como medida destinada a conciliar su vida familiar y profesional. Sin embargo, cabe mencionar que dicha protección no es absoluta sino que únicamente se producirá en aquellos supuestos en los que la causa del despido radique en el hecho de haberse acogido al mencionado permiso.

El Tribunal también protege a estos trabajadores mediante el establecimiento de tres requisitos que deberán ser respetados en el caso de llevar a cabo una evaluación de trabajadores con el fin de que los trabajadores que se han acogido a un permiso parental se ven en una situación desventajosa o menos favorable que aquellos que no lo han hecho.

Cabe destacar esta sentencia pues en ella se recuerda que el Acuerdo marco sobre el permiso parental, tal y como se desprende del párrafo primero de su preámbulo y del punto 5 de sus condiciones generales, tiene por finalidad establecer medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ofreciéndoles una posibilidad de conciliar sus responsabilidades profesionales y su obligaciones familiares<sup>1016</sup>.

Existe, sin embargo, cierto equilibrio entre las necesidades económicas del empleador, las cuales permiten la amortización de puestos y el consecuente traslado o despido de un trabajador que ha disfrutado del permiso parental, y la protección de los intereses de este último. En relación con la contribución del fallo al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, nada se deduce al respecto.

---

<sup>1016</sup> *Riežniece* (C-7/12, parágrafo 31).

#### **4. ANÁLISIS TRANSVERSAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL**

##### **4.1 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE PERMISO PARENTAL**

El permiso parental<sup>1017</sup> es una de las medidas fundamentales que permiten a los padres y madres conciliar la vida personal, laboral y familiar. No debe ser confundido con el permiso de maternidad, dirigido especialmente a las madres, ni tampoco con el de paternidad, dirigido estrictamente a los padres. Sin embargo, en ocasiones, los trabajadores de ambos sexos se ven penalizados por el hecho de disfrutar del mismo a consecuencia directamente de la legislación existente en los Estados o de la interpretación que el empleador hace de ésta norma.

El Tribunal de Justicia ha tratado de hacer frente, en la medida de lo posible, a estas dificultades y otorgar una mayor protección a los trabajadores y trabajadoras que se acogen al permiso parental empleando conceptos tan importantes como el de “derecho adquirido”.

Como a continuación se describe, esta labor no siempre resulta sencilla ya que en ocasiones se ha de hacer frente a los dictados de la economía y del buen funcionamiento del mercado interior tan presentes en la UE.

##### **4.1.1 ANÁLISIS: GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

De los cincuenta y ocho asuntos analizados, quince de ellos guardan relación con la figura del permiso parental, medida indispensable para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Cabe resaltar el incremento de sentencias a partir del año 2003, concretamente a partir del asunto *Busch*<sup>1018</sup>, puesto que con anterioridad a ésta

---

<sup>1017</sup> DAVIES, A.C.L. *EU Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar. 2012, p. 136.

<sup>1018</sup> *Busch* (C-320/01).



únicamente se encuentran con relación a este tema las sentencias *Comisión vs. Italia*<sup>1019</sup> y *Hofmann*<sup>1020</sup>, las cuales son emitidas en 1983 y 1984 respectivamente.

En el análisis cronológico de las mismas también se observaba una evolución en lo referente al aumento de la protección que el Tribunal otorga al permiso parental. Así, en el caso *Comisión vs. Italia*, en el que todavía no se puede hablar de permiso parental en sentido estricto, el Tribunal elabora una interpretación particular del principio de igualdad.

El Tribunal no aplica el principio de igualdad comparando la situación del padre y de la madre en relación al permiso de cuidado de hijos, sino poniendo en comparación las situaciones del hijo biológico y del hijo adoptivo. De esta última comparativa no se desprende discriminación alguna, por lo que tal argumentación le permitirá al Tribunal negar el permiso de maternidad a los hombres en caso de adopción, permiso que sí resultaba concedido a las mujeres por la legislación italiana.

El Tribunal resolverá en este mismo sentido en la sentencia *Hofmann*. En este asunto, de la interpretación extensiva de la excepción a la igualdad de trato establecida en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva en cuestión (que autoriza a los Estados miembros a mantener disposiciones diferenciadas relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad) se derivará la denegación de un permiso retribuido para el cuidado de hijos para el padre.

En la sentencia se justificará el porqué de la exclusividad materna de este permiso. Con ello se desprotegen tanto el principio de igualdad entre hombres y mujeres como la concesión de un permiso parental en aras de lograr la corresponsabilidad entre los progenitores.

Este carácter no protector del permiso parental por parte de la jurisprudencia del Tribunal experimenta un cambio con el asunto *Busch*, en 2003, cuando el órgano judicial considera discriminatorio, por una parte, la obligación de la empleada de comunicar su embarazo a la hora de reincorporarse a su puesto de trabajo tras

---

<sup>1019</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana* (C-163/82).

<sup>1020</sup> *Hofmann* (C-184/83).

interrumpir su permiso parental y, por otra parte, el hecho de que el empresario tome en consideración el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental .

Ese mismo año, en mayo de 2003, el Tribunal volvió a adoptar un fallo, con el asunto *Mau*<sup>1021</sup>, que no protegería la figura del permiso parental al establecer que este permiso queda excluido del concepto de “relación laboral”, contemplado en los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987. El Tribunal excluye del concepto de “relación laboral” aquellos períodos que, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a créditos por salarios impagados. Por consiguiente, considera que deben excluirse los períodos durante los cuales la relación laboral se encuentra suspendida en virtud de un permiso parental puesto que durante dichos períodos no se debe retribución alguna. Esta consideración puede conllevar graves perjuicios para el trabajador que ha disfrutado de estos permisos con consecuencias, por ejemplo, en el cómputo de años trabajados a efectos del cálculo de la pensión de jubilación.

Esta línea jurisprudencial se mantiene en el fallo que el Tribunal pronuncia en la sentencia *Österreichischer*<sup>1022</sup> en la que se cuestiona el derecho a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen los períodos de excedencia del trabajador por cuidado de hijos. El Tribunal denegó tal derecho, al considerar que ni el artículo 141 TCE ni la Directiva 75/117 resultaban contrarios al hecho de que tales períodos, a los que se acogen principalmente las mujeres, no se computasen.

En 2005, en el asunto *Comisión de las Comunidades Europeas y Gran Ducado de Luxemburgo*<sup>1023</sup>, el Tribunal protege la normativa de la Unión en materia de permiso parental al establecer que la legislación luxemburguesa resultaba contraria a la misma. La ley nacional preveía que en el caso en que el permiso parental se viera interrumpido por el de maternidad el primero finalizaría prematuramente al ser sustituido por el segundo sin existir la posibilidad de quedar meramente aplazado. El Tribunal defendió

---

<sup>1021</sup> *Mau* (C-160/01).

<sup>1022</sup> *Österreichischer* (C-220/02).

<sup>1023</sup> *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03).

la posibilidad de disfrutar íntegramente de ambos permisos argumentando la diferente y exclusiva finalidad que cada uno de ellos persigue.

En esta misma línea el Tribunal, en el asunto *Kiiski*<sup>1024</sup>, dará la razón a la demandante en el litigio principal a la que su empleador le denegó su solicitud de modificación del permiso para el cuidado de hijos. Éste se amparaba en el convenio colectivo correspondiente y en la jurisprudencia finlandesa según los cuales un nuevo embarazo no podía comprenderse entre los supuestos contemplados para justificar la modificación del permiso por cuidado de hijos, puesto que no constituye un motivo imprevisible y legítimo.

El Tribunal de Justicia sostuvo que el permiso de maternidad, que debía ser garantizado en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85, atendiendo a la finalidad del permiso parental, obstaculiza la realización de dicha finalidad y, por ello, constituye un motivo legítimo para poder modificar la duración de dicho permiso. En este sentido el órgano judicial estableció que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho<sup>1025</sup>.

En el asunto *Gómez-Limón*<sup>1026</sup>, el Tribunal regresó a una interpretación más restrictiva del permiso parental. La Sra. Gómez-Limón, trabajadora de Alcampo S.A que siempre había prestado sus servicios a tiempo completo, los últimos años trabajó a tiempo parcial por guarda de su hijo menor de seis años. Durante este último periodo le fue reconocida una incapacidad permanente total para el desempeño de su puesto de trabajo y el importe de la pensión fue calculado sobre las cotizaciones aportadas durante el periodo que trabajaba a tiempo parcial.

El Tribunal considera que la cláusula 2, apartados 6 y 8 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, no se opone al supuesto descrito, puesto que no impone a los Estados miembros la obligación de garantizar a los trabajadores que, durante el tiempo en que disfruten de un permiso parental a tiempo parcial, seguirán adquiriendo derechos

---

<sup>1024</sup> *Kiiski* (C-116/06).

<sup>1025</sup> *Kiiski* (C-116/06, párrafo 56).

<sup>1026</sup> *Gómez-Limón* (C-537/07).

a futuras prestaciones de seguridad social en la misma medida en que lo harían si continuaran trabajando a tiempo completo.

Mediante esta solución el trabajador que se acoge al permiso parental queda desprotegido puesto que tal medida no se halla compensada por el Estado. De esta manera, la carga económica de atender a su hijo con la correspondiente reducción salarial es asumida en exclusiva por el trabajador así como con la posterior penalización que sufrirá en un futuro a la hora de recibir su pensión.

Ese mismo año, unos meses más tarde, en octubre de 2009, fue emitida la sentencia *Meerts*<sup>1027</sup>, mediante la cual el Tribunal volvía a adoptar una postura protectora en relación al permiso parental, y abandonaba la cautela mantenida en el asunto *Gómez-Limón*, al establecer que la indemnización de un despido de un trabajador no puede calcularse en función de la remuneración reducida, a causa del permiso parental, que el trabajador percibía en el momento en el que el despido tuvo lugar. De esta manera el Tribunal modifica, considerablemente, la línea seguida en el asunto *Osterreichischer*.

Este nivel de protección del permiso parental se mantiene en la sentencia emitida con motivo del asunto *Tirols*<sup>1028</sup> en la que el Tribunal de Justicia establece que según la cláusula 2, punto 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental y se aplicarán al finalizar el citado permiso.

El derecho a las vacaciones anuales retribuidas forma parte de los derechos derivados directamente de la relación de trabajo de cada trabajador a los que hace referencia la cláusula 2, punto 6 del Acuerdo. En consecuencia los trabajadores conservarán su derecho a vacaciones generado con anterioridad al disfrute de su permiso parental y podrán ejercerlo con posterioridad al mismo. De esta manera el

---

<sup>1027</sup> *Meerts* (C-116/08).

<sup>1028</sup> *Tirols* (C-486/08).

Tribunal garantiza la protección de aquellos trabajadores que disfrutaran de su permiso parental tal y como viene haciendo en su jurisprudencia<sup>1029</sup>.

Tal y como ocurría en la sentencia *Meerts*<sup>1030</sup> el Tribunal establece que el objetivo de la citada cláusula es evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, así como garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del citado permiso.

Esta protección se pone de manifiesto también en la sentencia *Chatzi*<sup>1031</sup>, pero de manera más cauta. En ella se establece que el derecho al permiso parental es un derecho individual de los progenitores trabajadores, no de los hijos, por lo que éste no se multiplica en virtud de los hijos nacidos en cada parto.

Algunos autores como TRUJILLO PÉREZ consideran que el Tribunal desaprovechó en esta ocasión una gran oportunidad para dar un paso más en favor de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y de la corresponsabilidad<sup>1032</sup>. El Tribunal justifica su fallo, entre otros motivos de índole jurídica, en el hecho de que la prolongación del permiso parental no resulta una medida del todo adecuada para facilitar la conciliación de los progenitores de gemelos. Sin embargo no aporta solución al respecto.

En el asunto *Roca Álvarez*<sup>1033</sup> el Tribunal considera contraria a la Directiva 76/207 una medida nacional que establece el permiso de lactancia como un derecho propio para las madres y como un derecho derivado para los padres, que únicamente podrán disfrutar cuando la madre del niño también tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena.

---

<sup>1029</sup> TROISE BROSSE, Monique. *op. cit.* p. 104.

<sup>1030</sup> *Meerts* (C-116/08, parágrafo 39).

<sup>1031</sup> *Chatzi* (C-149/10).

<sup>1032</sup> TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier. *op. cit.* p. 514.

<sup>1033</sup> *Roca Álvarez* (C-104/09).

El Tribunal engloba bajo el ámbito del permiso parental el permiso de lactancia, eliminando, de esta manera, su carácter exclusivamente materno. Esta interpretación extensiva del permiso parental otorga al mismo una mayor protección y produce consecuencias muy positivas a favor de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, especialmente a favor de la corresponsabilidad.

El Tribunal en el asunto *Borger*<sup>1034</sup> mediante la extensiva interpretación del que realiza de la condición de trabajador, en el sentido del Reglamento n° 1408/71, logra que le sean reconocidos a la demandante del litigio principal aquellos privilegios y prestaciones derivadas del permiso parental previstas por la legislación nacional.

También en la sentencia emitida por el Tribunal con motivo del asunto *Feyrbacher*<sup>1035</sup> se observa un mantenimiento de la protección en favor del permiso parental. En este supuesto el órgano judicial interpreta el artículo 15 del Convenio relativo a la Sede en el sentido de que éste no excluye la posibilidad de que una trabajadora del BCE de nacionalidad alemana y residente en Alemania, sujeta a condiciones de contratación distintas de los trabajadores de la República Federal Alemana, solicite al Estado el subsidio parental que éste prevé y éste se lo conceda.

En el asunto *Riežniece*<sup>1036</sup>, último asunto remitido durante el período objeto de esta investigación, el Tribunal otorga al permiso parental una protección de carácter limitado puesto que trata de contemplar el equilibrio existente entre las circunstancias económicas del empleador, las cuales permiten la amortización de puestos, y el consecuente traslado o despido de un trabajador que ha disfrutado del permiso parental.

En este caso el Tribunal trata de proteger a aquellos trabajadores que se acogen a un permiso parental como medida destinada a conciliar su vida familiar y profesional. Sin embargo, cabe mencionar que dicha protección no es absoluta sino que únicamente se producirá en aquellos supuestos en los que la causa del despido radique en el hecho de haberse acogido al mencionado permiso.

---

<sup>1034</sup> *Borger* (C-516/09).

<sup>1035</sup> *Feyrbacher* (C-62/11).

<sup>1036</sup> *Riežniece* (C-7/12).

En este asunto el Tribunal también protege a estos trabajadores mediante el establecimiento de tres requisitos<sup>1037</sup> que deberán ser respetados en el caso de llevar a cabo una evaluación de trabajadores con el fin de evitar que los trabajadores que se han acogido a un permiso parental se vean en una situación desventajosa o menos favorable que aquellos que no lo han hecho.

#### 4.1.2 ANÁLISIS: TRATAMIENTO DE LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

La división tradicional sexual de roles es aquella que atribuye al varón el papel de “breadwinner” y le sitúa en la esfera pública, al tiempo que relega a la mujer a las funciones de cuidado del hogar, de los hijos y de las personas dependientes, situándola en la esfera privada.

El Tribunal, con sus sentencias, ha contribuido, en ocasiones, a hacer frente a esta realidad y a promover el cambio en aras de lograr la anhelada corresponsabilidad entre hombres y mujeres, mientras que, en ocasiones, ha contribuido, por el contrario, a perpetuar esta división tradicional.

Es cierto que este mantenimiento o perpetuación no se produce siempre de la misma manera o con la misma intensidad. Se van a encontrar sentencias en las que es el fondo del asunto el que contribuye a este cometido, mientras que se hallan otras en las que es un argumento puntual el que ayuda al mismo.

Cabe decir que el Tribunal, en materia de permiso parental, en la mayoría de las sentencias que hace referencia a la cuestión de la división de papeles entre el hombre y la mujer mantiene la división clásica. De esta manera, en el asunto *Comisión y República Italiana*, el hecho de no garantizar un permiso similar al de maternidad a aquellos padres que adopten un hijo, supone indirectamente la tendencia del Tribunal a

---

<sup>1037</sup> *Riežniece* (C-7/12, párrafo 43): “En particular, debe evaluarse a todos los trabajadores que puedan verse afectados por la amortización del puesto de trabajo. Además, tal evaluación debe basarse en criterios estrictamente idénticos a los que se aplican a los trabajadores en activo. Por otra parte, la aplicación de dichos criterios no puede implicar la presencia física de los trabajadores, requisito que el trabajador en situación de permiso parental no puede cumplir”.

perpetuar la división tradicional de tareas entre hombres y mujeres en virtud de la cual, las funciones de cuidado son atribuidas a la madre<sup>1038</sup>. No se tiene en cuenta que el padre pueda tener cualquier tipo de legítima necesidad o deseo de un período de permiso y que el cuidado del niño es también su responsabilidad. La paternidad se halla limitada debido a la atribución al padre del rol de responsable económico del hogar. Esta sentencia no promueve la corresponsabilidad entre hombres y mujeres ni tampoco trata de corregir la situación de desigualdad existente en la sociedad en lo que al cuidado de los hijos se refiere.

En la sentencia *Hofmann*, pese a que el demandante del asunto principal sostuvo entre sus argumentos que la atribución del permiso de maternidad retribuido, únicamente, a la mujer suponía una discriminación no sólo para el padre, sino también para la madre, a la que se encomendaba, de esta manera, tácitamente y en exclusiva el cuidado de sus hijos, el Tribunal mantuvo que las características de este permiso eran conformes al Derecho comunitario.

Son varios los puntos de la sentencia en los que se manifiesta por parte del Tribunal que el objeto del período consiste en evitar la acumulación de la carga que recae sobre la madre<sup>1039</sup>, acumulación resultante de su actividad profesional y de la maternidad y que puede ser perjudicial para su salud. Por su parte, el Abogado General llega a hablar de una triple carga, en la que aúna las tareas domésticas, la reanudación de la actividad profesional y los cuidados intensivos que requiere el recién nacido<sup>1040</sup>.

El párrafo 14 establece explícitamente que el objeto de la protección legal de la madre es “*reducir la antinomia entre el papel de la mujer como madre y su situación de trabajadora en la vida profesional, con el fin de preservar su salud y la de su hijo*”<sup>1041</sup>. De esta manera se observa la visión del Tribunal para el que las tareas de cuidado del hijo continúan siendo competencia exclusiva de la mujer. El Tribunal sostiene que mediante este permiso se pretende proteger, por un lado, la condición

---

<sup>1038</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 131.

<sup>1039</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 11, 15 y 25).

<sup>1040</sup> *Hofmann*, Conclusiones del Abogado General (C-184/83, punto 11).

<sup>1041</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafos 14, 15 y 25).



biológica de la mujer durante su embarazo y durante el período posterior a éste, y por otra parte, “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”<sup>1042</sup>. Del uso de esta expresión se desprende la justificación teórica<sup>1043</sup> en virtud de la cual este órgano continúa atribuyendo las tareas de cuidado en exclusiva a la mujer.

En el asunto *Busch*, esta perpetuación no se desprende del fondo del asunto sino del hecho de utilizar todavía en su argumentación, concretamente en el párrafo 46, la formulada en el asunto *Hofmann*, donde como se ha expuesto, se defendía “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y el hijo*”.

Algo similar ocurrirá en el asunto *Ducado de Luxemburgo y Comisión de las Comunidades Europeas* y en el asunto *Kiiski*. En ambos, se continúa utilizando la argumentación dada en *Griesmar*<sup>1044</sup> donde, en el párrafo 43 de la sentencia, se establece que el “*artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 tiene por finalidad asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*”. De este párrafo cabe resaltar la mención que realiza a la “acumulación de cargas”, la cual se presupone atribuida a la mujer. Es cierto que en ella se comienza a vislumbrar la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, aunque todavía no ha aparecido el concepto de corresponsabilidad.

Frente a estas sentencias, en el asunto *Meerts* se observa una tendencia del Tribunal a cambiar esta división tradicional sexual de los roles al mencionar el punto 6 de las consideraciones del Acuerdo marco sobre el permiso parental en el que se hace referencia a las “*necesidades cambiantes de la sociedad*”<sup>1045</sup>. De la misma manera el Tribunal en el asunto *Roca Álvarez* muestra este interés en cambiar los roles preestablecidos.

---

<sup>1042</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25); El Tribunal confirmará esta postura en 1986 el asunto *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>1043</sup> FREDMAN, Sandra. *op. cit.* p. 195.

<sup>1044</sup> *Griesmar* (C-366/99, párrafo 43).

<sup>1045</sup> *Meerts* (C-116/08, párrafo 36).

Mediante esta sentencia, el Tribunal de Justicia facilitó que la titularidad del derecho al permiso de lactancia no residiera exclusivamente en la madre trabajadora, sino que tanto el padre como la madre fueran titulares del derecho sin necesidad de ejercicio subsidiario de esta licencia por parte del padre. En este sentido, el Tribunal trató de promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, así como corregir la división tradicional sexual de roles, en virtud de la cual la mujer tiene atribuido el papel de cuidadora.

De esta manera, de acuerdo con BALLESTER PASTOR se plantea una paradoja entre la línea por la que apuesta el Tribunal en este asunto y el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman*, la cual todavía no se considera superada. Resulta incoherente la defensa, por una parte, de la legitimidad de las medidas para el cuidado de los hijos dirigidas en exclusiva a la mujer con fundamento en la especial relación existente entre la madre y el hijo y, por otra parte, considerar este tipo de beneficios exclusivos para las mujeres perjudiciales para ellas.

Sin embargo y pese a que el fondo de la sentencia trate de luchar en aras de conseguir la corresponsabilidad entre el hombre y la mujer, en la argumentación de la misma continúa haciéndose referencia a la justificación esgrimida en el asunto *Hofmann*<sup>1046</sup> en relación a la excepción al principio de igualdad prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207. El resto de sentencias clasificadas bajo la categoría de permiso parental no hacen referencia a esta cuestión.

#### 4.1.3 ANÁLISIS: ASPECTOS ECONÓMICOS

Es numerosa la jurisprudencia que presenta indicadores de que el Tribunal se enfrenta, en ocasiones, a una difícil encrucijada entre, por un lado, la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y en consecuencia los derechos e intereses de los trabajadores y, por otra parte, los intereses y exigencias del mercado.

---

<sup>1046</sup> *Hofmann* (C-, párrafo 25).

De las quince sentencias analizadas en relación al tratamiento que el Tribunal realiza sobre el permiso parental, cuatro de ellas muestran una clara prevalencia de los intereses económicos del empleador, o en su caso del Estado, sobre los intereses de los trabajadores y trabajadoras. Por otra parte, tres de ellas también favorecen, aunque de manera indirecta, este interés económico. Finalmente, ocho de ellas muestran una clara defensa de los intereses del trabajador. Mediante este último grupo se puede apreciar cómo el Tribunal trata de hacer frente a la corriente dominante en la UE, que persigue fundamentalmente el buen funcionamiento del mercado común.

El primer grupo, formado por las sentencias *Mau*, *Österreichischer*, *Gómez-Limón* y *Chatzi* muestran claramente esta primacía de lo económico frente a lo social.

En la sentencia *Mau*, el Tribunal establece que el permiso parental queda excluido del concepto de “relación laboral”, contemplado en los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987, lo que puede repercutir, entre otros aspectos, en el cómputo de años trabajados a efectos del cálculo de la pensión de jubilación. De esta manera, puede observarse cómo el Tribunal trata de evitar el impacto económico que supondría una decisión en sentido contrario y el coste que la misma supondría a los empresarios y a los Estados. Es por ello que se aprecia la falta de apuesta por parte del Tribunal por la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Algo muy similar ocurre en el asunto *Österreichischer*, en el que el Tribunal deniega el derecho a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen los períodos de excedencia del trabajador por cuidado de hijos. Pese a que el Abogado General y el Tribunal reiteran en su argumentación que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en detrimento del principio de igualdad de sexos<sup>1047</sup>, el resultado de la postura adoptada por ambos favorece el interés económico del empleador.

---

<sup>1047</sup> *Dekker* (C-177/88, párrafo 12); *Mahlburg* (C-207/98, párrafo 29), *Tele Danmark* (C-109/00, párrafo 28). Véanse, además, las sentencias *Schönheit y Becker*, sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2003 (C-4/02, párrafo 85); *Steinicke y Bundesanstalt für Arbeit*, sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003 (C-77/02, párrafos 66 y 67); *Kutz-Bauer y Hansesstadt Hamburg*, sentencia del TJCE de 20 de marzo de 2003 (C-187/00, párrafos 59 y 60); *Roks y Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid*, sentencia del TJCE de 24 de febrero de 1994 (C-343/92, párrafos 35 y 36) y *Jørgensen* (C-226/98, párrafo 39).

Tampoco la solución dada en la sentencia *Gómez-Limón* va a favorecer el interés de los trabajadores, puesto que de la misma se deriva que son ellos quienes van a asumir la carga económica que supone atender a los hijos, a lo que se le suma la correspondiente reducción salarial y la posterior penalización que más tarde sufrirán en el cálculo de su pensión de jubilación por haber disfrutado del permiso parental.

Finalmente observamos que del resultado conjunto de la sentencia *Chatzi* se ve favorecido el interés económico del empleador mientras que la protección otorgada a los padres de gemelos queda en algo ambiguo y etéreo, cuya concreción se encomienda a los Estados miembros.

El segundo grupo, el cual de manera indirecta también va a favorecer el interés económico del empleador y del Estado, se halla integrado por la sentencias *Comisión y República Italiana*, *Hofmann* y *Riežnieze*.

La primera de ellas, la sentencia *Comisión y República Italiana*, supone indirectamente un ahorro económico tanto para el Estado como para el empleador, pues no garantiza a aquellos padres varones que adopten un hijo un permiso similar al de maternidad. De esta manera no será necesario el pago de una prestación por paternidad ni la contratación de un empleado que sustituya al que se halle disfrutando del permiso.

Un resultado similar provoca la sentencia *Hofmann*, puesto que el hecho de no garantizar la transferibilidad de la prestación por maternidad al padre que ha solicitado una excedencia laboral para el cuidado de su hijo, ni prever un permiso de paternidad retribuido supone indirectamente un ahorro económico tanto para el Estado como para el empleador.

En la sentencia *Riežnieze* el Tribunal muestra cierto equilibrio entre las circunstancias económicas del empleador, las cuales permiten la amortización de puestos y el consecuente traslado o despido de un trabajador que ha disfrutado del permiso parental, y la protección de los intereses de este último.

El último grupo, formado por las sentencias *Busch*, *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo*, *Kiiski*, *Meerts*, *Tirol*, *Roca Álvarez*, *Borger* y *Feyerbacher*, dan muestra de cómo el Tribunal desempeña una importante labor en la defensa de los intereses y

derechos de los trabajadores frente a los intereses económicos de los empleadores y del Estado.

La decisión adoptada por el Tribunal en el asunto *Busch*, ha de ser calificada de valiente pues resuelve en detrimento de los intereses económicos de los empresarios, los cuales se verán obligados a asumir los costes generados a consecuencia de la maternidad de sus empleadas. El TJ sigue la línea mantenida por el Abogado General, que recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico padecido por el empresario no puede justificar una discriminación por razón de sexo<sup>1048</sup>. De este modo, sostiene que el empresario tendrá la obligación de reincorporar a su puesto de trabajo a una mujer encinta que no podría cumplir, durante la duración del embarazo, la totalidad de las tareas relacionadas con su empleo, pese a las consecuencias económicas que de ello se deriven.

En el asunto *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo*, el Tribunal reconoce que el permiso parental, al que tienen derecho ambos progenitores, no puede reducirse cuando resulta interrumpido a consecuencia de otro permiso que persigue un objetivo distinto, como el permiso de maternidad. De este modo, se manifiesta cómo el Tribunal reconoce una mayor entidad a los intereses de los beneficiarios del permiso parental frente a los intereses de los empleadores y del Estado, para quienes resultaría menos gravoso económicamente que este permiso se viera reducido en caso de ser interrumpido por otro.

El argumento consistente en que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho<sup>1049</sup> fue reiterado en la sentencia *Kiiski*. El Tribunal sostiene que el permiso de maternidad, que debe ser garantizado en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 92/85, obstaculiza la finalidad perseguida por el permiso parental y, por ello, constituye un motivo legítimo para poder modificar la duración de dicho permiso.

---

<sup>1048</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12), *Mahlburg* (C-207/98, parágrafo 29) y *Tele Danmark* (C-109/00, parágrafo 28).

<sup>1049</sup> *Kiiski* (C-116/06, parágrafo 56).

Es cierto que en este caso el propio Tribunal tuvo en cuenta la incidencia que su decisión podía tener sobre la organización de la empresa, como podía ser la necesaria contratación de un sustituto, lo que deja entrever su preocupación de tinte económico. Pese a ello, la solución ofrecida otorga un menor peso los intereses económicos del empleador<sup>1050</sup>.

En el asunto *Meerts*, el Tribunal interpreta la cláusula 2, punto 6 y 7 del Acuerdo de permiso parental en el sentido de que la indemnización que debe pagarse al trabajador no puede determinarse en función de la remuneración reducida, a causa del permiso parental, que percibía cuando el despido tuvo lugar.

El Abogado General en su punto 55 lleva a cabo la interpretación económica de la solución propuesta y sostiene, que de este modo, por un lado, el trabajador no sufre un peor trato en lo económico como consecuencia de acogerse al permiso parental y, por otro lado, el despido de un trabajador durante el disfrute del permiso parental no resulta menos gravoso para el empresario desde un punto de vista económico que el despido de cualquier otro trabajador.

El Tribunal en esta sentencia abandona la postura conservadora por la que optó en el asunto *Gómez-Limón*<sup>1051</sup> (en el que fue cuidadoso con la legislación existente y no fue más allá de lo estrictamente establecido en la misma) con el fin de imponer a los empleadores una mayor carga económica por razón de la maternidad de sus trabajadoras que aquella establecida previamente en el Acuerdo marco.

El Tribunal en la sentencia *Tirol*, al establecer que los trabajadores conservarán su derecho a vacaciones generado con anterioridad al disfrute de su permiso parental y que podrán ejercerlo con posterioridad al mismo, otorga mayor peso a los intereses de los trabajadores frente a los intereses de los empresarios. Por otra parte, en este asunto se amplía el ámbito de protección de los trabajadores que gozan de un contrato de duración determinada a pesar del perjuicio económico que de ello derivaría para el empresario.

---

<sup>1050</sup> *Kiiski* (C-116/06, parágrafo 37).

<sup>1051</sup> *Gómez-Limón* (C-537/07).

Mediante la decisión adoptada por el Tribunal en el asunto *Roca Álvarez*, éste hace primar los intereses de los trabajadores y trabajadoras frente a los intereses económicos de los empleadores. En esta sentencia el permiso de lactancia se ampara bajo el ámbito del permiso parental, eliminando de esta manera, su carácter exclusivamente materno y, permitiendo de esta manera, que puede ser disfrutado por los padres.

En el asunto *Borger* el Tribunal favorece la protección de los intereses de los trabajadores gracias a la extensiva interpretación que realiza de la condición de trabajador, en el sentido del Reglamento nº 1408/71. Así, logra que le sean reconocidos a la demandante del litigio principal aquellos privilegios y prestaciones derivadas del permiso parental previstas por la legislación nacional. Tal solución produce un evidente coste económico para la empresa, la cual no estaría obligada a satisfacer los mencionados privilegios si el órgano judicial hubiera interpretado la condición de trabajador de manera más restrictiva.

El Tribunal, en el asunto *Feyerbacher*, responde que el artículo 15 del Convenio relativo a la Sede no excluye que la RFA pueda conceder el subsidio parental. De esta manera, el Tribunal resuelve en favor de la Sra. Feyerbacher mediante la extensiva interpretación que realiza de las competencias de la RFA. En consecuencia quedan perjudicados los intereses económicos del Estado, que se verá obligado a conceder el subsidio parental a residentes alemanes que no tributen en Alemania sino que posean un especial régimen fiscal por trabajar para alguna de las instituciones europeas, en este caso el Banco Central Europeo.

#### **4.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LA PROMOCIÓN EN EL MISMO POR RAZÓN DE MATERNIDAD**

La igualdad en el acceso al empleo es uno de los derechos más importantes a través de los cuales se han podido ir acortando las distancias existentes entre los papeles que la mujer y el hombre venían desempeñando tradicionalmente en la sociedad.

Gracias a los avances en este campo la mujer ha podido ir superando, más fácilmente, los obstáculos que se le han ido presentando en su incorporación al mundo laboral.

Es la posibilidad de acceder al empleo en igualdad de condiciones que el varón, la que le otorga uno de los componentes fundamentales para tener que conciliar: tener un trabajo. Esto que parece una obviedad, no lo es tanto, pues en muchas ocasiones la mujer ha encontrado y encuentra barreras, la mayoría de veces con causa en su maternidad, que le impiden este acceso al trabajo y, en consecuencia, le impiden de primeras esta posibilidad de conciliar.

Esta dificultad de conciliar la vida personal, familiar y laboral supone un obstáculo para los trabajadores y trabajadoras en su promoción en el empleo puesto que, en muchas ocasiones, les sitúa en una situación de desventaja frente a aquellos compañeros que no presentan esta necesidad/dificultad. Es por ello que la corrección de esta desventaja, bien a través de la legislación, bien a través de la jurisprudencia, como medio auxiliar, supone una importante ayuda.

#### 4.2.1 ANÁLISIS: GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Cabe poner de manifiesto que el Tribunal, en las ocho sentencias halladas en materia de igualdad en el acceso al empleo, plantea soluciones en las que los intereses de los trabajadores (en este caso trabajadoras) son especialmente protegidos. Se les otorga un mayor peso que a los intereses económicos de los empleadores.

La sentencia *Johnston*<sup>1052</sup> sostenía que la prohibición impuesta a las mujeres policía de portar armas de fuego y de recibir el adiestramiento correspondiente, no se puede considerar como una disposición que atiende a la protección de la mujer prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

---

<sup>1052</sup> *Johnston* (C-222/84).



El Tribunal mantiene que esta disposición no permite excluir a las mujeres de este empleo y que las diferencias admitidas por la misma no incluyen riesgos y peligros que no afecten de una manera específica a las mujeres, en cuanto a tales<sup>1053</sup>.

Esta sentencia protege a la mujer y permite hacer frente a la perspectiva proteccionista en virtud de la cual se pretende sobreprotegerla por razón de la maternidad, convirtiendo la misma en un obstáculo para ella. Una interpretación demasiado extensiva de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva podría dar lugar a situaciones discriminatorias en perjuicio de la mujer.

El Tribunal en el asunto *Dekker*<sup>1054</sup> elabora un principio fundamental en virtud del cual la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, puesto que tal circunstancia sólo puede ser opuesta a las mujeres. Tal decisión va a marcar la jurisprudencia posterior del Tribunal y va a permitir otorgar una mayor protección a la mujer embarazada que trata de incorporarse a un puesto de trabajo. Esta protección de la mujer va a ir delimitándose poco a poco a través de sucesivas sentencias la cuales definirán, entre otros aspectos, su inicio y su final.

En el asunto *Thibault*<sup>1055</sup> el Tribunal otorga una protección inestimable a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia al establecer que el ejercicio de los derechos concedidos a las mujeres en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, como el disfrute del permiso de maternidad, no puede conllevar que la trabajadora experimente un trato desfavorable en el acceso al empleo o en lo que a las condiciones de trabajo se refiere, es decir, el ejercicio del derecho al permiso de maternidad no puede privar a la mujer de su derecho a ser calificada y de la posibilidad de promoción profesional<sup>1056</sup>.

El Tribunal sostiene que de la interpretación del apartado 3 del artículo 2 y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, se deriva la prohibición de que una

---

<sup>1053</sup> *Johnston* (C-222/84, parágrafo 46).

<sup>1054</sup> *Dekker* (177/88, parágrafo 12).

<sup>1055</sup> *Thibault* (C-136/95).

<sup>1056</sup> *Thibault* (C-136/95, párrafos 26 y 27).

normativa nacional prive a una mujer de su derecho a ser calificada y, por lo tanto, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por el hecho de haber estado ausente debido a un permiso de maternidad<sup>1057</sup>.

En el asunto *Hill y Stapleton*<sup>1058</sup> el Tribunal reconoce por primera vez la importancia que el Derecho comunitario ha de otorgar a la conciliación de la vida familiar y profesional<sup>1059</sup>. La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral es entendida por el Tribunal como *el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres*<sup>1060</sup>.

En lo que al fondo del asunto se refiere, el Tribunal mediante su fallo otorga un mayor peso a los intereses de los trabajadores. Debe tenerse en cuenta que la decisión del Tribunal es adoptada para una situación en la que existe un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeñando un empleo de jornada compartida. El Tribunal concluye que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 76/207 se oponen a una normativa nacional según la que los trabajadores a tiempo compartido que acceden a un empleo a jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada compartida que tenían anteriormente. Ello se debe a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado.

De esta manera trata de evitarse que aquellos trabajadores, hombres y mujeres, que trabajen a tiempo parcial con el fin de poder conciliar su trabajo con el cuidado de sus hijos se vean penalizados por ello en su promoción profesional.

En el asunto *Kreil*<sup>1061</sup>, que guarda cierta similitud con el asunto *Johnston*, el Tribunal mantiene la misma línea al sostener que el apartado 3 del artículo 2 de la

---

<sup>1057</sup> *Thibault* (C-136/95, parágrafo 33).

<sup>1058</sup> Vid. NOVAK, Meinhard. "Diskriminierung von Frauen beim Wechsel von Teilzeit- auf Vollarbeitsplätze". *op. cit.* pp. 344-345; McGLYNN, Clare y FARRELLY, Catherine. "Equal Pay and the Protection of Women within Family Life". *op. cit.* pp. 202-207.

<sup>1059</sup> BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *op. cit.* p. 13.

<sup>1060</sup> *Hill* (C-243/95, parágrafo 42).

<sup>1061</sup> *Kreil* (C-285/98).

Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas en el mismo. De ello se desprende que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva en aras de la protección de la mujer.

En este mismo asunto, el Abogado General, el Sr. La Pergola, recuerda en su punto 13 que el Tribunal de Justicia siempre ha rechazado categóricamente las alegaciones formuladas por los Estados miembros para ampliar el alcance de la expresión “protección de la mujer” a supuestos distintos del embarazo, la lactancia o la maternidad.

En *Mahlburg*<sup>1062</sup>, el Tribunal aúna la protección otorgada a los trabajadores en anteriores sentencias<sup>1063</sup> y reconoce que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada<sup>1064</sup>, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada<sup>1065</sup> debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante.

Conviene hacer referencia también al hecho de que la protección otorgada en este caso a la mujer embarazada parece quedar limitada, como ocurría en *Habermann-Beltermann y Webb*<sup>1066</sup>, a aquellos supuestos en los que la trabajadora trata de acceder a un contrato de trabajo de carácter indefinido o se halla ya en la posesión del mismo. Por ello vuelve a plantearse la duda en relación a la desprotección sufrida por aquellas trabajadoras que se hallan vinculadas a la empresa a través de un contrato temporal.

---

<sup>1062</sup> *Malhbrug* (C-207/98).

<sup>1063</sup> *Webb* (C- 32/93); *Habermann-Beltermann* (C-421/92).

<sup>1064</sup> *Thibault* (C-136/95).

<sup>1065</sup> *Dekker* (177/88).

<sup>1066</sup> *Webb* (C- 32/93, párrafo 26).

En el asunto *Sass*<sup>1067</sup> el Tribunal también recuerda aquella jurisprudencia en virtud de la cual se reconoce que el ejercicio de los derechos previstos en aras de lograr esta protección no puede dar lugar a un trato desfavorable de la trabajadora en lo que respecta a los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional<sup>1068</sup>. En consecuencia, sostiene que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo.

El Tribunal en la sentencia emitida con motivo del asunto *IMSALUD*<sup>1069</sup>, invoca la solución dada en el asunto *Sass*<sup>1070</sup> en el que se establecía que, en lo que se refiere al cómputo de un período de permiso de maternidad a efectos del acceso a una categoría profesional superior, las trabajadoras, en su relación laboral, estaban protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad.

Pese a que en el caso de autos no se trata de un ascenso sino del acceso a un nuevo empleo, el Tribunal, siguiendo lo dispuesto en el punto 39 de las Conclusiones del Abogado General, hace extensiva tal solución al presente supuesto. De esta manera se dispone que los artículos 2, apartados 1 y 3, y 3 de la Directiva 76/207 prohíben cualquier discriminación de una trabajadora debida a un permiso de maternidad o a un permiso cuya finalidad sea proteger a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva.

---

<sup>1067</sup> *Sass* (C-284/02)

<sup>1068</sup> *Merino Gómez* (C-342/01, parágrafo 37); *Thibault* (C-136/95, parágrafo 26).

<sup>1069</sup> *IMSALUD* (C-294/04).

<sup>1070</sup> *Sass* (C-284/02, parágrafos 35 y 36).

#### 4.2.2 ANÁLISIS: TRATAMIENTO DE LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

En el conjunto de sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia y agrupadas bajo la categoría de discriminación en el acceso al empleo y en la promoción en el mismo por razón de la maternidad puede observarse como el Tribunal mantiene distintas posturas en relación al tratamiento que da a la división de roles entre el hombre y la mujer.

De esta manera, se observa un primer grupo de sentencias cuyo fondo no persigue ni deja entrever de ninguna manera la perpetuación de la división tradicional sexual de roles, sin embargo en su argumentación se continúa haciendo referencia a jurisprudencia en la que sí se mantiene esta postura. Concretamente ello ocurre en las sentencias *Johnston*, *Thibault*, *Kreil*, *Mahlbourg* y *Sass*.

El fondo de la sentencia *Johnston* es contrario a esta clásica división de roles, es más, trata de corregirla con la solución que plantea. Sin embargo, el Tribunal, en su argumentación<sup>1071</sup> continúa manteniendo la tesis en virtud de la cual el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 persigue, entre otros objetos, el relativo a la protección de la especial relación entre la madre y el hijo, ya establecido en el asunto *Hofmann*<sup>1072</sup>.

Tal argumentación contribuye indirectamente a perpetuar la distribución tradicional de los roles familiares, puesto que considera que la relación entre la madre y el hijo es distinta a la existente entre el padre y el hijo por lo que es la madre la que ha de hacerse cargo principalmente del cuidado de la descendencia.

Ello ocurre de igual forma en la sentencia *Sass*, la cual en su párrafo 32 hace alusión nuevamente al mismo apartado del asunto *Hofmann*, mientras que del fondo de la sentencia nada se deriva al respecto.

En el párrafo 25 de la sentencia *Thibault*, también se reitera jurisprudencia del Tribunal en relación a la finalidad perseguida por el apartado 3 del artículo 2 de la

---

<sup>1071</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>1072</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25).

Directiva 76/207 haciendo alusión a las sentencias *Hofmann*<sup>1073</sup>, *Habermann-Beltermann*<sup>1074</sup> y *Webb*<sup>1075</sup>. De esta manera el Tribunal continúa manteniendo esta argumentación fundamentada en las especiales relaciones de la madre con el hijo, en virtud de la cual atribuye a la misma las tareas de cuidado, perpetuando así la división tradicional de roles.

El Tribunal en el asunto *Kreil*, realiza también una remisión indirecta a la sentencia *Hofmann* al mencionar en su párrafo 30 el párrafo 44 de la sentencia *Johnston* en el cual se reitera la argumentación dada en el párrafo 25 de la sentencia *Hofmann*. Por último, cabe hacer referencia no a la sentencia *Mahlburg* sino a las Conclusiones del Abogado General pronunciadas con motivo de este asunto, las cuales en su punto 26 continúan haciendo referencia a la argumentación dada en *Hofmann*. Es destacable el hecho de que el Tribunal en el asunto *Sass*, cuya sentencia es dictada en 2004, continúa haciendo referencia a esta argumentación ya, en parte, superada.

Un segundo grupo es el conformado únicamente por el asunto *Hill*, en el que el Tribunal siendo consciente de la realidad que existe, al poner de manifiesto que las mujeres constituyen casi la totalidad de los trabajadores a tiempo parcial en el sector público irlandés y que eligen tal opción con el fin de conciliar el trabajo y las cargas familiares<sup>1076</sup>, pone de relieve, por vez primera, la enorme importancia de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral la cual es entendida por el Tribunal como *el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres*<sup>1077</sup>.

Finalmente, un último grupo es aquel conformado por los asuntos *Dekker* e *IMSALUD* cuyo fondo persigue claramente la incorporación y la promoción de la mujer en el mundo laboral, de lo que se deduce que trata de paliar la división tradicional sexual de roles, y en cuya argumentación tampoco se halla argumento tradicional alguno.

---

<sup>1073</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25).

<sup>1074</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, párrafo 21).

<sup>1075</sup> *Webb* (C-32/93, párrafo 20).

<sup>1076</sup> *Hill* (C-243/95, párrafo 41).

<sup>1077</sup> *Hill* (C-243/95, párrafo 42).

### 4.2.3 ANÁLISIS: ASPECTOS ECONÓMICOS

De las ocho sentencias analizadas en materia de discriminación en el acceso al empleo y en la promoción en el mismo, ninguna de ellas muestra una postura del Tribunal en la que éste dé primacía a los intereses económicos del empleador.

En la sentencia *Dekker*, el aspecto económico juega una especial relevancia, ya que es una de las justificaciones esgrimidas por el empleador para no contratar a la candidata al puesto. Su negativa se fundamenta en los perjuicios económicos que le acarrearía su contratación debido al estado de embarazo en el que la misma se encuentra en el momento de solicitar el puesto de trabajo,

El Tribunal, que comparte el enfoque del Abogado General, concluye que la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, puesto que tal circunstancia sólo puede ser opuesta a las mujeres y que tal discriminación no puede quedar justificada aludiendo al perjuicio económico que tal contratación pudiere causar<sup>1078</sup>.

El Tribunal sostuvo que negar el acceso al empleo a una mujer por el hecho de estar embarazada no podía quedar justificado en las posibles pérdidas económicas que al empresario le pudiera suponer el permiso de maternidad<sup>1079</sup>.

El Abogado General fue más allá y afirmó, por una parte, que el principio de igualdad de trato no debe ceder, en ningún caso, ante justificaciones económicas<sup>1080</sup>. Por otra parte, encomendó a los Estados miembros la adopción de todas las medidas necesarias para que la obligación que tienen los empresarios de contratar a una mujer embarazada no les resulte perjudicial como consecuencia de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno<sup>1081</sup>.

En el asunto *Thibault*, el Tribunal inclina la balanza en favor de la protección de la maternidad en detrimento de los intereses económicos del empleador. En ella se

---

<sup>1078</sup> *Dekker* (177/88, párrafo 12).

<sup>1079</sup> VOTINIUS, Jenny Julén. *op. cit.* p. 139.

<sup>1080</sup> *Dekker*, Conclusiones del Abogado General (C-177/88, puntos 30 y 32).

<sup>1081</sup> *Dekker*, Conclusiones del AG (C-177/88, puntos 31).

concluye que la trabajadora ausente por haber disfrutado de su permiso por maternidad, a pesar de no reunir el período mínimo de seis meses, tendrá el derecho a ser calificada. De esta manera la trabajadora podrá optar a la promoción profesional y a una mayor remuneración, lo que va en perjuicio del interés económico del empleador.

Es cierto que en esta sentencia se elimina una de las principales barreras a la promoción profesional de la mujer. Sin embargo, esta igualdad en el acceso a la promoción no supone una igualdad real en las condiciones de la promoción. Si el trabajador o la trabajadora se han acogido a un permiso parental o de maternidad podrán acceder a ser calificados, sin embargo, sus condiciones, sus méritos y sus logros a evaluar no podrán, probablemente, equipararse a los de aquellas personas que han permanecido en sus puestos de trabajo. En consecuencia estos trabajadores, hoy en día, en su mayoría trabajadoras, continúan sufriendo una penalización por el hecho de haber optado, en un momento concreto de sus vidas, por conciliar su vida familiar y laboral. Conciliar continua hoy siendo un sinónimo de renuncia.

En el asunto *Hill*, el Tribunal reitera la argumentación dada en la sentencia *Dekker* y por ello, respecto a la justificación fundamentada en razones económicas que el demandado alega, recuerda que el empleador no puede justificar una discriminación basada en el único motivo de que la eliminación de la misma implicaría un aumento de sus costes.

La solución dada por el Tribunal resulta más gravosa económicamente para el empleador que aquella que resultaba de la aplicación de la normativa cuestionada, por ello puede decirse que el Tribunal hace primar los intereses de los trabajadores a tiempo compartido frente a los perjuicios económicos que pueda sufrir el empleador.

En el asunto *Mahlburg*, el Tribunal reitera, en relación a esta cuestión, lo dispuesto en el asunto *Dekker*<sup>1082</sup> donde declaró que los perjuicios económicos que el empresario padece por causa de la contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad, no puede justificar la negativa de contratación de ésta. De esta manera el Tribunal hace valer la protección de los derechos de la mujer y

---

<sup>1082</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).



su especial situación de vulnerabilidad frente a los intereses económicos de los empresarios.

La protección otorgada en este caso a la mujer embarazada también parece quedar limitada a aquellos supuestos en los que la trabajadora trata de acceder a un contrato de trabajo de carácter indefinido o se halla ya en posesión del mismo. Por ello vuelve a plantearse la duda en relación a la desprotección sufrida por aquellas trabajadoras que se hallan vinculadas a la empresa a través de un contrato temporal. Esta crítica ya ha sido analizada en los asuntos *Habermann-Beltermann* y *Webb*<sup>1083</sup> donde se ha considerado que esta omisión consistía en un modo de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios. Ello suponía una acción para mitigar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en el asunto *Dekker*.

El Abogado General en el asunto *Mahlburg* señala la primacía de la protección otorgada por el Derecho comunitario a la mujer embarazada frente a los resultados económicos de la empresa en la que la trabajadora está empleada, tal y como se proclama por el Tribunal en el asunto *Webb*<sup>1084</sup>. Sin embargo, plantea la duda, en relación a las cargas que los empresarios pueden verse obligados a soportar con el fin de garantizar la igualdad de trato a las mujeres embarazadas y la protección de la maternidad, de si siempre se ha de dar preferencia al principio de no discriminación o si, en determinadas circunstancias, cabe justificar algunas excepciones para tener en cuenta las exigencias de las empresas más frágiles.

El Abogado General califica esta problemática de real, no obstante argumenta que la igualdad de trato entre hombres y mujeres es un principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que no puede ser restringido para tomar en consideración dicho tipo de exigencias. Sostiene que la postura del Tribunal en relación a los aspectos económicos es clara aludiendo a lo dispuesto en el asunto *Dekker*, donde se establece que la discriminación de la mujer embarazada no puede justificarse

---

<sup>1083</sup> *Webb* (C- 32/93 párrafo 26).

<sup>1084</sup> *Webb* (C- 32/93 párrafo 26).

haciendo referencia al perjuicio económico que el empresario padece en caso de contratarla durante su baja por maternidad<sup>1085</sup>.

La Sra. Sass, siguiendo la solución dada por el Tribunal en la sentencia, accederá antes a un nivel jerárquico superior debido al cómputo completo de la duración de su permiso de maternidad, por lo que el empleador deberá comenzar a incrementar su remuneración antes. En consecuencia esta postura resulta también una solución valiente, puesto que la misma va en beneficio de la protección de la mujer y de su maternidad en detrimento de los posibles intereses económicos del empleador.

Finalmente, en el asunto *IMSALUD* la solución adoptada por el Tribunal provocará un efecto similar al que sucede en el asunto *Sass*. El Tribunal estima que se compute la antigüedad de la interesada desde el momento en que hubiera tomado posesión en caso de no haberse hallado disfrutando de su permiso de maternidad y no desde el momento en el que se produjo su toma de posesión efectiva, tal y como prevé la legislación nacional. De esta manera el Tribunal evita que la trabajadora se vea penalizada por el hecho de ser madre. La maternidad prima sobre los perjuicios económicos que la empresa pudiera tener como consecuencia de los efectos que de la antigüedad de la interesada se pudieran derivar.

Cabe decir que tanto en el asunto *Johnston* como en el asunto *Kreil*, no se halla una relación directa entre la solución adoptada y las consecuencias económicas de la misma, más allá de las posibles consecuencias económicas que puedan derivarse para el empleador a causa de la maternidad de sus trabajadoras.

Tal y como sostiene VOTINIUS, los principios jurídicos y sociales que tradicionalmente han organizado la vida laboral apoyan el interés de mercado de la empresa en lugar de interés de los padres trabajadores<sup>1086</sup>. Sin embargo, la adhesión del Tribunal a la postura de que la discriminación por embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo comenzó a modificar lentamente estos principios tradicionales.

---

<sup>1085</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

<sup>1086</sup> VOTINIUS, Jenny Julén. *op cit.* p. 149.

### **4.3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO POR RAZÓN DE MATERNIDAD O PERMISO PARENTAL**

#### **4.3.1 ANÁLISIS: GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

El hecho de otorgar a la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia una protección especial frente al despido es una medida fundamental para que pueda, por una parte, desarrollar su faceta profesional de manera libre y plena y, por otra parte, pueda asumir el reto de la maternidad sin miedo a que ello pueda tener repercusiones en su vida laboral. Es por ello que esta medida contribuye a la anhelada conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

De las doce sentencias analizadas que guardan relación con la protección frente al despido por razón de maternidad, cabe decir que el Tribunal de Justicia ha adoptado una actitud protectora en la mayoría de los casos. Únicamente dos de ellas, la sentencias *Hertz*<sup>1087</sup> y *Larsson*<sup>1088</sup>, presentan posturas que no otorgan a la mujer la tutela que ésta demanda en cada uno de los casos. En ellas el Tribunal trata de fijar unos límites a esta protección, puesto que la ausencia de los mismos podría dar lugar al llamado “efecto boomerang”, el cual podría provocar la reticencia de los empleadores a contratar mujeres en edad fértil.

La Sra. Hertz, cuyo apellido da nombre al asunto, resultó despedida por haber incurrido en repetidas ausencias con origen en el embarazo pero surgidas una vez finalizado el permiso de maternidad. El Tribunal, en este caso, delimitó que la protección contra el despido alcanza hasta el final del permiso por maternidad, la protección no traspasará esta frontera<sup>1089</sup>.

De esta manera el Tribunal fijó y distinguió dos períodos. El período relativo al permiso de maternidad (durante el cual la mujer goza de una extensa protección en

---

<sup>1087</sup> *Hertz* (C-179/88).

<sup>1088</sup> *Larsson* (C-400/95).

<sup>1089</sup> El Abogado General argumenta también esta postura y señala que una mayor protección podría perjudicar a las mujeres en su acceso al mercado de trabajo.

virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207) y el período que sobreviene al permiso de maternidad durante el cual la mujer pasa a recibir el mismo trato que recibiría un hombre en una situación semejante y comparable<sup>1090</sup>.

El Tribunal determina el límite final de la protección de la mujer contra el despido por causa de embarazo. El límite inicial, es decir, el momento a partir de cual comienza para la mujer embarazada esta especial protección, irá delimitándose en sucesivas sentencias.

Este asunto fue aprovechado por el Tribunal para determinar aquellos puntos que en el asunto *Dekker* habían quedado implícitos en relación a la legislación reguladora de los despidos por razón de la maternidad:

En el asunto *Larsson*, la demandante en el litigio principal es despedida por haber incurrido en repetidas ausencias, causadas por el embarazo, a lo largo del mismo y tras la expiración del permiso de maternidad. La diferencia que este asunto tiene con el asunto *Hertz* consiste en el hecho de que la enfermedad de la Sra. Larsson ya se presenta en el embarazo y se prolonga una vez finalizado el permiso de maternidad mientras que la enfermedad de la Sra. Hertz, pese a que es consecuencia del embarazo, aparece por vez primera una vez finalizado el mencionado permiso.

El Tribunal, pese a la argumentación dada por la demandante que considera que no le puede ser aplicable la solución dada en el asunto *Hertz*, sostiene que es inexacto afirmar que él mismo, con base en la sentencia *Hertz*, haya establecido una distinción en virtud del momento de aparición o manifestación de la enfermedad<sup>1091</sup>. En consecuencia, le puede ser aplicada la misma solución, por lo que la protección frente al despido finalizará una vez terminado el permiso de maternidad.

El Tribunal concluye que el Derecho comunitario no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad.

---

<sup>1090</sup> MORE, Gillian. *op. cit.* p. 53.

<sup>1091</sup> *Larsson* (C-400/95, párrafo 17).

Por otra parte, el Tribunal sí considerará contrario al objetivo de protección que persigue el apartado 3 del artículo 2 de la mencionada Directiva admitir que la ausencia durante el permiso de maternidad pueda ser tomada en consideración para justificar un despido posterior<sup>1092</sup>.

Sin embargo y puesto que mantiene que la trabajadora no se beneficia de protección contra el despido motivado por ausencias debidas a una enfermedad que aparece durante el embarazo, el Tribunal deduce que la Directiva no se opone a que las ausencias de las trabajadoras que tengan lugar entre el comienzo del embarazo y el comienzo del permiso por maternidad, sean tenidas en cuenta para el cálculo del período que justificaría su despido con arreglo a la legislación nacional.

Es por ello que el Tribunal delimita, en este asunto, la protección frente al despido de la trabajadora desde el inicio del embarazo hasta el final del permiso de maternidad, sin embargo afirma que la única ausencia que no será tomada en consideración para justificar el despido será el propio permiso de maternidad, el resto de ausencias sí computarán a estos efectos<sup>1093</sup>.

Un segundo grupo lo conforman las sentencias *Habermann-Beltermann* y *Webb*, en las que el Tribunal ha adoptado por una postura protectora, sin embargo esta protección fue tachada, en un primer momento, de limitada. La doctrina sostenía que la protección frente al despido establecida por el Tribunal en ambos asuntos, únicamente alcanzaba a aquellas trabajadoras que se hallaban unidas a su empresa mediante un contrato indefinido.

En el asunto *Habermann-Beltermann*, se plantea la nulidad del contrato de una trabajadora que está embarazada y tratarse el puesto de trabajo de un trabajo nocturno, el cual se halla prohibido por la legislación nacional para las mujeres embarazadas. Es preciso matizar, que en el presente caso, a diferencia del asunto *Dekker*<sup>1094</sup>, la

---

<sup>1092</sup> *Larsson* (C-400/95, párrafo 22).

<sup>1093</sup> El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer recoge una extensa reflexión tras la que concluye que los periodos de baja médica causados por problemas de salud provocados por el embarazo y que trascurren desde el inicio del mismo hasta el inicio del permiso de maternidad no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de computar las ausencias a efectos de despido

<sup>1094</sup> *Dekker* (C-177/88).

desigualdad de trato no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora sino en la prohibición legal existente en Alemania en relación al trabajo nocturno.

El Tribunal considera que sería contrario al objetivo del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva admitir la posibilidad de que el contrato pudiera ser declarado nulo o impugnado a causa del embarazo<sup>1095</sup>. En este sentido, establece que la ruptura de un contrato de duración indeterminada como consecuencia del embarazo de la trabajadora, bien debido a la nulidad o a su impugnación, no puede justificarse en la existencia de una prohibición legal que impida temporalmente a la trabajadora embarazada desempeñar un trabajo nocturno<sup>1096</sup>. De esta manera el Tribunal subrayó el carácter indefinido del contrato y el hecho de que la incapacidad de la Sra. Habermann - Beltermann para realizar un trabajo nocturno era de carácter únicamente temporal.

En el asunto *Webb*, la problemática radica nuevamente, al igual que sucede en el asunto *Habermann-Beltermann*, en el hecho de que el Tribunal se limita a hacer referencia a los contratos indefinidos, sin embargo no se pronuncia en relación a aquellos que poseen una duración determinada<sup>1097</sup>. De manera indirecta, parece admitir la posibilidad de poder despedir a aquellas trabajadoras vinculadas a su empresario mediante un contrato de temporal que se encuentren embarazadas<sup>1098</sup>.

En este caso la protección otorgada por el Tribunal también queda limitada a aquellas trabajadoras que se hallen en posesión de un contrato de duración indeterminada. Tras conocer la empresa el embarazo de la Sra. Webb procede a despedirla alegando su incapacidad para efectuar el trabajo para el que había sido contratada<sup>1099</sup>, puesto que la misma había sido contratada para sustituir a otra

---

<sup>1095</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 24).

<sup>1096</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92, parágrafo 25).

<sup>1097</sup> CARACCILO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *op cit.* p. 257.

<sup>1098</sup> El Abogado General considera esta cuestión, planteada por la Comisión a lo largo del procedimiento, supérflua.

<sup>1099</sup> *Vid.* BOCH, Christine. "When is pregnancy unique to the female sex". *op. cit.* pp. 392-399; ROFES i PUJOL, María Isabel. "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La sentencia Webb de 14 de julio de 1994. La igualdad de trato entre hombres y mujeres: el acceso al empleo y las condiciones de trabajo". *op. cit.* pp. 105-108; McGLYNN, CLARE. "Webb v EMO: A Hope for the Future?" *op. cit.* p.50-62; SZYSZCZAK, Erika. "The Status to be Accorded to Motherhood": Case C-32/93, *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*". *op. cit.* pp. 860-866; BUSBY, Nicole.

trabajadora también embarazada y continuar posteriormente en la empresa pese a la reincorporación de esta última.

El Tribunal, apoyándose en la solución dada en el apartado 25 de la sentencia *Habermann-Beltermann*, establece que la resolución de un contrato por tiempo indefinido con causa en el embarazo de la trabajadora no podrá justificarse por el hecho de que la empleada se encuentre, con carácter temporal, en la imposibilidad de efectuar el trabajo para el que fue contratada.

Es preciso, también, hacer alusión a la mención que el Tribunal realiza en el apartado al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, pese a que la misma todavía no había entrado en vigor en el momento de emisión de la sentencia. Este artículo prevé una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. Cabe destacar que dicho precepto no prevé excepción alguna a la prohibición que proclama. Este artículo puede ser considerado como la cristalización de la jurisprudencia hasta el momento que se había encargado de proteger a la mujer frente a los despidos cuya causa radicaba en una discriminación por razón de sexo como es el embarazo.

Finalmente un último grupo se halla compuesto por las sentencias *Brown*<sup>1100</sup>, *Jiménez Melgar*<sup>1101</sup>, *Tele Danmark*<sup>1102</sup>, *Paquay*<sup>1103</sup>, *Coleman*<sup>1104</sup>, *Mayr*<sup>1105</sup>, *Pontin*<sup>1106</sup> y *Danosa*<sup>1107</sup>, en las que el Tribunal establece una amplia protección frente al despido para aquellas mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. De

---

“The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v. EMO Air Cargo (U.K.) Ltd”. *op. cit.* pp.156-159; LAHERA FORTEZA, Jesús, CHÁVARRI ANDRÉS, Joaquín. “Discriminación por razones de sexo y embarazo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 79. 1996 pp. 911-924.

<sup>1100</sup> *Brown* (C-394/96).

<sup>1101</sup> *Melgar* (C-438/99).

<sup>1102</sup> *Tele Danmark* (C-109/00).

<sup>1103</sup> *Paquay* (C-460/06).

<sup>1104</sup> *Coleman* (C-303/06).

<sup>1105</sup> *Mayr* (C-506/06).

<sup>1106</sup> *Pontin* (C-36/08).

<sup>1107</sup> *Danosa* (C-232/09).

éstas, algunas de ellas vienen a corregir y a completar la postura adoptada por el Tribunal en asuntos como *Larsson*, *Habermann-Beltermann* o *Webb*.

La sentencia *Brown* viene a hacer frente a lo dispuesto por el propio Tribunal en el asunto *Larsson*. La Sra. Brown es despedida por haber estado ausente por enfermedad causada por el embarazo y durante éste, más de 26 semanas ininterrumpidas, que es el tiempo fijado por una cláusula contractual para poder justificar el despido de un trabajador, independientemente de su sexo.

En ella el Tribunal, frente a lo sostenido en el asunto *Larsson*, dispondrá que la protección frente al despido no se limita al permiso de maternidad sino que comienza desde el inicio del embarazo por lo que las ausencias, que con causa en el embarazo tengan lugar durante este período, no computarán a efectos de despido<sup>1108</sup>. De este modo el Tribunal manifiesta un importante avance en relación a la protección de la mujer embarazada<sup>1109</sup>.

Pese a su inaplicabilidad *ratione temporis*, el Tribunal hace alusión al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, el cual prevé la prohibición de despido de la mujer desde el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. De hecho, se fundamentará en el mismo a la hora de adoptar su interpretación.

El Tribunal, por una parte, al ignorar la postura sostenida en *Larsson*, reconoció expresamente su intención de seguir una nueva dirección. Por otra parte, comenzó a proporcionar directrices sobre la forma de interpretar la relación entre las disposiciones de la Directiva de igualdad de trato y la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas, que como resultado de *Larsson* había quedado confusa.

---

<sup>1108</sup> *Brown* (C-394/96, párrafo 24 y 25).

<sup>1109</sup> Esta solución fue planteada ya por el Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, en los puntos 36 y 42 de sus Conclusiones en el asunto *Larsson*. En ellos consideraba que el período de protección de la mujer debía iniciarse desde el comienzo de la gestación y, en consecuencia, aquellas bajas médicas con causa en el embarazo que transcurriesen con anterioridad al comienzo del permiso de maternidad no deberían ser computadas a efectos de justificar el despido de la trabajadora. El Abogado General, aludía al período de protección frente al despido recogido en el artículo 10 de la Directiva 92/85 pese a que la misma tampoco resultaba todavía aplicable a los hechos del litigio principal. En aquel momento el Tribunal de Justicia se apartó de la propuesta planteada por el Abogado General y limitó el la protección únicamente al período del permiso de maternidad, tal y como había sido establecido en la sentencia *Hertz*.



Por su parte, las sentencias *Melgar* y *Tele Danmark* vienen a aclarar la duda que los asuntos *Habermann- Beltermann* y *Webb* habían suscitado en relación a la desprotección frente al despido que se podría generar sobre aquellas trabajadoras que se hallaran vinculadas a su empresa mediante un contrato de duración determinada<sup>1110</sup>.

Mediante la sentencias *Tele Danmark* y *Melgar*<sup>1111</sup>, se cerrará la puerta que había sido dejado abierta en el asunto *Webb*, tal y como sostienen BUSBY<sup>1112</sup>.

El órgano judicial, en el asunto *Melgar*, manifiesta que la Directiva 92/85 no distingue, en relación al alcance de la prohibición de despido de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, entre contratos de duración determinada y contratos por tiempo indefinido. En consecuencia será de aplicación a ambas clases de contratos. El Tribunal extiende la protección del Derecho comunitario a los supuestos de trabajadoras embarazadas vinculadas a su empresa mediante un contrato de duración determinada. Se despeja de este modo todo tipo de duda al respecto.

Ésta es una de las cuestiones que el Abogado General, en las Conclusiones del asunto *Tele Danmark* tratado con especial interés. Él manifiesta que la interpretación de

---

<sup>1110</sup> En los asuntos resuletos hasta el presente supuesto por el TJ en los que la causa directa del despido había sido el embarazo (*Habermann-Beltermann* y *Webb*), el contrato de las trabajadoras había sido concertado por tiempo indefinido. En estos asuntos el Tribunal había prestado especial atención a la duración del contrato y a la justificación de que la incapacidad de la trabajadora para desempeñar sus funciones tenía un carácter temporal en relación a la duración total del contrato. En consecuencia, se había dejado la puerta abierta a una posible desprotección de aquellas trabajadoras vinculadas a la empresa mediante un contrato por tiempo determinado, lo cual generó duras críticas por parte de la doctrina.

En el caso *Habermann-Beltermann*, en el párrafo 23, el Tribunal sostiene que “las cuestiones prejudiciales se refieren a un contrato de duración indeterminada y que, por consiguiente, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas sólo produce efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato”. En el asunto *Webb* el Tribunal afirma en el párrafo 23 que “la resolución de un contrato por tiempo indefinido debido al embarazo de la trabajadora no puede justificarse por el hecho de que la empleada se encuentre, con carácter meramente temporal, en la imposibilidad de efectuar el trabajo para el que fue contratada”.

Vid. JACQMAIN, J. “Pregnancy as Ground for Dismissal”. *Industrial Law Journal*. 1994, pp. 355-359, especialmente p. 356: “However, both the Habermann and the Webb judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the duration of the contract of employment”.

<sup>1111</sup> *Melgar* (C-438/99).

<sup>1112</sup> BUSBY, Nicole. “Maternity Rights before the European Court of Justice: Emergence of a Two-Track Social Europe”. *op. cit.* p. 29: “The door, which was, perhaps, left open in this respect following the *Webb* ruling, has been firmly shut”.

esta jurisprudencia, en virtud de la cual se deduce que el Tribunal ha querido diferenciar la protección otorgada a los contratos indefinidos de la dada a los contratos por tiempo indeterminado, es errónea<sup>1113</sup>. El sostiene que el Tribunal al realizar las referidas afirmaciones no estaba prejuzgando que, cuando la duración del contrato fuera determinada la solución debería ser distinta<sup>1114</sup>.

En el asunto *Paquay*, el Tribunal declara que la protección frente al despido otorgada por el artículo 10 de la Directiva 92/85 no se limita a la notificación de la decisión de despido sino que incluye también la adopción de la decisión de despido, los actos preparatorios del despido, así como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo. De lo contrario, dicho precepto quedaría privado de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios.

De esta manera se observa la extensiva interpretación que hace el Tribunal de los preceptos en cuestión lo que conlleva una ampliación de la protección de la mujer frente al despido por causa de su maternidad. Según MIRANDA BOTO esta decisión parece extender temporalmente esta protección contra el despido, si bien el Tribunal ha puesto de manifiesto que la concurrencia de causas justificadas permite llevar adelante una extinción de contrato<sup>1115</sup>.

De la sentencia *Coleman* derivan efectos positivos para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en el ámbito de trabajadores con personas dependientes a su cargo.

En ella el Tribunal realiza una interpretación extensiva de la protección en caso de discapacidad al declarar que la normativa comunitaria protege también a aquellas personas que, sin ser ellas mismas personas con discapacidad, sufren discriminación directa o acoso en el ámbito de empleo y la ocupación por estar vinculadas a una persona con discapacidad. Ello influye indirectamente en la protección de aquellas

---

<sup>1113</sup> *Tele Danmark*, Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer, C-109/00, punto 27).

<sup>1114</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. “La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”. *op. cit.* p. 570.

<sup>1115</sup> MIRANDA BOTO, José María. *op cit.* p.191.

personas que necesitan conciliar su vida, personal, laboral y el cuidado de una persona con discapacidad.

En el asunto *Mayr*, una trabajadora es despedida mientras se halla de baja por estar sometida a un tratamiento de fecundación in vitro. Los óvulos ya han sido fecundados pero éstos todavía no han sido transferidos al útero de la mujer. El Tribunal determina que en este caso la protección de la trabajadora frente al despido no viene dada a través de la Directiva 92/85, puesto que considera que la misma no resulta aplicable a los hechos descritos. El Tribunal tutelaré a la trabajadora mediante la aplicación de la Directiva 76/207.

El Tribunal establece que del artículo 10, así como de la finalidad de la Directiva 92/85, la cual consiste en la protección de la promoción de 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, se desprende que para acogerse a la protección contra el despido es necesario que el embarazo haya comenzado.

Por otra parte, sostiene que es cierto que la fecha en la que dicha protección debe dar comienzo ha de ser la más temprana posible, sin embargo el Tribunal sostiene que no se puede admitir que esta protección se extienda a una trabajadora cuando aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados in vitro a su útero.

Sin embargo, en virtud del principio de no discriminación y de los artículos 2 apartado 1 y 5 apartado 1 de la Directiva 76/207, el parágrafo 33 de la sentencia el Tribunal declara que debe reconocerse a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo, así también sostiene que el despido de una trabajadora por razón de un embarazo o por una causa basada esencialmente en dicho estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

En el asunto *Pontin* se cuestiona si los plazos y las acciones que la normativa nacional luxemburguesa concede a la trabajadora despedida por razón de su embarazo o del nacimiento de un hijo son conformes a la tutela judicial efectiva garantizada por el derecho comunitario, y en particular, por el artículo 12 de la Directiva 92/85. En

consecuencia, el Tribunal verificará si la normativa nacional cumple las exigencias establecidas por los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, es decir, si satisface los principios de equivalencia y efectividad. No obstante, tanto la verificación del principio de equivalencia como la del principio de efectividad corresponden al órgano jurisdiccional nacional.

En relación al principio de equivalencia, la acción de nulidad y readmisión que la legislación nacional prevé ha sido comparada con la acción indemnizatoria y con la acción disponible cuando el despido se produce en razón del matrimonio. El Tribunal de Justicia, tras considerarlas comparables, sostiene que el plazo aplicable a la acción de nulidad y readmisión es sustancialmente más corto por lo que no parece que el principio de equivalencia se respete.

Por lo que respecta al principio de efectividad, un plazo de caducidad relativamente corto para una acción dirigida a obtener la reinserción en la empresa, en principio puede, considerarse legítimo. Sin embargo, argumenta que el plazo concreto de quince días aplicable a la acción de nulidad y readmisión debe considerarse especialmente corto, teniendo en cuenta además la situación en que una mujer se encuentra al principio de su embarazo.

En relación a la no previsión por la normativa nacional de la acción indemnizatoria para los supuestos de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia el Tribunal considera que el artículo 2 de la Directiva 76/207 sí se opone a la misma cuando dicha acción sí puede ser ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, si dicha limitación supone un trato menos favorable dispensado a una mujer por razón de su embarazo.

Mediante estas tres consideraciones el Tribunal adopta una postura a través de la cual se amplía la protección de la que goza la trabajadora que ha sido despedida por razón de su embarazo o maternidad con el fin de que puede hacer valer sus derechos ante la vía judicial.

Por último, cabe hacer referencia al asunto *Danosa*, en el cual adopta nuevamente una postura protectora de la trabajadora embarazada frente al despido. La

Sra. Danosa, que prestaba sus servicios a una sociedad de capital, siendo miembro de su consejo de dirección, fue destituida hallándose en su semana undécima de gestación.

El Tribunal de Justicia, tras considerar que la Sra. Danosa sí reunía la condición de trabajadora en el sentido de la Directiva 92/85, determinó contraria al artículo 10 de la citada Directiva la disposición en virtud de la cual se permitía la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación. Tal disposición no preveía la protección que la directiva prevé para la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

#### 4.3.2 ANÁLISIS: TRATAMIENTO DE LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

En este conjunto de sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia y agrupadas bajo la categoría de protección frente al despido por razón de maternidad puede observarse cómo el Tribunal, en la mayoría de los asuntos, nada establece que pueda dejar entrever su postura en relación con el tratamiento que da a la división de roles entre el hombre y la mujer.

Se encuentran tres sentencias, de las doce analizadas en esta categoría, en las que sí se vuelve a observar esta perpetuación de los roles tradicionales aunque, únicamente, en alguna de las argumentaciones indirectas que exponen. Es decir, del fondo del asunto no se deduce esta postura. Ello ocurre en la sentencia que el Tribunal emite con motivo del asunto *Habermann-Beltermann*, en la sentencia *Webb* y en la sentencia *Brown*.

En la primera de ellas, en su párrafo 21, se hace referencia al párrafo 25 de la sentencia *Hofmann* haciéndose nuevamente alusión al argumento relativo a la protección de la especial relación de la madre y el hijo, manteniendo así las tareas de cuidado a cargo de ésta. Lo mismo ocurre en la sentencia *Webb*, en la cual el Tribunal invoca el referido apartado de la sentencia *Hofmann* en el párrafo 20 y en la sentencia *Brown*, en su párrafo 17.

Los nueve asuntos restantes no sostienen ninguna postura ni argumentación de la que se pueda deducir la postura del Tribunal en relación a la cuestión analizada en el presente epígrafe.

#### 4.3.3 ANÁLISIS: ASPECTOS ECONÓMICOS

Únicamente dos sentencias, de las doce analizadas bajo la categoría de protección frente al despido por razón de maternidad, van a poner de manifiesto la primacía de los intereses económicos del empleador frente a los intereses de las trabajadoras. Éstas son las sentencias *Hertz* y *Larsson*.

El Tribunal, en el asunto *Hertz* decidió aliviar parcialmente la carga económica de los empresarios derivada de las consecuencias de los embarazos de las trabajadoras negándose a aceptar la inmunidad general para todas las enfermedades relacionadas con el embarazo.

En esta sentencia se observa un retroceso en relación a la sentencia *Dekker*. El Tribunal suaviza la interpretación en lo que se refiere al principio de discriminación directa proclamado en el asunto *Dekker* y el cual no es aplicado en el presente caso.

Este asunto, tal y como establece el Abogado General, el Sr. Damon, exige la difícil conciliación del principio de igualdad de trato y las exigencias de la vida económica<sup>1116</sup>. Se enfrentan en el presente caso, el principio de igualdad de trato y la protección del derecho al empleo frente a los intereses económicos, inclinándose la balanza claramente a favor de estos últimos.

En las Conclusiones del Abogado General se considera que el otorgar a aquellos estados patológicos que fueran consecuencia directa, cierta y preponderante del embarazo o del parto una protección especial podría provocar serias dificultades financieras para los empresarios<sup>1117</sup>. Y ello podría provocar la negativa por parte de

---

<sup>1116</sup> *Hertz*, Conclusiones del Abogado General (C-177/88, párrafo 39).

<sup>1117</sup> *Hertz*, Conclusiones del Abogado General Darmon presentadas el 14 de noviembre de 1989 (C-179/88, punto 45).

éstos de contratar mujeres embarazadas, argumentando criterios falaces, e incluso mujeres cuya edad permitiera prever una próxima maternidad. De esta manera se le otorgó mayor importancia a los intereses económicos de los empresarios que a los derechos de las trabajadoras.

En el asunto *Larsson*, se pone de manifiesto la especial atención que el Tribunal de Justicia presta al delicado equilibrio existente entre los intereses del empleador y del empleado, al tratar cuestiones relacionadas con la maternidad que, concretamente, implican la indisponibilidad de una persona para desarrollar su trabajo.

En este sentido la respuesta dada en la sentencia *Larsson* puede considerarse como una consecuencia previsible del asunto *Hertz*<sup>1118</sup>. La interpretación restrictiva que el Tribunal realiza del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva le facilita otorgar un mayor peso a los intereses económicos del empresario que a los derechos e intereses de la trabajadora. El Tribunal permite tener en cuenta aquellas ausencias por baja médica con causa en el embarazo transcurridas desde el inicio del mismo hasta el comienzo del permiso de maternidad para la justificación del despido de la trabajadora. Esto reduce la protección de la misma y facilita al empresario la discriminación de las trabajadoras así como la impunidad de dicha conducta.

La solución planteada en la sentencia también es considerada por algunos como un esfuerzo considerable que el Tribunal realiza para reducir la especial protección de las mujeres al mínimo necesario. Desde esta postura se mantiene que un tratamiento excesivamente protector podría llegar a poner en peligro la posición de la mujer en el mercado laboral, ya que alienta a los empleadores a discriminar a las trabajadoras en el acceso al empleo<sup>1119</sup>.

Los asuntos *Habermann-Beltermann* y *Webb*, de los cuales antes se ha mencionado que habían sido criticados por mantener una protección limitada de la mujer embarazada frente al despido, son aquellos en los que ahora se puede vislumbrar el peso de estos intereses económicos aunque sin llegar a primar sobre los intereses de

---

<sup>1118</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. *op cit.* p. 254.

<sup>1119</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 187

las trabajadoras. Esta presión por parte del mercado vendría a explicar los límites que el Tribunal parece fijar a la protección que establece.

En el asunto *Habermann-Beltermann*, el Abogado General descarta la posibilidad de que el empresario pueda invocar la justificación relativa al perjuicio económico que éste sufre por el hecho de emplear a una persona que disfruta de un permiso durante todo el período de embarazo. Para ello se fundamenta en lo dispuesto por el Tribunal en la sentencia *Dekker* en virtud de la cual “[e]sta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en el caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad”<sup>1120</sup>.

Para FENWICK y HERVEY, el Tribunal no quiso hacer referencia explícitamente a la exclusión de toda justificación económica en caso de discriminación directa por razón de embarazo. En consecuencia, implícitamente, dejaba abierto su establecimiento a futuros casos. El Tribunal no proclamó que las justificaciones económicas nunca podrían ser aceptadas<sup>1121</sup>. De esta manera, tal y como establece FOUBERT, la puerta quedaba abierta<sup>1122</sup>.

El Tribunal dirigió esta solución a aquellos supuestos en los que se pudiera hablar de la existencia de un contrato indefinido, sin embargo nada estableció en relación a aquellas contrataciones de duración determinada o temporales. Esta omisión consistía en un modo de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios. Ello podía suponer una acción para mitigar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en *Dekker*<sup>1123</sup>.

En el asunto *Webb*, el Tribunal hace prevalecer los derechos de la madre frente a los intereses económicos del empleador y cabe poner de relieve la importancia del apartado 26 en el que se afirma que:

---

<sup>1120</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

<sup>1121</sup> FENWICK, Helen and HERVEY, Tamara. *op. cit.* pp. 452-453.

<sup>1122</sup> FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 161.

<sup>1123</sup> *Ibidem.* p. 163.



“[...] el despido de una mujer encinta, contratada por tiempo indefinido, no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. La disponibilidad del empleado es necesariamente para el empleador un requisito esencial del buen cumplimiento del contrato de trabajo. Pero la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva”.

Sin embargo, al igual que ocurría en el asunto *Habermann-Beltermann*, esta protección, aparentemente, queda limitada a aquellas personas que gocen de un contrato indefinido, por lo que aquellas que se hallasen unidas a su empresa mediante un contrato temporal quedarían fuera de la misma. Se interpreta que, de este modo, se trataba de reducir la carga económica que se estaba ejerciendo sobre los empresarios con el aumento de las garantías de los derechos sociales y de protección de los trabajadores. Se pretendía paliar, en favor de los empleadores, las consecuencias de largo alcance establecidas en *Dekker*<sup>1124</sup>.

La raíz de la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras es de tipo económico, por lo que se propone que la normativa antidiscriminatoria haga frente a las reacciones económicas de los empresarios cuya gran perjudicada es la mujer<sup>1125</sup>.

Se plantea como solución para hacer frente a la discriminación sufrida por las mujeres el reparto entre ambos padres del coste económico que supone un hijo. La distribución de los costes, estrictamente, entre el empresario y la madre, no supone una solución, puesto que los empleadores tenderán a trasladar de alguna u otra manera los costes a las trabajadoras. Sin embargo si en este reparto entrara también el padre, los empresarios quizá se verían obligados a gravar no sólo a las trabajadoras sino también al trabajador masculino, por lo que podría tratarse de una forma de paliar la discriminación con base en la maternidad.

---

<sup>1124</sup>*Ibidem*. p. 163.

<sup>1125</sup>*Ibidem*. p. 168.

En el asunto *Brown*, el Tribunal es menos sensible a los intereses económicos del empresario, a diferencia de asuntos como *Larsson* en los que la tutela de la mujer por razón de su embarazo o maternidad había sido interpretada por el órgano judicial de manera restrictiva con el fin de no perjudicar al empleador.

Los asuntos *Jiménez Melgar* y *Tele Danmark* sirven para zanjar la crítica que se había realizado a los asuntos *Habermann-Beltermann* y *Webb*. A través de ellos, por una parte, se ampliará la protección frente al despido para aquellas trabajadoras que no gocen de un contrato indefinido sino que únicamente se hallen en posesión de un contrato temporal y, por otra parte, se pondrá de manifiesto la primacía de los intereses de las trabajadoras sobre los intereses económicos del empleador.

El Tribunal, en el asunto *Tele Danmark* vuelve a dejar claro que resulta irrelevante la naturaleza y el alcance del perjuicio económico<sup>1126</sup> sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad<sup>1127</sup> y que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo<sup>1128</sup>.

No todos los autores son partidarios de este aumento de protección, así algunos como HÄNLEIN en esta confirmación de la extensión de la protección ven, desde el punto de vista económico, una serie de problemas. Mantiene que tal solución no alienta a las pequeñas y medianas empresas a la contratación de mujeres. Fundamenta esta postura en la segunda frase del artículo 137.2 del TCE donde se prevé expresamente que las materias relativas a la protección en el empleo serán desarrolladas por el Consejo mediante directivas con el fin de evitar establecer trabas de carácter administrativo,

---

<sup>1126</sup> *Tele Danmark* (C-109/00, parágrafo 23,28 y 31).

<sup>1127</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12).

<sup>1128</sup> *Mahlburg* (C-207/98, parágrafo 29).

financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

En los asuntos *Paquay, Coleman, Mayr, Danosa y Pontin* el Tribunal realiza una extensiva interpretación de la normativa aplicable a cada uno de los casos con el fin de ampliar la protección de la trabajadora frente al despido por causa de su maternidad.

Todos ellos suponen un gran paso adelante en la despenalización que sufre la mujer por esta causa. De esta manera también, el Tribunal hace primar, en todos ellos, los intereses de la madre trabajadora frente a los intereses económicos del empleador.

El asunto *Coleman*, por ejemplo, en el que el Tribunal extiende la protección también a aquellas personas que, sin ser ellas mismas personas con discapacidad, sufren discriminación directa o acoso en el ámbito de empleo y la ocupación por estar vinculadas a una persona discapacitada. Ello conlleva el favorecimiento de la protección de los intereses de aquellas personas que han de ocuparse del cuidado de una persona con discapacidad en detrimento de los intereses económicos del empleador, de hecho algunos autores como BROTTE alertan de los potenciales efectos negativos de esta sentencia sobre el mercado laboral<sup>1129</sup>.

Así también, en el asunto *Pontin*, las consecuencias económicas de la posición mantenida por el Tribunal otorgan mayor peso a los derechos y a la protección de los trabajadores que a los intereses económicos del empleador. Pese a ello, autores como BELAVUSAU sostienen que tras la decisión adoptada por el Tribunal se esconden consideraciones de carácter económico, lo cual se aprecia y se hace evidente en la cautela de la respuesta<sup>1130</sup>.

---

<sup>1129</sup> BROTTE, Jérémy. *op. cit.* p. 87.

<sup>1130</sup> BELAVUSAU, Uladzislau. *op. cit.* p. 48.

#### 4.4 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE MATERNIDAD O PERMISO PARENTAL

##### 4.4.1 ANÁLISIS: GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

De las ocho sentencias halladas y analizadas en materia de discriminación salarial por razón de maternidad, únicamente dos de ellas, las sentencias formuladas con motivo de los asuntos *Alabaster*<sup>1131</sup> y *Pedersen*<sup>1132</sup> adoptan una postura protectora en relación a los derechos de los trabajadores y trabajadoras. En el resto de las sentencias se va a observar cómo la solución dada por el Tribunal dista mucho de satisfacer los intereses de éstos.

El Tribunal, en la sentencia *Gillespie*<sup>1133</sup>, adopta una postura excesivamente ambigua por lo que ésta dará lugar a una gran inseguridad y desprotección. El órgano judicial establece que durante el permiso de maternidad las mujeres no tendrán derecho a percibir su salario íntegro, la retribución que ésta perciba será calculada atendiendo al principio de prestación adecuada<sup>1134</sup> y no de acuerdo al principio de igualdad retributiva<sup>1135</sup>.

El Tribunal concluye que el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado y precisado en la Directiva 75/117 no impone la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad, ni establece criterios específicos con vistas a determinar el importe de las prestaciones que se les abonan durante dicho período, siempre que el referido importe no se fije en una cuantía que ponga en peligro el objetivo del permiso de maternidad.

---

<sup>1131</sup> *Alabaster* (C-147/02).

<sup>1132</sup> *Pedersen* (C-66/96).

<sup>1133</sup> *Gillespie* (C- 342/93).

<sup>1134</sup> Artículo 11.2 b. de la Directiva 92/85/CEE.

<sup>1135</sup> En este mismo sentido se pronuncia el Abogado General el cual afirma que no resulta correcto jurídicamente querer comparar la situación de un trabajador que ocupa su puesto de trabajo que el de una trabajadora en permiso de maternidad.

Sin embargo, sí se reconoce en la solución dada por el Tribunal la consolidación de aquellos derechos y mejoras salariales por parte de las mujeres ausentes por razón del disfrute del permiso de maternidad que hubieran adquirido en el caso de hallarse en su puesto de trabajo.

La sentencia formulada por el Tribunal con motivo del asunto *Boyle*<sup>1136</sup> sirve para confirmar que la Directiva 92/85 establece una clara distinción entre la trabajadora embarazada y la trabajadora durante el permiso de maternidad siguiendo la estela comenzada en el asunto *Hertz*<sup>1137</sup>. Es necesario resaltar también la desprotección que la misma experimenta una vez finalizado el permiso de maternidad mínimo de 14 semanas establecido por la Directiva.

De esta manera, el Tribunal distingue, por un lado, las mujeres embarazadas las cuales no pueden ser objeto de discriminación por este motivo, pues ello constituiría una violación de la Directiva 76/207 y de la Directiva 92/85. Y por otro lado las trabajadoras que se hallen durante el permiso de maternidad. Éstas no tienen derecho a compararse con los hombres y mujeres que se hallen en su puesto de trabajo ni con los trabajadores que se hallen en el disfrute de cualquier otro tipo de permiso, incluido el permiso por enfermedad. A éstas únicamente les será de aplicación las disposiciones de la Directiva 92/85. De esta manera, las trabajadoras embarazadas pueden reclamar su derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, mientras que las mujeres durante su permiso de maternidad sólo pueden aspirar al pago mínimo garantizado establecido en el artículo 11.2.b, que no puede ser inferior al salario recibido durante el permiso por enfermedad<sup>1138</sup>.

De lo dispuesto en este asunto y en el asunto *Gillespie*<sup>1139</sup>, se deduce que las mujeres con permiso de maternidad se hallan desprovistas de recursos frente al empleador cuando éste se basa en el principio de protección especial en virtud de la Directiva 92/85 para justificar su posición.

---

<sup>1136</sup> *Boyle* (C-411/96).

<sup>1137</sup> *Hertz* (C-179/88).

<sup>1138</sup> CARACCIOLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *op cit.* p. 250.

<sup>1139</sup> *Gillespie* (C- 342/93).

En el asunto *Abdoulaye* el Tribunal considera conforme al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, formulado en el artículo 119 del Tratado de Roma, el pago de una asignación de un importe de 7.500 francos que una empresa realiza exclusivamente a la mujer embarazada y no al padre del niño, al comienzo del permiso de maternidad. El empleador justifica esta asignación como compensación a las múltiples desventajas profesionales que las mujeres sufren como consecuencia de la interrupción del trabajo debido al permiso de maternidad.

Según McGLYNN la decisión del Tribunal comparte la postura mantenida en el asunto *Hoffman*<sup>1140</sup> al tiempo que la legitima<sup>1141</sup>. En ella el órgano judicial refuerza indirectamente el reparto tradicional de responsabilidades entre hombres y mujeres. Mediante su apoyo a la asignación dineraria cuestionada en el caso, el Tribunal afianza así la posición de desventaja de las trabajadoras.

El Tribunal, en la sentencia *Gruber*, tampoco adopta una postura protectora respecto de aquellos trabajadores que han de extinguir su contrato por tener que atender y hacerse cargo de sus hijos. El Tribunal responde que el artículo 119 del Tratado CE no se opone a una normativa nacional que concede una indemnización por extinción del contrato a aquellos trabajadores que ponen fin antes de tiempo a su relación laboral para cuidar a sus hijos, debido a la falta de guarderías infantiles, indemnización que es inferior a la que perciben, respecto de una misma duración efectiva de la actividad laboral, los trabajadores que presentan su dimisión por una causa justa relacionada con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario.

Según MASSELOT Y BERTHOU, la solución dada por el Tribunal en el asunto *Lewen*<sup>1142</sup> atenuó la regla establecida en los casos *Boyle* y *Gillespie*<sup>1143</sup>, ya que, a pesar de que no se niega a aquellos trabajadores que se encuentran disfrutando de un permiso parental el abono de una gratificación que la empresa otorga a sus empleados en Navidad, sin embargo, los meses durante los que éste se disfruta no computan para la

---

<sup>1140</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25).

<sup>1141</sup> McGLYNN, Clare. "Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy". *The Columbia Journal of European Law*. Núm. 1. Vol. 7. 2001, p. 267.

<sup>1142</sup> *Lewen* (C-333/97).

<sup>1143</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 645.

obtención de la mencionada gratificación. En consecuencia, probablemente, en la mayoría de los casos la bonificación no llegue a abonarse a aquellos empleados que hayan disfrutado del permiso parental por no reunir el requisito temporal exigido. Por ello la protección que el Tribunal otorga a los trabajadores que disfruten del permiso parental en materia salarial resulta insuficiente.

En el asunto *McKenna*, el Tribunal sostiene que tanto la reducción de la retribución como la imputación de las bajas por enfermedad ligadas al embarazo a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho el trabajador, son consecuencia de la aplicación, a las embarazadas o a las mujeres que hayan dado a luz, del régimen general aplicable a cualquier trabajador en caso de enfermedad.

El Tribunal argumenta que de la constatación de la especificidad de las enfermedades ligadas a un embarazo<sup>1144</sup> no se desprende que una trabajadora tenga derecho al mantenimiento íntegro de su retribución durante su baja cuando otro trabajador, de baja por una enfermedad ajena a un embarazo, no disfruta de tal derecho<sup>1145</sup>.

También establece que ninguna disposición ni principio general del Derecho comunitario imponen la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad. Por ello si una regla que establece una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora durante su permiso de maternidad no constituye una discriminación por razón de sexo, tampoco puede considerarse que lo constituya una regla que establezca, dentro de los mismos límites, una reducción de las prestaciones abonadas a una trabajadora de baja durante su embarazo por una enfermedad ligada a éste. El Tribunal aplica la misma argumentación a la imputación de las ausencias por enfermedad a un número total máximo de días de baja por enfermedad retribuidos al que tiene derecho el trabajador.

En esta sentencia el Tribunal realiza una interpretación restrictiva de aquellas herramientas de protección de la maternidad que tiene a su alcance. El Tribunal realiza

---

<sup>1144</sup> *Brown* (C-394/96, parágrafo 22); *Pedersen* (C-66/96, parágrafo 33).

<sup>1145</sup> *McKenna* (C-191/03, parágrafo 57).

también una interpretación restrictiva de lo dispuesto en la sentencia *Pedersen* y, en lugar de optar por la deducción a la que llega el Abogado General en sus Conclusiones, considera que con la misma se pretende no la protección de la mujer que sufre una discriminación por razón de sexo, interpretación que cabría aplicar en el caso actual, sino que limita su interpretación a la asimilación del régimen de protección de la mujer embarazada que sufre algún estado patológico ligado al embarazo al régimen de baja por enfermedad común del que disfrutan el resto de trabajadores, como garantía mínima.

Frente a esta línea jurisprudencial cabe destacar la postura adoptada por el Tribunal en la sentencia formulada con motivo del asunto *Alabaster*<sup>1146</sup> donde mantiene una actitud protectora en materia salarial en relación a la mujer que se halla disfrutando de su permiso de maternidad. En ella el Tribunal sostiene que el principio de no discriminación exige que la trabajadora disfrute, incluso con carácter retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador.

El órgano judicial llega a esta afirmación fundamentándola en dos motivos esgrimidos ya en el párrafo 22 de la sentencia *Gillespie*. Por una parte, argumenta que la prestación abonada durante el permiso de maternidad equivale a un salario semanal calculado sobre la base del salario medio percibido por la trabajadora en un determinado momento cuando ocupaba efectivamente su puesto de trabajo y que le ha sido pagado semana tras semana como a cualquier otro trabajador. Por otra parte afirma que la empleada continúa vinculada a su empresario por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad. Por ello concluye que excluir a la trabajadora del aumento en cuestión durante su permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado.

---

<sup>1146</sup> *Alabaster* (C-147/02).



#### 4.4.2 ANÁLISIS: TRATAMIENTO DE LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Las sentencias *Boyle*, *Abdoulaye*, y *Lewen* manifiestan la perpetuación de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

En el asunto *Boyle* el Tribunal, en el párrafo 41, reitera la finalidad del permiso de maternidad consistente en la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y en la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>1147</sup>. De esta manera, se observa, como de nuevo el Tribunal mantiene de manera indirecta la división tradicional sexual de roles entre el hombre y la mujer.

Según el órgano judicial mediante el citado permiso se pretende garantizar a la mujer la posibilidad de ocuparse de su hijo recién nacido en las semanas posteriores al parto. Nada establece en relación al padre, sino que da por hecho, nuevamente, que la labor de atender al hijo es propia y exclusiva de la madre<sup>1148</sup>.

El presente asunto se decidió sobre la base de la idea estereotipada de la mujer como madre. De hecho, el Tribunal refuerza la idea de que el cuidado infantil no es una tarea compartida por dos padres, sino una tarea para la mujer que, por naturaleza, debe ser capaz de combinar el trabajo y las responsabilidades familiares<sup>1149</sup>. Ello se observa al interpretar que el artículo 8 de la Directiva 92/85 establece un "beneficio específico" a las mujeres.

---

<sup>1147</sup> *Boyle* (C-411/96, párrafo 41).

<sup>1148</sup> El Abogado General, en el punto 60 de sus Conclusiones, sostiene que el hecho de reservar en exclusiva a las mujeres el disfrute de una excedencia de las características descritas en el supuesto no contribuye a promover la igualdad de oportunidades sino que mantiene en la sociedad la idea de que son las mujeres quienes deben ocuparse prioritariamente de los hijos. FOUBERT pone de manifiesto que la clave del problema radica en la inexistencia de un permiso parental, entendido éste como un permiso que tiene por objeto la atención y el cuidado de los niños y que puede ser solicitado indistintamente por el padre y por la madre (FOUBERT, Petra. *op. cit.* p. 205).

El argumento sostenido por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer según el cual este estereotipo impide promover la igualdad de oportunidades entre los sexos, no fue aceptado por el Tribunal de Justicia el cual invocaría una vez más la "*protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo*".

<sup>1149</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 654.

En el asunto *Abdoulaye*, el Tribunal no entra a examinar las desventajas profesionales que experimenta la mujer como consecuencia del permiso de maternidad enumeradas por Renault<sup>1150</sup>, sino que éstas resultan implícitamente aprobadas por el Tribunal. McGLYNN sostiene que tales desventajas, que incomprensiblemente son tácitamente admitidas por el Tribunal, por la Comisión y por el Gobierno de Reino Unido, se basan en razones infundadas y en estereotipos<sup>1151</sup>.

A pesar de los avances introducidos a lo largo de la época de los noventa en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, mediante la adopción de las Directivas 92/85 y 96/34, el Tribunal en esta sentencia, al no pronunciarse en relación a la situación de desventaja vivida por las trabajadoras por razón de su maternidad, perpetúa y asienta tácitamente la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

El Tribunal mediante esta sentencia legitima tácitamente la situación existente. En ella el órgano jurisdiccional al tratar de dar protección a la mujer indirectamente refuerza el reparto tradicional de responsabilidades entre hombres y mujeres. Mediante su apoyo a la asignación dineraria cuestionada en el caso, el Tribunal afianza así la posición de desventaja de las trabajadoras.

De la misma manera, el Tribunal, en el asunto *Lewen*, mediante su postura tal y como sostiene McCLYNN, refuerza la idea de que el cuidado de los niños es principalmente responsabilidad de las mujeres y que únicamente son los derechos de éstas los que merecen protección. El fallo, de esta manera, niega el objetivo contenido en la Directiva 96/34 en virtud del cual los padres pueden disfrutar igualmente del cuidado de sus hijos<sup>1152</sup>.

En este mismo sentido MASSELOT y BERTHOU argumentan que el Tribunal ignora la finalidad del permiso parental, el cual va dirigido tanto al padre como a la madre, y entiende este permiso como una ventaja específica para las mujeres. De este

---

<sup>1150</sup> FOUBERT, Petra. *op cit.* p. 176.

<sup>1151</sup> McGLYNN, Clare. "Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in *Abdoulaye*". *op. cit.* p. 657-658.

<sup>1152</sup> *Ibidem.* p.268.

modo restringe el ámbito subjetivo de este derecho y contribuye al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres<sup>1153</sup>.

Esta interpretación del Tribunal reduce las posibilidades contenidas en la Directiva 96/34. El Tribunal adopta así la postura de que las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral deben centrarse en las mujeres principalmente, frente a aquella que defiende un enfoque integral de las mismas y que sostiene que estas medidas deben ir dirigidas, de igual manera, a hombres y a mujeres con el fin de fomentar la corresponsabilidad y de corregir así las desigualdades preestablecidas en la estructura social.

El resto de sentencias analizadas bajo este epígrafe relativo a la protección del Tribunal frente a la discriminación salarial por razón de maternidad o del permiso parental, no manifiestan directamente la postura que el Tribunal mantiene respecto a la perpetuación de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

#### 4.4.3 ANÁLISIS: ASPECTOS ECONÓMICOS

En todos los asuntos analizados en el presente epígrafe se observa una primacía de los intereses económicos del empleador frente a los intereses de los trabajadores, salvo en los supuestos *Pedersen* y *Alabaster*. Estos supuestos son aquellos en los que también se ha detectado que el Tribunal adopta una postura protectora respecto del trabajador, por lo que puede establecerse una correlación entre la primacía de los intereses económicos del Estado o del empleador y la desprotección o la protección insuficiente de los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

En el asunto *Gillespie* de la decisión adoptada por el Tribunal y en virtud de lo dispuesto por el Abogado General en el punto 48 de sus Conclusiones se infiere el interés económico que tras la misma reside. De hecho el Sr. Lèger llega a sostener que al afirmar que una legislación nacional que no dispone el mantenimiento del salario durante el permiso de maternidad es contraria a las disposiciones del apartado 1 del

---

<sup>1153</sup> MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. *op cit.* p. 650.

artículo 2 en relación con las del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 conllevaría el riesgo de perturbar el equilibrio de un sistema global de protección social.

De la misma manera, el Tribunal en la sentencia *Boyle* puede observarse nuevamente la protección de los intereses del empleador en detrimento de los intereses de la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

En este asunto el Tribunal abandona el patrón masculino como elemento de comparación, pero a costa de convertir a la mujer que se halle durante su permiso de maternidad en una trabajadora de segunda categoría, de tal manera que le pueden ser restringidos algunos sus derechos durante este período. Ello también se produce a costa de relegarla al ámbito de la protección social, en el que la justificación económica tiene más probabilidad de ser reconocida gracias al principio de subsidiariedad.

De lo dispuesto en este asunto y en el asunto *Gillespie*<sup>1154</sup>, se deduce que las mujeres durante el permiso de maternidad se hallan desprovistas de recursos frente al empleador cuando éste se basa en el principio de protección especial en virtud de la Directiva 92/85 para justificar su posición. Esta interpretación de la norma comunitaria puede contribuir al mantenimiento de la situación de desventaja económica de las mujeres. La concreción de la noción de "prestación adecuada" para el permiso de maternidad únicamente se guiará por el criterio de la cantidad recibida en ausencia de baja por enfermedad, por lo que el empleador no será penalizado por falta de pago de sueldo completo durante este permiso.

En el asunto *Abdoulaye*, para poder determinar la repercusión económica de la decisión adoptada por el Tribunal cabría cuantificar el valor económico de todos aquellos derechos que la mujer por razón de su maternidad deja de percibir, el cual, más que probablemente, sea muy superior a la bonificación salarial cuestionada en el litigio principal. Es por ello, que la balanza, nuevamente, se inclinaría en favor de los intereses del empleador.

---

<sup>1154</sup> *Gillespie* (C- 342/93).

Mediante la solución adoptada en la sentencia *Gruber*, el Tribunal mantiene esta misma postura. Entre los elementos alegados en los autos para justificar la discriminación que en el asunto cabe hacer referencia a los aportados por la empresa la cual sostiene que la modificación de la normativa entrañaría consecuencias financieras difícilmente soportables por el empresario, puesto que la indemnización y el incremento de la misma corren a su cargo.

A pesar de que el Tribunal de Justicia ya se ha negado en otras ocasiones<sup>1155</sup> a admitir que consideraciones de índole presupuestaria puedan constituir una justificación objetiva de una discriminación entre trabajadoras y trabajadores en materia de retribución, en este asunto guarda silencio al respecto. Este silencio sumado a la no consideración de la normativa nacional como contraria al derecho comunitario y por tanto constitutiva de acción discriminatoria, da lugar a una protección tácita de los intereses económicos del empleador.

De la solución dada por el Tribunal en el asunto *Lewen*, en virtud de la cual los meses durante los que el trabajador ha disfrutado del permiso parental no computan para la obtención de la gratificación cuestionada en el asunto, se deriva la prelación de los intereses económicos del empleador. En la mayoría de los casos, probablemente, la bonificación no llegue a abonarse a aquellos empleados que hayan disfrutado del permiso parental por no reunir el requisito temporal exigido.

En el asunto *McKenna*, el Gobierno irlandés<sup>1156</sup> en sus observaciones con el fin de justificar régimen cuestionado hará referencia al tercer considerando de la Directiva 92/85, a tenor del cual, según el artículo 118 A del TCE, las directivas evitarán poner trabas de carácter financiero que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Con el fin de rebatir tal idea, el Abogado General, pondrá seriamente de manifiesto que un perjuicio económico no podrá justificar en ningún caso una discriminación directa por razón de sexo<sup>1157</sup>. El Tribunal de Justicia, en esta ocasión no seguirá la línea manifestada por el Abogado General sino que, por el contrario,

---

<sup>1155</sup> *Dekker* (C-177/88, parágrafo 12); *Webb* (C-32/93, parágrafo 12).

<sup>1156</sup> *McKenna*, Conclusiones del Abogado General (C-191/03, punto 55).

<sup>1157</sup> *McKenna*, Conclusiones del Abogado General (C-191/03, punto 71).

considerará que no cabe interpretar la Directiva 75/117 ni el artículo 141 TCE como contrarios al régimen controvertido.

Si el Tribunal hubiera optado por la línea mantenida por el Abogado General, se hubiera otorgado una mayor protección a las trabajadoras que se hallan en la situación descrita en el litigio principal, si bien, es cierto que el coste económico para los empleadores y Estados hubiera sido infinitamente mayor. Por ello el Tribunal en su sentencia opta por no hacer mención a esta cuestión, planteada por el Gobierno irlandés y por el del Reino Unido en sus observaciones, sin embargo les da claramente la razón mediante su fallo.

Junto con VIARENGO sostenemos que resulta incomprensible la actitud de prudencia mostrada por el Tribunal que ha preferido evitar las consecuencias que podría tener una aplicación más rigurosa de los principios establecidos en materia de protección frente al despido y ha primado la relevancia de las consecuencias financieras para los empleadores<sup>1158</sup>.

Por otra parte y sin embargo, en el asunto *Alabaster* la decisión del Tribunal hace primar los intereses de las trabajadoras frente a los intereses económicos del empleador. El reconocimiento de la consideración de los aumentos salariales de las trabajadoras que hayan tenido lugar antes del permiso de maternidad pero fuera del período de referencia previsto por la norma, otorga una especial protección a los derechos retributivos de la madre cuya carga asume el empleador.

---

<sup>1158</sup> VIARENGO, Ilaria. *op. cit.* p. 488.

## 4.5 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES LABORALES POR RAZÓN DE LA MATERNIDAD O DEL PERMISO PARENTAL

### 4.5.1 ANÁLISIS: GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

La protección que el Tribunal otorga a los trabajadores cuando estos se ven discriminados en sus condiciones laborales por razón de su maternidad o por haber disfrutado de un permiso parental ha contribuido y contribuye de manera sustancial a la mejora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo el grado de esta protección no ha tenido siempre la misma intensidad.

De las dieciséis sentencias analizadas en este epígrafe, todas ellas salvo una, la sentencia *Jørgensen*<sup>1159</sup>, manifiestan una postura protectora por parte del Tribunal. Cabe decir, que esta protección no se manifiesta siempre de la misma manera ni en la misma dirección, ni tampoco tendrá siempre un mismo alcance.

Puede distinguirse un primer grupo en el que se agrupan las sentencias *Comisión y República Francesa (C-312/86)*<sup>1160</sup>, *Stoeckel*<sup>1161</sup>, *Minne*<sup>1162</sup>, *Comisión y República Francesa (C-197/96)*<sup>1163</sup>, *Comisión y República Italiana*<sup>1164</sup> y *Griesmar*<sup>1165</sup> las cuales adoptan una postura protectora respecto de, fundamentalmente, la igualdad y la corresponsabilidad. Es otras palabras, en apariencia estas sentencias reducen ventajas y beneficios que mediante normativas nacionales o cláusulas contractuales eran previstos para la protección de la mujer quien era su exclusiva destinataria. Sin embargo con su eliminación se hace frente a la perpetuación de la división tradicional sexual de roles, cuya relación se analizará en el subepígrafe siguiente.

---

<sup>1159</sup> *Jørgensen (C-226/98)*.

<sup>1160</sup> *Comisión y República Francesa (C-312/86)*.

<sup>1161</sup> *Stoeckel (C-345/89)*.

<sup>1162</sup> *Minne (C-13/93)*.

<sup>1163</sup> *Comisión República Francesa (C-197/96)*.

<sup>1164</sup> *Comisión y República Italiana (C-207/96)*.

<sup>1165</sup> *Griesmar (C-366/99)*.

En la sentencia *Comisión y República Francesa* (C-312/86), el Tribunal sostuvo que los derechos especiales de protección de las mujeres a los que hacía alusión el párrafo 1 del artículo 19 de la Ley nº 83-635, de 13 de julio de 1983, por la que se modificaba el Código de Trabajo francés y el Código Penal, eran incompatibles con las disposiciones de la Directiva 76/207<sup>1166</sup>. Resultan interesantes las matizaciones realizadas por el Abogado General<sup>1167</sup>.

En el asunto *Stoeckel*, el Tribunal sostiene que el artículo 5 de la Directiva 76/207 es lo bastante preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición del trabajo nocturno para los hombres. El Tribunal argumenta que las únicas excepciones que a este artículo se le pueden oponer son aquellas que quepan bajo el amparo del apartado 3 del artículo 2 de la citada Directiva, el cual hace referencia a aquellas disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad<sup>1168</sup>.

El Tribunal en la sentencia formulada con motivo del asunto *Minne*, establece, al igual que en el asunto *Stoeckel*, la incompatibilidad del artículo 5 de la Directiva con el régimen de excepciones establecido por la legislación belga en relación a la prohibición del trabajo nocturno por resultar éste contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el supuesto presente no se desprende de la legislación controvertida que la naturaleza de las diferencias entre ambos regímenes de excepciones se encuentre

---

<sup>1166</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86, párrafo 14).

<sup>1167</sup> Resulta interesante la mención de alguna de las matizaciones realizadas por el Abogado General, sir Gordon Slynn, el cual puntualiza que el propósito de la Comisión con este recurso no era la abolición de estos derechos, permisos o licencias, de los que la mujer es la única beneficiaria, sino la extensión de los mismos a los varones (página 6328). Ésta exigía que estas ventajas se concedieran en las mismas condiciones a hombres y a mujeres.

El Abogado General argumenta que de no ser así, se podrían derivar consecuencias negativas no sólo para el hombre que se ve privado injustificadamente de estos derechos, sino también para la mujer, por ejemplo, en a su acceso al empleo, debido al mayor coste que el empresario asume al contratarle en comparación al coste que le supondría la contratación de un varón.

<sup>1168</sup> *Stoeckel* (C-345/89, párrafo 13).



justificada por la necesidad de garantizar alguna de las finalidades perseguidas por el apartado 3 del artículo 2<sup>1169</sup>.

Por otra parte cabe poner de relieve el hecho de que la sentencia no hace referencia alguna al motivo concreto por el que la Sra. Minne decide abandonar su puesto de trabajo. Ella argumenta motivos de orden familiar por los que no está dispuesta a continuar trabajando, sin embargo al no hallarse contemplada esta causa entre los supuestos previstos en la legislación nacional, no tendrá derecho a recibir las prestaciones por desempleo. Ello constituye un claro supuesto de no conciliación de la vida familiar y profesional, es más, de penalización por decidir atender las tareas de cuidado que recaen sobre ella.

Las sentencias *Comisión y República Francesa (C-197/96)* y *Comisión y República Italiana (C-207/96)* vienen a completar lo dispuesto en la sentencia *Stoeckel*. En ellas el Tribunal adopta una postura protectora en relación al principio de igualdad de hombres y mujeres.

En ambos supuestos el Tribunal declara el incumplimiento por parte de ambos Estados por mantener en su ordenamiento jurídico una norma mediante la que se prohíbe el trabajo nocturno a las mujeres sin que exista una prohibición similar para los hombres. La mencionada prohibición resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207.

Se menciona en la argumentación llevada a cabo por el Tribunal la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 2 al principio de igualdad de trato en lo que a las condiciones de trabajo se refiere, el cual prevé que la Directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

En el asunto *Griesmar*, el Tribunal sostiene que una norma en virtud de la cual, para el cálculo de la pensión por jubilación, a los años de servicio efectivo prestados por las funcionarias se añade una bonificación por cada hijo que hayan tenido, siempre que los hayan cuidado durante un período de nueve años con anterioridad a la edad de 21

---

<sup>1169</sup> *Minne* (C-13/93, párrafo 12).

años, resulta contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres desarrollado en la Directiva 76/207.

Se ha de destacar, en primer lugar, que, aun cuando la bonificación controvertida en el procedimiento principal se conceda en particular a las funcionarias por los hijos legítimos y naturales, o sea, por los hijos biológicos, su concesión no está relacionada con el permiso de maternidad o con las desventajas que sufre en su carrera una funcionaria debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. En segundo lugar, se ha de reconocer que las situaciones de un funcionario y de una funcionaria pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. Por ello el Tribunal sostiene que el artículo L. 12, letra b), del código crea una diferencia de trato por razón de sexo en relación con los funcionarios que hayan asumido efectivamente el cuidado de sus hijos.

El artículo 6, apartado 3, del Acuerdo sobre la política social autoriza las medidas nacionales que tengan como finalidad eliminar o reducir las desigualdades de hecho debidas a la realidad de la vida social y que afectan a las mujeres en su vida profesional. Sin embargo, en vista de lo invocado ante el Tribunal de Justicia, resulta manifiesto que la medida controvertida en el procedimiento principal no está destinada a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional.

Por tanto, el Tribunal responde que la norma en cuestión vulnera el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos.

Un segundo grupo viene integrado por las sentencias *Steinicke*<sup>1170</sup>, *Schönheit*<sup>1171</sup>, *Becker*<sup>1172</sup>, *Merino Gómez*<sup>1173</sup>, *Mayer*<sup>1174</sup> y *Elbal Moreno*<sup>1175</sup>, en las cuales

---

<sup>1170</sup> *Steinicke* (C-77/02).

se muestra una postura claramente protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras en aras de lograr la anhelada conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

El Tribunal en la sentencia formulada con motivo del asunto *Steinicke* adoptó una postura claramente protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. En ella sostiene que la exclusión prevista en la normativa alemana de los trabajadores a tiempo parcial de poder optar al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de edad es contraria al Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia sostiene al respecto que una normativa como la controvertida conduce a establecer una discriminación de las trabajadoras respecto de los trabajadores, y se aventura a calificarla de contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1 de la Directiva 76/207, salvo en el supuesto en que concurren razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo que lo justifiquen.

Los asuntos *Schönheit* y *Becker* son resueltos de manera conjunta y en ellos el Tribunal protege claramente los intereses de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. De este modo, establece que el artículo 14 de la BeamtVG (Ley sobre las pensiones de funcionarios y jueces federales y regionales), que prevé la aplicación de una reducción de la pensión para aquellos casos en los que los trabajadores hayan disfrutado de permisos no retribuidos o de reducciones de la jornada laboral por motivos familiares, resulta contrario al artículo 141 TCE.

El Tribunal también manifiesta una gran tutela en el asunto *Merino Gómez* en el que establece que, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207 se deduce que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto

---

<sup>1171</sup> *Schönheit* (C-4/02).

<sup>1172</sup> *Becker* (C-5/02).

<sup>1173</sup> *Merino Gómez* (C-342/01).

<sup>1174</sup> *Mayer* (C-356/03).

<sup>1175</sup> *Elbal Moreno* (C-385/11).

del de su permiso de maternidad, contrariamente a lo que había venido estableciendo el Tribunal Supremo español<sup>1176</sup>.

En primer lugar, sostiene que al derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/104, no le puede ser establecida excepción alguna. Así lo establece el Tribunal en su sentencia *BECTU*<sup>1177</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto la distinta finalidad perseguida por el descanso vacacional anual y por el permiso de maternidad. De esta manera, aclara que, por un lado, el permiso de maternidad persigue la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, así como la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>1178</sup>. Por otro lado, el período vacacional tiene por finalidad la protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador<sup>1179</sup>.

En consecuencia en caso de coincidencia de ambos períodos, como ocurre en el asunto presente, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas. Por otra parte, el artículo 11.2 a) de la Directiva 92/85 dispone que en caso de permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora, entre los que se halla el derecho a las vacaciones.

La postura mantenida por el Tribunal en la sentencia emitida con motivo del asunto *Mayer* goza de un carácter protector para con la mujer y para con la maternidad, en la medida en que trata de evitar todas aquellas causas que puedan penalizar a la

---

<sup>1176</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de febrero de 2000; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de diciembre de 1999; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 1999.

<sup>1177</sup> *BECTU* (C-173/99, párrafo 43).

<sup>1178</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25); *Thibault* (C-136/95, párrafo 25), y *Boyle* (C-411/96, párrafo 41).

<sup>1179</sup> *BECTU* (173/99, párrafo 44).

mujer trabajadora por el hecho de ser madre. BRESCIA también remarca este carácter garantista de la sentencia *Mayer*<sup>1180</sup>.

En ella el Tribunal declara el artículo 6, apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378 contrario a una normativa nacional como la prevista en el artículo 29, apartado 7 de los estatutos de la VBL. Esta normativa prevé la interrupción de la adquisición de derechos a efectos de una pensión de seguro durante el permiso legal de maternidad, al establecer como condición que la trabajadora perciba durante dicho permiso un salario sujeto a impuestos.

A tenor del artículo 6, apartado 1, letra g), de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso por maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario.

Concluye este grupo la sentencia *Elbal Moreno* en la cual el Tribunal manifiesta también claramente la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial, los cuales en la mayoría de los casos son mujeres que han optado por este régimen laboral para poder conciliar su vida profesional con sus responsabilidades familiares.

El Tribunal establece que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exija a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

El Tribunal sostiene que una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial tales como la Sra. Elbal, que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido. Dicha

---

<sup>1180</sup> BRESCIA, Marta. “Congedo per maternità e sistema previdenziale [Nota a sentenza]”. *op. cit.* p. 922.

normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación.

Un tercer grupo aglutina aquellas sentencias en las que el Tribunal mantiene una postura protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras pero con algunas limitaciones. En él se engloban los asuntos *Lommers*<sup>1181</sup>, *Gassmayr*<sup>1182</sup> y *Parviainen*<sup>1183</sup>.

La sentencia *Lommers* mantiene la protección de las trabajadoras para que puedan conciliar su vida laboral y el cuidado de sus hijos sin embargo desprotege a los trabajadores funcionarios varones.

En esta sentencia el Tribunal establece que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE no se opone a una normativa establecida por el Ministerio neerlandés que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador varón únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia cuya apreciación corresponde al empleador.

El órgano judicial con el fin de justificar su solución hace referencia a la finalidad con la que es adoptada esta postura, consistente en remediar la infrarrepresentación de las mujeres entre el personal del Ministerio de Agricultura, así como al contexto en el que se adopta caracterizado por la insuficiencia de guarderías adecuadas y asequibles<sup>1184</sup>. Considera que ambos argumentos justifican tal medida.

De las sentencias de los asuntos *Gassmayr* y *Parviainen*, emitidas el mismo día, se puede extraer que el hecho de que una trabajadora se vea obligada a dejar de trabajar a causa de su embarazo o sea destinada a otro puesto no exime al empresario del pago de todos los complementos ligados a su condición profesional. Sin embargo, no reconoce el derecho de éstas de reclamar los complementos que tienden a compensar los

---

<sup>1181</sup> *Lommers* (C-476/99).

<sup>1182</sup> *Gassmayr* (C-194/08).

<sup>1183</sup> *Parviainen* (C-471/08).

<sup>1184</sup> *Lommers* (C-476/99, párrafo 43).

inconvenientes inherentes al ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares cuando no ejercen efectivamente esas funciones.

De este modo, no se produce una corrección absoluta, por parte del Tribunal, de la penalización que supone la maternidad para la mujer, sino que únicamente palía algunos de sus efectos. Es por ello que integramos estas sentencias dentro de aquellas en las que el Tribunal protege los intereses de los trabajadores y trabajadoras pero con limitaciones.

Por otra parte y finalmente cabe mencionar la sentencia *Jørgensen*, la cual se caracteriza por la postura no protectora que el Tribunal mantiene respecto de los derechos de la trabajadora que ha prestado sus servicios a tiempo parcial con el fin de conciliar su vida laboral con su vida familiar.

En ella el Tribunal establece que el Derecho comunitario no se opone a un “modelo de transformación” destinado a limitar el ejercicio de la actividad de los médicos especialistas a tiempo parcial. Este Convenio tenía entre sus objetivos la limitación del gasto público destinado a los cuidados dispensados por los médicos especialistas y una mejor planificación económica y geográfica del número de dichos médicos.

En similar sentido se pronuncia el Tribunal en la sentencia *Grau-Hupka*<sup>1185</sup> en la que declaró que los Estados miembros no están obligados a conceder ventajas en materia de seguro de vejez a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos.

#### 4.5.2 ANÁLISIS: TRATAMIENTO DE LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Se puede distinguir un primer grupo integrado por las sentencias *Comisión y República Francesa* (C-312/86), *Stoekel*, *Minne*, *Griesmar*, *Merino Gómez* y

---

<sup>1185</sup> *Grau-Hupka* (C-297/93).

*Gassmayr*, en el que el Tribunal adopta una línea mediante la cual trata de hacer frente al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres en aras de lograr la igualdad y la corresponsabilidad entre ellos, pero en los cuales todavía invoca la tradicional argumentación establecida por primera vez en el párrafo 25 de la sentencia *Hofmann*.

La solución dada en el asunto *Comisión y República Francesa* (C-312/86) supuso un importante cambio en la dirección de la jurisprudencia de éste órgano<sup>1186</sup>, el cual venía manteniendo la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres siguiendo la línea asentada en *Hofmann*. El Tribunal sostuvo que los derechos especiales de protección de las mujeres eran incompatibles con las disposiciones de la Directiva 76/207 y que deberían ir dirigidos tanto a mujeres como a hombres<sup>1187</sup>.

El Tribunal de Justicia al delimitar, sin embargo, el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, se refirió nuevamente a lo dispuesto en el párrafo 25 de la sentencia *Hofmann*, en virtud del cual se considera que la protección de la mujer, por lo que se refiere a la maternidad, tiene por objeto garantizar la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo a lo largo del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que el cúmulo de cargas que resultan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional afecte negativamente a estas relaciones<sup>1188</sup>.

También cabe mencionar que el Tribunal no se pronuncia en relación a la propuesta de la Comisión en virtud de la cual los derechos especiales de protección a la mujer no debían ser suprimidos sino que debían hacerse extensivos a los varones. De este modo pierde la posibilidad de abrir una nueva dirección en aras de lograr la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

El análisis la sentencia *Stoeckel* permite contemplar una clara tendencia del Tribunal hacia la igualdad entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo. El Tribunal no se pronuncia en relación a las responsabilidades familiares y reitera lo

---

<sup>1186</sup> CLAUSSEN, Catheryn. *op. cit.* p. 797.

<sup>1187</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86, párrafo 14).

<sup>1188</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86, párrafo 13).



dispuesto en la sentencia *Hofmann*<sup>1189</sup> según la cual la Directiva 76/207 no se halla dirigida a regular cuestiones relativas a la organización familiar ni a modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja, por lo que él no entrará en la mencionada cuestión. Sin embargo, en algunos de los argumentos que se esgrimen tanto por el mismo como en las Conclusiones elaborados por el Sr. Tesauero, se continúa vislumbrando la división tradicional sexual de roles.

Por una parte, el Tribunal al completar la interpretación del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 invoca el apartado 44 del asunto *Johnston*<sup>1190</sup>, en el que se sostiene que mediante la mención expresa del embarazo y la maternidad, la Directiva pretende garantizar, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otra, las relaciones particulares entre la mujer y su hijo.

Por otra parte, en las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Tesauero, se exponen algunas de las argumentaciones que esgrimía el Gobierno francés para justificar disposiciones como la francesa. Así se señalaba la mayor debilidad física y por lo tanto la mayor vulnerabilidad de las mujeres ante las consecuencias del trabajo nocturno; los riesgos que la mujer podía correr en su desplazamiento nocturno al puesto de trabajo; la inconveniencia de trabajar de noche junto a compañeros del otro sexo; las convicciones arraigadas sobre el papel social de la mujer como madre y punto de referencia de la organización familiar. El gobierno francés sostiene que el lugar preferente de las mujeres era el hogar, para ocuparse de la familia<sup>1191</sup>, por lo que el trabajo nocturno femenino era considerado como especialmente perturbador de la vida familiar y perjudicial para la sociedad. En esta argumentación puede observarse claramente la visión que en este momento tiene el Gobierno francés en relación al papel que la mujer desempeña en la sociedad.

En la sentencia *Minne*, el Tribunal busca la igualdad entre hombres y mujeres al calificar de discriminatorio el diferente régimen de excepciones aplicable a hombres y mujeres en relación al trabajo nocturno.

---

<sup>1189</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 24).

<sup>1190</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>1191</sup> *Stoeckel*, Conclusiones del Abogado General Tesauero presentadas el 24 de enero de 1991 (C-345/89, punto 5).

Sin embargo, nuevamente reitera la finalidad perseguida por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 e invoca lo dispuesto en la sentencia *Johnston*<sup>1192</sup>, en cuyo párrafo 44 se sostiene que la Directiva al mencionar el embarazo y la maternidad, pretende garantizar la protección de las condiciones biológicas de la mujer, por una parte, y las particulares relaciones entre la mujer y su hijo, por otra. De esta manera se observa cómo 8 años después el Tribunal continúa esgrimiendo la misma argumentación, a través de la cual, tácitamente, atribuye las tareas de cuidado a la mujer.

El Abogado General va más allá y, en relación a la justificación de la diferencia de trato existente entre los dos regímenes de excepciones (el previsto para mujeres y el previsto para hombres), destaca de la resolución de remisión del juez nacional que en el caso presente “*tal disparidad de trato no está justificada por exigencias objetivas vinculadas a la protección de la mano de obra femenina tales como, en particular, la protección contra los riesgos de agresión o la obligación de asumir determinadas responsabilidades familiares específicas*”<sup>1193</sup>. Se alude también en esta argumentación a la sentencia *Hofmann*<sup>1194</sup> y se reitera con mayor explicitud la atribución a la mujer de concretas y determinadas responsabilidades y cargas familiares, perpetuando así la división tradicional de roles.

En la sentencia *Griesmar*, del mismo modo que en las anteriores, el Tribunal aboga por la igualdad entre hombres y mujeres. Por una parte, el Tribunal en el párrafo 43 confirma nuevamente que la finalidad del mencionado apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 consiste en asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad

---

<sup>1192</sup> *Johnston* (C-222/84, párrafo 44).

<sup>1193</sup> *Minne*, Conclusiones del Abogado General Tesauro (C-13/93, punto 6).

<sup>1194</sup> *Hofmann* (C-184/83).

profesional perturbe dichas relaciones<sup>1195</sup>. Se reitera de esta manera la tradición división sexual de los roles entre los hombres y las mujeres.

Sin embargo, por otra parte, el propio Tribunal deshecha tal argumentación para el presente caso, puesto que tal y como se sostiene en el asunto *Comisión y República Francesa*<sup>1196</sup>, las medidas que contemplan la protección de las mujeres como progenitoras, calidad que pueden tener tanto los trabajadores como las trabajadoras, no pueden justificarse invocando esta disposición de la Directiva. De esta manera, el Tribunal sostiene que ni hombres ni mujeres poseen una especial relación con la familia o con el trabajo y evita así el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres<sup>1197</sup>.

Cabe mencionar que de la exposición realizada por el Abogado General se entrevé como éste atribuye a la mujer, principalmente, la tarea relativa cuidado de los hijos. El mismo hace referencia a las causas del fenómeno sociológico de las expectativas de carrera limitadas de las mujeres con hijos y sostiene que tal situación no es extensible a los padres<sup>1198</sup>, es decir, el Abogado General describe una situación, ciertamente innegable, pero quizá el mantenimiento de la norma tal y como reza su redacción no resulta la opción más adecuada para hacer frente a la situación de desigualdad entre hombres y mujeres. Alternativa diferente sería la de conceder esta bonificación tanto a aquellos madres como a aquellas padres que prueben haber dedicado parte de su tiempo al cuidado de los hijos.

Según ICARD el Tribunal mediante su jurisprudencia muestra su intención de evitar una postura demasiado protectora de la maternidad que puede conducir a situaciones discriminatorias<sup>1199</sup>. Trata de evitar que tal protección se convierta en un instrumento de trato desigual, a través del cual se perpetúe la división tradicional sexual

---

<sup>1195</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 25); *Johnston* (C-222/84, parágrafo 44); *Comisión y Francia* (C-312/86, parágrafo 13) y *Kreil* (C-285/98, parágrafo 30).

<sup>1196</sup> *Comisión y Francia* (C-312/86, parágrafo 14).

<sup>1197</sup> NICCOLAI, Silvia. "When Law remembers". En *The 13th International Conference of ISSEI*. University of Cyprus. July 2-6, 2012. p. 3.

<sup>1198</sup> *Lommers* (C-476/99, parágrafo 80).

<sup>1199</sup> ICARD, Philippe. *op. cit.* p. 704.

de roles. KOLDINSKÁ también pone de manifiesto el peligro de arraigar los tradicionales estereotipos de género<sup>1200</sup>.

La sentencia *Merino Gómez* tampoco mantiene directamente la tradición división sexual de roles entre hombres y mujeres, sin embargo en su párrafo 32 continúa invocando el párrafo 25 de la sentencia *Hofmann* con el objeto de recordar la finalidad perseguida por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

Cierra este grupo la sentencia *Gassmayr* de la cual cabe resaltar también cómo el Tribunal al mencionar el objetivo que persigue el permiso de maternidad invoca nuevamente la sentencia *Hofmann*<sup>1201</sup> en la que hace referencia a la protección de la condición biológica de la mujer y a la protección de las particulares relaciones de la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>1202</sup>. Aquí se observa nuevamente la postura del Tribunal en relación a la división de las tareas entre las mujeres y los hombres, a través de la cual, tácitamente, atribuye a la mujer el cuidado de los hijos.

Se puede distinguir un segundo grupo en el que de la solución dada por el Tribunal en las sentencias *Comisión y República Francesa (C-197/96)* y *Comisión y República Italiana*, se deduce una postura exclusivamente defensora del reparto igual de los roles entre hombres y mujeres.

Cabe destacar, con el fin de observar la perspectiva y la visión que la República Italiana tenía sobre el papel de la mujer, la argumentación que realiza en defensa del mantenimiento en vigor de la prohibición en cuestión. Según el Gobierno italiano ésta fue conservada con objeto de garantizar el respeto a exigencias de naturaleza personal y familiar cuya importancia recoge el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

Sin embargo el Tribunal, en ninguno de los dos asuntos tuvo en cuenta esta argumentación al no responder a la misma. No profundizará en este planteamiento ni entró a determinar la finalidad del mencionado precepto a diferencia de la reflexión

---

<sup>1200</sup> KOLDINSKÁ, Kristina. *op. cit.* p. 15.

<sup>1201</sup> *Hofmann* (C-184/83, párrafo 25).

<sup>1202</sup> *Parvianien* (C-194/08, párrafo 81).

realizada en la sentencia *Stoeckel* en torno a él. Ello puede significar un cambio en la posición del Tribunal en relación a la división tradicional de roles entre el hombre y la mujer que acostumbraba mantener en su jurisprudencia anterior de manera indirecta al aludir, fundamentalmente, a la finalidad del mencionado apartado 3 del artículo 2 de la Directiva.

El Tribunal, en el tercer grupo integrado por las sentencias *Steinicke*, *Schönheit*, *Becker*, *Mayer*, *Parviainen* y *Elbal Moreno*, nada establece directamente en relación a la postura que éste mantiene respecto de la división tradicional sexual de roles. Del fondo de estos asuntos se puede deducir que el Tribunal trata de corregir las desigualdades que sufren, por una parte, los trabajadores a tiempo parcial, en su mayoría mujeres, así como también aquellos trabajadores que se han acogido a algún determinado permiso, de maternidad o parental, con el fin de atender sus responsabilidades familiares. Aunque ello no interfiere directamente ni en la perpetuación ni en la modificación de la clásica división.

Sin embargo, de la descripción de los hechos de los mencionados asuntos se desprende que es la mujer la que en la mayoría de los casos continúa haciéndose cargo del cuidado de los hijos y del hogar, puesto que es ella la que ocupa mayoritariamente los puestos de trabajo a tiempo parcial y asume permisos no retribuidos con el fin de poder conciliar su vida familiar con su vida profesional.

Tampoco la sentencia *Jørgensen*, establece nada a este respecto sin embargo, como ya se ha expuesto su fondo no contribuye a paliar las desigualdades sufridas por los trabajadores y trabajadoras que optan por el trabajo a tiempo parcial con el fin de poder conciliar así su vida profesional con su vida personal y familiar.

Un último grupo es aquel integrado únicamente por la sentencia *Lommers* mediante la cual el Tribunal contribuye directamente al mantenimiento de la división tradicional de roles entre hombres y mujeres.

En la sentencia *Lommers* el propio Tribunal en su párrafo 41 pone de manifiesto el peligro que la medida en cuestión conlleva, pues, pese a que tiene por finalidad abolir una desigualdad de hecho, podría producir el efecto contrario y

contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer. Sin embargo, pese a contemplar tal posibilidad el Tribunal decide asumir el mencionado riesgo.

La medida concebida como conciliadora de la vida laboral y familiar, tal y como se desprende del párrafo 38, va dirigida exclusivamente hacia las mujeres lo que contribuye a mantener la idea de que el cuidado de los niños corresponde en exclusiva a la mujer. A pesar de ello, finalmente el Tribunal concluyó que la medida en cuestión quedaba bajo el ámbito de las acciones positivas previstas en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 76/207<sup>1203</sup>.

---

<sup>1203</sup> En este sentido el Abogado General Sr. Jacobs, en el asunto Marschal, sostiene que el hecho de “*reservar únicamente a las mujeres la posibilidad de acogerse a los beneficios derivados de las medidas relativas al cuidado de los hijos puede incluso considerarse contrario al objetivo de tratar a hombres y mujeres como participantes en pie de igualdad en la población activa, por cuanto refuerza la presunción de que la responsabilidad primordial del cuidado de los niños ha de corresponder a las mujeres*” [Véase la nota al pie de la página número 45 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 15 de mayo de 1997 presentadas en el asunto Marschall (C-409/95)].

En las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 6 de noviembre de 2001, el Sr. Alber, en el punto 31, escoge la postura del Gobierno neerlandés el cual menciona y pone sobre la mesa el problema relativo a la conciliación de la vida familiar y laboral y califica la medida controvertida como una medida en esta línea, la cual cabría incardinar bajo el aparato 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207<sup>1203</sup>.

Por su parte, la Comisión no comparte esta postura e invocando la sentencia emitida con motivo del asunto *Comisión y Francia* (C-312/86), considera que la normativa controvertida no constituye precisamente un contrapeso frente a las ideas estereotipadas sobre las mujeres. Más bien sirven para reforzar la actitud tradicional respecto de las madres y, por ello, está en contradicción con la justificación en el ordenamiento jurídico comunitario de las acciones positivas a favor de las mujeres.

El Abogado General, con el fin de determinar si la medida en cuestión se halla contenida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, comienza recordando el concepto de acción positiva dado por el Tribunal en su jurisprudencia [*Kalanke*, sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93); *Marschall*, sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95); *Badeck*, sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 (C-158/97); *Abrahamson*, sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000 (C-407/98)].

El Sr. Alber pone de manifiesto que la responsabilidad de las mujeres en cuanto madres represente a menudo, en las condiciones sociales actuales, un obstáculo desde el punto de vista práctico al ejercicio de una actividad profesional y así se menciona en la exposición de motivos de la Recomendación 92/241. El Abogado General continúa su argumentación y sostiene que pese a que la mencionada Recomendación tenga por finalidad fomentar una estructura familiar en la que los hombres y las mujeres se repartan el trabajo, del conjunto del documento deduce que en la realidad social la falta de guarderías adecuadas constituye un obstáculo principal para que las mujeres ejerzan una actividad profesional. En consecuencia el Abogado General considera la normativa en cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 4 de la Directiva 76/207 encaminada a promover la igualdad.

Autores como MITCHELL argumentan los inconvenientes de las medidas de acción positiva entre los que destaca la relegación de las mujeres a las tareas que tradicionalmente les han sido asignadas y

### 4.5.3 ANÁLISIS: ASPECTOS ECONÓMICOS

De las dieciséis sentencias analizadas bajo este epígrafe únicamente cuatro de ellas otorgan mayor peso a los intereses económicos del empleador, del Estado o de ambos que a los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras. Éstas son las sentencias *Jorgensen, Lommers, Gassmayr* y *Parviainen*.

En la respuesta dada por el Tribunal en el asunto *Jørgensen* se observa la primacía del interés económico, encubierto bajo la bandera de la política social, frente a la protección de intereses tales como el principio de igualdad entre hombres y mujeres o la protección de la maternidad y del cuidado de los hijos, tareas que se ven penalizadas por la respuesta dada por el Tribunal al no ser tenidas en cuenta.

En este asunto, en primer lugar, establece que aunque consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar, no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos.

Por otra parte, el Tribunal en el apartado 36 argumenta que admitir que consideraciones de índole presupuestaria puedan justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres que, de no existir aquéllas, constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podrían variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros.

Sin embargo y pese a lo dispuesto en la citada sentencia, el Tribunal retoma el argumento esgrimido por la Comisión y sostiene que las razones relativas a la necesidad de garantizar una buena gestión del gasto público, son legítimas y pueden justificar medidas de política social. En consecuencia establece que no puede considerarse que las

---

perpetúa los negativos estereotipos de la mujer en el ámbito laboral (MITCHELL, Brady. *op. cit.* p. 477). La decisión del Tribunal no sigue la línea establecida por el Consejo en la Recomendación 92/241/CEE sobre el cuidado de los niños y niñas, la cual aboga por reparto de las responsabilidades relativas al cuidado de los niños y niñas entre hombres y mujeres. El Tribunal en este asunto, otorga su apoyo a una estructura familiar que reduce la responsabilidad masculina en el cuidado de los hijos.

medidas cuestionadas en el litigio principal infrinjan el principio de igualdad de trato, si responden a un objetivo legítimo de política social, si son aptas y necesarias para alcanzarlo y si, por lo tanto, están justificadas por razones ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo<sup>1204</sup>.

La decisión judicial adoptada en el asunto *Lommers* favorece también los intereses económicos del empleador, en este caso el Estado, pues una resolución en sentido contrario garantizaría el derecho a reserva de plaza de guardería subvencionada a hombres y a mujeres por lo que el coste de la subvención para éste sería mayor.

En las sentencias emitidas con motivo de los asuntos *Gassmayr* y *Parviainen* no se produce una corrección absoluta de la penalización que supone la maternidad para la mujer, sino que únicamente palía algunos de sus efectos. En consecuencia, esta cautelosa solución inclina la balanza en favor de los intereses económicos del empleador.

El Abogado General Poiars Maduro en las Conclusiones que realiza en el asunto *Gassmayr*, en el punto 25, expone la encrucijada en la que se encuentra el Tribunal, el cual, por un lado, busca el no disuadir a las trabajadoras de que tengan hijos por el temor a no percibir ingresos suficientes para mantenerse durante el permiso de maternidad, o a que ese hecho repercuta negativamente en su promoción profesional. Sin embargo, por otro lado, es consciente de que el Derecho comunitario tiene muy presentes los intereses económicos de los Estados<sup>1205</sup>.

Por su parte, el Tribunal en la sentencia *Comisión y República Francesa* (C-312/86) no hace primar directamente los derechos económicos del empleador frente a los del trabajador pero sí tácitamente al no responder a la propuesta planteada por la

---

<sup>1204</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y Bélgica*, sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1991 (C-229/89, párrafos 19 y 26) y *Molenbroek*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1992 (C-226/91, párrafos 13 y 19).

<sup>1205</sup> *Gassmayr*, Conclusiones del Abogado General Poiars Maduro presentadas el 3 de septiembre de 2009 (C-194/08, punto 25). Este punto establece que: “El Derecho comunitario concede cierto margen discrecional a las autoridades nacionales para que tengan en cuenta las condiciones sociales y económicas de su país y para decidir qué ingresos pueden considerarse adecuados para una mujer durante el permiso de maternidad y qué condiciones son necesarias para garantizar que no se vea perjudicada en su futura carrera profesional”.



Comisión de hacer extensivos a los varones los derechos de protección especial previstos para la mujer en la legislación francesa.

Frente la propuesta de la Comisión de no suprimir los derechos especiales de protección a la mujer sino de hacerlos extensivos al hombre, el Gobierno francés se limita a oponer argumentos de carácter económico y esgrime que la equiparación de derechos entre hombres y mujeres al alza representaría un coste económico considerable tanto para los empresarios como para el Estado que no está dispuesto a asumir<sup>1206</sup>.

Finalmente el Tribunal no hace extensivos a los hombres los derechos femeninos previstos por la legislación francesa sino que se limita a declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación completa y exacta de la Directiva 76/207. El Tribunal no se pronuncia en torno a la propuesta planteada por la Comisión de extender los derechos en cuestión a los varones, probablemente debido al alto coste económico que ello supondría para el Estado francés y para sus empresas.

Seis de las sentencias estudiadas bajo este epígrafe adoptan la postura contraria, es decir, hacen primar los intereses de los trabajadores y trabajadoras frente a los intereses económicos del empleador o del Estado. Ello ocurre en los asuntos *Steinicke*, *Schönheit*, *Becker*, *Merino Gómez*, *Mayer* y *Elbal Moreno*.

En Tribunal, en el asunto *Steinicke* recuerda que pese a que las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de la política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto no pueden justificar una discriminación por razón de sexo<sup>1207</sup>.

Es por ello que el Bundestalt für Arbeit no puede justificar una discriminación que resulta de un régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad por el único motivo de que la eliminación de tal discriminación implicaría un aumento de sus costes.

---

<sup>1206</sup> *Comisión y República Francesa*, Conclusiones del Abogado General (C-312/86, página 6330).

<sup>1207</sup> *Steinicke* (C-77/02, párrafo 66).

De esta manera el Tribunal, defiende los intereses de los trabajadores frente a los intereses económicos del Estado y trata al mismo tiempo de compensar la penalización que, como consecuencia de la normativa en cuestión, hayan sufrido aquellas personas que han conciliado su vida laboral con su vida familiar, mujeres en la mayoría de los casos.

En los asuntos *Schönheit y Becker*, el Tribunal aboga claramente por la protección de los derechos de los trabajadores y por la conciliación de la vida familiar y laboral de éstos frente a los intereses económicos del Estado. El Tribunal en su argumentación recuerda al juez nacional que el objetivo de recortar el gasto público no puede tenerse en cuenta para justificar una diferencia de trato basada en el sexo<sup>1208</sup>. En su jurisprudencia ya se había establecido repetidamente que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos<sup>1209</sup>.

En el asunto *Merino Gómez* se observa cómo el Tribunal decide en perjuicio de los intereses económicos de la empresa. Apoya esta solución en el artículo 7.1 de la Directiva 93/104 el cual sostiene que el derecho a las vacaciones anuales no admite excepción alguna por motivos económicos.

El Tribunal, en el asunto *Mayer* resuelve en favor de los intereses del trabajador y en perjuicio de los intereses económicos del empresario y del Estado pues éstos se verán obligados a computar a efectos del cálculo del importe de la pensión de jubilación aquellos períodos en los que la carrera profesional de la trabajadora quedó interrumpida por haber disfrutado de sus permisos de maternidad.

La sentencia *Elbal Moreno* se une a este grupo de sentencias al establecerse que el sistema mediante el cual se calcula la pensión de aquellos trabajadores a tiempo parcial es contrario a la normativa comunitaria por desfavorecer a éstos. La modificación del mismo supondrá un perjuicio económico para el Estado pues es el encargado de gestionar el sistema de pensiones.

---

<sup>1208</sup> *Schönheit y Becker* (C-4/02 y C-5/02, párrafo 84).

<sup>1209</sup> *Rocks* (C-343/92, párrafos 35 y 36); *Jørgensen* (C-226/98, párrafo 39).

Las cinco sentencias restantes, es decir, las sentencias *Stoeckel*, *Minne*, *Comisión y República Francesa (C-197/96)*, *Comisión y República Italiana* y *Griesmar*, no guardan una relación directa con la cuestión económica ni provoca su adopción consecuencias económicas que favorezcan o perjudiquen directamente a alguna de las partes.

## 5. ANÁLISIS CUANTITATIVO DE LA JURISPRUDENCIA Y REFLEXIONES

A continuación se expone un doble análisis cuantitativo de la jurisprudencia analizada hasta el momento. Mediante él se pretende cifrar, medir y cuantificar las distintas tendencias que el Tribunal ha mantenido respecto a los indicadores estudiados. Por una parte se efectuará un análisis cuantitativo y particular de cada una de las cinco categorías temáticas en que las sentencias han sido clasificadas. Por otra parte, se expondrá el análisis cuantitativo efectuado al conjunto total de sentencias examinadas.

### 5.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO Y REFLEXIONES PARTICULARES DE CADA UNA DE LAS CATEGORÍAS

#### 5.1.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PERMISO PARENTAL

El Tribunal en el 65.8% de las sentencias analizadas en esta categoría<sup>1210</sup> adopta una postura mediante la que protege y otorga un peso preferente a los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral<sup>1211</sup> frente a otros intereses. Cabe apuntar, por otra parte, que el Tribunal en el 20% de éstas adopta una postura también protectora pero con algún tipo de limitación<sup>1212</sup>. El 33.3% de los asuntos analizados muestran una solución

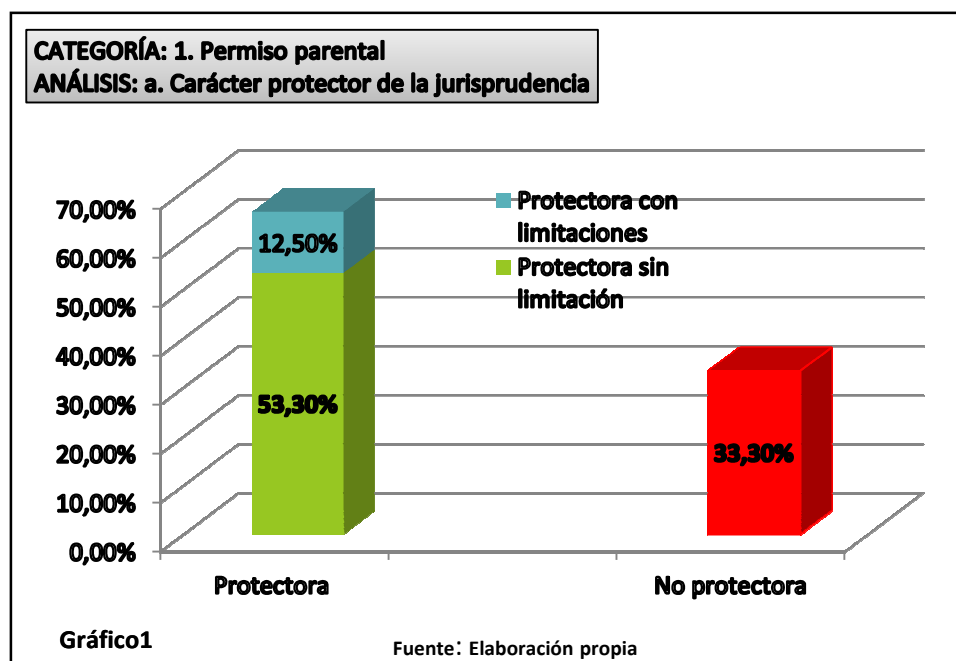
---

<sup>1210</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Busch* (C-320/01); *Mau* (C-160/01); *Österreichischer* (C-220/02); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *Kiiski* (C-116/06); *Gómez-Limón* (C-537/07); *Meerts* (C-116/08); *Tirols* (C-486/08); *Chatzi* (C-149/10); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Borger* (C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1211</sup> *Busch* (C-320/01); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *Kiiski*,(C-116/06); *Meerts* (C-116/08); *Tirols* (C-486/08); *Chatzi*,(C-149/10); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Borger*,(C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1212</sup> *Chatzi* (C-149/10); *Riežniece* (C-7/12).

mediante la cual el Tribunal parece dar menor peso a los intereses de los trabajadores frente a los de terceros<sup>1213</sup>.



En relación a si el Tribunal mediante sus sentencias contribuye o no al mantenimiento de la división tradicional sexual de los roles<sup>1214</sup> en aquella jurisprudencia analizada bajo esta categoría, cabe decir que en el 12.5% de los asuntos el Tribunal mediante la solución planteada contribuye a este mantenimiento<sup>1215</sup>.

Por otra parte cabe exponer que en el 33.3% de las sentencias no mantiene esta línea y hace frente a esta división tradicional<sup>1216</sup>. Sin embargo, de éste último grupo cabe señalar que el 80% de las sentencias en su argumentación hace referencia a ideas mediante las cuales se hace referencia a la división clásica<sup>1217</sup>, puesto que se acostumbra a atribuir a la mujer el cuidado de los hijos. Ello ocurre frecuentemente con la alusión al

<sup>1213</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana (C-163/82); Hofmann (C-184/83); Mau (C-160/01); Österreichischer (C-220/02); Gómez-Limón (C-537/07).*

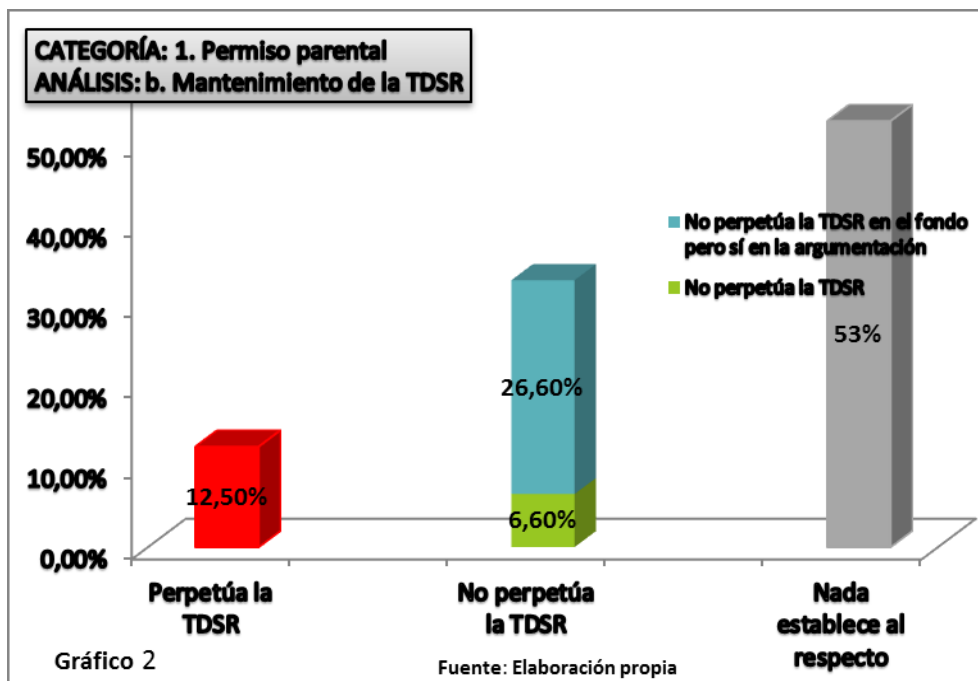
<sup>1214</sup> Este indicador se identifica en las gráficas con las siglas TDSR (tradicional división sexual de roles).

<sup>1215</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana (C-163/82); Hofmann (C-184/83).*

<sup>1216</sup> *Busch (C-320/01); Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo (C-519/03); Kiiski (C-116/06); Meerts (C-116/08); Roca Álvarez (C-104/09).*

<sup>1217</sup> *Busch (C-320/01); Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo (C-519/03); Kiiski (C-116/06); Roca Álvarez (C-104/09).*

parágrafo 25 de la sentencia *Hofmann*. Así también, cabe puntualizar que en el 53.3% de la jurisprudencia analizada bajo esta categoría nada permite inferir una postura del Tribunal a este respecto<sup>1218</sup>.



Finalmente y por lo que a los aspectos económicos se refiere, el Tribunal en el 40% de las sentencias hace prevalecer los intereses económicos de los empleadores frente a los intereses de los trabajadores y trabajadoras relacionados con la conciliación de su vida personal, laboral y familiar<sup>1219</sup>. Sin embargo, en el 53.3% de los asuntos analizados el Tribunal adopta la postura contraria, es decir, hace primar los intereses de los trabajadores frente a aquellos intereses económicos del empleador<sup>1220</sup>.

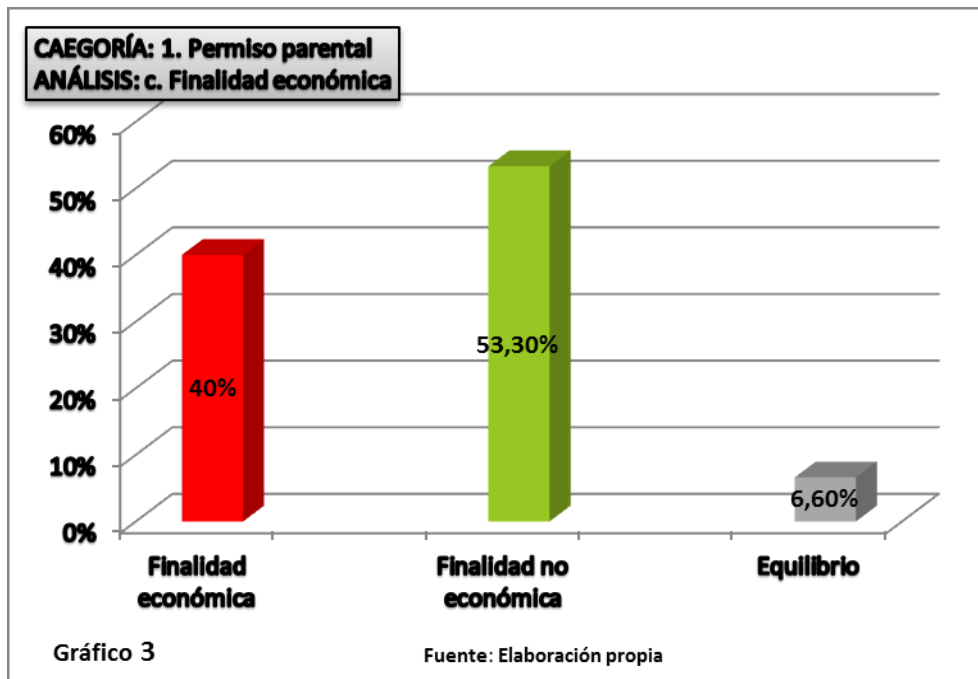
Por último, cabe añadir que en el 6.6% de las sentencias estudiadas en esta categoría se observa en la posición adoptada por el Tribunal cierto equilibrio entre los intereses de ambas partes<sup>1221</sup>.

<sup>1218</sup> *Mau* (C-160/01); *Österreichischer* (C-220/02); *Gómez-Limón* (C-537/07); *Tirols* (C-486/08); *Chatzi* (C-149/10); *Borger* (C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1219</sup> *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Mau* (C-160/01); *Österreichischer* (C-220/02); *Gómez-Limón* (C-537/07); *Chatzi* (C-149/10).

<sup>1220</sup> *Busch* (C-320/01); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *Kiiski* (C-116/06); *Meerts* (C-116/08); *Tirols* (C-486/08); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Borger* (C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11).

<sup>1221</sup> *Riežniece* (C-7/12).



### 5.1.2 REFLEXIONES

1. Las sentencias en esta materia comienzan a incrementarse a partir de 2003, concretamente a partir del asunto *Busch*. Puede apreciarse cronológicamente una evolución en el aumento de la protección otorgada por el Tribunal a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en materia de permiso parental. Sin embargo, ello no significa que esta evolución haya sido lineal y constante, puesto que en ocasiones se observa claramente su carácter regresivo. Es ejemplo de ello la solución dada por el Tribunal en el asunto *Mau* respecto a la dada anteriormente, ese mismo año, en el asunto *Busch*. Este retroceso en la línea protectora del Tribunal también se observa en el fallo planteado en el asunto *Gómez-Limón* respecto a la solución que se había producido en el asunto *Kiiski* el año anterior.

2. En lo que se refiere al mantenimiento de la división tradicional de roles entre hombres y mujeres se plantea una paradoja entre la línea por la que apuesta el Tribunal en algunos de los asuntos en los que adopta un cambio frente a la clásica división y el mantenimiento de la vigencia de la doctrina sentada en el asunto *Hoffman*, la cual todavía no puede ser considerada superada. Resulta incoherente la defensa, por una

parte, de la legitimidad de las medidas para el cuidado de los hijos dirigidas en exclusiva a la mujer con fundamento en la especial relación existente entre la madre y el hijo y, por otra parte, la consideración de perjudicial para el colectivo femenino de este tipo de beneficios dirigidos a él en exclusiva.

Cabe destacar la enorme contribución que la sentencia *Roca Álvarez* realiza al reconocimiento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, así como a la corrección de la división tradicional sexual de roles, en virtud de la cual la mujer tiene atribuido el papel de cuidadora.

3. En cuanto a la incidencia de las fuerzas del mercado en las decisiones adoptadas por el Tribunal en materia de permiso parental, cabe establecer cómo son numerosos los supuestos en los que la postura del Tribunal penaliza a aquellos trabajadores que han disfrutado de uno o varios permisos laborales a lo largo de su vida laboral. Esta penalización se observa claramente en el asunto *Gómez-Limón*, de cuyo fallo se deriva que son los trabajadores quienes han de asumir en exclusiva la carga económica que supone atender a los hijos, a lo que deben sumar la correspondiente reducción salarial, así como la posterior penalización que más tarde sufrirán en el cálculo de su pensión de jubilación por haber disfrutado del permiso parental.

En las sentencias *Mau*, *Österreichischer*, *Gómez-Limón* y *Chatzi* puede observarse cómo el Tribunal trata de evitar el impacto económico que supondría una decisión en sentido contrario y el coste que la misma supondría a los empresarios y a los Estados. Se aprecia la falta de apuesta por parte del Tribunal por la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral frente a otros intereses. Sin embargo también cabe poner de manifiesto cómo en asuntos como *Meerts*, la opción adoptada por el Tribunal camina en sentido inverso.

En relación a la interacción que existe entre el nivel de protección que se otorga a los trabajadores y la tutela de los intereses económicos del mercado, cabe prestar atención al posible “efecto boomerang” de la excesiva protección a la maternidad lo cual conllevaría a la reticencia por parte de los empresarios a la contratación de mujeres en edad fértil debido al coste económico directo e indirecto que de las mismas se deriva



en caso de maternidad. Una protección excesiva podría dar lugar a obstaculizar el acceso de las mujeres al mercado laboral.

4. En la mayoría de los casos el Tribunal va a secundar la propuesta elaborada por el Abogado General en sus Conclusiones. En las sentencias analizadas tal afirmación se cumple a excepción de tres supuestos. En la sentencia *Hofmann* y en la sentencia *Comisión e Italia*, el Tribunal adopta una postura menos progresista y protectora que la planteada por el Abogado General en cada uno de los casos. Sin embargo, en el asunto *Kiiski*, la postura finalmente defendida por el Tribunal resulta más protectora y progresista que la propuesta por el Abogado General.

5. El Tribunal menciona por primera vez el artículo 33.2 de la CDFUE, en el cual se hace mención expresa a la conciliación de la vida profesional y laboral, en la sentencia *Chatzi*. En este asunto analiza también el posible conflicto entre el artículo 24 de la CDFUE y el artículo 33<sup>1222</sup>, sin embargo sostiene que el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, no implica necesariamente el reconocimiento de un derecho individual a la obtención de un permiso parental por sus progenitores.

### 5.1.3 ANÁLISIS CUANTITATIVO: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

En segundo lugar, de las sentencias que conforman la categoría relativa a la existencia de discriminación en el acceso al empleo y en la promoción en el mismo por razón de maternidad o permiso parental<sup>1223</sup> se han obtenido los siguientes resultados:

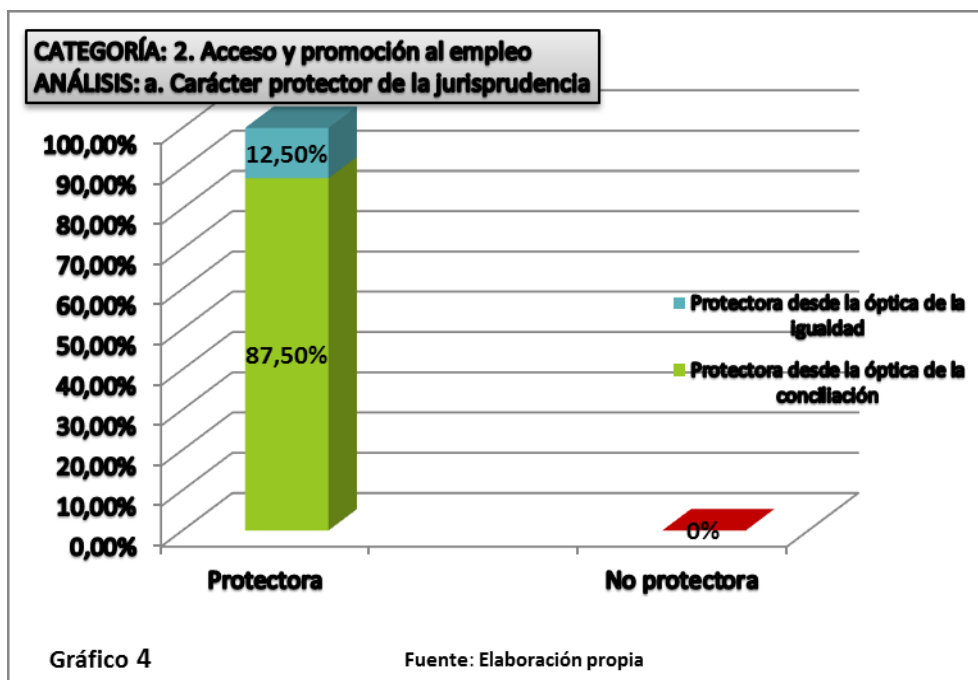
El 100% de las sentencias analizadas bajo esta categoría muestran cómo el Tribunal adopta una postura protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. El 87.5% de ellas lo hace desde la óptica de la conciliación de la vida

---

<sup>1222</sup> *Chatzi* (C-149/10, parágrafo 37).

<sup>1223</sup> *Johnston* (C-222/84); *Dekker* (C-177/88); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Kreil* (C-285/98); *Mahlburg* (C-207/98); *Sass* (C-284/02); *IMSALUD* (C-294/04).

personal, laboral y familiar<sup>1224</sup>, mientras que el 12.5% lo hace desde la óptica de la igualdad<sup>1225</sup> en aras de promover por encima de todo la corresponsabilidad entre hombres y mujeres pese a que se reduzcan medidas favorables a la conciliación ya establecidas pero, sin embargo, dirigidas en exclusiva a la mujer.



En el 25% de las sentencias analizadas bajo esta categoría el Tribunal mantiene la división tradicional de roles entre hombres y mujeres<sup>1226</sup>, mientras que hace frente a la misma en el 50% de los supuestos<sup>1227</sup>. Sin embargo, cabe puntualizar, cómo de este último grupo pese a que el fondo y el sentido de todas ellas sea contrario a la perpetuación de la clásica división, el 75% de las sentencias que lo conforman mantienen algún atisbo en su exposición o en su argumentación mediante el cual se atribuye directa o indirectamente a la mujer el papel de cuidado de los hijos<sup>1228</sup>. Del 25% restante nada se puede inferir al respecto<sup>1229</sup>.

<sup>1224</sup> *Johnston* (C-222/84); *Dekker* (C-177/88); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Mahlburg* (C-207/98); *Sass* (C-284/02); *IMSALUD* (C-294/04).

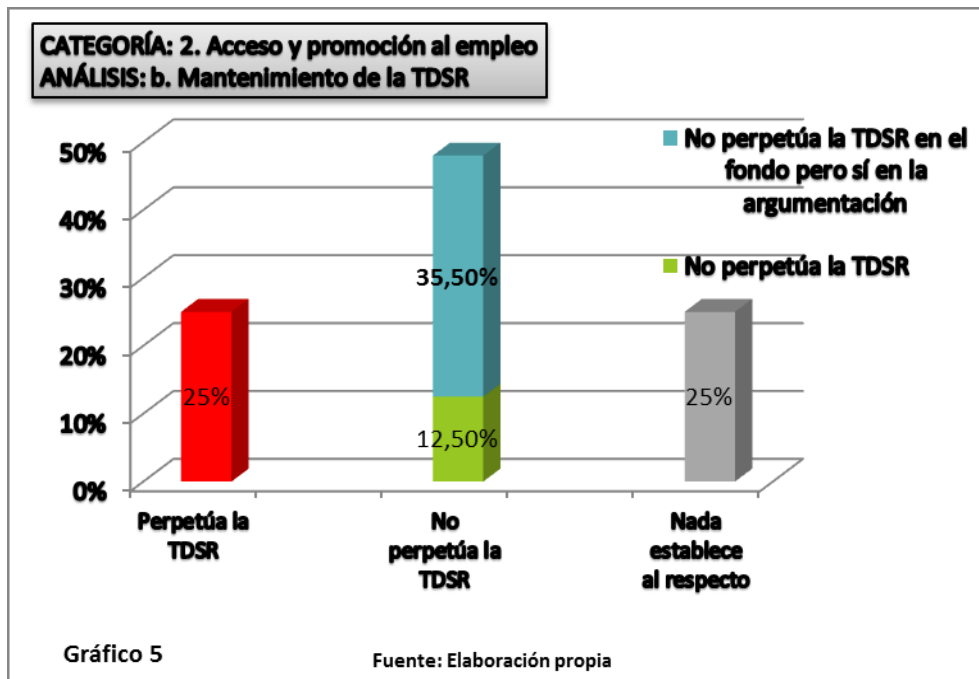
<sup>1225</sup> *Kreil* (C-285/98).

<sup>1226</sup> *Johnston* (C-222/84); *Mahlburg* (C-207/98).

<sup>1227</sup> *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Kreil* (C-285/98); *Sass* (C-284/02).

<sup>1228</sup> *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Sass* (C-284/02).

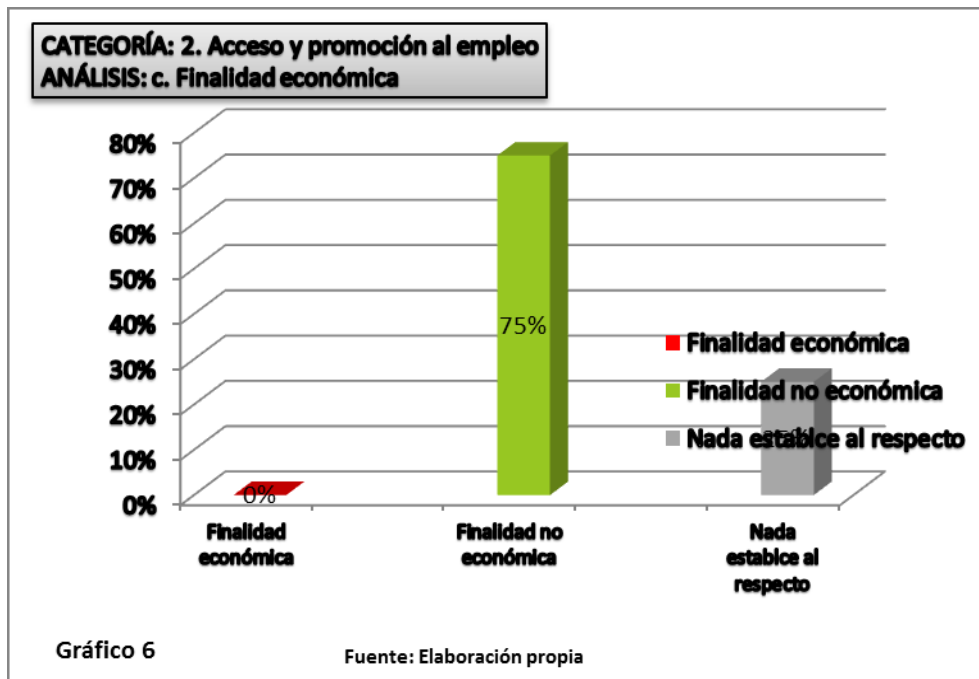
<sup>1229</sup> *Dekker* (C-177/88); *IMSALUD* (C-294/04).



Finalmente, y en relación a la primacía y búsqueda de los intereses económicos y del buen funcionamiento del mercado en cada una de las sentencias, se observa cómo el Tribunal no persigue en ninguno de los asuntos esta finalidad por encima de los intereses de los trabajadores<sup>1230</sup>. En el 75% de las sentencias analizadas en esta categoría priman los intereses de los trabajadores y trabajadoras frente a los intereses económicos del empleador. Las sentencias que conforman el 25% restante no permiten inferir la posición del Tribunal en torno a esta cuestión<sup>1231</sup>.

<sup>1230</sup> *Dekker* (C-177/88); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Mahlburg* (C-207/98); *Sass* (C-284/02); *IMSALUD* (C-294/04).

<sup>1231</sup> *Johnston* (C-222/84); *Kreil* (C-285/98).



#### 5.1.4 REFLEXIONES

1. Todas las sentencias analizadas bajo esta categoría tutelan a la mujer frente a las discriminaciones sufridas en el acceso o en la promoción al empleo, al tiempo que hacen frente a la perspectiva proteccionista en virtud de la cual se pretende sobreprotegerla por razón de la maternidad, convirtiendo la misma en un obstáculo para ella. Una interpretación demasiado extensiva de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 podría dar lugar a situaciones discriminatorias en perjuicio de la mujer.

Bajo esta categoría se formulan dos principios fundamentales que poco a poco se irán definiendo y perfilando a lo largo de la jurisprudencia. Por una parte, el Tribunal proclama que la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, puesto que tal circunstancia sólo puede ser opuesta a las mujeres<sup>1232</sup>. Por otra parte, establece que el ejercicio de los derechos concedidos a las mujeres en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de la

<sup>1232</sup> Dekker (177/88, parágrafo 12).

Directiva no puede conllevar que la trabajadora experimente un trato desfavorable en el acceso al empleo o en lo que a las condiciones de trabajo se refiere<sup>1233</sup>.

2. En relación a la perpetuación de la división tradicional de roles entre hombres y mujeres, cabe mencionar que la paradoja que se mencionaba en la primera categoría también se refleja en esta categoría. Tal y como se refleja en los resultados, del grupo de asuntos que hace frente a esta división tradicional, el 75% de las sentencias que lo conforman, pese a no contribuir con el fondo de la sentencia a la perpetuación de roles sí contiene en su argumentación algunos aspectos que nos remiten a la misma<sup>1234</sup>.

3. En cuanto a la finalidad perseguida por el Tribunal en su jurisprudencia, cabe poner de manifiesto la extraordinaria primacía de los intereses de los trabajadores frente a los intereses económicos de la empresa, el Estado y el mercado.

4. En las sentencias analizadas bajo esta categoría no hay mención alguna a la CDFUE y en la totalidad de las sentencias a excepción del asunto *Sass*, el Tribunal sigue la línea trazada por el Abogado General en sus Conclusiones. Cabe mencionar también que en el caso *Sass* resulta más conservadora la solución planteada por el Abogado que la finalmente adoptada por el Tribunal.

---

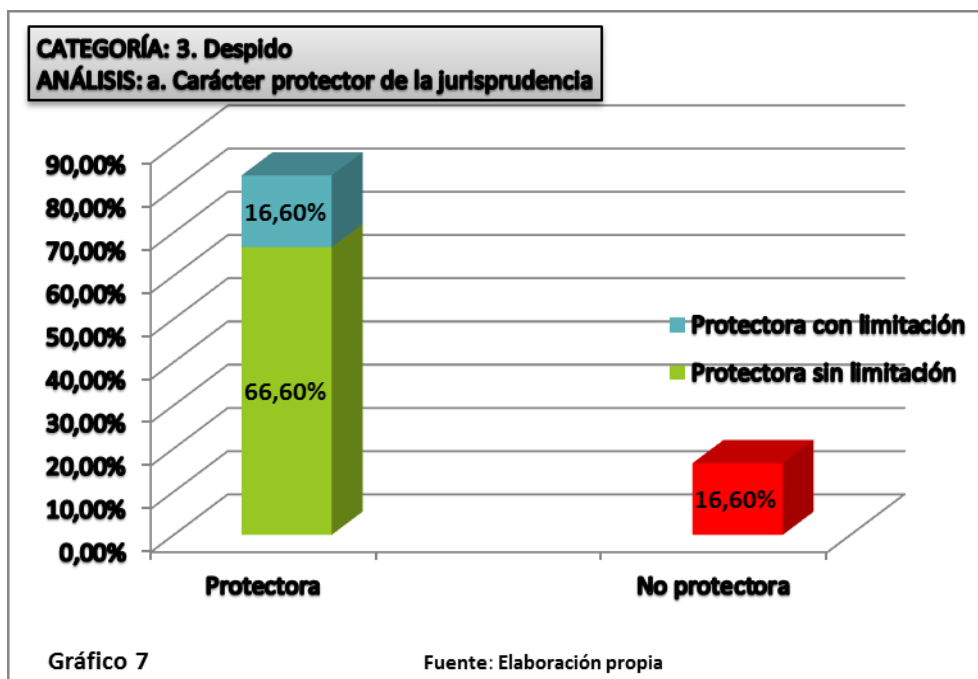
<sup>1233</sup> *Thibault* (C-136/95).

<sup>1234</sup> *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Sass* (C-284/02).

### 5.1.5 ANÁLISIS CUANTITATIVO: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

En tercer lugar, de las sentencias que integran la categoría relativa al despido por causa de la maternidad o del permiso parental<sup>1235</sup> se han obtenido los resultados que se exponen a continuación.

En el 83.3% de las sentencias estudiadas en esta categoría el Tribunal mantiene una postura protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras<sup>1236</sup>. Si bien, es cierto que en el 25% de estas sentencias, la tutela se lleva a cabo con algún tipo de limitación<sup>1237</sup>. Por contrapartida, el 16.6% de las sentencias reconocen otros derechos como superiores a los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras o la inexistencia de tales derechos<sup>1238</sup>.



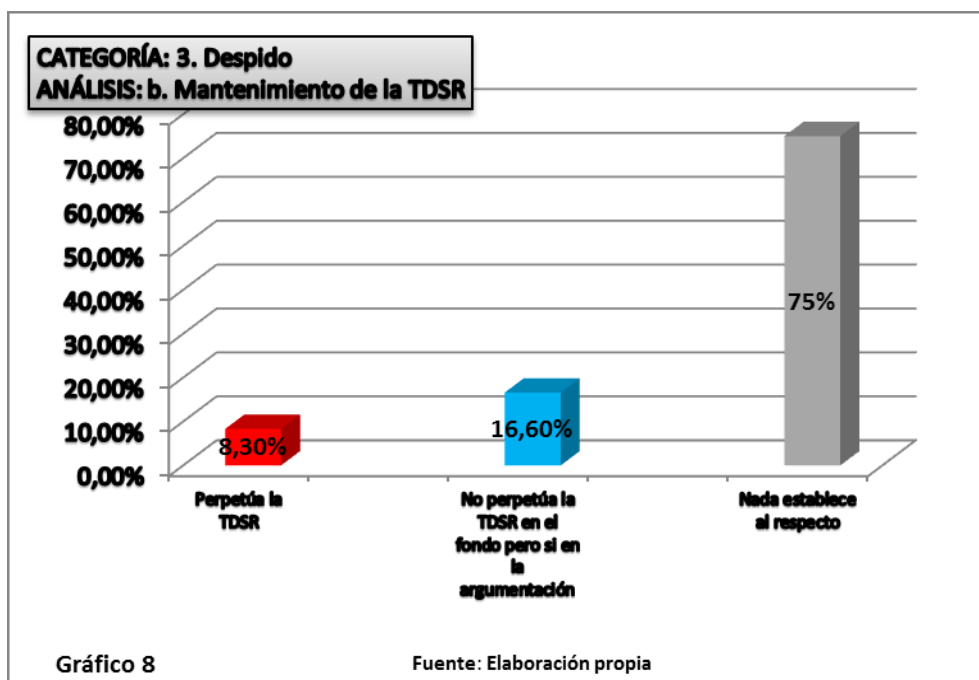
<sup>1235</sup> *Hertz* (C-179/88); *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93); *Larsson* (C-400/95); *Brown* (C-394/96); *Melgar* (C-438/99); *TeleDanmark* (C-109/00); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Pontin* (C-36/08); *Danosa* (C-232/09).

<sup>1236</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93); *Brown* (C-394/96); *Melgar* (C-438/99); *TeleDanmark* (C-109/00); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Pontin* (C-36/08); *Danosa* (C-232/09).

<sup>1237</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93).

<sup>1238</sup> *Hertz* (C-179/88); *Larsson* (C-400/95).

En relación a si las sentencias analizadas bajo esta categoría mantienen la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres, cabe decir primeramente que el 75% nada establece de lo que se pueda deducir una posible posición o línea del Tribunal en relación a esta cuestión<sup>1239</sup>. Mencionado este dato, únicamente el 8.3% del conjunto de sentencias que conforman esta categoría contribuyen a mantener la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres<sup>1240</sup>. El 16.6% restante no mantiene esta tradicional división y hace frente a la misma, sin embargo, todavía en alguna de sus argumentaciones utiliza fundamentos tales como el contenido en el parágrafo 25 de la sentencia *Hofmann*<sup>1241</sup>.



Cabe poner de manifiesto que el Tribunal en el 16.6% de las sentencias analizadas en esta categoría otorga una mayor importancia a los intereses económicos del empleador o del Estado que a los intereses o derechos de los trabajadores<sup>1242</sup>.

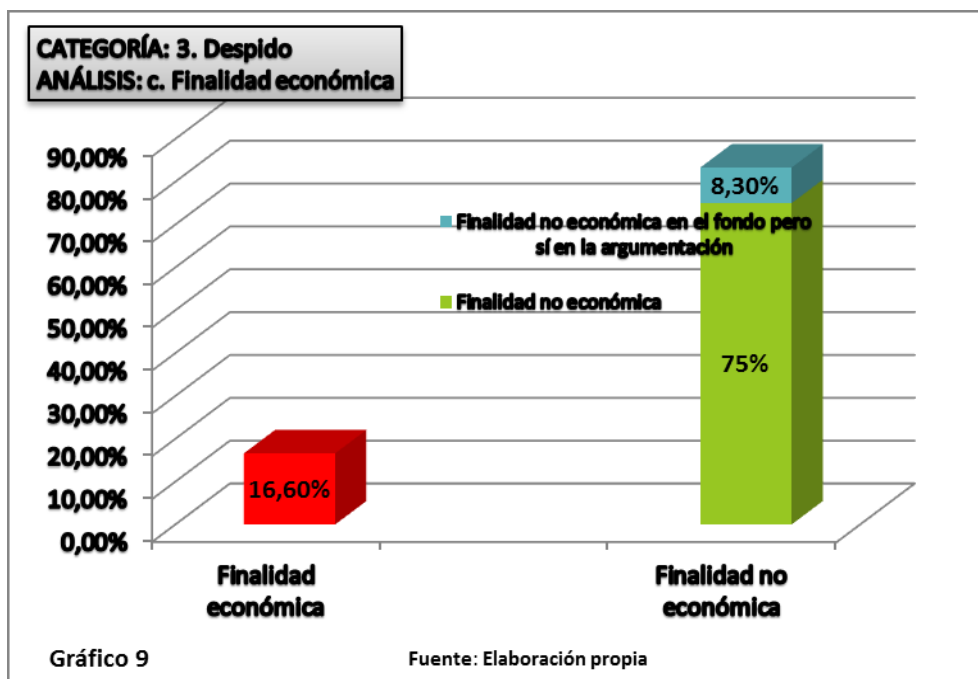
<sup>1239</sup> *Hertz* (C-179/88); *Larsson* (C-400/95); *Melgar* (C-438/99); *TeleDanmark* (C-109/00); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Pontin* (C-36/08); *Danosa* (C-232/09).

<sup>1240</sup> *Webb* (C-32/93).

<sup>1241</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Brown* (C-394/96).

<sup>1242</sup> *Hertz* (C-179/88); *Larsson* (C-400/95).

Por el contrario, el órgano judicial hace primar los intereses de los trabajadores relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el 75% de las sentencias<sup>1243</sup>. Sin embargo en el 11.1% de éstas últimas sí se hace referencia en su argumentación a la primacía de lo económico pese a que el fallo no se haya dictado finalmente en este sentido<sup>1244</sup>.



### 5.1.6 REFLEXIONES

1. El Tribunal realiza, en la mayoría de los asuntos analizados bajo esta categoría, una interpretación extensiva de la normativa aplicable con el fin de ampliar la protección de la trabajadora frente al despido por causa de su maternidad. Ello supone un gran paso adelante en la despenalización que sufre la mujer por esta causa. De esta manera, el Tribunal hace primar los intereses de la madre trabajadora frente a los intereses económicos del empleador.

<sup>1243</sup> *Webb* (C-32/93); *Brown* (C-394/96); *Melgar* (C-438/99); *Tele Danmark* (C-109/00); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Pontin* (C-36/08); *Danosa* (C-232/09).

<sup>1244</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92).



Algunos autores ven que la ausencia de límites a esta protección podría dar lugar al llamado “efecto boomerang”, el cual podría provocar la reticencia de los empleadores a contratar mujeres en edad fértil. La extensión de la protección, desde el punto de vista económico, no alienta, en particular, a las pequeñas y medianas empresas a la contratación de mujeres.

Entre los avances observados podemos destacar, en primer lugar, la interpretación que realiza del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, pese a que la misma todavía no había entrado en vigor en el momento de emisión de la sentencia en la que lo interpreta<sup>1245</sup>. El Tribunal sostiene que este artículo prevé una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. Cabe destacar que dicho precepto no prevé excepción alguna a la prohibición que proclama. Este artículo puede ser considerado como la cristalización de la jurisprudencia que hasta el momento se había encargado de proteger a la mujer frente a los despidos cuya causa radicaba en una discriminación por razón de sexo como es el embarazo.

En segundo lugar, el Tribunal amplía esta protección y declara que la protección frente al despido otorgada por el artículo 10 de la Directiva 92/85 no se limita a la notificación de la decisión de despido sino que incluye también la adopción de la decisión de despido, los actos preparatorios del despido, así como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo<sup>1246</sup>. De lo contrario, dicho precepto quedaría privado de su efecto útil y podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios. De esta manera se observa la extensiva interpretación que hace el Tribunal de este precepto en cuestión lo que conlleva una ampliación de la protección de la mujer frente al despido por causa de su maternidad.

En tercer lugar, el Tribunal establece la teoría de que la duración del contrato de trabajo que vincula a la trabajadora con la empresa resulta irrelevante y no debe tener influencia alguna sobre la protección de la trabajadora embarazada. De este modo se

---

<sup>1245</sup> *Webb* (C-32/93).

<sup>1246</sup> *Paquay* (C-460/06).

pone fin a al argumento en virtud del cual las Directivas 76/207 y 92/85 otorgaban un trato diferente a las trabajadoras en virtud de la duración de su relación contractual con el empleador.

2. En relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres cabe mencionar que en la mayoría de las sentencias analizadas bajo esta categoría no hallamos referencias directas al respecto. Sin embargo, cabe destacar que en aquellas que tratan de hacer frente a esta clásica división de papeles todavía se presenta la paradoja a la que ya se ha hecho referencia, puesto que todas ellas continúan invocando la argumentación relativa a la especial relación de la madre con su hijo.

3. En esta materia es aplastante la mayoría de sentencias en las que el Tribunal no favorecerá mediante su fallo los intereses de los empleadores. El listado de estas sentencias coincide con aquel que comprende aquellas que poseen un carácter protector de los intereses de los trabajadores dentro de esta misma categoría.

4. Salvo en el asunto *Larsson* el Tribunal no se aparta de la propuesta planteada por el Abogado General en sus Conclusiones. La CDFUE no es mencionada en ninguna de las sentencias que conforman esta categoría pese a que en los últimos casos analizados la misma ya había entrado en vigor.

#### 5.1.7 ANÁLISIS CUANTITATIVO: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL

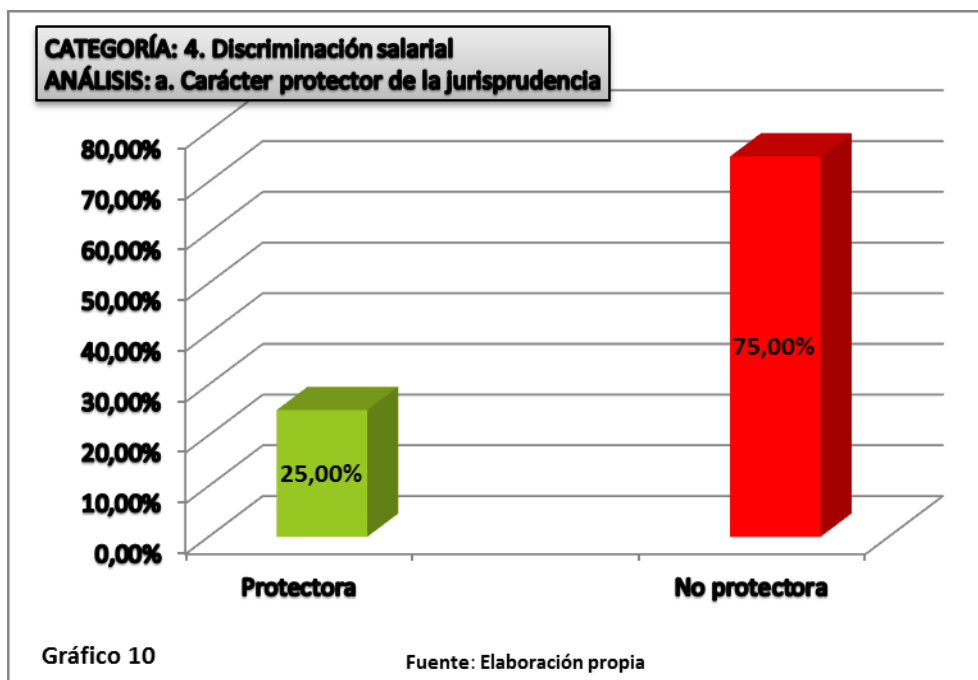
En cuarto lugar, de las sentencias que conforman la categoría relativa a la discriminación salarial por causa de la maternidad o del permiso parental<sup>1247</sup> se han extraído los resultados que a continuación se muestran.

El Tribunal únicamente adopta una postura en la que prevalecen los derechos e intereses salariales de los trabajadores y trabajadoras que guardan relación la

---

<sup>1247</sup> *Gillespie* (C-342/93); *Boyle* (C-411/96); *Pedersen* (C-66/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Gruber* (C-249/97); *Lewen* (C-333/97); *Alabaster* (C-147/02); *McKenna* (C-191/03).

conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el 25% de las sentencias analizadas<sup>1248</sup>. El 75% restante muestran cómo el órgano judicial mediante las soluciones que ofrece no tutela estos derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras<sup>1249</sup>.



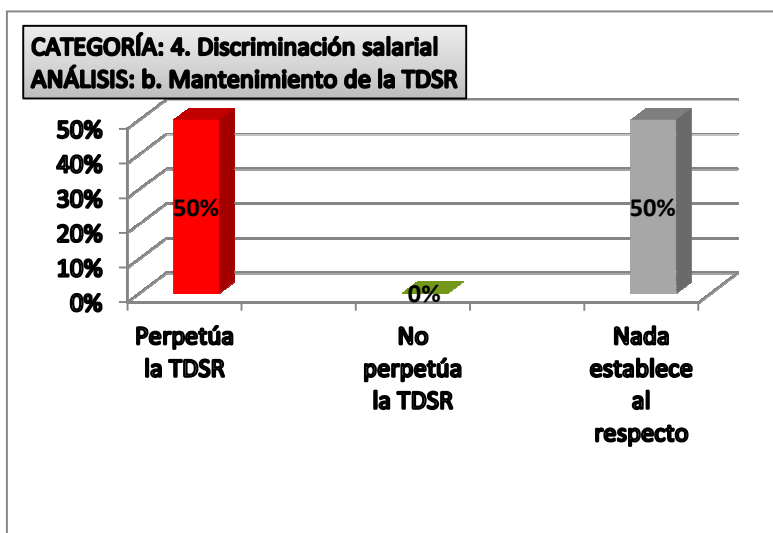
El 50% de las sentencias analizadas bajo esta categoría muestran cómo el Tribunal mantiene la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres mediante las soluciones que en ellas ofrece<sup>1250</sup>. También cabe puntualizar que en el 50% restante de las sentencias pertenecientes a esta categoría nada podemos inferir en torno a esta cuestión<sup>1251</sup>.

<sup>1248</sup> *Pedersen (C-66/96); Alabaster (C-147/02).*

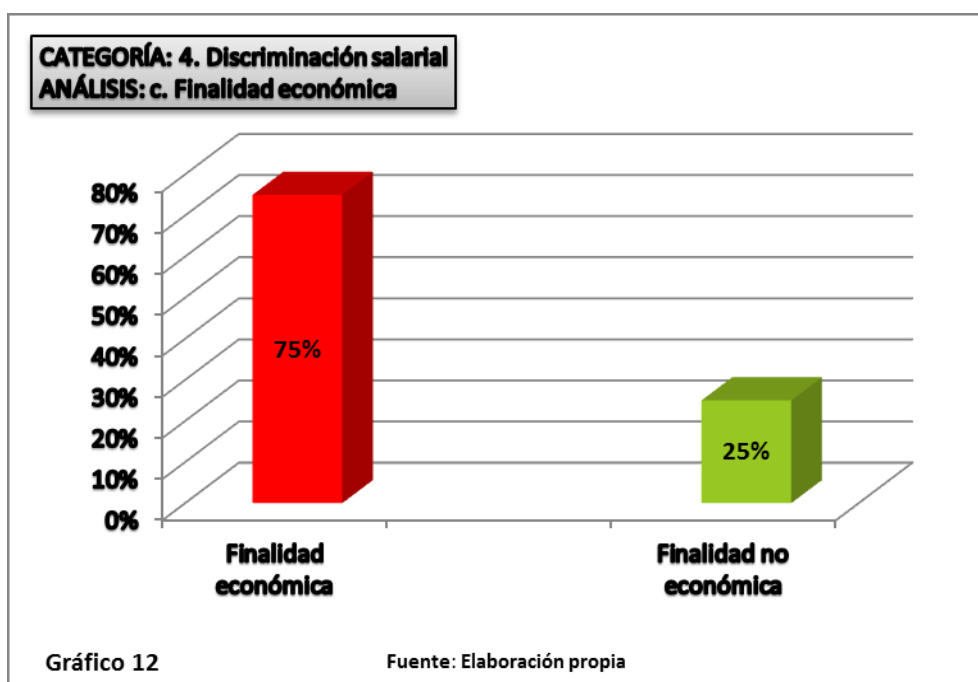
<sup>1249</sup> *Gillespie (C-342/93); Boyle (C-411/96); Gruber (C-249/97); Lewen (C-333/97); Abdoulaye (C-218/98); McKenna (C-191/03).*

<sup>1250</sup> *Boyle (C-411/96); Abdoulaye (C-218/98); Gruber (C-249/97); Lewen (C-333/97).*

<sup>1251</sup> *Gillespie (C-342/93); Pedersen (C-66/96); Alabaster (C-147/02); McKenna (C-191/03).*



Finalmente, cabe apuntar que el 75% de las sentencias que integran esta categoría muestran una clara prevalencia de los intereses económicos del empleador<sup>1252</sup> o, en su caso, del Estado, frente al 25% en las que ocurre lo contrario<sup>1253</sup>.



<sup>1252</sup> Gillespie (C-342/93); Boyle (C-411/96); Abdoulaye (C-218/98); Gruber (C-249/97); Lewen (C-333/97); McKenna (C-191/03).

<sup>1253</sup> Pedersen (C-66/96); Alabaster (C-147/02).

### 5.1.8 REFLEXIONES

1. Esta categoría es uno de los ámbitos en los que el Tribunal otorga una menor protección a los intereses de los trabajadores y trabajadoras e interpreta de un modo más restrictivo aquellas normas garantes de los derechos de éstos puestas a su disposición. Correlativamente, se ha de afirmar que también es una de las categorías en las que se aprecia más claramente el peso que da el Tribunal a los intereses económicos del mercado.

Se ha de resaltar la distinción que realiza el Tribunal en varias de las sentencias entre, por una parte, aquellas mujeres que se hallan embarazadas y, por otra parte, aquellas mujeres que están disfrutando de su permiso de maternidad. Tal distinción produce que las mismas sean titulares de distintos niveles de protección según se hallen en un estadio u otro.

Sin embargo, también es cierto que el Tribunal en este ámbito realiza algunos avances tales como proclamar la consolidación de aquellos derechos y mejoras salariales por parte de las mujeres ausentes por razón del disfrute del permiso de maternidad que hubieran adquirido en el caso de hallarse en su puesto de trabajo.

2. En relación con el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres podemos afirmar que el Tribunal lo lleva a cabo en esta categoría tanto directa como indirectamente. En ocasiones el órgano judicial al tratar de dar protección a la mujer, indirectamente, refuerza el reparto tradicional de responsabilidades entre hombres y mujeres. De este modo, el Tribunal legitima el *status quo*.

3. El Tribunal adopta en la mitad de los asuntos de esta categoría la postura de que las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral deben centrarse en las mujeres principalmente, frente a aquella que defiende un enfoque integral de las mismas y que sostiene que estas medidas deben ir dirigidas, de igual manera, a hombres y a mujeres con el fin de fomentar la corresponsabilidad y de corregir así las desigualdades preestablecidas en la estructura social.

4. En ninguno de estos asuntos se hará mención a la CDFUE puesto que en ninguno de ellos la misma había entrado en vigor todavía. Por último cabe mencionar que el Tribunal seguirá la línea establecida por el Abogado General en sus Conclusiones en la mayoría de los casos. No será así en los casos *Boyle*, *Gruber* y *McKenna*. Las propuestas planteadas por el Abogado General en estos casos tiene un carácter más protector que la solución adoptada finalmente por el Tribunal.

#### 5.1.9 ANÁLISIS CUANTITATIVO: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES LABORALES

Por último, del grupo de sentencias que conforman la categoría relativa a la existencia de discriminación en las relaciones laborales por causa de la maternidad o del permiso parental<sup>1254</sup> se han obtenido los resultados que a continuación se muestran.

El 93.75% de las sentencias analizadas en esta categoría muestran cómo el Tribunal adopta una postura protectora de los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras<sup>1255</sup>. De este grupo tan numeroso, el 53.8% llevan a cabo esta protección desde la óptica de la estricta defensa de la maternidad o del permiso parental<sup>1256</sup>, mientras que el 46.1% restante lo hace desde el prisma de la igualdad entre hombres y mujeres en aras de lograr la anhelada corresponsabilidad entre los mismos<sup>1257</sup>. En consecuencia, únicamente el 6.25% de las sentencias estudiadas en esta categoría no establecen una línea que tutele los intereses de los trabajadores y trabajadoras<sup>1258</sup>.

---

<sup>1254</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y Francia* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96); *Jørgensen* (C-226/98); *Griesmar* (C-366/99); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Mayer* (C-356/03); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Elbal Moreno* (C-385/11).

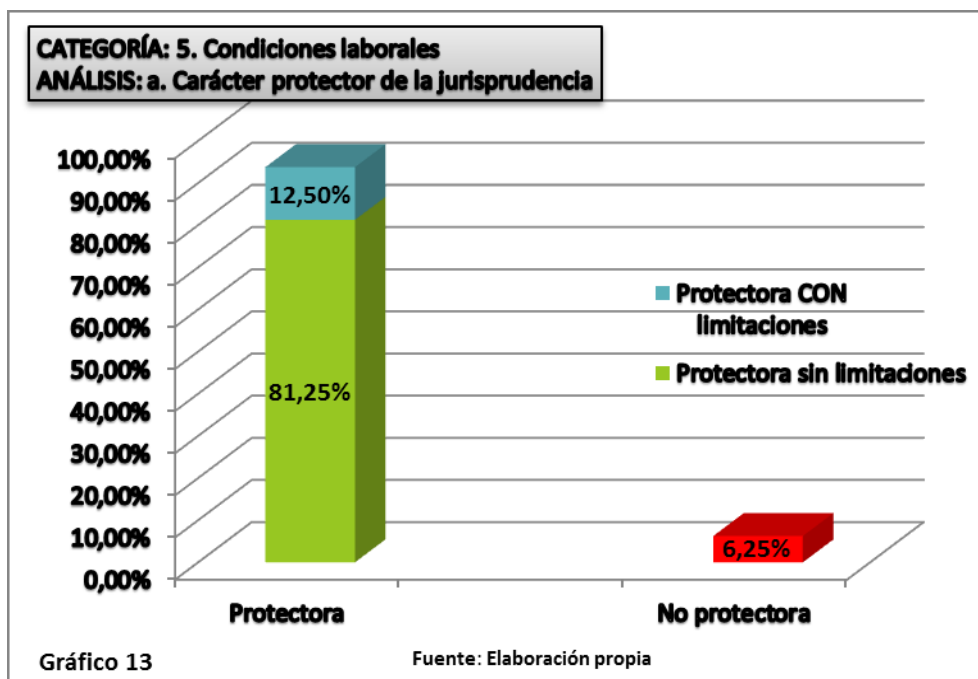
<sup>1255</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y Francia* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96); *Griesmar* (C-366/99); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Mayer* (C-356/03); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Elbal Moreno* (C-385/11).

<sup>1256</sup> *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Mayer* (C-356/03); *Elbal Moreno* (C-385/11).

<sup>1257</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y Francia* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96); *Griesmar* (C-366/99).

<sup>1258</sup> *Jørgensen* (C-226/98).

También cabe puntualizar que de este gran grupo, el Tribunal en el 13.3% de las sentencias mantiene una postura protectora pero con limitaciones<sup>1259</sup>.



En referencia a si la jurisprudencia de esta categoría contribuye o no al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, cabe decir que únicamente la mantiene el Tribunal en el 6.25% de los supuestos<sup>1260</sup>. El 50% de las sentencias emitidas por el Tribunal en esta categoría hacen frente a esta clásica división<sup>1261</sup>, sin embargo de este último grupo todavía en el 62.5% de los asuntos se continúa haciendo referencia a argumentos que vinculan especialmente a la mujer con el cuidado de los hijos<sup>1262</sup>.

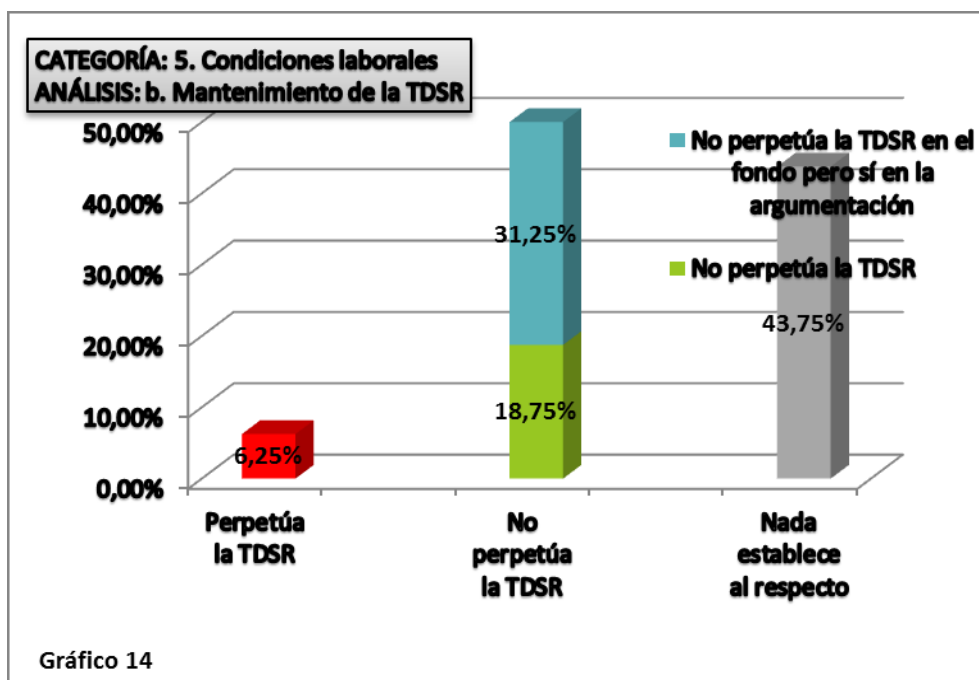
<sup>1259</sup> *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08).

<sup>1260</sup> *Lommers* (C-476/99).

<sup>1261</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y Francia* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96); *Griesmar* (C-366/99); *Merino Gómez* (C-342/01); *Mayer* (C-356/03); *Gassmayr* (C-194/08).

<sup>1262</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Merino Gómez* (C-342/01); *Mayer* (C-356/03); *Gassmayr* (C-194/08).

Cabe también mencionar que en el 43.75% de los supuestos analizados en esta categoría nada se establece de lo que se pueda inferir la posición o línea mantenida por el Tribunal en relación a la división de roles entre hombres y mujeres<sup>1263</sup>.



Finalmente, y en lo que se refiere a si las sentencias que integran esta categoría persiguen o no fines de índole económico al hacer primar la protección de los intereses del empleador frente a los intereses de los trabajadores se ha de exponer que el 25% de las mismas sí persiguen tal objetivo<sup>1264</sup>.

Por contrapartida, ello no ocurre en el 43.75% de las sentencias que componen esta categoría, en las cuales el Tribunal ha primado los intereses de los trabajadores frente aquellos que los empleadores pudieran tener<sup>1265</sup>. El 12.5% de este grupo realiza algún tipo de mención en la que se atisba esta pugna de intereses pese a que no sea ésta la línea que el Tribunal adopte finalmente en el fallo<sup>1266</sup>.

<sup>1263</sup> *Jørgensen* (C-226/98); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Mayer* (C-356/03); *Parviainen* (C-471/08); *Elbal Moreno* (C-385/11).

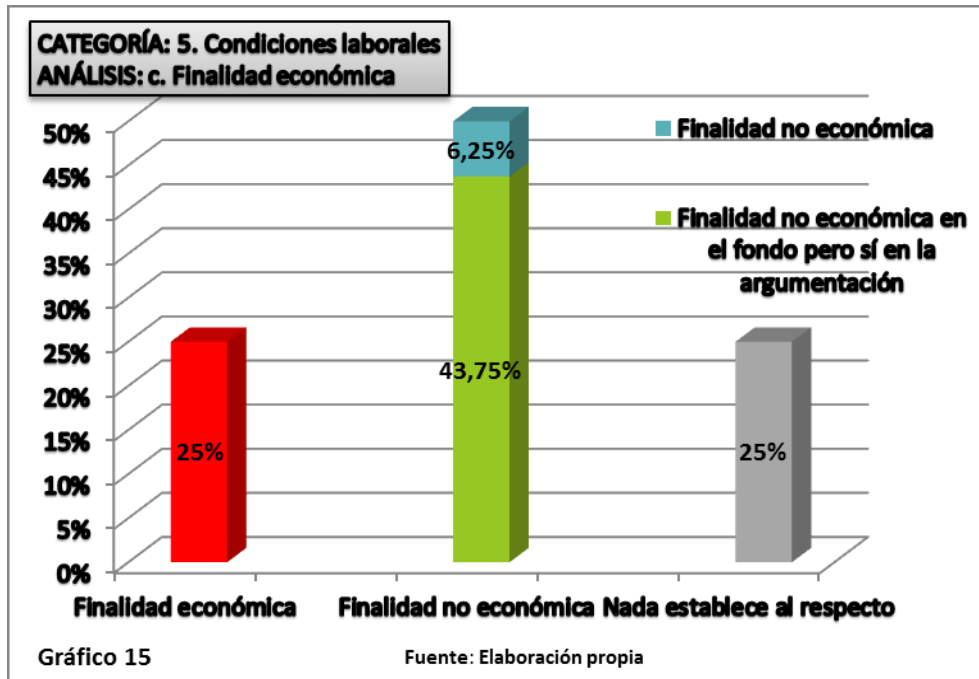
<sup>1264</sup> *Jørgensen* (C-226/98); *Lommers* (C-476/99); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08).

<sup>1265</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Griesmar* (C-366/99); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Mayer* (C-356/03); *Gassmayr* (C-194/08); *Elbal Moreno* (C-385/11).

<sup>1266</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86).



Por último, se ha de señalar que del 25% de los supuestos analizados en esta categoría nada se puede inferir en torno a la posición que el Tribunal mantiene en referencia a esta cuestión<sup>1267</sup>. No encontramos una posición clara al respecto.



### 5.1.10 REFLEXIONES

1. La protección que el Tribunal otorga en materia de discriminación en las condiciones laborales por causa de la maternidad o del permiso parental no se manifiesta siempre de la misma manera ni en la misma dirección, ni tampoco tendrá siempre un mismo alcance. Prácticamente, la totalidad de las sentencias que integran esta categoría tratan de evitar todas aquellas causas que puedan penalizar a la mujer trabajadora por el hecho de ser madre.

En determinadas sentencias el Tribunal, en apariencia, reduce algunas ventajas y beneficios que mediante normativas nacionales o cláusulas contractuales eran previstos para la protección de la mujer quien era su exclusiva destinataria. Sin embargo con su eliminación se hace frente a la perpetuación de la división tradicional sexual de roles.

<sup>1267</sup> *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y Francia* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96).

De este modo se pretende evitar consecuencias negativas no sólo para el hombre que se ve privado injustificadamente de estos derechos, sino también para la mujer, por ejemplo, en su acceso al empleo, debido al mayor coste que el empresario asume al contratarle en comparación al coste que le supondría la contratación de un varón.

Entre los avances en la protección de los trabajadores y trabajadoras en esta categoría cabe mencionar que el Tribunal reconoce que de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 76/207 se deduce que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad<sup>1268</sup>, contrariamente a lo que había venido estableciendo el Tribunal Supremo español<sup>1269</sup>. Por otra parte, el Tribunal manifiesta también claramente la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial, los cuales en la mayoría de los casos son mujeres que han optado por este régimen laboral para poder conciliar su vida profesional con sus responsabilidades familiares<sup>1270</sup>.

2. En relación con el análisis sobre el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, concretamente en esta categoría, únicamente una sentencia es la que contribuye a tal perpetuación<sup>1271</sup>. Pese a ello, es cierto que también, en esta categoría, se confirma la paradoja de que una misma sentencia trate de hacer frente a esta clásica división al tiempo que hace referencia al párrafo 25 de la sentencia *Hofmann* o utiliza argumentos de similar índole.

3. Cabe señalar que en algunos de los casos observamos la primacía del interés económico encubierto bajo la bandera de la política social, frente a la protección de intereses tales como el principio de igualdad entre hombres y mujeres o la protección de la maternidad y del cuidado de los hijos, tareas que se ven penalizadas por la respuesta dada por el Tribunal al no ser tenidas en cuenta. Muy clarificadoras resultan a este

---

<sup>1268</sup> *Merino Gómez* (C-342/01).

<sup>1269</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de febrero de 2000; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de diciembre de 1999; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 1999.

<sup>1270</sup> *Elbal Moreno* (C-385/11).

<sup>1271</sup> *Lommers* (C-476/99).

respecto las Conclusiones que el Abogado General Poiares Maduro realiza en el asunto *Gassmayr*<sup>1272</sup>.

Frente a esta línea el propio Tribunal, en el asunto *Steinicke* recuerda que pese a que las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de la política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que éste desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto no pueden justificar una discriminación por razón de sexo<sup>1273</sup>.

4. Finalmente cabe poner de manifiesto que la CDFUE no es invocada en ninguna de las sentencias que han sido analizadas en esta categoría y que las soluciones adoptadas finalmente por el Tribunal en cada uno de los casos coinciden mayoritariamente con aquellas propuestas planteadas por los Abogados Generales en las respectivas Conclusiones.

---

<sup>1272</sup> Concretamente en el punto 25, expone la encrucijada en la que se encuentra el Tribunal, el cual, por un lado, busca el no disuadir a las trabajadoras de que tengan hijos por el temor a no percibir ingresos suficientes para mantenerse durante el permiso de maternidad, o a que ese hecho repercuta negativamente en su promoción profesional. Sin embargo, por otro lado, es consciente de que el Derecho comunitario tiene muy presentes los intereses económicos de los Estados.

*Gassmayr*, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 3 de septiembre de 2009 (C-194/08, punto 25). Este punto establece que: “*El Derecho comunitario concede cierto margen discrecional a las autoridades nacionales para que tengan en cuenta las condiciones sociales y económicas de su país y para decidir qué ingresos pueden considerarse adecuados para una mujer durante el permiso de maternidad y qué condiciones son necesarias para garantizar que no se vea perjudicada en su futura carrera profesional*”.

<sup>1273</sup> *Steinicke* (C-77/02, parágrafo 66).

## 5.2 ANÁLISIS CUANTITATIVO DEL CONJUNTO DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

### 5.2.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO: GRADO DE PROTECCIÓN QUE LA JURISPRUDENCIA OTORGA A LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS

Respecto del análisis transversal del conjunto total de las sentencias<sup>1274</sup>, en primer lugar y en lo que se refiere al carácter protector o no de las mismas, se han obtenido los resultados que a continuación se exponen.

El 77.7% de las sentencias emitidas por el Tribunal mantiene una postura protectora respecto de los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y con la corresponsabilidad entre hombres y mujeres<sup>1275</sup>. Si bien, cabe puntualizar cómo esta protección no se realiza siempre en un mismo sentido.

Es por ello que se ha diferenciado entre, por una parte, aquellas sentencias que reconocen medidas que tutelan la maternidad y la conciliación de la vida personal,

---

<sup>1274</sup> *Comisión y República Italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Johnston* (C-222/84); *Comisión y República francesa* (C-312/86); *Dekker* (C-177/88); *Hertz* (C-179/88); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93); *Gillespie* (C-342/93); *Comisión y República Francesa* (C-197/96); *Larsson* (C-400/95); *Comisión y República italiana* (C-207/96); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Brown* (C-394/96); *Boyle* (C-411/96); *Pedersen* (C-66/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Gruber* (C-249/97); *Lewen* (C-333/97); *Kreil* (C-285/98); *Mahlburg* (C-207/98); *Jørgensen* (C-226/98); *Melgar* (C-438/99); *Tele Danmark* (C-109/00); *Griesmar* (C-366/99); *Busch* (C-320/01); *Mau* (C-160/01); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Alabaster* (C-147/02); *Österreichischer* (C-220/02); *Sass* (C-284/02); *Mayer* (C-356/03); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *McKenna* (C-191/03); *IMSALUD* (C-294/04); *Kiiski* (C-116/06); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Gómez-Limón* (C-537/07); *Meerts* (C-116/08); *Pontin* (C-36/08); *Tirol* (C-486/08); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Chatzi* (C-149/10); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Danosa* (C-232/09); *Borger* (C-516/09); *Feyrbacher* (C-62/11); *Elbal Moreno* (C-385/11); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1275</sup> *Johnston* (C-222/84); *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Dekker* (C-177/88); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Habermann- Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93); *Comisión y República Francesa* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Brown* (C-394/96); *Pedersen* (C-66/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Kreil* (C-285/98); *Mahlburg* (C-207/98); *Melgar* (C-438/99); *Tele Danmark* (C-109/00); *Griesmar* (C-366/99); *Busch* (C-320/01); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Alabaster* (C-147/02); *Sass* (C-284/02); *Mayer* (C-356/03); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *IMSALUD* (C-294/04); *Kiiski* (C-116/06); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Meerts* (C-116/08); *Pontin* (C-36/08); *Tirol* (C-486/08); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Chatzi* (C-149/10); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Danosa* (C-232/09); *Borger* (C-516/09); *Feyrbacher* (C-62/11); *Elbal Moreno* (C-385/11); *Riežniece* (C-7/12).

familiar y laboral sin entrar en las consecuencias negativas que algunas de ellas pudieran tener, como pudiera ser el mantenimiento de la división tradicional sexual de los roles entre hombres y mujeres<sup>1276</sup>. Y por otra parte, aquellas sentencias que priman la protección de la igualdad entre hombres y mujeres en aras de lograr la corresponsabilidad entre ellos en última instancia<sup>1277</sup>.

De este grupo de sentencias, calificadas como protectoras, las primeras constituyen el 71.71% mientras que las segundas suponen el 15.21%. En todos los casos este segundo grupo contribuye a cambiar la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres. En el 13% restante, el Tribunal adopta una postura protectora respecto de los derechos de los trabajadores y trabajadoras pero esta protección no goza de un carácter absoluto sino que presenta alguna limitación<sup>1278</sup>.

En muchas ocasiones esta limitación viene relacionada con cuestiones, razones y motivaciones de carácter económico. Una mayor protección hubiera supuesto un mayor coste económico para el empleador o para el Estado y el Tribunal, ante ello, prefiere mantener una postura más cauta.

El Tribunal mantiene una línea jurisprudencial no protectora de los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras en el 22.3% de los asuntos analizados. La mayoría de estos casos se corresponden con asuntos en los que prima el interés económico del empleador o del Estado<sup>1279</sup>.

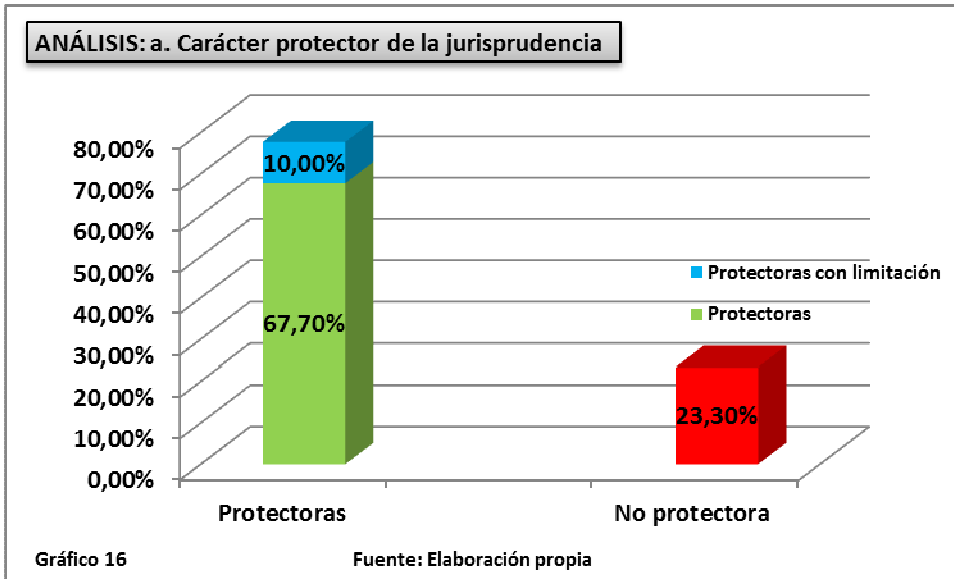
---

<sup>1276</sup> *Johnston* (C-222/84); *Dekker* (C-177/88); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Brown* (C-394/96); *Pedersen* (C-66/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Mahlburg* (C-207/98); *Melgar* (C-438/99); *Tele Danmark* (C-109/00); *Busch* (C-320/01); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Lommers* (C-476/99); *Alabaster* (C-147/02); *Sass* (C-284/02); *Mayer* (C-356/03); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *IMSALUD* (C-294/04); *Kiiski* (C-116/06); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Meerts* (C-116/08); *Pontin* (C-36/08); *Tirol* (C-486/08); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Danosa* (C-232/09); *Borger* (C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11); *Elbal Moreno* (C-385/11).

<sup>1277</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Comisión y República Francesa* (C-197/96); *Comisión y República italiana* (C-207/96); *Kreil* (C-285/98); *Griesmar* (C-366/99).

<sup>1278</sup> *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Webb* (C-32/93); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Chatzi* (C-149/10); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1279</sup> *Comisión y República italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Hertz* (C-179/88); *Gillespie* (C-342/93); *Larsson* (C-400/95); *Boyle* (C-411/96); *Gruber* (C-249/97); *Lewen* (C-333/97); *Jørgensen* (C-226/98); *Mau* (C-160/01); *Österreichischer* (C-220/02); *McKenna* (C-191/03); *Gómez-Limón* (C-537/07).



## 5.2.2 ANÁLISIS CUANTITATIVO: TRATAMIENTO QUE LA JURISPRUDENCIA OTORGA A LA DIVISIÓN TRADICIONAL SEXUAL DE ROLES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

En segundo lugar, y en lo que se refiere al mantenimiento de la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres, se han obtenido los resultados que a continuación se exponen.

El Tribunal en el 16.9% de las sentencias analizadas adopta una postura mediante la que mantiene la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres<sup>1280</sup>.

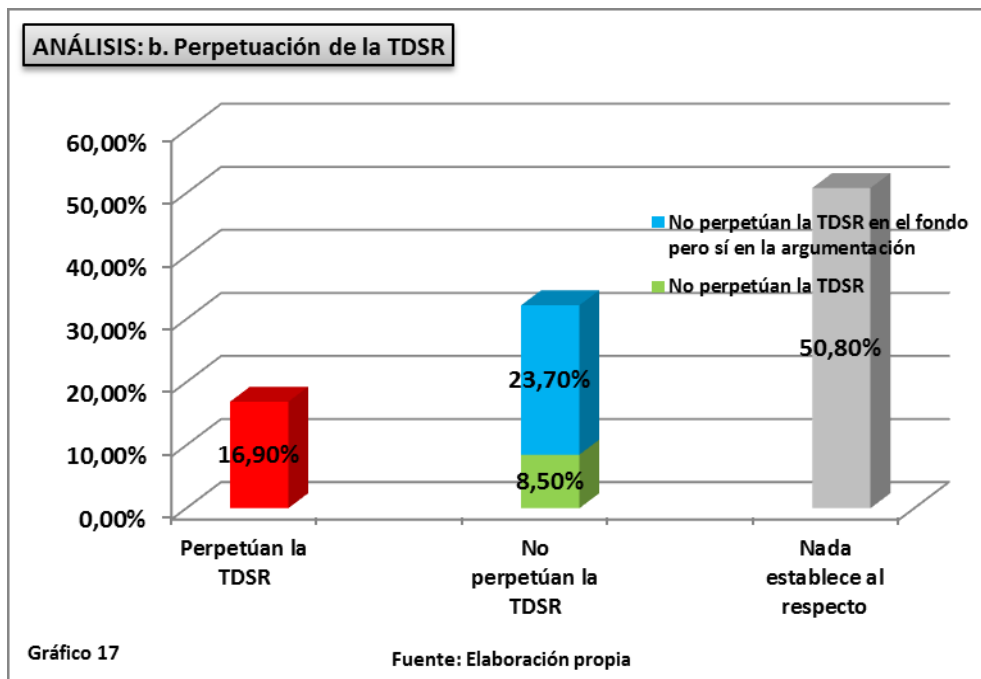
El 32.2% de la sentencias no contribuye a este mantenimiento de roles<sup>1281</sup>, sin embargo, en el 73.6% de éstas se mencionan argumentos que hacen referencia a

<sup>1280</sup> *Comisión y República italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Johnston* (C-222/84); *Webb* (C-32/93); *Boyle* (C-411/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Gruber* (C-249/97); *Lewen* (C-333/97); *Mahlburg* (C-207/98); *Lommers* (C-476/99).

<sup>1281</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Comisión y República Francesa* (C-197/96); *Thibault* (C-136/95); *Comisión y República italiana* (C-207/96); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Brown* (C-394/96); *Kreil* (C-285/98); *Griesmar* (C-366/99); *Busch* (C-320/01); *Merino Gómez* (C-342/01); *Sass* (C-284/02); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *Kiiski* (C-116/06); *Meerts* (C-116/08); *Gassmayr* (C-194/08); *Roca Álvarez* (C-104/09).

cuestiones tales como la especial relación entre la madre y el hijo, así como la doble carga, profesional y de cuidado, que la mujer se ve obligada a asumir<sup>1282</sup>. Mediante ellos se deja entrever que todavía hay resquicios de esta clásica división de roles.

Cabe apuntar que en el 50.8% de las sentencias no se puede extraer consecuencias en relación con esta cuestión<sup>1283</sup>.



<sup>1282</sup> Comisión y República Francesa (C-197/96); Comisión y República Italiana (C-207/96); Kreil (C-285/98); Griesmar (C-366/99); Meerts (C-116/08).

<sup>1283</sup> Dekker (C-177/88); Hertz (C-179/88); Gillespie (C-342/93); Larsson (C-400/95); Pedersen (C-66/96); Jørgensen (C-226/98); Melgar (C-438/99); Tele Danmark (C-109/00); Mau (C-160/01); Steinicke (C-77/02); Becker (C-5/02); Schönheit (C-4/02); Alabaster (C-147/02); Österreichischer (C-220/02); Mayer (C-356/03); McKenna (C-191/03); IMSALUD (C-294/04); Paquay (C-460/06); Coleman (C-303/06); Mayr (C-506/06); Gómez-Limón (C-537/07); Pontin (C-36/08); Tirol (C-486/08) Parviainen (C-471/08); Chatzi (C-149/10); Danosa (C-232/09); Borger (C-516/09); Feyerbacher (C-62/11); Elbal Moreno (C-385/11); Riežniece (C-7/12).

### 5.2.3 ANÁLISIS CUANTITATIVO: ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA JURISPRUDENCIA

En tercer lugar, en lo que se refiere a si las sentencias persiguen o no primar los intereses económicos del empleador o del Estado en aras del buen funcionamiento del mercado de la UE, se han obtenido los resultados que a continuación se presentan.

En el 32.2% de los asuntos, el Tribunal adopta un postura claramente favorable a los intereses económicos del empleador o del Estado<sup>1284</sup>. Sin embargo, el 61% de las sentencias muestran cómo el Tribunal ampara aquellos intereses de los trabajadores y trabajadoras relacionados con sus necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y con la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, por encima de aquellos intereses económicos que empleadores y Estado pudieran tener<sup>1285</sup>. Cabe puntualizar que de este último grupo, el 5.5% de las sentencias conservan en la exposición que realiza el Tribunal algún argumento en el que se hace presente la primacía de lo económico, pese a que en el fondo de las mismas esta postura no sea la finalmente adoptada<sup>1286</sup>.

El 6.7% de las sentencias analizadas no tratan esta cuestión ni directa ni indirectamente<sup>1287</sup>.

---

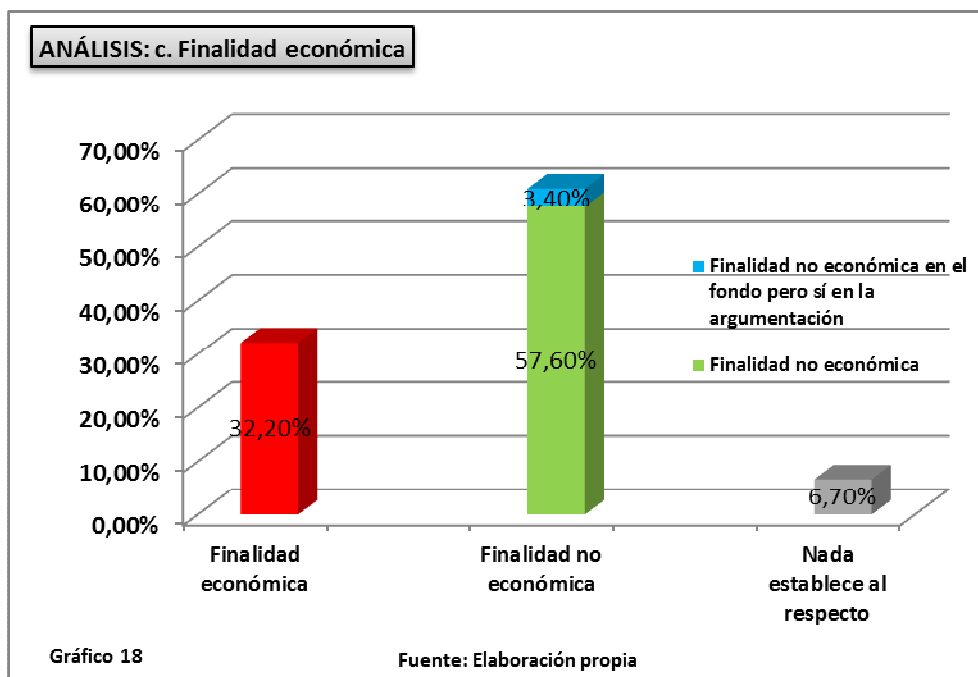
<sup>1284</sup> *Comisión y República italiana* (C-163/82); *Hofmann* (C-184/83); *Hertz* (C-179/88); *Gillespie* (C-342/93); *Larsson* (C-400/95); *Boyle* (C-411/96); *Abdoulaye* (C-218/98); *Gruber* (C-249/97); *Lewen* (C-333/97); *Jørgensen* (C-226/98); *Mau* (C-160/01); *Lommers* (C-476/99); *Österreichischer* (C-220/02); *McKenna* (C-191/03); *Gómez-Limón* (C-537/07); *Gassmayr* (C-194/08); *Parviainen* (C-471/08); *Chatzi* (C-149/10).

<sup>1285</sup> *Dekker* (C-177/88); *Webb* (C-32/93); *Thibault* (C-136/95); *Hill y Stapleton* (C-243/95); *Brown* (C-394/96); *Pedersen* (C-66/96); *Mahlburg* (C-207/98); *Melgar* (C-438/99); *Tele Danmark* (C-109/00); *Griesmar* (C-366/99); *Busch* (C-320/01); *Steinicke* (C-77/02); *Becker* (C-5/02); *Schönheit* (C-4/02); *Merino Gómez* (C-342/01); *Alabaster* (C-147/02); *Sass* (C-284/02); *Mayer* (C-356/03); *Comisión y Gran Ducado de Luxemburgo* (C-519/03); *IMSALUD* (C-294/04); *Kiiski* (C-116/06); *Paquay* (C-460/06); *Coleman* (C-303/06); *Mayr* (C-506/06); *Meerts* (C-116/08); *Pontin* (C-36/08); *Tirol* (C-486/08); *Roca Álvarez* (C-104/09); *Danosa* (C-232/09); *Borger* (C-516/09); *Feyerbacher* (C-62/11); *Elbal Moreno* (C-385/11); *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1286</sup> *Comisión y República Francesa* (C-312/86); *Habermann-Beltermann* (C-421/92); *Comisión y República Francesa* (C-197/96); *Comisión y República Italiana* (C-207/96).

<sup>1287</sup> *Johnston* (C-222/84); *Stoekel* (C-345/89); *Minne* (C-13/93); *Kreil* (C-285/98).





#### 5.2.4 REFLEXIONES

La labor de protección y promoción de la conciliación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia resulta incuestionable, si bien es cierto que la misma no se ha llevado a cabo sin obstáculos y en ocasiones no ha resultado lo satisfactoria que se hubiera esperado. A continuación se exponen los principales hitos que el Tribunal ha marcado en relación directa con la noción de conciliación de la vida personal, laboral y familiar y se muestran los resultados y conclusiones del conjunto de las sentencias analizadas.

Durante los primeros años el Tribunal no se pronuncia en relación a la conciliación o responsabilidades familiares y argumentará lo dispuesto en la sentencia *Hofmann*<sup>1288</sup> según la cual la Directiva 76/207 no se hallaba dirigida a regular cuestiones relativas a la organización familiar ni a modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja, en consecuencia no entrará en la mencionada cuestión. En esta época se pueden observar claros supuestos de no conciliación de la

<sup>1288</sup> *Hofmann* (C-184/83, parágrafo 24).

vida familiar y profesional, como el caso *Minne* es más, de penalización por decidir atender las tareas de cuidado que recaen tradicionalmente sobre ella.

En el asunto conocido como *Hill y Stapleton*<sup>1289</sup> se reconoce por primera vez la importancia que el Derecho comunitario ha de otorgar a la conciliación de la vida familiar y profesional<sup>1290</sup>. Ésta es entendida por el Tribunal como *el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres*<sup>1291</sup>. Es por ello que ésta se convierte en sentencia de referencia que en asuntos posteriores será tenida en cuenta por el Tribunal cuando se le presente la oportunidad de dirimir acerca de cuestiones relacionadas con esta problemática. Ello supuso un verdadero progreso.

Procede poner de manifiesto que en el asunto *Lewen*, el Abogado General, el Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, hace alusión en sus Conclusiones a la importancia del permiso parental y remarca su función como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar<sup>1292</sup>. Es cierto que la Directiva 96/34, en la que este aparecerá regulado, todavía no puede ser aplicada *ratione temporis*, sin embargo el Abogado General realiza ya en esta sentencia algunas interpretaciones en relación al mencionado permiso.

La importancia y la necesidad de la corresponsabilidad, noción que aparecerá más tarde, y del reparto de tareas entre los progenitores todavía no están presentes en el asunto *Griesmar*<sup>1293</sup>. Al Sr. Griesmar no le fue tenida en cuenta la bonificación de que disfrutaban sus compañeras funcionarias por cada uno de sus hijos.

También cabe poner de manifiesto la referencia que el Abogado General, en el asunto *Busch*<sup>1294</sup>, realiza al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuyo objetivo recuerda que consiste en facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales

---

<sup>1289</sup> Vid. NOVAK, Meinhard. “Diskriminierung von Frauen beim Wechsel von Teilzeit- auf Vollarbeitsplätze”. *op. cit.* p. 344-345; McGLYNN, Clare y FARRELLY, Catherine. “Equal Pay and the Protection of Women within Family Life”. *op. cit.* p. 202-207.

<sup>1290</sup> BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *op. cit.* p. 13.

<sup>1291</sup> *Hill* (C-243/95, parágrafo 42).

<sup>1292</sup> *Lewen*, Conclusiones del Abogado General (C-333/97, punto 40).

<sup>1293</sup> *Griesmar* (C-366/99).

<sup>1294</sup> *Busch* (C-320/01).

y familiares de los padres que trabajan, sin embargo el mismo no es mencionado por el Tribunal.

En el asunto *Mau*<sup>1295</sup> se aprecia la falta de apuesta por parte del Tribunal por la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Claramente puede observarse el impacto económico que supondría esta apuesta y el coste que la misma repercutiría en los empresarios y en los Estados.

Un gran avance se produce, sin embargo, en el asunto *Steinicke*<sup>1296</sup>. En él que el Tribunal defiende los intereses de los trabajadores frente a los intereses económicos del Estado y trata al mismo tiempo de compensar la penalización que, como consecuencia de la normativa en cuestión, hayan sufrido aquellas personas que han conciliado su vida laboral con su vida familiar, mujeres en la mayoría de los casos.

Así también, cabe destacar la alusión que en el asunto *Österreichischer*<sup>1297</sup> hace la Comisión en sus observaciones a la cuestión de si la paternidad se halla guiada únicamente por un interés privado y plantea su extraordinaria importancia social. La Comisión invoca el asunto *Hill y Stapleton*<sup>1298</sup> para reiterar la importancia de la protección de la mujer, y del hombre, en la vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional como principio reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y resalta la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares.

En este mismo asunto y en el mismo sentido, el Abogado General en el punto 94 de sus Conclusiones reconoce el esfuerzo realizado en el Derecho comunitario para fomentar la compatibilidad entre la familia y el trabajo. Sin embargo sostiene que *“el objetivo de conciliar el trabajo y la familia no se desprende necesariamente que un trabajador que se acoge a una excedencia por cuidado de hijos deba recibir el mismo trato, en todos los aspectos, que un trabajador que se halla en una relación de empleo activo.[...] El trabajador que ejerce el derecho a disfrutar de una excedencia por*

---

<sup>1295</sup> *Mau* (C-160/01).

<sup>1296</sup> *Steinicke* (C-77/02).

<sup>1297</sup> *Österreichischer* (C-220/02).

<sup>1298</sup> *Hill y Stapleton* (C-243/95, párrafo 42)

*cuidado de hijos se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse necesariamente a la de un hombre o mujer que se halle en una situación de empleo activo*”<sup>1299</sup>.

De la sentencia adoptada por el Tribunal con motivo del asunto *Coleman*<sup>1300</sup> también derivan efectos positivos para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en el ámbito de trabajadores con personas dependientes a su cargo. En este asunto puede verse cómo el Tribunal, mediante su sentencia, avanza en la protección de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de aquellas personas que poseen a su cargo personas con alguna discapacidad. Esta interpretación extensiva de la protección en caso de discapacidad influye indirectamente en la protección de aquellas personas que necesitan conciliar su vida, personal, laboral y el cuidado de un discapacitado.

Cabe resaltar la sentencia *Meerts*<sup>1301</sup> pues el Tribunal menciona en dos ocasiones la necesidad y la importancia de conciliar la vida familiar y laboral. Así lo hace en el párrafo 35 al recordar el punto 5 de las consideraciones generales del Acuerdo marco sobre el permiso parental donde se establece el compromiso de establecer medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres ofreciéndoles una posibilidad de conciliar sus responsabilidades profesionales y sus obligaciones familiares.

También el párrafo 36 recuerda el punto 6 de las mencionadas consideraciones generales en el que se establece que las citadas medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modelos flexibles de flexibilización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad.

---

<sup>1299</sup> *Österreichischer*, Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 12 de febrero de 2004, (punto 95).

<sup>1300</sup> *Coleman* (C-303/06).

<sup>1301</sup> *Meerts* (C-116/08).

El Tribunal en el asunto *Chatzi*<sup>1302</sup> realiza una interpretación de la cláusula 2, apartado 1 del Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES a la luz del principio de igualdad que supone la vía a través de la cual el Tribunal trata de otorgar una mayor protección a los progenitores de gemelos y facilitar la conciliación de su vida personal, familiar y laboral. Sin, embargo del resultado conjunto de esta sentencia se ve favorecido el interés económico del empleador mientras que la protección otorgada a los padres de gemelos queda en algo ambiguo y etéreo, encomendado a los Estados miembros. Ello se traduce en incertidumbre e inseguridad jurídica. Por otra parte, en esta sentencia se realiza la primera mención por parte del Tribunal del artículo 33, apartado 2 de la CDFUE, en el cual se hace mención expresa a la conciliación de la vida profesional y laboral.

Cabe destacar la puntualización que el órgano jurisdiccional remitente realiza en el asunto *Roca Álvarez*, el cual señala que el permiso de lactancia se halla desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad<sup>1303</sup>. Es decir, el permiso en cuestión puede disfrutarse indistintamente por la madre o por el padre, lo cual supone un importante progreso a favor de la corresponsabilidad entre los progenitores.

También resulta una contribución importante a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar la amplia interpretación que el Tribunal realiza del concepto de trabajador en el asunto *Tiroler*<sup>1304</sup>. Ello permite garantizar una mayor protección a supuestos como el descrito en el asunto principal, y en concreto beneficia la posibilidad de proteger y garantiza la conciliación de la vida personal, laboral y familiar tanto de hombres como de mujeres.

La sentencia *Elbal Moreno*<sup>1305</sup> sostiene que una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a aquellos trabajadores que como la Sra. Elbal, durante

---

<sup>1302</sup> *Chatzi* (C-149/10).

<sup>1303</sup> *Roca Álvarez* (C-104/09, parágrafo 28).

<sup>1304</sup> *Tiroler* (C-516/09).

<sup>1305</sup> *Elbal Moreno* (C-385/11).

mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión. En consecuencia favorece y protege la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, puesto que un alto porcentaje de los trabajadores, en su mayoría mujeres, que optan por la jornada a tiempo parcial lo hacen para poder atender, por una parte, su trabajo y, por otra parte, el cuidado de las personas a su cargo y de su hogar.

Finalmente el Tribunal en la sentencia *Riežniece*<sup>1306</sup> trata de proteger a aquellos trabajadores que se acogen a un permiso parental como medida destinada a conciliar su vida familiar y profesional. Cabe destacar esta sentencia pues en ella se recuerda que el Acuerdo marco sobre el permiso parental, tal y como se desprende del párrafo primero de su preámbulo y del punto 5 de sus condiciones generales, tiene por finalidad establecer medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ofreciéndoles una posibilidad de conciliar sus responsabilidades profesionales y su obligaciones familiares<sup>1307</sup>.

---

<sup>1306</sup> *Riežniece* (C-7/12).

<sup>1307</sup> *Riežniece* (C-7/12, parágrafo 31).

## CONCLUSIONES

Con la finalidad de clarificar la comprensión de las conclusiones se expone previamente la distribución de las mismas. De la PRIMERA conclusión a las DECIMOSEXTA se alternarán las posturas mantenidas por la normativa de la UE y por la jurisprudencia del TJUE respecto a determinados puntos:

- De la PRIMERA a la CUARTA conclusión se abordará el carácter económico o no de la normativa y de la jurisprudencia.

- La QUINTA y la SEXTA conclusión tratarán el carácter restringido que tanto la normativa como la jurisprudencia otorgan a la noción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

- De la SÉPTIMA a la NOVENA conclusión se abordará la necesidad de que tanto la normativa como la jurisprudencia otorguen un tratamiento holístico a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

- De la DÉCIMA a la DECIMOCUARTA conclusión se abordará cómo la normativa y la jurisprudencia mantienen o hacen frente a la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

- La DECIMOQUINTA y la DECIMOSEXTA tratarán sobre si la normativa y la jurisprudencia resultan excesivamente protectoras y las consecuencias que de ello se derivarían, en su caso.

De la conclusión DECIMOSEXTA a la última se expondrán conclusiones y propuestas independientes a las anteriores.

\* \* \*

PRIMERA. La práctica totalidad de la normativa analizada presenta un marcado corte economicista tras el aparente fin social que persigue y pretende<sup>1308</sup>. Las políticas

---

<sup>1308</sup> Ejemplo de ello son las siguientes referencias:

La Directiva 75/77/CEE, en su considerando primero afirma que el artículo 119 del Tratado de Roma “*forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común*”. La Directiva

sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, bajo las cuales se incardinan las políticas de conciliación, así como la inmensa mayoría de políticas sociales de la Unión Europea, actúan con un objeto claramente económico. Éstas se limitan al diseño de medidas conducentes a la creación del mercado común y a la reestructuración de los mercados laborales.

La legislación vinculante existente en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral queda restringida, en la mayoría de ocasiones, a normativa de carácter laboral, tendente a garantizar la igualdad de la mujer en el acceso, promoción así como en las condiciones de trabajo. Se observa cómo la mayor parte de la normativa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres creada dentro de la UE refleja el predominio de las razones del mercado como consecuencia del contexto neoliberal dominante en el que se articula la política social de la UE. La orientación hacia el mercado de la política social europea es consecuencia del origen prevalentemente económico del proyecto comunitario.

Las medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral persiguen fines como el crecimiento de la tasa de actividad femenina, o la

---

76/207/CEE, en su tercer considerando sostiene que *“la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos constituye uno de los objetivos de la Comunidad, en la medida en que se trata especialmente de promover la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida”*. La Directiva 86/613/CE, en su considerando tercero recuerda nuevamente que el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 119 del TCEE *“forma parte integrante del establecimiento y del funcionamiento del mercado común”*. Por otra parte, el considerando séptimo pone de manifiesto la disparidad existente en esta materia en las legislaciones de los distintos Estados miembros y menciona la importancia de proceder a una aproximación de las disposiciones nacionales. La Directiva 92/85/CEE, en su Preámbulo manifiesta su inquietud por las posibles consecuencias que las medidas que prevé puedan provocar en la mujer al establecer que la protección contenida en la directiva *“no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”*. La Directiva 93/104/CEE, en su cuarto considerando hace referencia al párrafo primero del artículo 7 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en el que se establece que *“la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad”*. Al mismo tiempo su sexto considerando reitera esta idea al sostener que *“la presente directiva constituye un elemento en el marco de la dimensión social del mercado interior”*. La Directiva 96/34/CE, en su duodécima consideración plasma entre sus objetivos y de manera conjunta, por una parte *“la necesidad de mejorar las disposiciones de la política social”* y por otra parte *“fomentar la competitividad de la economía de la Comunidad y evitar trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”*. La Directiva 2006/54/CE, en su artículo 1 sostiene que tiene por objeto *“garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”*. La Directiva 2010/18/UE, entre sus objetivos destaca *“incrementar la tasa de empleo general al 70%, la tasa de empleo femenino al 60% [...], y la contribución al logro de estos objetivos de las políticas encaminadas a mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”*.



construcción de un mercado interior competitivo. La base jurídica de cada una de las directivas analizadas muestra el carácter economicista o no economicista que éstas presentan<sup>1309</sup>.

\* \* \*

SEGUNDA. La jurisprudencia, frente a lo que se había planteado en la hipótesis de esta investigación, no presenta este carácter predominantemente economicista. De un análisis exclusivo de la doctrina se podía intuir que en la mayoría de los casos el TJ se inclinaría por proteger los intereses del mercado. Sin embargo, tras llevar a cabo el estudio exhaustivo de las sentencias, se ha podido demostrar que ello únicamente ha ocurrido en un tercio de los supuestos<sup>1310</sup>.

En consecuencia se puede afirmar que la jurisprudencia del Tribunal tiene un carácter protector de los derechos de los trabajadores y trabajadoras y de sus intereses relacionados con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Y ello, pese a que en ocasiones pervivan resquicios del origen económico de la Unión.

\* \* \*

TERCERA. El Tribunal protege los intereses del mercado con mayor intensidad en dos de las categorías analizadas, concretamente en la relativa a la discriminación salarial y en la relativa a la discriminación en el acceso y promoción en el empleo por razón de la maternidad o del permiso parental.

Por el contrario, el resultado del análisis realizado muestra cómo la categoría en la que el Tribunal ha logrado una mayor protección de los intereses y derechos de los trabajadores y trabajadoras que de los intereses económicos del mercado es en aquella

---

<sup>1309</sup> De esta manera, cabe exponer que la Directiva 75/117/CEE se fundamenta y enmarca en el ámbito del artículo 100 TCEE, el cual ampara aquella normativa que incide directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. La Directiva 76/207/CEE, queda bajo el paraguas del artículo 235 TCEE el cual también se refiere a aquellas acciones que en el funcionamiento de este mercado sean necesarias para el logro de uno de los objetivos de la Unión. De la misma manera, la Directiva 79/7/CEE invoca en primer término y parte de este artículo 235 TCEE.

<sup>1310</sup> Las Conclusiones afirmadas en la presente tesis se circunscriben al análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por lo que no son necesariamente extrapolables a la jurisprudencia del Tribunal General ni al Tribunal de la Función Pública.

que agrupa las sentencias relativas a la protección frente al despido. Ello se puede justificar en la existencia de la amplia y clara protección que la normativa de la UE ha establecido en esta materia.

\* \* \*

CUARTA. Tras un análisis cronológico de las sentencias, no se puede afirmar que la jurisprudencia presente algún tipo de evolución progresiva. Las sentencias con corte economicista y aquellas que hacen primar los intereses de los trabajadores se intercalan aleatoriamente sin dejar entrever razón o motivo alguno. Sin embargo, parece intuirse que aunque es cierto que el Tribunal, en ocasiones, fundamenta sus sentencias en la igualdad entre hombres y mujeres y la conciliación frente a otros intereses, suele adoptar esta postura en aquellas ocasiones en las que el impacto sobre el mercado es mínimo. En definitiva, no se puede hablar de una línea clara, sino más bien errática, de la jurisprudencia en este ámbito.

Se abre, en consecuencia una posible línea de investigación acerca de la influencia que la composición del Tribunal o la actuación del Abogado General hayan podido tener en el corte economicista o no de las sentencias.

\* \* \*

QUINTA. La normativa de la UE otorga un carácter muy restringido a la noción de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la cual se reduce en muchas ocasiones a aspectos relacionados con la mujer y el empleo. La normativa de la UE en materia de conciliación queda circunscrita y limitada prácticamente al ámbito laboral. Son dos los ámbitos sobre los que casi únicamente inciden las medidas de conciliación: la protección de la maternidad en el ámbito laboral y los permisos por cuidado de hijos. Ello da lugar a que queden olvidados otros múltiples factores y variables que componen esta realidad, como el cuidado de ancianos u otras personas dependientes, o el desarrollo de la faceta política, social, cultural o religiosa de la persona.

Ninguna directiva recoge alusiones concretas en relación con el cuidado de familiares distintos a los hijos. La necesidad de cuidado a familiares constituye uno de

los problemas fundamentales de los trabajadores de ambos sexos. Las dificultades para cuidar a las personas dependientes, especialmente ancianos, es una realidad que está cada vez más presente en nuestra sociedad y que se convierte en un elemento fundamental a la hora de poder disfrutar de una adecuada calidad de vida por parte de cuidadores y dependientes.

Una de las novedades fundamentales aportadas por la Directiva 2010/18/UE y que se halla en la línea de mejorar la situación antes descrita, es la previsión en la cláusula 3.3 del Acuerdo de que las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental se deben ajustar a las necesidades específicas de los progenitores que tienen hijos con discapacidad o con enfermedad de larga duración.

\* \* \*

SEXTA. Este carácter restringido que la normativa de la UE otorga a la noción de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, también se refleja en la jurisprudencia del TJ. Prácticamente la totalidad de sus sentencias en esta materia abordan aspectos relacionados con la mujer y el empleo sin tener en cuenta otros facetas importantes de esta cuestión. Ello es consecuencia principalmente de la normativa existente. El Tribunal interpreta y aplica aquella normativa de la que dispone. Cabe destacar la sentencia *Coleman* (C-303/06) en la que se extiende la protección frente a la discriminación de las personas con discapacidad también a los familiares de éstas en un contexto de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Si las medidas que tienen por fin facilitar la conciliación se promueven estrictamente desde la perspectiva del fomento del empleo femenino, una de las posibles consecuencias es que la mayor parte de ellas se hallen dirigidas a las mujeres, no contribuyendo en absoluto a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres y en definitiva a la igualdad. Esto únicamente dará lugar a perpetuar la desigualdad existente, fomentando el fenómeno femenino de la “doble jornada” o el freno a la carrera profesional de las mujeres, puesto que son ellas quienes se ven obligadas a hacer uso de estas medidas.

\* \* \*

SÉPTIMA. Las políticas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de la UE son incardinadas dentro de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y éstas, a su vez, quedan subsumidas bajo las políticas de empleo.

El tratamiento de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral desde una perspectiva exclusivamente de género resulta insuficiente y es aconsejable un enfoque más neutral tratado desde los derechos de los padres, cuidadores, incluso desde la perspectiva de los derechos del niño y de su interés superior tal y como se puede deducir del artículo 24 de la CDFUE<sup>1311</sup>. También desde la perspectiva de los derechos de otras personas dependientes. Es necesario tener en cuenta no sólo las dificultades y necesidades de la mujer, sino las concretas y específicas del padre, de los hijos, como puede ser su derecho a ser cuidados y educados por sus padres y las de los ancianos a ser atendidos. Ello supondría una protección mucho más completa.

\* \* \*

OCTAVA. Es necesario un tratamiento holístico de la cuestión a través, especialmente, de las políticas sociales, desde una perspectiva familiar. Puede entenderse por política familiar aquel conjunto de medidas públicas destinadas a aportar recursos a las personas con responsabilidades familiares para que puedan desempeñar en las mejores condiciones posibles las tareas y las actividades derivadas de ellas, en especial las de atención a sus hijos menores dependientes. Estas políticas también pretenden evitar que las personas que asumen estas responsabilidades familiares se vean penalizadas económica, social o profesionalmente.

Es cierto que la UE no tiene competencia en el ámbito relativo a los derechos y políticas familiares por lo que éstos han sido articulados desde otras perspectivas y

---

<sup>1311</sup> Artículo 24 CDFUE. “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

ámbitos tales como la protección de los trabajadores migrantes, la igualdad de género o la política de empleo. Sin embargo, ello no impide que desde la política social se puedan llevar a cabo actuaciones que promuevan la conciliación teniendo como origen y fin la protección de la familia.

Pese a algunos avances que se han producido en torno a esta cuestión<sup>1312</sup>, la Comisión Europea acostumbra a abordar el tema de la familia en los capítulos de la política social, el empleo y la igualdad de oportunidades sin embargo no acostumbra a tratar las políticas familiares particularmente. La Comisión olvida en muchas ocasiones considerar la persona en su dimensión relacional, que la concibe ante todo como parte de una familia y del sistema de relaciones sociales que gira en torno a ella. Es criticable el tratamiento que se realiza de los distintos miembros familiares como meros sujetos económicos aislados y no como miembros del núcleo esencial de la sociedad.

La dimensión familiar ha de ser considerada de forma transversal en todas las políticas europeas, sobre todo en la realización de los estudios de impacto ahora necesarios para toda la legislación europea y debe formar parte de todas las evaluaciones políticas existentes que deban revisarse, puesto que muchas de las políticas que se aprueban a escala europea tienen un impacto directo sobre la vida de las familias. Podríamos hablar de la necesidad del *family mainstreaming*. Las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no pueden identificarse únicamente

---

<sup>1312</sup> Durante la década de 1980 década tuvo lugar el desarrollo de las políticas familiares en el ámbito comunitario así como el compromiso de considerar y tener en cuenta la dimensión familiar de todas las políticas, así como la conciliación como parte de esta dimensión.

La Directiva 96/34, mediante su séptima consideración, inserta expresamente la materia relativa al permiso parental dentro de la política familiar. Ésta prevé que “*la política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa*”. Esta inclusión aleja las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del ámbito de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y le otorga un carácter más amplio al calificarla como política familiar.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada , adoptada el 9 de marzo de 2004 invita a contemplar los instrumentos de conciliación desde el ámbito de las políticas familiares y, especialmente, también desde la perspectiva de los derechos del niño, tal y como aparece contemplado en el considerando J de la resolución. De hecho en el punto 7 de la misma alienta a separar los conceptos de *gender mainstreaming* y *family mainstreaming*.

La Directiva 2010/18 menciona en su consideración general octava que las políticas de conciliación son concebidas como políticas familiares y no como políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

con políticas activas de empleo, pese a que el incremento de la tasa de actividad femenina pueda ser uno de sus resultados.

\* \* \*

NOVENA. El Tribunal de Justicia tampoco aborda esta cuestión de manera holística sino que concibe la conciliación de la vida personal, laboral y familiar como una estricta necesidad de los trabajadores y trabajadoras. En ningún momento se atisba la inquietud de éste por proteger los intereses de otras personas involucradas en esta cuestión tales como los de los hijos, mayores o personas con discapacidad. El Tribunal se centra exclusivamente en los derechos laborales.

\* \* \*

DÉCIMA. La normativa en materia de conciliación ha tratado de corregir la atribución de las tareas de cuidado de los hijos e hijas a la madre, haciendo frente a la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres<sup>1313</sup>. El intento de reconocer

---

<sup>1313</sup> Las Directivas de la década de los 70 se contentan con la corrección de las imperfecciones del mercado y manifiestan una falta de interés manifestada ante la dificultad de compatibilizar la vida laboral y la vida familiar, perpetuando así los tradicionales estereotipos de género. Ello se deriva del limitado carácter del principio de no discriminación así como de las connotaciones liberales del mismo.

Como novedad, en la redacción de este artículo 6 del Acuerdo Anexo al Protocolo Social puede mencionarse la inclusión de un párrafo alusivo que referencia las acciones positivas a favor de la mujer o medidas de discriminación positiva, destinadas a compensar determinadas situaciones en las que tradicionalmente la mujer ocupa una posición de inferioridad respecto del hombre. El artículo 6.3 prevé la posibilidad de los estados miembros establezcan medidas que destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

La Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas promueve la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en lo que al cuidado de los niños y niñas se refiere.

La Directiva 92/85/CE limita el ámbito de protección del permiso de maternidad a las situaciones únicamente de embarazo, parto y lactancia natural, de lo que se puede inferir el abandono del paternalismo característico de etapas anteriores.

La Directiva 96/34/CE recomienda a los Estados la creación de un permiso independiente, individual e intransferible. Concretamente mediante su carácter intransferible se pretende fomentar y promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en lo relativo a las responsabilidades derivadas del cuidado de familiares y del hogar. Su consideración octava sostiene que “*debe animarse a los hombres a asumir parte igual de las responsabilidades familiares*”. Sin embargo este permiso no goza de una protección específica que le otorgara cierta efectividad real.

La Directiva 2010/18/UE reconoce en su considerando 12 que “*las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado*”, por ello

a la mujer y al varón unos mismos derechos y condiciones en el ámbito laboral, debe ir acompañado de un cambio en la división sexual del trabajo que se produce en el espacio privado. Es necesaria la corresponsabilidad en la asunción de las tareas domésticas y de cuidado para que tanto el hombre como la mujer puedan desempeñar su rol en la esfera pública, y concretamente en el ámbito laboral, en condiciones de igualdad.

Uno de los preceptos que han servido de base a la jurisprudencia del TJ para fundamentar el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles ha sido el artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEEE, según el cual no se considerarán contrarias al principio de igualdad aquellas “*disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad*”. Este artículo resulta absolutamente necesario para la protección de la maternidad, para la promoción de la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer en el ámbito laboral. Sin embargo, bajo él se han amparado posiciones excesivamente proteccionistas para con la mujer lo que ha provocado el mantenimiento de la división tradicional de roles.

La propia Unión ha sido consciente de esta realidad y ha manifestado su preocupación por la cuestión relativa al fomento de la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres, es decir por la participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y en la vida familiar<sup>1314</sup>. La importancia de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres es de suma trascendencia, puesto que es necesario corregir realidades tales como la “doble presencia femenina”, y la exclusiva atribución a la mujer de los roles de cuidado de la familia y del hogar.

---

propone “*adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres*”.

<sup>1314</sup> La Resolución del Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de los hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, reconoce de manera explícita que “*tanto los hombres como las mujeres, sin discriminación fundada en el sexo, tienen derecho a compaginar la vida profesional y familiar*”. Su punto 1 i) hace referencia a la posibilidad de establecer un permiso de paternidad intransferible y disfrutable simultáneamente al permiso de maternidad. Este punto será el origen del actual permiso de paternidad recogido en muchas de las legislaciones de los Estados miembros.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, adoptada el 9 de marzo de 2004, se preocupa por la cuestión relativa al fomento de la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres, es decir por la participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y en la vida familiar. Esta idea queda reforzada en el punto 26 de la resolución al plantear la necesaria intransferibilidad de los permisos parentales.

La intransferibilidad de los permisos parentales con carácter absoluto, la igual remuneración de los permisos de paternidad y maternidad, así como el disfrute obligatorio de ambos serían acciones que en nuestra opinión podrían hacer frente a estas limitaciones.

\* \* \*

DECIMOPRIMERA. El hecho de hacer frente a la división tradicional sexual de roles resulta más sencillo en el ámbito normativo, y más aún, en el ámbito político puesto que en muchas ocasiones las propuestas realizadas pueden quedar en meras declaraciones de intenciones y nada ocurre. Sin embargo en el ámbito judicial, en ocasiones, la ausencia de voluntad de hacer frente a esta problemática es más notable al observar la actuación del órgano judicial en cada caso concreto, así como la interpretación y aplicación que de la norma realiza. Ello se debe fundamentalmente a que la norma puede ser ambigua, programática y su eficacia puede ser limitada. El discurso político no tiene coste económico alguno. Sin embargo, las decisiones judiciales siempre habrán de ser eficaces, ejecutables y siempre supondrán un coste económico. Así también, las decisiones judiciales tienen efectos directos sobre personas concretas que se verán afectadas por la promoción o inmovilismo del Tribunal en esta materia.

\* \* \*

DECIMOSEGUNDA. En la jurisprudencia se puede observar una evolución en el tratamiento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a diferencia de lo que ocurría en el análisis del corte economicista o no de ésta tratado en la conclusión cuarta donde observamos que ésta era errática. En una primera etapa, el Tribunal parte de la noción de igualdad entre hombres y mujeres para poder dar protección a situaciones tales como la maternidad o el permiso parental. En una segunda etapa, aparece la noción de la conciliación, fundamentalmente en torno al permiso parental, el cual pasa a ser tutelado en sí mismo como realidad propia. En una tercera etapa, este



concepto de conciliación evoluciona y se complementa con el matiz necesario de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, entre padres y madres.

En esta evolución hacia la corresponsabilidad cabe destacar el mantenimiento hasta la actualidad, por parte del Tribunal de una paradoja al respecto. El Tribunal considera, por una parte, perjudiciales para las trabajadoras aquellos beneficios y medidas dirigidas a ellas en exclusiva y, por otra parte, mantiene la vigencia de la doctrina establecida en el asunto *Hoffman* y la consecuente legitimidad de las medidas para el cuidado de los hijos dirigidas en exclusiva a la mujer con fundamento en la especial relación existente entre la madre y el hijo. Esta paradoja se refleja en el 24% de las sentencias analizadas en el conjunto de la investigación. La última muestra de la misma se encuentra en el asunto *Roca Álvarez*, cuya sentencia se emite en 2009.

La postura adoptada por el Tribunal en la sentencia *Hoffman* fundamentada en la especial relación entre la madre y el hijo ha condicionado sus posteriores decisiones relacionadas con la responsabilidad paterna y de ella han derivado ciertas licencias para perpetuar el reparto tradicional de los roles.

\* \* \*

DECIMOTERCERA. Pese a la repetición de los estereotipos sexuales tradicionales en algunas de las sentencias y el inicial desentendimiento del Tribunal con las cuestiones relacionadas con la organización de la familia o con la alteración de la división de responsabilidades entre los progenitores<sup>1315</sup>, resulta innegable la contribución que el Tribunal ha realizado para afrontar la perpetuación de la clásica división. Ejemplo de ello son la sentencia *Comisión y República Francesa* y la sentencia *Griesmar* en la cual el Tribunal apoya tácitamente que ni hombres ni mujeres poseen una mayor relación con el ámbito de cuidado o con el ámbito laboral.

En muchas ocasiones esta contribución se ha llevado a costa de la eliminación de ventajas y beneficios que iban dirigidos en exclusiva a la mujer. Es cierto que la mejor opción en estos casos, y así lo propone la Comisión en el asunto *Comisión y República*

---

<sup>1315</sup> *Hofmann* (C-184/83).

*Francesa*, hubiera sido la extensión de estos derechos y ventajas a los varones<sup>1316</sup>, sin embargo tal opción resulta en la mayoría de los casos económicamente insostenible.

\* \* \*

DECIMOCUARTA. La categoría en la que el Tribunal mantiene en mayor medida la división tradicional sexual de roles es aquella bajo la que se agrupan las sentencias relativas a la discriminación salarial por razón de la maternidad o del permiso parental.

En cambio, la categoría en la que el Tribunal hace frente con mayor intensidad al mantenimiento de la clásica división de roles entre hombres y mujeres es aquella que agrupa las sentencias relativas a la discriminación en las condiciones laborales por razón de la maternidad o del permiso parental.

\* \* \*

DECIMOQUINTA. Una normativa excesivamente protectora para con las mujeres puede provocar un mantenimiento de la situación de desigualdad y de desventaja en la que muchas veces ella se encuentra. Éste es el peligro de las medidas de discriminación positiva dirigidas a la mujer. Ejemplo de ello son los permisos excesivamente largos o el favorecer a la mujer la elección de trabajos a tiempo parcial.

Los permisos por maternidad excesivamente largos dificultan la reincorporación de las mujeres en sus puestos de trabajo así como su promoción dentro de su carrera profesional, y tienen como consecuencia un elevado índice de abandono del mercado laboral. La jornada laboral a tiempo parcial, puede ser entendida como una buena medida de conciliación, sin embargo es necesario tener presente las repercusiones negativas que tiene la “feminización” de este tipo de jornada. Los trabajos a tiempo parcial, no gozan lógicamente de la misma remuneración que los trabajos a tiempo completo, lo cual causa bien una dependencia de este trabajador o trabajadora respecto de su cónyuge o pareja, bien una situación de precariedad económica en aquellas

---

<sup>1316</sup> *Comisión y República Francesa*, Conclusiones del Abogada General (C-312/86, página 6328).

familias monoparentales. También impiden en muchas ocasiones la promoción profesional, el desempeño de puestos de responsabilidad y, en ocasiones, suponen una merma de derechos respecto de los poseídos por los trabajadores y trabajadoras a tiempo completo.

\* \* \*

DECIMOSEXTA. Aquellas sentencias en las que el Tribunal adopta una postura excesivamente protectora producen con carácter general el mantenimiento de la división tradicional sexual de roles, así como la obstaculización del acceso y promoción en el empleo de aquel progenitor que se haga cargo del cuidado de los hijos y pretenda conciliar su vida personal, familiar y laboral. Éstas contribuyen, mediante el mantenimiento de determinados derechos laborales dirigidos en exclusiva a las mujeres, a que sea la mujer la que se vea conducida a conciliar.

\* \* \*

DECIMOSÉPTIMA. Con carácter general la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ha regulado a través de *soft law*<sup>1317</sup> y no a través de medidas vinculantes. El *soft law* permite abarcar un mayor espectro de cuestiones, así como el cuidado de los niños y las niñas o los usos del tiempo. Sin embargo, dejan su implementación a la elección de los Estados miembros y sus propuestas y recomendaciones no tienen un carácter obligatorio para éstos. Ello da lugar a las diferentes regulaciones que existen al respecto en los distintos Estados miembros.

\* \* \*

---

<sup>1317</sup> El término “soft law” puede encontrarse en textos comunitarios, de cualquier lengua original, no sólo inglesa, con un sentido de «...derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria [de las normas] en los ordenamientos nacionales» (Informe del Sr. Cot sobre el documento COM(97) 626, «Legislar mejor» (A4-498/98); Resolución del Parlamento Europeo de 18.12.1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5).

En el ámbito comunitario encontramos ejemplos como las Conclusiones de la Presidencia de los Consejos Europeos, las Comunicaciones de la Comisión Europea, sus recomendaciones o sus informes anuales.

DECIMOCTAVA. Todavía a día de hoy podrían mantenerse afirmaciones realizadas respecto de las Directivas de la década de los 70 cuando se decía que éstas tenían por objeto dar solución a la preocupación emergente en materia de empleo y a la inquietud relativa a la evolución demográfica, causada por el considerable descenso de la natalidad en toda Europa, así como las problemáticas que ello conlleva en relación al mercado laboral, los distintos sistemas de seguridad social y la construcción del mercado único. La conciliación es tratada como un instrumento al servicio del equilibrio de todas estas realidades y no como un fin en sí mismo.

\* \* \*

DECIMONOVENA. Con carácter general las decisiones adoptadas por la jurisprudencia del TJ preceden a aquellas medidas adoptadas por la normativa de la UE. La maternidad es una de las causas fundamentales de discriminación de la mujer en el ámbito del empleo, por lo que el TJCE ya había conocido asuntos relacionados con esta causa con anterioridad a la adopción de la Directiva 92/85/CEE, y que fueron planteados sobre la base de la Directiva 75/117/CEE y de la Directiva 76/207/CEE. Es a partir de 1995 cuando comienzan a producirse los primeros fallos fundamentados directamente en la Directiva 92/85<sup>1318</sup>.

El Tribunal en el asunto *Dekker* consideró contrario al principio de no discriminación por razón de sexo proclamado en la Directiva 76/207/CEE la negativa del empresario a contratar a una mujer por el hecho de estar embarazada. Esta protección nunca ha sido reflejada explícitamente con posterioridad como una protección propia de la mujer embarazada.

El Tribunal protegerá a la mujer frente al despido en el asunto *Habermann-Beltermann* y será posteriormente el artículo 10 de la Directiva 92/85 el que preverá

---

<sup>1318</sup> Sentencias anteriores a la Directiva 92/85: *Hoffman*, sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984 (C-184/83); *Dekker*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-117/88); *Habermann-Beltermann*, sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92); *Webb*, sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994 (C-32/93); *Hertz*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-179/88); *Larsson*, sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997 (C-400/95); *Brown*, sentencia del TJCE de 30 de junio de 1998, (C-394/96); *Thibault*, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1998 (C-136/95); Gillespie, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996 (C-342/93). Primeras sentencias a partir de la Directiva 92/85: *Boyle*, sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998 (C-411/96); *Handels-og*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1998 (C-66/96).

expresamente esta protección. En el asunto *Hill y Stapleton* el Tribunal reconoce por primera vez la importancia que el Derecho comunitario ha de otorgar a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, que más tarde será reflejado en la Directiva 96/34.

El Tribunal con sus sentencias *Melgar* y *Tele Danmark* pone fin al argumento en virtud del cual las Directivas 76/207 y 92/85 otorgaban un trato diferente a las trabajadoras en virtud de la duración de su relación contractual con el empleador. En este mismo sentido, la Directiva 2010/18/UE introducirá como novedad en su cláusula 1.3, respecto a su ámbito de aplicación el reconocimiento expreso, de que la misma se aplicará a “*trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con un contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal*”.

\* \* \*

VIGÉSIMA. Puede afirmarse que la normativa en materia de conciliación se halla en constante cambio y no siempre, a lo largo de su evolución, ha recibido un mismo tratamiento o ha sido afrontada desde una misma perspectiva. Se ha observado cómo el tratamiento de esta cuestión se caracteriza por la diversa naturaleza de las normas que la regulan y protegen lo que dificulta su identificación y disminuye su visibilidad y presencia. Todas aquellas normas existentes en relación a la cuestión tratan aspectos y ámbitos concretos de la misma, pero ninguna aborda esta realidad en su conjunto, lo que origina una falta de coordinación entre los distintos instrumentos existentes lo que conllevaría una cierta ineficacia de los mismos.

Proponemos a la Comisión la elaboración de una directiva marco del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada que aglutine todos aquellos aspectos que esta cuestión comprende.

Esta Directiva podría integrar medidas como las siguientes:

1. Que se garantice a aquellas personas que opten por el trabajo familiar y la educación de los niños, interrumpiendo su carrera profesional, el disfrute durante la vejez de la misma pensión de jubilación que en el caso de no haberla interrumpido

2. Que sean tenidas en cuenta determinadas necesidades especiales como las de las familias numerosas o las familias monoparentales las cuales requerirán por sus características de unas ayudas especiales.

3. Que se fomenten la reinserción en el mercado laboral tras un largo período ausente, los horarios de trabajo flexibles, el trabajo a distancia así como el trabajo a tiempo parcial de calidad.

4. Que se prevean ayudas para el cuidado no sólo de niños sino de otras personas dependientes. Las medidas existentes en esta materia acostumbran a centrarse en exclusiva en la atención y el cuidado de niños dejando fuera esta realidad más frecuente cada día debido al inevitable e imparable envejecimiento de la población europea.

\* \* \*

VIGÉSIMOPRIMERA. Existe una clara interrelación entre las decisiones personales para poder combinar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y las políticas públicas. El modo en que las personas compaginan estas responsabilidades influye en la participación en el mercado laboral o en las tasas de fertilidad, y al mismo tiempo las políticas públicas influyen en la toma de estas decisiones de índole privada. Esta interrelación debe ser tenida en cuenta a la hora del diseño de las políticas públicas con el fin de prever el impacto que éstas pueden tener sobre las decisiones personales que los ciudadanos adoptan en la esfera privada y viceversa.

\* \* \*

VIGÉSIMOSEGUNDA. El TJUE a menudo limita su intervención a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en la esfera pública puesto que considera la esfera privada, del hogar y la familia, como ajena a las competencias de la UE. Al hacer esto ignora que la interacción, interrelación y repercusión que existe entre ambas esferas

supone uno de los factores más importantes causa de la desigualdad que sufre la mujer en el mercado laboral.

Las sentencias que protegen la igualdad entre hombres y mujeres en aras de lograr la anhelada corresponsabilidad se corresponden con aquellas que no perpetúan la división tradicional sexual de roles entre hombres y mujeres.

\* \* \*

VIGÉSIMOTERCERA. Resultan mayoritarios los supuestos en los que la postura adoptada finalmente por el Tribunal coincide con la planteada por el Abogado General. En la mayoría de los supuestos en los que la posición propuesta por el Abogado General no es secundada por el Tribunal ésta acostumbra a ser más progresista y su solución suele ir en detrimento de los intereses del mercado y de los empleadores o, en su caso, del Estado.

\* \* \*

VIGÉSIMOCUARTA. La invocación y mención de la CDFUE por el Tribunal en los asuntos analizados en la materia objeto de la presente investigación es escasa. De la totalidad de las sentencias estudiadas únicamente se hace referencia a la misma en dos de ellas, debido a su reciente carácter vinculante. Por una parte, el Tribunal en la sentencia formulada con motivo del asunto *Danosa* invoca el artículo 23 de la CDFUE en el que se establece que el principio de igualdad entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

Por otra parte, el Tribunal menciona por primera vez el artículo 33.2 de la CDFUE, en el cual se hace mención expresa a la conciliación de la vida profesional y laboral, en la sentencia *Chatzi*. En este asunto analiza también el posible conflicto entre el artículo 24 de la CDFUE y el artículo 33<sup>1319</sup> sin embargo sostiene que el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, no implica necesariamente el reconocimiento de un derecho individual a la obtención de un

---

<sup>1319</sup> *Chatzi* (C-149/10, párrafo 37).

permiso parental por sus progenitores. Esta ausencia de referencias a la Carta pone en duda el valor y la utilidad que a la misma le otorga el Tribunal.

Es cierto que se intuye una línea evolutiva de una menor a una mayor protección, sin embargo no se puede afirmar que exista una verdadera progresión cronológica en la protección puesto que el Tribunal adopta una postura y la contraria en breves espacios de tiempo.



## CONCLUSIONS

In order to give a clearer display of the conclusions, there is an explanation herebelow of the structure to be followed in this section. From conclusion ONE to SIXTEEN there is an alternation of the stances established by the EU rules and the CJEU case-law in relation to specific issues:

- Conclusions ONE-FOUR focus on the economic character of the rules and the case-law.

- Conclusions FIVE-SIX focus on the limits of the rules as well as the case-law in relation to the concept of work-life balance.

- Conclusions SEVEN-NINE focus on the necessity of rules and case-law approaching work-life balance from a wholistic point of view.

- Conclusions TEN-FOURTEEN focus on whether the rules and the case-law keep or fight against the sexual division of roles between men and women.

- Conclusions FIFTEEN-SIXTEEN focus on whether the rules and the case-law are excessively protective and which consequences would derive from this, given the case.

From conclusion SIXTEEN to the end of the section there is a display of other independent conclusions and proposals.

\* \* \*

ONE. Almost under all the rules that have been herein analyzed lies an economic interest behind the external social end that those same rules seem to pursue and expect<sup>1320</sup>. Policies of equal opportunities between men and women, in which work-

---

<sup>1320</sup> An example of that can be found in the following references:

Council Directive 75/77/EEC, in its first recital states that the article 119 of the Treaty of Rome is “*integral part of the establishment and functioning of the common market.*” Council Directive 76/207/CEE, in its third recital states that “*equal treatment for male and female workers constitutes one of the objectives of the Community, in so far as the harmonization of living and working conditions while maintaining their improvement are inter alia to be furthered.*” Council Directive 86/613/CE, in its third

life balance policies are included as an integral part –as well as most of the social policies of the EU- act with an economic purpose. Those are limited to design measures leading to the creation of a common market and the reorganization of labour markets.

Binding legislation upon work-life balance is mostly restricted to a labour rule aiming at ensuring equal opportunities for women in accessing employment, and promotion and conditions at work. It can be observed that most of the rules regarding matters on equality between men and women created within the EU show market imperatives as a consequence of the dominant neoliberal context in which the social policy of the EU is comprised. The social policy of the EU is mainly market-oriented because of the origin of the European Project itself, which is mainly economic.

All the measures taken to favour work-life balance aim at increasing women's employment rates or at the construction of a competitive internal market. The legal basis of each of the Directives here analyzed show whether these are based on economic criteria or not<sup>1321</sup>.

---

recital says once more that *“the principle of equal pay for men and women workers, as laid down in Article 119 of the Treaty, forms an integral part of the establishment and functioning of the common market.”* On the other hand, the seventh recital reveals the disparity upon this issue in the law of the different Member States and refers to the importance of approaching national regulations. Council Directive 92/85/EEC, in the preamble some concern is expressed for the possible consequences upon women that may derive from the measures that are adopted by establishing that the protection in the Directive *“should not treat women on the labour market unfavourably nor work to the detriment of directives concerning equal treatment for men and women.”* Council Directive 93/104/EEC, in the fourth recital refers to the first paragraph of Article 7 of the Community Charter of the Fundamental Social rights for Workers adopted in 1989, in which it is established that *“the completion of the internal market must offer improvements in the social field for workers of the European Community.”* At the same time in the sixth recital they insist on this idea by claiming that *“Whereas this Directive is a practical contribution towards creating the social dimension of the internal market.”* Council Directive 96/34/EC, in its 12th includes in its objectives both, on the one hand *“the need to improve social policy requirements”* and on the other hand *“to enhance the competitiveness of the Community economy and to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would impede the creation and development of small and medium-sized undertakings.”* Council Directive 2006/54/EC, in its Article 1 claims that its main goal is *“to ensure the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.”* Council Directive 2010/18/UE aims at *“increasing overall employment rates to 70 %, women's employment rates to 60 % [...], and to the contribution of policies to improve reconciliation of professional, private and family life in achieving these targets.”*

<sup>1321</sup> Thus, it must be said that Council Directive 75/117/EEC is founded and framed in the field of Article 100 EEC, which enshrines those rules directly affecting to the setting or functioning of the common market. Council Directive 76/207/EEC is under the protection of Article 235 EEC, which also refers to those actions needed within the frame of this market in order to achieve one of the goals of the Union. Likewise, Council Directive 79/7/EEC ultimately invokes Article 235 EEC and is based on it.

\* \* \*

TWO. The case-law, unlike what had been suggested in the hypothesis of this research, is not mainly based on economic criteria. From an exclusive analysis of the doctrine it could be inferred that in most of the cases the CJ would tend to protect market interests. However, after an exhaustive analysis of the sentences, it has been proved that that only happened in one third of all the cases.<sup>1322</sup>

Consequently, it can be said that the case-law of the Court of Law protects the rights of male and female workers and their interests related to work-life balance, in spite of the influence of the economic criteria upon which the EU is founded.

\* \* \*

THREE. The Court protects market interests more intensely in two of the categories analyzed, namely – discrimination in respect of accessing employment and job promotion, and wage discrimination on grounds of maternity or parental leave.

On the contrary, the result of the analysis shows that the category in which the Court has defended the interests and rights of male and female workers rather than the economic interests of the market is in the one gathering sentences related to protection from dismissal. And this is due to the wide and clear protection that the EU rules provide in this regard.

\* \* \*

FOUR. After a chronological analysis of the sentences, it cannot be said that case-law present any type of progressive evolution. Sentences protecting economic criteria and sentences protecting workers alternate randomly without any apparent motives. However, it can be inferred that even though the Court, sometimes, founds its sentences on the equality between men and women and the work-life balance against other interests, it usually adopts this attitude when the impact on the market is minimal.

---

<sup>1322</sup> The conclusions stated in this work are to be considered within the frame of the ECJ case-law, and they cannot be extrapolated neither to the General Court case-law nor to the Civil Service Tribunal.

In conclusion, it cannot be said that there is a clear line –actually, it is rather erratic- that the case-law follows in this field.

Consequently, a new line of research emerges here about the influence that the members integrating the Court or the Advocate General can have on defending economic interests or not when they deliver judgement.

\* \* \*

FIVE. EU rules impose restrictive constraints onto the concept of work-life balance, which actually comes down to aspects related to women and employment. In this regard EU rules falls within and is restricted to employment issues. Two are the fields that are affected by conciliation measures, namely – the protection of maternity at work, and parental leaves for caring for children. This leads to other factors and variables that are part of the reality being forgotten, such as caring for the elderly or other dependant people, or the political, social, cultural or religious dimension of the person.

There is no Directive referring to caring for people who are not someone's own children. The need to take care of relatives is one of the fundamental problems for male and female workers. The difficulties that arise when there is a dependent specially old, people- needed to be cared for is becoming more and more common in our society and it is becoming a key factor for both caretakers and dependents to lead a good life. One of the fundamental novelties referred to in the Directive 2010/18/EU, which aims at improving this situation, is under the provision in clause 3.3 of the Agreement on Parental Leave according to which conditions for access and modalities of application of parental leave need to be adjusted to the needs of parents of children with a disability or a long-term illness.

\* \* \*

SIX. These constraint of the EU rules on the concept of work-life balance can also be traced in the CJ case-law. Almost all of its sentences dealing with this issue focus on aspects related to women and employment, and they do not take into account

other important facets in this regard. This is mainly due to the existing legislation. The Court interprets and applies those regulations available. Attention here should be drawn to *Coleman* sentence (C-303/06), in which protection against discrimination of disabled people is spread to their relatives in the context of conciliating private, familiar and working life.

If measures favouring conciliation are taken with the aim of promoting female employment, then one of the possible consequences is that most of them address to women, not contributing then to the co-responsibility between men and women at all, and so not contributing to equality. This only leads to keep the existing inequality, fomenting by doing so the so called 'double-working day' or women's professional careers being stopped, because it is women the ones that are forced to benefit from these measures.

\* \* \*

SEVEN. EU conciliation policies fall within the policies on equal opportunities for men and women, which at the same time are embedded in employment policies.

Dealing with the conciliation of family, private and working life exclusively from a gender approach is inadequate and it is advisable to take a more neutral approach from the rights of parents, caretakers, even from the perspective of children's right, which is more relevant as it can be inferred from Article 24 in the la CFREU<sup>1323</sup>. Also the rights of other dependent people must be taken into account. It is necessary to take into account not only the difficulties and need of the woman, but the particular and specific needs of the father, the children, such as the children's right to be cared for and raised by their parents and the right of the elderly to receive care. That would involve a more complete protection.

\* \* \*

---

<sup>1323</sup> Article 24 CFREU. "1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity. 2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration. 3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests."

EIGHT. A wholistic approach is needed here to deal with this issue, specially through social policies, from a familiar perspective. What is meant here by ‘familiar policy’ is a set of public measures aimed at providing people with family responsibilities with resources so that they can carry out under the best possible conditions all the tasks and activities derived from them, in particular those related to taking care of dependent minors. These policies are also aimed at preventing people with family responsibilities from being penalised from an economic, social or profesional point of view.

It is true, though, the the EU has no authority with regard to family policies and rights, that is the reason why these have been structured from other approaches and fields such as the protection of migrant workers, gender equality or employment policy. Nevertheless, that does not prevent social policies being implemented with the purpose of favouring conciliation, which have the protection of the family as their starting point as well as their ultimate end.

In spite of some progress in this regard<sup>1324</sup>, the European Comission tends to address the family issue in the chapters on social policy, employment and equal opportunities, however it doesn’t usually deal with family policies specifically. Very often, the Comission fails to understand the person in his relational dimension, specially

---

<sup>1324</sup> During the 80s came the development of family policies at the Community level as well as the commitment to consider and take into account the family question as a cross-dimension in all the policies, and the conciliation as an integral part of that dimension.

Council Directive 96/34, in its seventh recital, deliberately includes the question of the parental leave within the family policy. It states that “*family policy should be looked at in the context of demographic changes, the effects of the ageing population, closing the generation gap and promoting women's participation in the labour forc.*”

Thus, measures taken to favour work-life balance move away from the field of equal opportunities between mena and women, and acquire a wider scope by being referred to as family policy.

The European Parliament’s resolution concerning conciliation between profesional, family and private life, adopted on March 9, 2004 encourage to consider conciliation mechanisms from the field of family policies and, particularly from the children’s rights perspective, as it is contained in the recital J of the Resolution. In fact, in its point 7 it promotes the separation of the concepts *gender mainstreaming* and *family mainstreaming*.

Council Directive 2010/18 states, in its general recital 8, that conciliation policies are considered as family policies and not as policies regarding equal opportunities between men and women.

as part of a family and a system of relationships that surrounds him. It is questionable here the Commission dealing with the different members of the family as mere isolated economic subjects and not as members of an essential nucleus of the society.

The family question must be taken into account as a cross-dimension in all the European policies, specially in impact studies -which are now necessary for all the European rules and must be done in all the existing policy assessments that must be reviewed,- because most of the policies that are passed at a European level have a direct impact on the life of families. It can be mentioned here the so-called *family mainstreaming*. Work-life balance policies cannot be identified only with active employment policies, even though the increase in rates of female employment can be one of the results.

\* \* \*

NINE. The Court of Justice doesn't deal with this question from a wholistic approach, either. It considers that conciliation is strictly necessary for male and female workers. There is no trace of concern to protect the interests of other people that might be involved here such as the children, the elderly or the disabled. The Court focuses mainly on employment rights.

\* \* \*

TEN. The regulation dealing with conciliation has tried to correct the entrustment of childcare tasks to the mother by coping with the traditional sexual division of roles between men and women<sup>1325</sup>. The attempt to recognize the same rights

---

<sup>1325</sup> The Directives of the 70s are satisfied with correcting the imperfections of the market and express a lack of interest in attending the difficulties derived from trying to reconcile work and life, perpetuating by doing so gender stereotypes. This is a consequence of the restricted character of the principle of non-discrimination as well as its liberal connotations.

As a novelty, in the wording of this Article 6 of the Agreement Annexed to the Social Protocol there is a paragraph referring to positive actions in favor of women or measures of positive discrimination aimed at compensating specific situations in which traditionally women are in a disadvantaged position vis-à-vis men. Article 6.3 considers the possibility of the Member States adopting measures aimed at making easier for women the possibility of carrying out professional activities, or at avoiding or making up for possible handicaps in their professional careers.

and conditions for both men and women in the workplace must be accompanied by a change in the sexual division of labour that occurs in the private sphere. A joint responsibility for housework and care is necessary so that both men and women can play their own roles in the public sphere, in conditions of equality.

One of the precepts upon which the CJ's case-law relies in order to support the traditional sexual division of roles is in Article 2.3 of the Council Directive 76/207/CEE, according to which there will be no prejudice "of provisions concerning the protection of women, particularly as regards pregnancy and maternity." This article is absolutely fundamental for protecting maternity, promoting equal rights and opportunities of women in the workplace. However, excessively protectionist stances towards the women have been covered by this same article, which has perpetuated the traditional sexual division of roles.

The Union itself has become aware of this reality and has expressed its concern about the question of promoting a joint responsibility for tasks between men and women, i.e. a balanced involvement of men and women at work and at home.<sup>1326</sup> The

---

The Council recommendation of 31 March on children care promotes the co-responsibility between men and women with regard to childcare.

Directive 92/85/EC restricts to the range of protection of the maternity leave to the situations –pregnancy, birth and breastfeeding, which leads to the abandonment of paternalistic attitudes characteristic of previous stages.

Directive 96/34/EC recommends the States to create an independent, individual and non-transferable leave. The non-transferability of the leave intends to foment and promote the co-responsibility between men and women with regard to duties derived from caring and housework tasks. On its eighth recital it claims that "*men should be encouraged to assume an equal share of family responsibilities.*" However, this parental leave is not specifically protected and so it is not effective.

<sup>1326</sup> Council Directive 2010/18/EU acknowledges in its recital 12 that encouraging men to assume an equal share of family responsibilities has not led to sufficient results, it suggests for that purpose "*adopting more effective measures to encourage a more equal sharing of family responsibilities between men and women.*"

The resolution of the Labour and Social Affairs Council of the June 29, 2000 on the balanced participation of men and women in family and working life acknowledges explicitly that "*Both men and women, without discrimination on the grounds of sex, have a right to reconcile family and working life.*" In the point 1 i) it refers to the possibility of granting working men and individual and untransferable right to paternity leave to be taken at the same time as the mother takes maternity leave. This is the starting point, in many of the regulations of the Member States, of the paternity leave.

The European Parliament resolution on reconciling professional, family and private life, adopted in March 9, 2004 focuses on the promotion of the co-responsibility for tasks between men and women, i.e. for a balanced participation of men and women in family and working life. This idea is supported in point 26 of the resolution when it refers to the parental leaves with non-transferable portion.



co-responsability between men and women is extremely important, because it is necessary to amend realities such as that of the “double presence of women,” or the women being exclusively entrusted with housework and childcare tasks.

From our point of view these actions -the non-transferability of parental leaves in absolute terms, the equal pay for men and women for parental leaves, as well as the mandatory enjoyment of the parental leave by both men and women- could represent a solution for the restrictions analysed hereabove.

\* \* \*

ELEVEN. It is easier to cope with the traditional sexual division of roles in the regulatory domain, and even more, in the political sphere because it frequently happens that there are a lot of proposals but they end up in mere declarations of intent and nothing happens. However, in the judicial field, sometimes the lack of determination to cope with this question stands out when the actions taken by the judicial body are being analysed in each particular case as well as the interpretation and implementation of the rule applied in each case. This is essentially due to the fact that the rule is ambiguous, programmatic and hardly effective. The political speech has no economical cost. But judicial decisions must always be effective, enforceable and they will always have an economic cost. Likewise, judicial decisions have direct effects on specific individuals that will be affected by the promotion or stagnation of the Court in this regard.

\* \* \*

TWELVE. It can be observed, within the case-law, an evolution of the question of work-life balance unlike what happened in the analysis of the economic or non-economic criteria upon which case-law is based, which was explained in conclusion FOUR where the case-law was proved to be misleading. At first, the Court takes as a starting point the concept of equality between men and women in order to give protection to such situations as maternity or parental leave. In a second stage, the

concept conciliation appears, with regard to the parental leave mostly, which starts being considered as a reality in itself. In a third stage, this concept of conciliation evolves and is complemented with the necessary nuance concerning co-responsability between men and women, fathers and mothers.

It must be said that, in this evolution towards the co-responsability, the Court has kept a paradoxical situation. On the one hand, the Court considers that those benefits and measures taken exclusively for female workers are detrimental and, on the other hand, it maintains in force the doctrine established in the *Hoffman* case and consequently the legitimacy of measures taken to favor childcare exclusively addressed to women and which are based on the special relationship between mother and child. This contradiction is observed in 24% of the sentences analysed in this research. The last instance can be seen in *Roca Álvarez* case, whose sentence is issued in 2009.

The stance adopted by the Court in the *Hoffman* case, which is based on the special relationship between mother and child, has influenced its subsequent decisions concerning paternal responsibility and it has led to taking some liberties that have ended up perpetuating the traditional division of roles.

\* \* \*

THIRTEEN. In spite of the repetition of traditional sexual stereotypes in some of the Court's sentences and its refusal to have anything to do with questions related to family organization or the change in the assignment of responsibilities between the parents<sup>1327</sup>, the Court's contribution to cope with classic division of roles is irrefutable. An example of this is the sentence *Commission v the French Republic* and the *Griesmar* judgement, in which the Court explicitly supports that neither men nor women have a closer relationship with the field of childcare or with the professional sphere.

That contribution has frequently led to the elimination of advantages and benefits that were exclusively addressed to women. It is true that the best option in these cases -and that is what the Commission suggests in the case *Commission v the French*

---

<sup>1327</sup> *Hofmann* (C-184/83).

*Republic*- had been the extrapolation of those rights and advantages to men<sup>1328</sup>, but that option turns out to be economically unsustainable in most cases.

\* \* \*

FOURTEEN. The category in which the Court mostly maintains the traditional sexual division of roles is the one gathering sentences concerning wage discrimination on the grounds of maternity or parental leave.

On the contrary, the category in which the Court copes more intensely with the maintenance of the classic division of roles between men and women is the one gathering sentences concerning discrimination in working conditions on the grounds of maternity or parental leave.

\* \* \*

FIFTEEN. An excessively protective regulation regarding women can lead to the maintenance of a situation of inequality and disadvantage in which they are very frequently. This is the risk of positive discrimination measures addressed to women. An example would be the excessively long leaves or the possibility for women to choose part-time jobs.

Excessively long maternity leaves make it difficult for women to return to work and be promoted along their professional careers, and this situation gives rise to a higher rate of people exiting the labour market. Part-time jobs can be seen as a good conciliation measure, however it is necessary to take into account the negative consequences of the ‘feminization’ of this type of working day. Logically part-time jobs are not equally paid as full-time jobs, which makes this male or female worker become dependent on their spouse, or leads single-parent families to economic deprivation. Most of the times these measures also impede career advancement, the possibility of having access to positions of responsibility and, they sometimes result in the loss of rights with respect to those that male and female workers with full-time jobs enjoy.

---

<sup>1328</sup> *Commission v the French Republic*, Conclusions of General Advocate (C-312/86, page 6328).

\* \* \*

SIXTEEN. Those sentences in which the Court adopts an excessively protective position results, broadly speaking, in the maintenance of the traditional sexual division of roles, and in an obstacle –for the parent taking care of children that intends to reach a work-life balance- in the access to employment and the career advancement. Those sentences compel, by maintaining labour rights exclusively addressed to women in force, women to conciliate

\* \* \*

SEVENTEEN. On a general basis, the conciliation of personal, family and professional life has been ruled by means of the so-called *soft law*<sup>1329</sup> and not through binding measures. The *soft law* allows to cover a wider range of questions, such as childcare or the uses of time. However, its implementation depends on the choice of each Member State and its proposals and recommendations are not mandatory. This results in different regulations in the different Member States.

\* \* \*

EIGHTEEN. Still today some considerations are valid with regard to the Directives issued in 70s, when they were considered to focus on the emerging concern on employment and on the demographic evolution caused by the birth rate decrease in Europe, as well as on the different social security systems and the building of a single market. Conciliation is, then, considered as a helpful tool to reach a balance between all these realities and not as an end in itself.

---

<sup>1329</sup> The term “soft law” can be found in community documents, in any original language, not only English, with the meaning of «... law that is uncertain, less binding and less secure, that will result in artificial [...] approximation and random transposition of provisions into national legislation » (Cot Report on document COM(97) 626, «Better Law-Making » (A4-498/98); European Parliament Resolution 18.12.1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5).

There are examples, at a Community level, such as the Presidency Conclusions of the European Councils, the Commission’s communications, its recommendations or its annual reports.

NINETEEN. On a general basis, decisions made by the CJ case-law precede those made by the EU regulation. The question of maternity is one of the main causes of discrimination in the field of employment, so the CJEU already knew cases related to this cause prior to the adoption of Directive 92/85/EEC, which were posed based on Directive 75/117/EEC and Directive 76/207/EEC. It is since 1995 when the first judgements based on Directive 92/85<sup>1330</sup> can be found.

The Court in the case *Dekker* considered that the entrepreneur's refusal to hire a woman on the grounds of her pregnancy was contrary to Directive 76/207/EEC. This protection has never been subsequently a proper protection itself for the pregnant woman.

The Court will protect the woman against the dismissal in the case *Habermann-Beltermann* and will subsequently turn into the Article 10 of the Directive 92/85 establishing this protection expressly. In the case *Hill v Stapleton* the Court recognizes for the first time the importance that Community Law must give to the question of work-life balance, which will appear in later in the Directive 96/34.

The Court, with its sentences *Melgar* and *Tele Danmark*, brings an end to the argument according to which Directives 76/207 and 92/85 treated female workers in a different way depending on the duration of her contractual relationship with the employer. In this respect, Directive 2010/18/UE introduces as a novelty in clause 1.3 – regarding its scope of application- the explicit acknowledgement that it will be applied to “workers, contracts of employment or employment relationships solely because they relate to part-time workers, fixed-term contract workers or persons with a contract of employment or employment relationship with a temporary agency.”

---

<sup>1330</sup> Sentences prior to Directive 92/85: *Hoffman*, CJEU sentence of July 12, 1984 (C-184/83); *Dekker*, CJEU sentence November 8, 1990 (C-117/88); *Habermann-Beltermann*, CJEU sentence May 5, 1994 (C-421/92); *Web*, CJEU sentence July 14, 1994 (C-32/93); *Hertz*, CJEU sentence November 8, 1990 (C-179/88); *Larsson*, CJEU sentence May 29, 1997 (C- 400/95); *Brown*, CJEU sentence June 30, 1998,(C-394/96); *Thibault*, CJEU sentence April 30, 1998 (C- 136/95); *Gillespie*, CJEU sentence February 13, 1996 (C- 342/93); First sentences after Directive 92/85: *Boyle*, CJEU sentence October 27, 1998 (C-411/96); *Handels-og*, CJEU sentence November 19, 1998 (C- 66/96).

\* \* \*

TWENTY. It can be said that regulations related to work-life balance are constantly changing and not always, during their evolution, the question of conciliation has been equally addressed or has been approached from the same perspective. It has been observed that this question is approached by a set of rules varying in nature that govern and protect the question itself, which hinders its identification and reduces its visibility and presence. All those existing rules relating to this question deal with specific aspects and fields of that, but there aren't any rules addressing that reality as a whole, which creates a lack of coordination between the different existing tools leading to certain ineffectiveness.

We suggest to the Commission the creation of a regulatory framework for the European Parliament and the Council about the conciliation of professional, family and private life bringing together all the aspects involved in this question.

That Directive could integrate the following measures:

1. Ensuring to those people opting to get fully involved in the family work and the education of their children, interrupting by doing so their professional career, the enjoyment during their old age of the same retirement pension that would have corresponded to them if they hadn't interrupted it.

2. Taking into account specific special needs, as those of large families or single-parent families which would need special aid due to their special characteristics.

3. Promoting the reintegration in the labour market after a long period of absence, flexible timetables, teleworking and good quality part-time jobs.

4. Providing aid to look not only after children but also after other dependent people. Current measures concerning this question tend to exclusively focus on childcare and they ignore that other reality that is becoming more and more frequent due to the inevitable and unstoppable aging of European population.

\* \* \*

TWENTY-ONE. There is a clear interrelation between personal decisions to be able to reach a work-life balance and public policies. The way in which people combine these responsibilities has an influence on their involvement in the labour market or in the fertility rates, and at the same time public policies have an effect on how private decisions are made. This interrelation must be taken into account when public policies are being designed so that a forecast can be done concerning the impact of those policies on personal decisions that citizens make in the private sphere and viceversa.

\* \* \*

TWENTY-TWO. The CJEU very often limits its intervention to ensuring equality between men and women in the public sphere because the private sphere, which concerns home and family, is considered unconnected with the competences of the EU. By doing so it ignores that the interaction, interrelation and reciprocal repercussion between both spheres is one of the most important causes of inequality affecting women in the labour market.

Sentences protecting the equality between men and women with the purpose of achieving the so longed co-responsability correspond to those that do not perpetuate the traditional sexual division of roles between men and women.

\* \* \*

TWENTY-THREE. In most cases the position adopted by the Court coincides with that of the Advocate General. In most of the cases, when the position of the Advocate General is not supported by the Court, that position tends to be more progressive and its solution is detrimental to the market's and entrepreneur's interests or, as the case may be, the State's interests.

\* \* \*

TWENTY-FOUR. The Court appeals to and mentions the CFREU very rarely when it comes to the question here studied. From all the sentences analysed in this

research only two of them refer to it, due to its recent binding character. On the one hand, in the case *Danosa* the Court refers to Article 23 of the CFREU, which states that the equality principle between men and women must be ensured in all the fields, including employment, work and remuneration.

On the other hand, the Court firstly mentions Article 33.2 of the CFREU which explicitly refers to conciliation in the sentence *Chatzi*. In this regard it also analyses the possible conflict between Article 24 of the CFREU and Article 33<sup>1331</sup>; however, it claims that the right of minors to the protection and basic care needs for their well-being doesn't necessarily involve the acknowledgement of an individual right to a parental leave for the parents. This lack of references in the Charter questions the value and utility the Court gives to it.

It is true that an evolutive continuum can be drawn, which goes from less to more protection. However, it cannot be said that there is a true chronological improvement in that protection, because the Court adopts a position and its contrary in very short periods of time.

---

<sup>1331</sup> *Chatzi* (C-149/10, paragraph 37).



## FUENTES

### 1. FUENTES CITADAS

ABRIL STOFFELS, RUTH: “El Comité Económico y Social Europeo y la Conciliación entre la vida personal, familiar y laboral”. En ABRIL STOFFELS, Ruth (Ed.) *Conciliación, Hoy*. Madrid:FUD San Pablo CEU. 2012, pp. 37-74

ABRIL STOFFELS, RUTH “El comité económico y social europeo y la protección de la maternidad”. En ABRIL STOFFELS, R Y JUARISTI BESALDUCH, E. *Políticas públicas de atención social a la maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pp. 89-131.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. “Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2001.

ALSTON, Philip, BUSTELO, Mara y HEENAN, James (Eds.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University. 1999.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, María Paz. “La reforma institucional en el Tratado de Niza: la búsqueda del círculo cuadrado”. En VV.AA. (MOREIRO GONZÁLEZ, C. J., Coord.). *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*. Madrid: Colex. 2002.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, María Paz. “La incorporación por referencia en el derecho de los tratados”. *Revista española de Derecho Internacional*. Núm.1. Vol. 37. 1987.

APARICIO TOVAR, Joaquín. *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2005.

APARICIO TOVAR, J. “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”. En MONEREO, J.L. (Coord.). *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos*. Granada: Comares. 1999, pp. 17-38.

ARNULL, Anthony. *The European Union and its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press. 1999.

ASHER, Rebecca. *Shattered: Modern motherhood and the illusion of equality*. Londres: Harvill Secker. 2011, pp. 192-193.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone. “Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Núm. 13. 1º semestre. 2009.

ATANASIU, Isabela. “Some Reflections on the Role of the European Court of Justice in Relation to Social Europe”. En BAQUERO CRUZ, Julio y CLOSA MONTERO, Carlos (Eds.). *European Integration from Rome to Berlin: 1957-2007*. Brussels: P.I.E Peter Lang. 2009, pp. 177-178.

AZÚA REYES, Sergio Teobaldo. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. México: Editorial Porrúa S.A. 1990.

BALDASARRE, Antonio. “La tutela comunitaria dei diritti dell’uomo e la carta Costituzionale italiana”. En VVAA. *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte Costituzionali europee*. Milán: Giuffré. 1994.

BALDASARRE, Antonio. "Diritti sociali". En: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani. Vol. XI. 1989.

BALLESTER PASTOR, Amparo. "La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria". *Lan Harremanak*. Núm. 25. 2012, pp. 53-77.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad". *Revista de Derecho Social*. Núm. 51. 2010, pp. 31-66.

BAQUERO CRUZ, Julio. "La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 4. 1998, pp. 639-666.

BARBERA, Marzia. "The unsolved conflict: reshaping family work and market work in the EU legal order". En HERVEY, Tamara K. y KENNER, Jeff. *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2003, pp. 139-160.

BARÓN CRESPO, Enrique. "Constitución y modelo social europeo". *Estudios de Economía aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 599-608.

BAZZOCHI, Valentina. "The European Charter of Fundamental Rights and the Courts". DI FEDERICO, Giacomo. *The EU Charter of Fundamental Rights. From declaration to binding instrument*. Dordrecht: Springer. 2011.

BECK, Wolfgang, VAN DER MAESEN, Laurent y WALKER, Alan. *The Social Quality of Europe*. The Hague: Kluwer Law International. 1997.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*. Granada: Comares. 2002, p. 131.

BELAVUSAU, Uladzislau. "From Lëtzebuerg to Luxembourg: EU Law, Non-Discrimination and Pregnancy". *European Law Reporter*. Núm. 2. 2010, pp. 45-49.

BELTRÁN FELIP, Reyes, "Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elemento para su análisis". *Cuaderno de Relaciones Laborales*. Núm. 17. 2000, pp. 139-161.

BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Navarra: Cizur Menor. 2011.

BENN, Melisa. *Madonna and Child: Towards a New Politics of Motherhood*. London: Vinatge. 1998, p.70.

BERCUSSON, Brian. "Interpreting the EU Charter in the context of the social dimension of European integration". En BERCUSSON, Brian. (Ed.). *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos. 2006.

BERCUSSON, Brian. "Episodes on the Path Towards the European Social Model: The EU Charter of Fundamental Rights and the Convention on the Future of Europe". En BARNARD, Catherine, DEAKIN, Simon F., HEPPLER, B. A. y MORRIS, Gillian S. *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Bob Hepple*. Portland: Hart Publishing. 2004, pp. 179-199.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. "Los derechos sociales en la carta de los Derechos Fundamentales". En HERRERO DE LA FUENTE, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Zamora: Fundación Rei Alfonso Enriques. 2003, pp. 93-112.

BERTHOUS, Katell y MASSELOT, Annick. "Egalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE." *Droit social*. Núm. 11. 1999, p. 942-947.

- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1986.
- BOCH, Christine. “During Pregnancy, Females are Pregnant”. *European Law Review*. 1998, pp.488-494.
- BOCH, Christine. “Où s'arrête le principe d'égalité ou de l'importance d'être bien-portante. (à propos de l'arrêt Larsson de la Cour de justice)”. *Cahiers de droit européen*. 1998, pp. 177-190.
- BRESCIA, Marta. “Congedo per maternità e sistema previdenziale [Nota a sentenza]”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 2. 2005, pp. 919-924.
- BROTTE, Jérémy. “The protection from the discrimination and harassment by association in EU law: ECJ judgment of 17 July 2008, Coleman (C-303/06, ECR 2008 p.i-5603)”. *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*. Núm. 2, 2013, pp. 85-90.
- BRZEZIŃSKA, Agata. “Gender equality in the Case Law of the European Court of Justice”. *Institute for European Studies*. Working paper 2/2009.
- BURRI, Susanne y PRECHAL, Sacha. *EU Gender equality Law*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. 2008.
- BURROWS, Noreen. “Maternity rights in Europe- an embryonic legal regime”. *Yearbook of European Law*. Vol. 11. 1991, pp. 273-293.
- BUSBY, Nicole. “Maternity Rights Before the European Court of Justice: Emergence of a Two-Track Social Europe”. *Scottish law & Practice Quarterly*. 2002, pp. 25-34.
- BUSBY, Nicole. “Divisions of labour: maternity protection in Europe”. *The Journal of Social Welfare & Family Law*. Núm. 22 (3). 2000, pp. 277-294.
- BUSBY, Nicole. “The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v. EMO Air Cargo (U.K.) Ltd”. *The Juridical Review*. Núm. 2. 1996, pp. 156-159.
- CABEZA PEREIRO, J. “¿En que debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”. *Revista Aranzadi Social*. Núm. 6. 2010, p. 89.
- CABEZA PEREIRO, J. “Maternidad y riesgos laborales”. En AA. VV. *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Madrid: Consejo General del poder Judicial. 2007, pp. 231-254.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”. *Revista de Derechos Social*. Núm. 31. 2005, pp. 21-40.
- CABRAL, Pedro. “Dismissal on grounds of pregnancy-related illnesses prohibited, EU Focus - Essential developments in EU”. *Law and Policy*. Núm. 18. 1998, pp.2-3.
- CABRAL, Pedro. “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Politique sociale”. *Revue du marché unique européen*. Núm. 4. 1998, pp. 156-158.
- CÁNTARO, Antonio. Europa soberana. *La constitución de la Unión entre guerra y derechos*. Barcelona: El Viejo Topo. 2006.
- CAPARAS, Maria Victoria Q. (Dir.). *Work-life balance: Best practices from family-responsible employers and executives*. Pasig City: Universidad de Asia y el Pacífico. 2008, pp. 13-62.
- CARACCILO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. *Reconciling Work and Family in EU Law and Policy*. New York: Palgrave MacMillan. 2010.

CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia y MASSELOT, Annick. "Pregnancy, maternity and the organisation of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice". *European Law Review*. Núm. 26. 2001, pp. 239-260.

CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia. "A critical Assessment of the EC legislation aimed at Reconciling Work and family Life: lessons from the Scandinavian model?" En COLLINS, Hugh et al. *Legal Regulation of the Employment Relation*. London: Kluwer. 2000.

CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia. "Pregnancy, maternity and dismissals: A clarification?" *The Journal of Social Welfare & Family Law*. 1999, pp. 81-88.

CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia. "Maternity and Equal Treatment". *European Law Review*. Núm. 23. 1998, pp. 165-170.

CARACCIOLLO DI TORELLA, Eugenia. "Thibault. Exiting the Maze". *Industrial Law Journal*. 1998, p.373-377.

CARRASQUER OTO, Pilar "En torno a la conciliación de la vida laboral y familiar. Una aproximación desde la perspectiva de la doble presencia", *Revista Red Social EDSI*. Núm. 6. 2006, pp. 9-11.

CASAS, F.J. "Política social comunitaria". En AAVV. *Tratado de derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*. T. III. Madrid: Civitas. 1986.

CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1988.

CASSESE, Antonio, CLAPHAM, Andrew y WEILER, Joseph H.H (Eds.). *The Human Rights Challenge*. Baden-Baden: Nomos. 1991.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. "Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas 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)". *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 127/128.1995, pp. 55-65.

CES GARCÍA, Eva María. "Vacaciones laborales: influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 77. 2007, pp. 213-224.

CHARRO BAENA, Pilar. "Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental Industrias del Caucho". En SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*. Pamplona: Thomson Aranzadi. 2006, pp. 183-193.

CHUECA SANCHO, Ángel G. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Barcelona: Bosch. 1989.

CLAUSSEN, Cathryn. "Incorporating Women's Reality into Legal Neutrality in the European Community: The sex segregation of labour and the Work-family nexus". *Law and Policy in International Bussines*. Vol. 22. Núm. 4. 1991, pp. 787-813.

COLINA ROBLEDO, Miguel, SALA FRANCO, Tomás y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel. *Derecho Social Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.

COLLIER, Richard. "Feminising the Workplace?" En MORRIS, Anne y O'DONNELL, Thérèse. *Feminist perspectives on employment law*. London: Cavendish Publications. 1999.

CORTÉS MARTÍN, José Manuel. “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”. *Revista General de Derecho Europeo*. Núm. 22. 2010.

COURTIS, Christian. (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006.

COURTIS, Christian. “El juego de los juristas”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp.105-156.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Los métodos para los juristas”. En COURTIS, Christian. (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp. 17-40.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”. En CRUZ VILLALÓN, Jesús y PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Coords.). *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Madrid: Tecnos. 2010, pp. 13-30.

CULLEN, Holly. “Children’s Rights”. En PEERS, Steve y WARD, Angela (Eds.). *The European Union Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Hart Publishing. 2004, pp. 323-346.

DAVIDSON, Fraser P. “Parental Leave-Time for Action?” *Journal of Social Welfare Law*. Vol. 8. Núm. 5. 1986, pp. 281-289.

DAVIES, A.C.L. *EU Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar. 2012.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad”. *Revista del Ministerio de Trabajo Asuntos sociales*. Núm. 67. 2007, pp. 301-308.

DE LA TORRE, Servando. *La Organización de Seguridad y Cooperación en Europa- OSCE- Misiones y dimensiones de la OSCE*. Madrid: Dykinson. 2006.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “Editorial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 2, 1997.

DE LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp. 41-68.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. “Los derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*. Núm. 12. 2008, pp. 1019-1034.

DEMOS, John Putnam. *Past, Present and personal: The Family and the Life Course in American History*. Ney York: Oxford University Press. 1986, pp. 43-45.

DE SALVIA, M. “L’èlaboration d’uniuscommune des droits de l’homme”. En MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (Eds.). *Protection des droits de l’homme. La dimension européenne. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda*. Köln. 1998, pp. 555-563.

DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2009.

DUREN, Jean. “Comment expliquer la Politique sociale de la Communauté”. *Revue du Marché Commun*. Núm. 358. 1992, pp. 381-388

DUREN, J. “La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le Parlement”. *Rev. M. C. et EU*. Núm. 343. 1991, pp. 19-25.

DUTHEIL DE LA RÔCHERE, Jacqueline. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales”. En BENEYTO PÉREZ, José María (coord.), MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), BECERRIL ATIENZA, Belén. *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi. 2009, pp. 161-218.

ELLIS, Evelyn. “Recent Developments in European Community Sex Equality Law”. *Common Market Law Review*. Núm. 35. 1998, pp. 379-408.

ELLIS, Evelyn. *European Community Sex Equality Law*. Oxford: Clarendon Press. 1991.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (Coord.). *Instituciones de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996)”. *Revista de Instituciones Europeas*. Núm. 23. 1996, 817-838.

ESPADA RAMOS, María Luisa. “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Núm. 35. 2001, pp. 23-57.

ESPING-ANDERSEN, Gösta. *Los Tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim. 1993.

ESPING-ANDERSEN, Gösta. “Estados de Bienestar y Familias”. En MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA (Dir.). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Madrid: Fundación Once. 2000, pp. 731-744.

ESPING-ANDERSEN, Gösta. *El déficit de la natalidad en Europa. La singularidad del caso español*. Barcelona: Obra Social “la Caixa”. Colección de Estudios Sociales. Núm. 36. 2013.

FALKNER, Gerda. *EU Social Policy*. London: Routledge. 1998.

FENWICK, Helen and HERVEY, Tamara. “Sex equality in the single market: new directions for the European Court of Justice”. *Common Market Law Review*. Vol. 32. 1995, pp. 452-453.

FERNÁNDEZ SCRIMIERY, BRUNO. “Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales”. *ICE*. Núm. 785. 2000, pp. 69-79.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 12. Núm. 3. 1985, pp. 701-722.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 15, julio-diciembre. 2006, pp. 113-136.

FIRESTONE, Shulamith. *La dialéctica del sexo*. Barcelona: Editorial Kairós. 1976.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Editorial Porrúa S.A. 1984.

FLAQUER, Lluís y BRULLET, Cristina. “Política familiar a Catalunya: Una primera aproximació”. En NAVARRO, Vicenç et al. *Les desigualtats socials a Catalunya*. Barcelona: Editorial Mediterrànea. 1999, pp. 75-191.

FLAQUER, Lluís. *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Barcelona: Obra Social “la Caixa”. Colección de Estudios Sociales. Núm. 3. 2000.

FLAUSS, Jean-François. “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”. En VV.AA (JIMENA QUESADA, L., Coord.). *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 35-62.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1986.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga. “El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez)”. *Lan Harremanak. Revista de relaciones laborales*. Núm. 23. 2010, pp. 121-136.

FOUBERT, Petra. *The legal Protection of the pregnant Worker in the European Community*. The Hague: Kluwer Law International. 2002.

FREDMAN, Sandra. *Women and the Law*. Oxford: Clarendon Press. 1997, p. 195.

FUNK, Lothar. “Protecting fundamental rights and social rights: an economy analysis. En ARNULL, ANTHONY y WINCOTT, DANIEL. *Accountability and legitimacy in the European Union*. Oxford: Oxford University Press. 2002, pp. 307-325.

GALIANA MORENO, Jesús María. “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 88. 1998, pp. 189-196.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas. 1986.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Derechos y Libertades”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Núm. 11. 2002, pp. 373-398.

GARCÍA-PELAYO, M. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En GARCÍA PELAYO, M. *Obras completas*. Madrid: CEC. Tomo III. 1991, pp. 2855-2874.

GERSTENBERG, Oliver. “The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental and Social Rights: Economic Constitutionalism or Deliberative Constitutionalism?”. En TEUBNER, Gunter. *Soziologische Jurisprudenz*. Berlin: De Gruyter Recht. 2009, pp. 493-508.

GHAILANI, Dalila. “European social policy: some thoughts on the case law”. En DEGRYSE, Christophe y NATALI, David. *Social developments in the European Union 2010*. Brussels: ETUI abtl. 2011, pp. 175-204.

GHAILANI, Dalila. “Römer, Casteels, Prigge: overview of a number of judgments delivered by the Court of Justice of the European Union in 2011”. En NATALI, David y VANHERCKE, Bart. *Social developments in the European Union 2011*. Brussels: ETUI abtl. 2012, pp. 213-235.

GHAILANI, Dalila. “La protection des droits liés à la grossesse et à la maternité dans l’ordre juridique communautaire”. *Revue Belge de Sécurité sociale*. Núm.2. 2002, pp.367-392.

GIL ROBLES, JOSE M<sup>a</sup>. "Balance-Sheet of European Social Policy". *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009. pp. 591-598.

GILL, Tess. "Parental Leave- Reconciliation policies and Employment- the UK". En CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta (Eds.). *Reconciliation, Corresponsability and Employment: International Experiences*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. 2012, pp. 85-102.

GILLIGAN, Carol. *In a different voice*. Cambridge: Harvard University Press. 1982.

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. "El marco institucional y normativo del modelo social europeo". En NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dirs). *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos. 2011, pp.35-83.

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. "Las fuentes del Derecho Social Comunitario entre la lógica del mercado y la lógica del trabajo". Trabajo presentado en el *Curso sobre Derecho Social Comunitario*. Universidad de Córdoba. Septiembre-Diciembre 2012. Disponible en: [http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso\\_Dcho\\_Soc\\_Com/Bloque\\_I/Las%20fuentes%20del%20Derecho%20Social%20Comunitario.pdf](http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso_Dcho_Soc_Com/Bloque_I/Las%20fuentes%20del%20Derecho%20Social%20Comunitario.pdf)

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. "Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo". *Relaciones Laborales*. Vol. II. 1998, pp. 1134-1161.

GOMIS DÍAZ, Pedro Luís. *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*. Madrid: Consejo Económico y Social. 1999.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La protección por maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997.

GORNICK, Janet C. y HEGEWISCH, Ariane. *The impact of "family-friendly" policies on women's employment outcomes and the costs and benefits of doing business*. Informe encargado para el Banco Mundial (Washington, D.C., 2010).

GOYBET, Catherine. "La cuestión social en el corazón de Europa". *Marché Commun*. Núm. 358. 1992.

HÄNLEIN, Andreas. "European maternity protection-perfected or excessive? Comments on the latest judgments of the ECJ". *The European Legal Forum*. Issue 8-2000/2001, pp. 544-555.

HARRIS, David J. "The European Social Charter and the social rights in the EU". En BETTEN, Lammy y MAC DEVIT, Delma. *The protection of fundamental rights in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International. 1996, pp. 107-111.

HEPPLE, Bob. *Labour laws and global trade*. Oxford: Oxford. 2005.

HERON, Alexandra. "Promoting and Protecting Reduced-Hours Work: European Union Law and Part-Time Work". En *Working Time for Working Families: Europe and the United States*. Washington D.C: Friedrich Ebert Stiftung. 2005, pp. 35-45.

HERVEY, Tamara. "A gendered perspective on the right to family life in the European Community Law". En NEUWAHL, Nanette A. y ROSAS, Allan (Eds.). *The European Union and Human Rights*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers. 1995, pp. 221-234.

ICARD, Philippe. "La maternité élément significant de la discrimination". *Recuel Dalloz*. Núm. 1. 2005, pp. 699-704.



JACQMAIN, Jean. “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (De 1/9/2010 a 31/8/2011)”. *Derecho comunitario europeo*. Núm. 29. 2011, pp. 6-11.

JACQMAIN, Jean. “Pregnancy as Ground for Dismissal”. *Industrial Law Journal*. 1994, pp. 355-359.

JIMENA QUESADA, Luis. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: rango legal y contenidos sustantivos”. *Cuadernos europeos de Deusto*. Núm. 40. 2009, pp. 63-83.

JIMENA QUESADA, Luis. “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”. *Estudios de Economía aplicada*. Vol. 27. Núm. 3. 2009, pp. 743-76. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/mar10/derechosSociales.pdf>

JUNTER-LOISEAU, Annie y TOBLER, Christa. “Reconciliation of Domestic and Care Work with Paid Work”. VVAA. *Gender and the use of time*. The Hague: Kluwer. 1999, pp. 341-369.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa. 1993.

KOLDINSKÁ, Kristina. “Shouldn’t Fathers Raise Their Children? Two ECHR and ECJ Cases on Gender Equality in Pension Rights”. *European Gender Equality Law Review*. Núm. 2. 2011, p. 15. pp. 14-21.

KRÖMER, Daniela. “Acquired Rights and Parental Leave: the Devil is in the Details”. *European Law Reporter*. 2010, p. 136-140.

LANQUETIN, Marie-Thérèse. *Recueil Dalloz Sirey*. 1998, p. 246-247.

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ariel. 2002.

LEIBFREID, Stephan y PIERSON, Paul. “Le prospettive dell’Europa Sociale”. *Stato e Mercato*. Núm. 37. 1993, pp. 43-82.

LENAERTS, Koen y FOUBERT, Petra. “Social rights in the case-law of the European Court of Justice: the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on standing case-law”. *Legal issues of economic integration*. Vol. 28. Núm. 3. 2001, pp. 267-296.

LEWIS, Suzan, RAPOPORT, Rhona y GAMBLES, Richenda. “Reflections on the integration of paid work and the rest of life”. *Journal of managerial psychology*. Núm. 18. 2003, pp. 824-841.

LINDE PANIAGUA, Enrique. “El sistema competencial en la Unión Europea”. En MELLADO PRADO, Pilar et al. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Madrid: Colex. 2009.

LINDE PANIAGUA, Enrique (Coord.). *Políticas de la Unión Europea*. Madrid: Colex. 2008.

LINDE PANIAGUA, Enrique. “El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 2008. Núm. 15, pp. 27-44.

LINOS, Katerina. “Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union”. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 35. Núm. 1. 2010, pp. 115-169.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio. “La Carta declarativa de derechos fundamentales de la Unión Europea entre la novedad y la tradición: algunas consideraciones introductorias”. En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, pp. 257-286.

- LÓPEZ, M<sup>a</sup>. T. y VALIÑO, A. *Conciliación Familiar y Laboral en la Unión Europea. Valoración de las políticas públicas*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2004.
- LORBER, Pascale. “Labour Law”. En PEERS, Steve y WARD, Angela. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, law and policy*. Portland: Hart Publishig. 2004, p. 212.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”. *Diario La ley*. Núm. 7536. 2010, p.11-13.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “Maternidad y conciliación en el Derecho comunitario”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 23. 2006, pp. 241-318.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “Maternidad y conciliación en el Derecho comunitario”. En FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel y MORALO GALLEGO, Sebastián. *Derecho Social Europeo*. Madrid: Consejo General del Poder judicial. 2007, pp. 241-318.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”. *Revista del Poder Judicial*. Núm. 54. 1999, pp. 563-586.
- LYON-CAEN, Antonie. “Fundamental social rights as benchmarks in the construction of Europe”. En BETTEN, L. y MAC DEVIT, D. *The protection of fundamental rights in the European Union*. The Hague: Kluwer Law International. 1996.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 7. enero-junio. 2000, pp. 123-154.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Los derechos sociales en la Unión europea: una perspectiva constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Núm. 46. 1996, pp. 119-141.
- MAHON, Rianne. “Child Care: Toward what kind of “Social Europe”?” *Social Politics*. 2002, pp. 343-379.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. “Crónica legislativa: la materia social en los Tratados constitutivos”. *Revista del ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 92. 2011, pp. 392-393.
- MANERO SALVADOR, Ana. “El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa”. En FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Castor M. *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*. Madrid: Dykinson. 2008, pp. 113-132.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego Javier. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos. 2010.
- MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En RODRÍGUEZ-IGLESIAS, Gil Carlos y LIÑAN NOGUERAS, Diego Javier. *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas. 1993, pp. 55-96.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. “La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad”. En VV. AA. *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*. Granada: Comares. 2007, pp. 81-144.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. “La Carta de los Derechos de la UE: algunos problemas”. En GARRIDO MAYOL, Vicente, GARCÍA COUSO, Susana y ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Coords.). *Comentarios a la Constitución Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 41-70.

MASSELOT, Annick. "Jurisprudential developments in Community pregnancy and maternity rights: the ECJ judgments in cases C-438/99 Melgar and C-109/00 Brandt- Nielsen". *Maastricht journal of European and Comparative Law*. Núm. 1. 2002, pp. 57-66.

MASSELOT, Annick. "The State of Gender Equality law in the European Union". *European Law Journal*. Vol. 13. Núm. 2. 2007, pp. 152-168.

MASSELOT, Annick y BERTHOU, Katell. "La CJCE, le droit de la maternité e le principe de non-discrimination: vers une clarification?" *Cahiers de Droit Européen*. Núm. 5-6. 2000, pp. 537-656.

MAYR, Klaus. "Berücksichtigung des Mutterschaftsurlaubs als tatsächlich geleistete Dienstzeit". *European Law Reporter*. 1998, p.247-248.

MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, Manuel. "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: 50 años de desarrollo del derecho social comunitario". *Unión Europea Aranzadi*. Núm. 12, 2002, pp. 35-42.

MAZZIOTTI, M. "Diritti sociali". En VVAA. *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè. 1964.

McGLYNN, Clare. *Families and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

McGLYNN, Clare. "Reclaiming a feminism vision: the reconciliation of paid work and family life in European law and policy". *The Columbia Journal of European Law* . Núm. 1. Vol. 7. 2001, pp. 241-272.

McGLYNN, Clare. "Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in Abdoulaye". *Law Review*. Núm. 6. 2000, pp. 654-662.

McGLYNN, Clare y FARRELLY, Catherine. "Equal Pay and the Protection of Women within Family Life". *European Law Review*. 1999, pp. 202-207.

McGLYNN, Clare. "Equality, Maternity and Questions of Pay, European Law Review". Núm. 21. 1996, pp. 327-332.

McREA, Susan. "Part Employment in a European perspective". En DREW, EMERIK y MAHON. *Women, Work and the Family in Europe*. London: Routledge. 1998. pp. 100-109

MEI, Anne Pieter van der. "The Justiciability of social rights in the European Union". En COOMANSS, FONNS. *Justiciability of economic and social rights*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 389-408.

MENDELSON, Maurice H. "The Court of Justice and Human Rights. *Yearbook of European Law*. Tomo I. 1981, pp. 125-165.

MENÉNDEZ, José. "Fundamentando Europa: el impacto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE". En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad. *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, pp. 98-102.

MIKKOLA, Matti. "Social human rights in Europe: regulated by the European Conventions on Human rights and the European Social Charter". En VVAA. *Soziale Grundrechte in der Europäische Union*. Baden. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 2001, pp. 95-97.

MILLET, Kate. *Sexual Politics*. New York: Doubleday. 1970.

MIRANDA BOTO, José María. "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm. 77. 2008, pp. 179-195.

MIRANZO DÍEZ, José Javier. “La ampliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar en caso de parto múltiple (comentario a la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 sobre el permiso parental)”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Núm. 38. 2011, pp. 207-228.

MITCHELL, Brady. “Unfair Discrimination or Necessary for Equal Opportunity? The ECJ Upholds Positive Action in *Lommers v. Minister van Landbouw*”. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. Núm. 26. 2004, pp. 469-481.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío y NÚÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar. “Igualdad den las condiciones de trabajo y permiso por maternidad. Comentario a la STJCE de 16 de febrero de 2006”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, pp. 309-316.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “La libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia”. *RTREB*. Núm. 18. 1992, pp. 27-78.

MONACO. “Commento a l’articolo 2”. En *Commentario CEE*. Milan. 1965. Tomo I.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. *Derecho Social Europeo*. Madrid: Tecnos. 1994.

MORE, Gillian. “Reflections on Pregnancy Discrimination under European Community Law”. *Journal of Social Welfare and Family Law*. Vol. 14. 1992, pp. 48-56.

MORGAN, Kimberly J. “The “Production” of Child Care: How Labor Markets Shape Social Policy and Vice Versa”. *Social Politics*. Vol. 12. Núm. 2. 2005, pp. 243-263.

MOSS, Peter.” Reconciling Employment and Families Responsibilities: A European perspective”. En LEWIS, Susan y LEWIS, Jeremy. *The Work Family Challenge: Rethinking Employment*. London: Sage Publications. 1996, pp. 20-34.

NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dirs.). *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos. 2010.

NICCOLAI, Silvia. “When Law remembers”. En *The 13th International Conference of ISSEI*. University of Cyprus. July 2-6, 2012.

NIETO SOLÍS, José Antonio. *Fundamentos y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Siglo Veintiuno. 1998.

NOVAK, Meinhard. “Diskriminierung von Frauen beim Wechsel von Teilzeit- auf Vollarbeitsplätze”. *European Law Reporter*. 1998, pp. 344-345.

NOVAK, Meinhard. “Krankheit während der Schwangerschaft und anschließende Entlassung”. *St. Galler Europarechtsbriefe*. 1997, pp. 434-437.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. “La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad”. *Temas laborales*. Núm. 77- 2004, pp. 305-317.

NUÑO GÓMEZ, Laura. “Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Núm. 14/2º semestre. 2009, pp. 169-192.

O'REILLY, Jaqueline y FAGAN, Colette. *Part-time Prospects: International Comparisons of Part-time Work in Europe, North America and the Pacific Rim*. London: Routledge, 1998.

OJEDA AVILES, Antonio. "La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales". *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1998, pp. 237-250.

OJEDA AVILÉS, Antonio. "Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario". *Crónica Internacional*. Núm. 10. 1994, 1377-1393.

OLIVEIRA, Luciano. "No me vengas con el Código de Hammurabi. La investigación socio-jurídica en los estudiantes de posgrado en derecho". En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp. 277-298.

OSTNER, Ilona. "De igualdad de salario a igualdad de empleo". En ROSSILLI, M. (Coord.). *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, S.A de Ediciones. 2001, pp. 47-68.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "La política y el Derecho social de la Unión Europea". En MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Coords.). *Política social internacional y europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1996.

PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson. 1999.

PEDROL ROVIRA, Xavier. Derechos sociales y Unión Europea: Historia de un desencuentro [en línea]. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Xavier\\_Pedrol\\_-\\_DS\\_y\\_UE.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Xavier_Pedrol_-_DS_y_UE.pdf)

PEDROSA SANZ, Rosario. "El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual". *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 613-638.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "¿Qué hacen los civilistas?". *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Núm. 28. 1993.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. "El reconocimiento de los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea". *Revista Foro, Nueva Época*. Núm. 9. 2009, pp. 13-31.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. "Aspectos sociales de la Constitución Europea". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 127. 2005, pp. 199-214.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 1994.

PESCATORE, Pierre. "Les droits de l'homme et l'integration européenne". *Cahiers de Droit Européen*. 1968. pp. 627-657.

PI LLORENS, Monserrat. "El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balances y perspectivas". En FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson. 2004, pp. 127-151.

PI LLORENS, Monserrat. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Centre de Estudis Internacionals, Universitat de Barcelona. 2001.

PICO LORENZO, Celsa. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". *Revista Unión Europea Aranzadi*. Noviembre 2009, pp. 21-35.

POIARES MADURO, Luis Miguel. "Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU". En ALSTON, Philip. *The EU and human rights*. Oxford: Oxford University Press. 1999, pp. 449-472.

PRECHAL, Sacha y BURROWS, Noreen. *Gender discrimination law of the European Community*. Boston: Dartmouth. 1990.

QUESADA DÍEZ, Silvia. “La acción social en la Unión Europea: evolución histórica en Alternativas”. *Cuadernos de Trabajo Social*. Núm. 6. 1998, pp. 221-232.

RAMÓN Y CAJAL, Santiago. *Reglas y consejos sobre investigación científica*. Madrid: Librería Beltrán. 1935.

RAMOS MARTÍN, Nuria Elena. “Positive Action measures in European Union Equality Law”. *ERA seminar: ‘EU Law on Equality between Women and Men in Practice’*. Trier, 7 de julio de 2011.

REQUEJO ISIDRO, Marta. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación”. En RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 2004, pp.211-246.

RIBAS, Jaques Jean, JONCY, Marie Jose y SÉCHÉ, Jean Claude. *Derecho Social Europeo*. Madrid: Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980.

RIDEAUX, Jöel. “L’Union européenne et les droit de l’homme”. *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haya*. Núm. 265. 1997.

RIPOL CARULLA, Santiago. “Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales”. En BENEYTO PÉREZ, José María, MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (Coords.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi. 2009, pp. 59-118.

RIVAS VALLEJO, María Pilar. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. Pamplona: Aranzadi. 1999

ROBLES CARRILLO, Margarita. *La política social comunitaria, en Derecho comunitario material*. Madrid: Ed. Mc Graw Hill. 2000.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Los derechos fundamentales en la Comunidad europea*. Madrid: Ceura, 1988.

RODIÈRE, Pierre. *Droit Social de l’ Union Européenne*. Paris: Lextenso éditions. 2008.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*. Madrid: Civitas. 2002, pp. 199-220.

RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “El desarrollo de la política social en la Unión Europea y la construcción de los derechos sociales en una Europa ampliada”. Disponible en: [http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03\\_seminario/iii\\_seminario\\_02\\_sesion\\_cabrero.pdf](http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03_seminario/iii_seminario_02_sesion_cabrero.pdf)

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio. “La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 699-720.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma. *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y BRAVO-FERRER, Miguel. “De Maastricht a Ámsterdam: derechos sociales y empleo”. *Relaciones Laborales*. Núm 4. 1998, pp. 1-9.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos. “Repertorio de la jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1992”. *Revista Laboral*. 1993.

ROFES i PUJOL, María Isabel. “La igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto a las condiciones de despido. La incapacidad laboral durante el embarazo. Su consideración a la luz de la Directiva 76/207. La sentencia de 29 de mayo de 1997 de la Sala VI en el asunto C-400/95, Larsson”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 17. 1997, pp. 185-195.

ROLDÁN BARBERO, Javier. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su estatuto constitucional”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 16. 2003, pp. 943-991.

ROQUETA BUJ, Remedios. “Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Núm. 15. 2008, pp. 197-210.

ROSAS, Allan y KAILA, Heidi. “L’Application de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne par la Cour de Justice: un premier bilan”. *Il Diritto dell’Unione Europea*. Núm.1. 2011, pp. 1-28.

ROSSILLI, Mariagrazia. (Coord.). *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, S.A de Ediciones. 2001.

RUIZ MIGUEL, Carlos. “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 2004, pp. 13-51.

SACRISTÁN ROMERO, Francisco. “Reflexiones sobre algunas directivas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 30. 2007, pp. 47-98.

SALINAS DE FRÍAS, Ana. *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*. Granada: Comares. 2000.

SANZ CABALLERO, Susana. “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 38. 2011, pp. 99-128

SANZ CABALLERO, Susana. “De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3. 2009, pp. 721-742.

SANZ CABALLERO, Susana. “El derecho a la igualdad”. En BENEYTO, José María. y MAÍLLO, Jerónimo y BECERRIL, Belén (Eds.). *Tratado de Derecho y Políticas de la UE*. Vol. II. Thomson Reuters. 2009, pp. 639-738.

SANZ CABALLERO, Susana. “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa y AZNAR GÓMEZ, Mariano (Coords.). *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 265-364.

SANZ CABALLERO, Susana. “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales: Sinergias y divergencias de ambos sistemas”. En VV.AA (FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, Coord.). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*. Northwestern University: Dykinson. 2004, pp. 59-92.

SANZ CABALLERO, Susana. “A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*. Núm. 11. 2003, pp. 69-80.

SANZ CABALLERO, Susana. "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE: Un encaje de filigrana". *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 221. 2003, pp. 47-57.

SANZ CABALLERO, Susana. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado Constitucional Europeo: ¿Para este viaje hacen falta tantas alforjas?". *Ágora, Revista de las Ciencias Sociales*. Núm.12. 2003, pp. 191-206.

SAPIR, André. "Globalization and the Reform of European Social Models". *Journal of Common Market Studies*. Vol.44. Núm. 2, pp. 369-390.

SASTRE ARIZA, Santiago. "Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica". En COURTIS, Christian (Coord.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp. 157-174.

SATRÚSTEGUI, Miguel. "Lección 17. Derechos del ámbito económico y Social". En LÓPEZ GUERRA, Luis y OTROS. *Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch. Vol. I. 1999, pp. 346-370.

SCHARPF, Fritz. "The European Social Model: Coping with Challenges of Diversity". *Journal of Common Market Studies*. 2002, pp. 645-670.

SCIARRA, Silvana. "From Strasbourg to Amsterdam: prospects for the convergence of European social rights policy". En ALSTON, PHILIP. *The European Union and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press. 1999, pp. 473-505.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CHARRO BAENA, Pilar. *Las vacaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi. 2003.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. y PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. "El lugar de la política social comunitaria". *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 186. 2000, pp. 137-140.

SEVILLA MERINO, Julia y VENTURA FRANCH, Asunción. "Evolución del Derecho Social Europeo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 57, 2005, pp.75-90.

SHAW, Jo. "Importing gender: feminist analyses of EU Law". Paper prepared for delivery on a Panel on *Women and the European Union: Beyond Article 119 and Equal Pay*, European Community Studies Association Sixth Biennial International conference, June 2-5, Pittsburg, PA, USA.

SHAW, K. V. "The case of Álvarez and the boomerang effect of maternity leave". *Web Journal of Current legal Issues*. Núm.2. 2013. Disponible en: <http://ojs.qub.ac.uk/index.php/webjcli/article/view/219/335>

SILVA DE LA PUERTA, Rosario. "La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución". En BENEYTO PÉREZ, José María, MAILLO GONZÁLEZ ORÚS Jerónimo y BECERRIL ATIENZA, Belén (Coords.). *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi. Vol. 2. 2009, pp. 19-58.

STRATIGAKI, Maria. "The Cooptation of Gender Concepts in EU politics: The Case of "Reconciliation of Work and Family". *Social Politics*. Vol. 11, Núm. 1. 2004, pp.30-56.

SUK, Julie C. "Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict". *Columbia Law Review*. Vol. 110. Núm.1. 2010, pp. 1-69.

SZYSZCZAK, Erika. "Protecting Social Rights in the European Union." En HANSKI, R. y ROSAS A. *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd edition. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 493-513.



SZYSZCZAK, Erika. "Community law on pregnancy and maternity". En HERVEY, Tamara y O'Keefe, David (Eds.) *Sex equality law in the European Union*. New York: Ed. John Willey and sons. 1996, pp. 51-62

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. "Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Núm.92. 2011, pp. 53-74.

TORRENTS MARGALEF, Jorge. "La merecida normalización de la política social comunitaria". *Documentación Laboral*. Núm. 61. 2000, pp. 105-136.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: Foundation Press. 1978.

TROISI BROSSE, Monique. "The Parental leave Directive: Reconciling Work with Family Life? *European Law Reporter*. Núm.3. 2011, pp.100-109.

TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier. "De la conciliación a la corresponsabilidad. Una oportunidad no aprovechada: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2010". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Núm 14. 2010, pp. 493-515.

URSO, Elena. "Las medidas contra la discriminación de género: una visión comparada de un problema debatido a nivel nacional y europeo". *Revista de Estudios Jurídicos*. Núm.11. 2011, pp. 1-54.

VASAK, Karel. "Le Droit International des Droits de l'Homme". *RCADI*. Tomo 140. 1974, pp. 343-346.

VELU, J. y ERGEC, R. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruxelles: Bruylant. 1990.

VIARENGO, Ilaria. "Parità di trattamento e maternità: la Corte di giustizia si pronuncia sulla riduzione della retribuzione in gravidanza". *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 1. 2006, p.483-488.

VICENTE AÑÓ, Vicente. "Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Comentario a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, pp. 275-286.

VOGEL-POLSKY, Eliane y VOGEL Jean. *L'Europe sociale 1993: illusion, alibi ouréalité?* Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, Études Européennes. 1991, pp. 200-248.

VOTINIUS, Jenny Julén. "Troublesome transformation -Eu La won Pregnancy and maternity turned into Swedish la won Parental Leave". En RÖNMAR, Mia (Ed.). *Labor Law, Fundamental Rights and Social Europe*. Oxford: Hart Publishing. 2011, pp. 137-152.

VUOTO, Salvatore. "Social Rights". En HENRY, Barbara y LORETONI, Anna. *The emerging European Union*. Firenze: Edizioni ETS. 2004, pp. 125-148.

WYNN, Michael. "Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?" *The Modern Law Review*. 1999, p.435-447.

## 2. FUENTES CONSULTADAS

ABRIL STOFFELS, Ruth, Sentencia de 25.07.2012, B. S. c. España, 47159/08 El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo, RDCE Enero/Abril 2013, 309-326

ABRIL STOFFELS, Ruth, "Hombres y mujeres: los mismos derechos, distintas personalidades" RAZON Y FE, Mayo Junio 2013, 395-408

ABRIL STOFFELS, Ruth, La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Konstantin Markin c Russie, asunto 30078/06 de 22 de Marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista General de Derecho Europeo. Núm.28. 2012, pp. 1-15.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone. "Igualdad entre mujeres y hombres con algunas reflexiones sobre el uso de las palabras y sus consecuencias". En ORDENANA GEZURAGA, Ixusko. *La Carta de los Derechos Fundamental de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Vitoria: Gobierno Vasco. 2014, pp. 401-416.

AUBERT, Michel, BROUSSY, Emmanuelle, DONNAT, Francis. "Chronique de jurisprudence de la CJUE. Egalité hommes-femmes". *L'actualité juridique droit administratif*. 2010, pp. 2308-2309.

BAADE, Björn. "'Discrimination by association" in EC law - Case C-303/06, Coleman v Attridge Law". *Bulletin of international legal developments*. Vol. 19. 2008, pp. 219-220.

BARON, Frédéric. "L'application des principes de protection juridictionnelle effective et d'égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes". *Revue des affaires européennes*. 2009-10, pp. 613-618.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. "La sentencia Roca Álvarez. Un nuevo punto de inflexión en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos europeos". En DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen, BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene y FRUTOS MIRANDA, Javier (Coords.). *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*. Madrid: LaLey. 2012, pp. 1039-1062.

BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite. "El derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional como instrumento para la protección de la familia". En *La Carta de los Derechos Fundamental de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Aranzadi. 2014, pp. 581-598.

BEGHINI, Valentina. "Parità di trattamento tra uomini e donne e accesso al lavoro in qualità di dipendente pubblico: un interessante esempio di applicazione del principio del mainstreaming". *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2007, pp. 249-254.

BELLIVIER, Florence. "Noiville, Christine: Contrat et vivant. Contrat de travail et procréation médicalement assistée: quand commence une grossesse?" *Revue des contrats*. 2009, pp. 1225-1229.

BENÍTEZ GAVIRA, Remedios y AGUILAR GAVIRA, Sonia. "La mentira de la conciliación familiar y laboral". En TORÍO LÓPEZ, Susana, GARCÍA PÉREZ, Omar, PEÑA CALVO, José Vicente y FERNÁNDEZ GARCÍA, Carmen María. *La crisis social y el Estado del bienestar: las respuestas de la Pedagogía Social. Seminario Interuniversitario de Pedagogía Social (26. 2013. Oviedo)*. Oviedo: Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones. 2013, pp. 390-395.

BINOCOLI, Federica. “Il trattamento della malattia durante la gravidanza: la normativa comunitaria”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2006, pp. 242-249.

BOCH, Christine. “When is pregnancy unique to the female sex”. *Edinburgh Law Review*. Vol. I. 1997, pp. 392-399.

BOUCAUD, Pascale. *The council of Europe's standard-setting activities relating to equality of the sexes (Equality between women and men)*. Strasbourg: European Committee for Equality between Women and Men. 1989.

BOUCAUD, Pascale. “La première application pratique de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme: la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l’homme et des libertés fondamentales”. *Revue ASPECTS*. Janvier 2009.

BOUJEKA, Augustin. “Le handicap par association. Note sous CJCE, Grande chambre, 17 juill. 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, aff. C-303/06”. *Revue de droit sanitaire et social*. 2008, pp. 865-873.

BOUSEZ, Françoise. “Travail à temps partiel, travail à durée déterminée, congé parental: à propos de quelques droits sociaux européens revêtant une importance particulière”. *La Semaine Juridique - Social*. Núm. 42. 2010. pp.23-24.

BRESCIA, Marta. “La Corte di giustizia sancisce il "doppio diritto" della gestante a godere del congedo di maternità e delle ferie annuali in due distinti periodi dell'anno”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2004, pp. 1268-1272.

BROUSSY, Emmanuelle, DONNAT, Francis y LAMBERT, Christian. “Chronique de jurisprudence communautaire. Discrimination fondée sur le handicap”. *L'actualité juridique*. 2008, pp. 2330-2331.

BUSBY, Nicole. “The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v. EMO Air Cargo (U.K.) Ltd”. *The Juridical Review*. Núm. 2. 1996, pp. 156-159.

CALAFÀ, Laura. “Il caso Meerts alla Corte di giustizia e la "sostenibile leggerezza" dell'accordo quadro sul congedo parentale. Primi appunti sulla dir. 2010/18/UE”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2010, pp. 448-455.

CAPPUCCIO, Laura. “Corte di giustizia: la non discriminazione in base al sesso e l'efficacia orizzontale delle direttive”. *Quaderni costituzionali*. 2011, pp. 165-168.

CARACCILO DI TORELLA, Eugenia. “Childcare, employment and equality in the European Community: first (false) steps of the Court”. *European Law Review*. 2000, pp. 310-316.

CARDONA LLORÉNS, Jorge. “Significado de la Constitución Europea en el largo proceso de integración. En DE MIGUEL CANUTO, Ana y PIZARROSO QUINTERO, Alejandro (Coords.). *El debate sobre la Constitución Europea en España: Actas de las jornadas "Hacia la Constitución Europea"*. Valencia: Biblioteca Valenciana. Generalitat Valenciana. 2005, pp. 201-217.

CASADO PÉREZ, Demetrio. “Medidas legales de conciliación de funciones familiares y laborales”. *Políticas sociales en Europa*. Núm. 28. 2010, pp. 57-62.

CASTEGNARO, Guy, CLAVERIE, Ariane y DOMINGOS, Christophe. “Dernières tendances jurisprudentielles: Les décisions majeures des tribunaux du travail luxembourgeois et européen”. *ACE: comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*. Núm. 8. 2010, pp. 3-19.

CAVALLINI, Joël. “Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire”. *La semaine juridique - Social*. Núm. 1549. 2008. pp. 24-25.

CIAMMARICONI, Anna Lia. “Part-time, trattamento pensionistico e sviluppo giurisprudenziale della nozione di discriminazione indiretta verso le donne”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2004, pp. 411-415.

CIAMMARICONI, Anna L. “La Corte di giustizia conferma la pregressa giurisprudenza in materia di tutela delle lavoratrici gestanti”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2003, pp. 981-986.

COLLIER, Richard. “Feminising the Workplace?” En MORRIS, Anne y O’DONNELL, Thérèse. *Feminist perspectives on employment law*. London: Cavendish Publications. 1999.

CORAZZA, Luisa. “Tutela fisica della lavoratrice madre e accesso al lavoro: la Corte di giustizia rafforza il divieto di discriminazione diretta”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2000, pp. 503-505.

COURSIER, Philippe. “Un congé parental à temps partiel peut affecter les droits à pension d’invalidité”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 1446. 2009, pp. 40-41.

COURSIER, Philippe. “À propos du congé pour maladie liée à une maternité”. *La semaine juridique – Social*. Núm.1097. 2006, pp. 27-28.

DAHM, Katharina. “Stillurlaub für Väter?!” *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*. 2011, pp. 396-406.

DE FALCO, Fabrizio. “Corte di giustizia, congedi parentali e parto gemellare”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2011, pp. 495-499.

DE GREGORIO, ELENA. “Sui limiti della garanzia retributiva spettante alla lavoratrice madre adibita ad altre mansioni per la tutela della salute e della sicurezza sua e del bambino”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2011, pp. 202-208.

DE LA CORTE RODRÍGUEZ, Miguel. “El permiso parental en la Unión Europea de la antigua a la nueva Directiva”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 28, 2012.

DÍAZ ABAD, Nuria. “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Despido de trabajadoras embarazadas: contratos de trabajo de duración determinada”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*. 2001, pp. 3407-3409.

DRIGUEZ, Laetitia. “Pensions légales des travailleurs à temps partiel et discrimination indirecte des femmes”. *Europe*. Núm.1. 2013, pp. 47-48.

DRIGUEZ, Laetitia. “Affiliation et reconnaissance de la qualité de travailleur en matière de sécurité sociale”. *Europe*. Núm. 5. 2011, pp. 22-23.

DRIGUEZ, Laetitia. “Protection des travailleuses enceintes”. *Europe*. Núm. 29.2010, pp. 28-29.

DRIGUEZ, Laetitia. “Consécration des droits acquis des travailleurs en congé parental”. *Europe*. Núm. 28. 2010, p.28.

DRIGUEZ, Laetitia. “Rémunération des travailleuses enceintes ou accouchées”. *Europe*. Núm.10. 2010, pp. 36-37.

DRIGUEZ, Laetitia. “Droit au congé parental”. *Europe*. Núm.11. 2010, p.33.

DRIGUEZ, Laetitia. “Égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins”. *Europe*. Núm. 11. 2010, pp. 33-34.

DRIGUEZ, Laetitia. “Exercice du droit à congé parental”. *Europe*. Núm.362. 2009, pp. 15-16.

DRIGUEZ, Laetitia. “Lutte contre la discrimination en raison du handicap”. *Europe*. Núm. 320. 2008, p. 27.

DRIGUEZ, Laetitia. “Protection des femmes enceintes et fécondation in vitro”. *Europe*. Núm. 121. 2008, p. 23.

DUMITRAȘCU, Augustina. “Curtea de Justiție a Uniunii Europene”. *Curierul Judiciar*. Núm.11. 2010, pp. 654-655.

FABREGAT MONFORT, Gemma Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. En RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio y ALFONSO MELLADO, Carlos Luis (Coords.). *La nueva ley de la jurisdicción social: texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*. Albacete: Bomarzo. 2012, pp. 203-228.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, AGRA VIFORCOS, Beatriz. “Despido nulo de trabajadora fecundada in vitro. Un paso más en la aplicación del principio de igualdad por razón de género (A propósito de la STJCE 506/06, de 26 de febrero de 2008, Asunto Mayr)”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 304. 2010, pp. 27-32.

FERNÁNDEZ PROL, Francisca. “Derechos de conciliación y seguridad social. Análisis de la STJCE de 16 de Julio de 2009. Caso Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros”. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos -Tirant monografías*. Núm. 747. 2011, pp. 227-243.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”. *Diario La ley*. Núm. 7499. 2010, pp. 1-4.

FLINDALL, Anne. “In the Spirit of Equality: Breastfeeding Leave for Men”. *European Law Reporter*. Núm. 10. 2010, pp. 348-351.

FORNI, Lorena. “La Corte di Giustizia europea e i diritti delle lavoratrici gestanti nel caso della fecondazione assistita”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. 2008, pp. 747-750.

GARCÍA RUBIO, María Amparo y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. “Conciliación de la vida laboral y familiar. Propuestas en favor de la corresponsabilidad de mujeres y hombres”. En CAMPS RUIZ, Luis Miguel, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás (Coords.). *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, pp. 251-264.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. “Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman)”. *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Núm. 37. 2009, pp. 5-10.

GARDIN, Alexia. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2010, pp. 650-653.

GARDIN, Alexia. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2011, pp. 6-8.

GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar y CEBRIÁN CARRILLO, Antonio. “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación por la Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transitorios de la Directiva 92/85/CE”. *Revista el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 67. 2007, pp. 241-274.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. “Jurisprudencia del TJUE sobre igualdad de género, conciliación y protección de la maternidad”. En DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen, BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene y FRUTOS MIRANDA, Javier (Coords.). *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*. Madrid: LaLey. 2012, pp. 1005-1038.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. “El disfrute efectivo de las vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de marzo de 2004, en un caso de coincidencia temporal entre descanso por maternidad y período de vacaciones)”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Núm. 11. 2004, pp. 419-440.

GOTTARDI, Donata. “Ancora una decisione della Corte CEE sui congedi di maternità e parentali: garanzie retributive e principio di non discriminazione a confronto”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. 2000, pp. 48-51.

GUIRAO MIRÓ, Cristina. Políticas públicas familiares de conciliación y políticas de igualdad. *Almenara: revista extremeña de ciencias sociales*. Núm. 4. 2012, 16 pp.

HANLON, James. “Pregnancy Discrimination. The “Sick” woman is cured!” *The Law Teacher*. Vol. 33. 1999, pp. 91-94.

HYLAND, Niamh. *The Bar Review*. Vol. 4. 1999, pp. 273-275.

IDOT, Laurence. “Modalités de licenciement des femmes enceintes”. *Europe*. Núm. 339. 2007, p. 26.

IDOT, Laurence. “Égalité de traitement et protection des femmes enceintes”. *Europe*. Núm. 301. 2007, p. 24.

IDOT, Laurence. “Nomination pendant un congé de maternité”. *Europe*. Núm. 115. 2006, p. 20.

IDOT, Laurence. “Égalité de traitement et prise en compte des congés de maternité”. *Europe*. Núm. 81. 2005, pp. 7-18.

IDOT, Laurence. “Égalité de traitement et rémunération des maladies consécutives à la grossesse”. *Europe*. Núm. 385. 2005, p. 20.

IDOT, Laurence. “Égalité de traitement. Deux prises de position sur les droits de la femme pendant le congé de maternité”. *Europe*. Núm. 132. 2004, pp. 19-20.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara. ¿Centralidad de la Carta de los derechos fundamentales de la UE en la jurisprudencia del TJUE tras Lisboa?(sentencia de 22 de diciembre de 2010, as. deb, C-279/09). En DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen, BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene y FRUTOS MIRANDA, Javier (Coords.). *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*. Madrid: LaLey. 2012, pp. 109-132.

JEANSEN, Emeric. “Détermination de la rémunération due pendant un congé de maternité”. *La semaine juridique - Social*. Núm. 1388. 2010, pp. 33-34.

JEANSEN, Emeric. “Notion de travailleur salarié au sens du règlement 1408/71”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 26. 2011, pp. 47-48.

JEANSEN, Emeric. “Protection de la « travailleuse enceinte » membre d'un comité de direction.” *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 50. 2010, pp. 23-25.

JOVER RAMÍREZ, Carmen. “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. Vol. 6. Núm. 4. 2013, pp. 93-125.

KESSLER, Francis. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Travailleurs à temps partiel et droit des retraites: des discriminations sans fin”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2013, pp. 165-166.

KESSLER, Francis. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2004, pp. 595-597.

LAFUMA, Emmanuelle. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp. 103-105.

LAFUMA, Emmanuelle. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp. 499-500.

LAHERA FORTEZA, Jesús. “Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar”. *Documentación laboral*. Núm. 100. 2014, pp.37-52.

LAHERA FORTEZA, Jesús, CHÁVARRI ANDRÉS, Joaquín. “Discriminación por razones de sexo y embarazo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 79. 1996 pp. 911-924.

LARCHÉ, Marion. “Accord de siège de la BCE”. *Europe*. Núm. 10. 2012, pp. 19-20.

LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2009, pp. 788-791.

LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2008, pp. 883-885.

LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2007, pp. 998-1000.

LEONE, Candida. “Towards a More Shared Parenthood? The Case of Roca Álvarez in Context”. *European Labour Law Journal*. Vol. 1. Issue 4. 2010, pp.513-516.

LEOPOLD, Anders. “Mutterschutz für Mitglieder der Unternehmensleitung.” *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 2011, pp. 362-368.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Droit à congé lié à l'éducation d'un enfant”. *Revue de jurisprudence sociale*. Núm. 2. 2011, pp.102-103.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale. *Revue de jurisprudence sociale*. Núm. 5. 2006, pp. 662-663.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2005, Núm. 12, pp. 831-840.

LHERNOULD, J.-Ph. “Pension de vieillesse des fonctionnaires à temps partiel”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2004, pp. 266-267.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “Droit aux congés annuels payés à une période distincte du congé de maternité”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2004, pp.439-440.

LHERNOULD, Jean-Philippe. “L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2003, pp. 17-19.

LHERNOULD, Jean-Philippe. "L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale". *Revue de jurisprudence sociale*. 2002, pp.16-18.

LÓPEZ ÁLVAREZ, María José. "Marco jurídico de la conciliación laboral y familiar. Luces y sombras". *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*. Núm. 43. 2011, pp. 123-124.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. "El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)". *Diario La ley*. Núm. 7536. 2010 pp. 11-13.

LUENA, María Teresa. "Conciliación entre trabajo y familia la corresponsabilidad social en las tareas de cuidado. Análisis legislativo y comparado". *Dos puntas*. Núm. 7. 2013, pp. 167-186.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. "El tratamiento convencional de la conciliación de la vida familiar y laboral estado de la cuestión y propuestas de futuro". En MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa (Coord.) y SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo (Dir.). *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva: estudio a partir de la negociación colectiva en Castilla y León*. Albacete: Bomarzo. 2011, pp. 111-158.

MAYR, Klaus. "Berücksichtigung der Zeiten des Mutterschutzes bei betrieblichen Rentensystemen." *European Law Reporter*. 2005, pp. 84-85.

MAYR, Klaus. "Schwangerschaft: Arbeitsverbot kein Einstellungshindernis". *European Law Reporter*. 2000, pp. 127-128.

McGLYNN, Clare. "Webb v EMO: A Hope for the Future?". *Northern Ireland Legal Quarterly*. Núm. 46. 1995, pp. 50-62.

McGLYNN, Clare y FARRELLY, Catherine. "Equal Pay and the Protection of Women within Family Life". *European Law Review*. 1999, pp. 202-207.

MEI, Anne Pieter van der. "The Justiciability of social rights in the European Union. En COOMANSS, FONS. *Justiciability of economic and social rights*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 389-408.

MESTRE, Bruno. "Discrimination by association: protected by EU Law but limiting the scope of Mangold". *European Law Reporter*. Núm. 9. 2008, pp. 300-305.

MIRANZO DÍEZ, José Javier. "La ampliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar en caso de parto múltiple. (Comentario a la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 sobre el permiso parental)". *Revista Española de Derecho Europeo*. Núm. 38. 2011, pp. 207-228.

MONIOLLE, Carole. "Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de retraite dans la fonction publique". *La Semaine juridique - édition générale*. Núm. 26. 2002.

MORA CABELLO DE ALBA, Laura. "Re-conciliación de la vida familiar y laboral". En PEDRO BAYLOS GRAU, Antonio, FLORENCIO THOMÉ, Candy, GARCÍA SCHWARZ; Rodrigo y Casas Baamonde, María Emilia (Coords.). *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 2014, pp. 1853-1854.

MORGADO PANADERO, Purificación. "El trabajo a tiempo parcial como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral". EN BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (Coord.). *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad: (estudios en el marco del debate europeo "Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI)*. Granada: Comares. 2008, pp. 85-121.

MORICEAU, Aurélie. "Protection contre le licenciement d'une femme suivant un traitement de fécondation in vitro". *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 1321. 2008, pp.33-36.



NEBE, Katja. “Arbeitsentgelt bei mutterschutzbedingter Umsetzung”. *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 2011, pp.10-11.

NUNIN, Roberta. “Fruizione del congedo parentale e calcolo della pensione di invalidità”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Vol. 29. Núm. 1. 2010, pp. 264-267.

NUÑO GÓMEZ, Laura. Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea. *Revista general de derecho público comparado*. Núm. 6. 2010.

OCCHINO, Antonella. “Il congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di giustizia: due variazioni sul tema”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Vol. 23. Núm. 4. 2004, pp. 704-712.

OSTI, Alessandra. “Fecondazione artificiale e tutela della lavoratrice gestante”. *Quaderni costituzionali*. Vol. 28. Núm. 3. 2008, pp. 651-654.

PALICI DI SUNI PRAT, Elisabetta. “Padri e madri in pensione”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 1. 2002, pp. 187-191.

PALLI, Barbara, SCHMITT, Mélanie. “L'effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement. Réflexions à partir de l'arrêt CJCE 29 octobre 2009, Pontin, C-63/08”. *Droit social*. Núm. 3. 2010, pp. 324-333.

PANIZZA, Carolina. Tiempo de trabajo y familia. La conciliación de la vida laboral y familiar. *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*. Núm. 253. 2014, pp. 95-120. PARDINI, Andrea. “La malattia connessa a gravidanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Núm. 2. 2006, pp. 280-285.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. “La igualdad ante la ley derecho de los ciudadanos a igual protección de la ley”. En ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. *La Carta de los Derechos Fundamental de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Vitoria: Gobierno Vasco. 2014, pp. 361-372.

PERRIN, L. “Licenciement en raison d'un traitement de fécondation in vitro”. *Recueil Le Dalloz*. Núm. 12. 2008, pp. 788-789.

PETROVIC, Sinisa, CERONJA, Petar. “Corporate Effects of the Danosa Case: Is the Termination of Membership of the Board of Directors Allowed in the Case of a Pregnant Board Member?” *Croatian Yearbook of European Law & Policy*. Vol. 8. 2012, pp.437-456.

PICOD, Fabrice. “Congés d'allaitement pour les pères salariés: des restrictions injustifiées”. *La Semaine Juridique – Social*. Núm. 45. 2010, p. 38.

PICOD, Fabrice. “Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination”. *La Semaine Juridique - édition générale*. Núm. 433. 2009, p.42.

PILEGGI, Teresa. “Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni dalla giurisprudenza comunitaria”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Vol. 21. Núm. 4. 2002, pp. 677-681.

POQUET CATALÁ, Raquel. “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar la distribución horaria sin reducción de jornada”. *Actualidad laboral*. Núm. 21-22. 2012 p. 1.

RATTI, Luca. “Licenziamento della lavoratrice in gravidanza: equivalenza ed effettività delle tecniche di tutela nella giurisprudenza della Corte di giustizia”. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*. Núm. 6. 2010, pp. 180-184.

REINER, Michael. “Kündigungsschutz während In-vitro-Fertilisation: Mutterschutz oder nur Diskriminierungsschutz”. *Österreichische Juristenzeitung*. 2008, pp. 653-666.

RESCH, Reinhard. “Beihilfen nur für schwangere Frauen bei Antritt des Mutterschaftsurlaubs.” *European Law Reporter*. 1999, p.462.

RIQUOIR, Florence. “Le licenciement fondé sur le fait qu'une salariée se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro est contraire au principe communautaire d'égalité homme/femme (CJCE, 26 février 2008)”. *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*. Núm. 124. 2008, pp. 18-21.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai. “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”. *Anales de la Facultad de Derecho*. Núm. 28. 2011, pp. 227-249.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma. “La dimensión de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo”. En *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. 2010. Vol. 1. 2010, pp. 171-189.

ROFES I PUJOL, Maria Isabel. “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 40. 2009, pp. 200-211.

ROFES I PUJOL, Maria Isabel. “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 39. 2008, pp. 193-203.

ROFES i PUJOL, María Isabel. “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La sentencia Webb de 14 de julio de 1994. La igualdad de trato entre hombres y mujeres: el acceso al empleo y las condiciones de trabajo”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. Núm. 12. 1995, pp. 105-108.

ROFES I PUJOL, María Isabel: El embarazo no es una enfermedad. *Aequalitas*. Núm. 1. 1999, pp. 20-23.

ROSANO, Maddalena. “Congedo parentale e parto plurimo: un diritto da condividere”. *Giurisprudenza italiana*. 2011, pp. 1571-1575.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. “Capítulo 32. La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en el actual contexto económico ¿derecho social o principio rector?”. En CASCAJO CASTRO, José Luis, TEROL BECERRA, Manuel José, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio y NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012, pp. 665-676.

SALLÉ, María Ángeles y CHASCO, Carla. Políticas europeas en el ámbito de la igualdad y conciliación de vida laboral y familiar. En *Conciliación de la vida laboral y familiar en España: Encuentro Sobre la Iniciativa Europea eQual*. Madrid: Comunidad de Madrid. 2004, pp. 13-42.

SALVATORI, Rossella. “Lavoro subordinato e congedo parentale: la Corte conferma le tutele comunitarie”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 3. 2011, pp. 1284-1287.

SCHMITT, Mélanie. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Rupture des relations juridiques en raison de l'état de grossesse.” *Revue de jurisprudence sociale*. Núm. 2. 2011, pp. 97-98.

SCHMITT, Mélanie. “L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale”. *Revue de jurisprudence sociale*. 2010, pp. 647-650.

SCHUBERT, Claudia. "Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer" *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 2013, pp. 5-15.

SERRANO GARCÍA, Juana María. "Conciliación de la vida familiar y laboral". En PEDRO BAYLOS GRAU, Antonio, FLORENCIO THOMÉ, Candy, GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo y Casas Baamonde, María Emilia (Coords.). *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 2014, pp. 259-266.

SIMON, Shona. "Discrimination on the Ground of Pregnancy: Chaos or Consistency from the ECJ?" *The Edinburgh Law Review*. Vol. 3. Núm. 2. 1999, pp. 217-228.

STRATOTI, Patrizia. "Ferie annuali e congedo di maternità in una recente pronuncia della Corte di giustizia". *Giustizia civile*. Vol. 55. Núm. 1. 2005, pp. 9-11.

SZYSZCZAK, Erika. "The Status to be Accorded to Motherhood": Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd". *The Modern Law Review*. Vol. 58. 1995, pp. 860-866.

TAPIA HERMIDA, Antonio. "En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución. (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 - asuntos C-167/12 y C-363/12-)". *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. Núm. 374. 2014, pp. 134-140.

TAPIA HERMIDA, Antonio. "Discriminación y acoso por "traslación de la discapacidad" o "discriminación por vinculación". Comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law". *Revista de trabajo y seguridad social*. Núm. 309. 2008, pp. 105-132.

THOMAS, S. "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Mayr"". *Revue du droit de l'Union européenne*. Núm. 2. 2008, pp. 370-375.

TOGGENBURG, Gabriel N. "Discrimination by association: a notion covered by EU equality law?" *European Law Reporter*. Núm. 3. 2008, pp. 82-88.

TRAHANAS, Christina. "The application of the principle of equal treatment to women undergoing in vitro fertilization treatment - Mayr v Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG". *Bulletin of international legal developments*. Vol. 4. 2008, pp. 37-39.

TRICOIT, Jean-Philippe. "Protection de la femme enceinte et normes européennes". *La Semaine Juridique - Social*. Núm. 1083. 2010, pp. 36-38.

VALDÉS DE LA VEGA, Berta. "La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia". *Revista de Derecho Social*. Núm. 23. 2003, pp. 23 y 24.

VALIÑO CASTRO, Aurelia y LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa. "Conciliación de la vida familiar y laboral". En LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa (Coord.). *La familia en España, dos décadas de cambio*. Madrid: Fundación Acción familiar. 2004, pp. 201-259.

VETTOR, Tiziana. "Stato di gravidanza e assunzione in mansioni vietate alle donne in tale stato." *Rivista italiana di diritto del lavoro*. Vol. 20. Núm. 2. 2001, pp. 173-181.

VIARENGO, Ilaria. "Parità di trattamento e maternità: la Corte di giustizia si pronuncia sulla riduzione della retribuzione in gravidanza". *Diritto pubblico comparato ed europeo*. Núm. 1. 2006, pp. 483-488.

VINCENTI, Pietro Cesare. "Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di giustizia". *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*. 2004, pp. 142-154.

WADDINGTON, Lisa. "Carers, gender and employment discrimination". En MOREAU, Marie-Ange (Ed.). *Before and after the economic crisis*. Cheltenham: Edwar Egar Publishing. 2011.

WANK, Rolf. "Kapitalgesellschaft, Mitglied der Unternehmensleitung, Arbeitnehmereigenschaft, Kündigung/"Danosa"". *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*. Núm.1. 2011, pp. 27-28.

WIDDERSHOVEN, R.J.G.M. "Administratiefrechtelijke beslissingen". *Rechtspraak bestuursrecht*. Núm. 1. 2010.

### **3. FUENTES PRIMARIAS**

#### **3.1 DOCUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, de 14 de diciembre de 1995.

Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES, de 6 de junio de 1997

Carta Comunitaria sobre Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOCE, núm. C 364 de 18.12.2000

Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 13.09. 2000, COM (2000) 559 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar", de 3.10.2008. COM (2008) 635 final.

Comunicación de la Comisión, "Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres", de 21.09.2010, COM (2010) 491 final.

Comunicación de la Comisión, "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", de 03.03.2010, COM (2010) 2020 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", de 14.11.2012, COM (2012) 615 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. "Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo 2014-2020", de 20.2.201, COM (2013) 83 final.

Conclusiones del Consejo y de los ministros encargados de la familia, reunidos en el seno del Consejo de 29 de septiembre de 1989 relativas a las políticas familiares. DOCE, núm. C 277 de 31.10.1989

Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020). DOUE, núm. C 155 de 25.05.2011.

Council conclusions, Reconciliation of work and family life in the context of demographic change. 3099<sup>th</sup>. Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs. Council meeting. 17.06.2011.

Decisión 95/593/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un Programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). DOCE, núm. L 335 de 30.12.1995.

Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999 en su Anexo IV .

Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de marzo de 1996 sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derecho Humanos y Libertades Fundamentales.

Dictamen 325/2004 del Comité Económico y Social sobre el tema “Medidas de apoyo al empleo” (Dictamen de iniciativa), SOC/159 de 26.02.2004.

Dictamen 997/2007 del Comité Económico y Social Europeo sobre "Empleo para las categorías prioritarias (Estrategia de Lisboa)", SOC/251 de 12.07.2007.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Promover la solidaridad entre las generaciones”, COM (2007) 244 final (2008/C 120/16).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros”. (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 218 de 23.07.2011.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa — En busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográfica” (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 318 de 29.10.2011.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El empleo de las mujeres y el crecimiento» (Dictamen exploratorio). DOUE núm. C 341 de 21.11.2013.

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. DOCE, núm. L 45 de 19.2.1975.

Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE, núm. L 245 de 26.8.92.

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. DOCE, núm. L 39 de 14.2.1976.

Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE, núm. L 82 de 22.3.2001.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. DOCE, núm. L 6 de 10.1.1979.

Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE, núm. L 283 de 28. 10. 80.

Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. DOCE, núm. L 359 de 19.12.86.

Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. DOCE, núm. L 225 de 12.08.86.

Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE, núm. L 245 de 26.8.1992.

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. DOCE, núm. L 348 de 28.11.1992.

Directiva 94/33/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. DOCE, núm. L 216 de 20.8.1994.

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. DOCE, núm. L 145 de 19.6.1996.

Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. DOCE, núm. L 10 de 16.1.1998.

Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. DOCE, núm. L 10 de 16.1.1998.

Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. DOCE, núm. L 14 de 20.1.1998.

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES. DOCE, núm. L 14 de 20.1.1998.

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. DOCE, núm. L 303 de 02.12.2000.

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). DOCE, núm. L 204 de 26.7.2006.

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 BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. DOCE, núm. L 68 de 18.3.2010.

Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. CHARTE 4422/00, CONVENT 45 de 28.7.2000.

Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. DOUE núm. C 303 de 14.12.2007.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe 2011 sobre la aplicación de la carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 16.04.2012, COM (2012) 169 final.

Interim Report from the Commission on the Implementation of the Community Action Program on Equal Opportunities for Men and Women, (1996-2000), de 17.12.1998 COM(98) 770 final.

Libro Blanco. Crecimiento, competitividad, empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI – COM (93) 700, diciembre de 1993.

Libro Blanco sobre política social europea - Un paso adelante para la Unión. COM(94) 333, julio de 1994

Libro Verde sobre la política social europea - Opciones para la Unión. COM(93) 551, noviembre de 1993

Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor. DOCE núm. C 65 de 4.3.1996.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo 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 período de lactancia [COM (2008)637 final-no publicada en Diario Oficial].

Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer, DOCE, núm. L 331 de 19.12.1984.

Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas. DOCE, núm. L 123 de 8.5.1992.

Reglamento (CEE) nº1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a las aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE, núm. L 149 de 5.07.1971), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DOCE, núm. L 28 de 30.01.1997), modificado a su vez por el Reglamento (CE) nº 1606/98, de 29 de junio de 1998 (DOCE núm. L 209 de 25.07.1998).

Report from the Commission. *Equal opportunities for women and men. Third Community Action Programme 1991- 1995.Mid-term Report*, de 13 de junio de 1995, COM (95) 246 final.

Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer. DOCE núm. C 186 de 21.07.1982.

Resolución del Consejo y de los ministros de educación, reunidos en el seno del Consejo, de 3 de junio de 1985, que contempla un programa de acción sobre la igualdad de oportunidades para los chicos y las chicas en materia de educación. DOCE núm. C 166 de 5.07.1985.

Resolución del Parlamento Europeo de 9 de junio de 1983 sobre la política familiar en la Comunidad. DOCE núm. C 184 de 11.7.1983.

Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social. DOCE núm. C 13 de 12. 2. 1974.

Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129(INI)). DOUE C 102 de 28.04.2004.

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2010, sobre Pekín +15 - Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género. DOUE núm. C 348 de 21.12.2010.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la evaluación de los resultados del Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 y recomendaciones para el futuro (2009/2242(INI)). DOUE núm. C 236 de 18.08.2011.

Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible (2010/2010(INI)). DOUE núm. C 308 de 20.10.2011

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros: Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020 (COM (2010)0193 – C7-0111/2010 – 2010/0115(NLE)). DOUE núm. C 308 de 20.10.2011.

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre el rostro de la pobreza femenina en la Unión Europea (2010/2162(INI)). DOUE núm. C 199 de 7.7.2012.

Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre los cuidados a largo plazo para las personas de edad avanzada. DOUE núm. C 308 de 20.10.2011.

Tratado de la Unión Europea, DOCE núm. C 191 de 29 de julio de 1992.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE núm. 306 de 17.12.2007. Entra en vigor el 1 diciembre de 2009.

### **3.2 DOCUMENTOS DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

Carta Social Europea, proclamada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961.

Carta Social Europea (Revisada), proclamada por el Consejo de Europa en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996.

Convenio nº1 de la OIT sobre las horas de trabajo (industria), 1919.

Convenio nº2 de la OIT sobre el desempleo, 1919.

Convenio nº3 de la OIT sobre la protección a la maternidad, 1919.

Convenio nº4 de la OIT sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919.

Convenio nº5 de la OIT sobre la edad mínima (industria), 1919.

Convenio nº6 de la OIT sobre el trabajo de los menores (industria), 1919.



### 3.3 JURISPRUDENCIA

#### 3.3.1 JURISPRUDENCIA ANALIZADA

*Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, sentencia del TJCE de 26 de octubre de 1983, (C-163/82).

*Hofmann y Ersatzkasse*, sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984, (C-184/83).

*Marguerite Johnston y Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, (C-222/84).

*Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa*, sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1988, (C-312/86).

*Dekker y VJV-Centrum*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990, (C-177/88).

*Hertz y Aldi Marked K/S*, sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990, (C-179/88).

*Stoeckel*, sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991, (C-345/89).

*Onem y Madeleine Minne*, sentencia del TJCE de 3 de febrero de 1994, (C-13/93).

*Habermann-Beltermann y Arbeiterwohlfart*, sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994, (C-421/92).

*Carole Louise Webb y EMO Air Cargo*, sentencia de 14 de julio de 1994, (C-32/93).

*Gillespie*, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996, (C-342/93).

*Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa*, sentencia del TJCE de 13 de marzo de 1997, (C-197/96).

*Comisión de las Comunidades Europeas y la República Italiana*, sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1997, (C-207/96).

*Helle Elisabeth Larsson y Føtex Supermarked*, sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997, (C-400/95).

*Caisse nationales d'assurance vieillesse des travailleurs dalariés (CNAVTS) y Evelyne Thibault*, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1998 (C-136/95).

*Kathleen Hill, Ann Stapleton y Tje Revenue Commissioners, Departament of Finance*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1998, (C-243/95).

*Mary Brown y Rentokil Initial UK*, sentencia del TJCE de 30 de junio de 1998, (C-394/96).

*Margaret Boyle y otras, y Equal Opportunities Comission*, sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998, (C-411/96).

*Høj Pedersen y Kvickly Skive, Bettina Andresen y Jørgen Bagner, Tina Pedersen y Jørgen Rasmussen, Pia Sørensen y Hvitfeldt Guld og Sølv ApS*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1998, (C-66/96).

*Oumar Dabo Abdoulaye y otros, y Régie nationale des usines Renault SA*, sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 1999, (C-218/98).

*Gabriele Gruber y Silhouette International Schmied GmbH & Co.KG*, sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1999, (C-249/97).

*Susanne Lewen y Lothar Denda*, sentencia del TJCE de 21 de octubre de 1999, (C-333/97).

*Tanja Kreil y Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del TJCE de 11 de enero de 2000, (C-285/98).

*Silke-Karin Mahlburg y Land Mecklenburg-Vorpommern*, sentencia del TJCE de 3 de febrero de 2000, (C-207/98).

*Birgitte Jørgensen y Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg*, sentencia del TJCE de 6 de abril de 2000, (C-226/98).

*María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de los Barrios*, sentencia de 4 de octubre de 2001, (C-438/99).

*Tele Danmark A/S y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, (C-109/00).

*Joseph Griesmar y Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction Publique, de la Réforme de l'État et de la décentralisation*, sentencia del TJCE de 29 de noviembre de 2001, (C-366/99).

*Busch y Klinikum GmbH & Co. Betriebs-KG*, sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003, (C-320/01).

*Karin Mau y Bundesanstalt für Arbeit*, sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003, (C-160/01).

*H. Lommers y Minister van landbouw, natuurbeher en Visseriji*, sentencia del TJCE de 19 de marzo de 2002, (C-476/99).

*Erika Steinicke y Bundesanstalt für Arbeit*, sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003, (C-77/02).

*Hilde Schönheit y Stadt Frankfurt am Main*, sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2003, (C-4/02).

*Silvia Becker y Land Hesse*, sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2003, (C-5/02).

*María Paz Merino Gómez y continental Industrias del Cucho, S.A.*, sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, (C-342/01).

*Michelle Alabaster y Woolwich plc, Secretary of State for Social Security*, sentencia de 30 de marzo de 2004, (C-147/02).

*Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten y Wirtschaftskammer Österreich*, sentencia del TJCE de 8 de junio de 2004, (C-220/02).

*Land Brandenburg y Ursula Sass*, sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 2004, (C-284/02).

*Elisabeth Mayer y Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*, sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, (C-356/03).

*Comisión de las Comunidades Europeas y Gran Ducado de Luxemburgo*, sentencia de 14 de abril de 2005, (C-519/03).

*North Western Health Board y Margaret McKenna*, sentencia del TJCE de 8 de septiembre de 2005, (C-191/03).

*Carmen Sarkatzis Herreo e Instituto Madrileño de la Salud (IMSALUD)*, sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2006, (C-294/04).

*Sari Kiiski y Tampereen kaupunki*, sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2007, (C-116/06).

*Nadine Paquay y Société d'architectes Hoet + Mine SPRL*, sentencia del TJCE de 11 de octubre de 2007, (C-460/06).

*Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2008, (C-506/06).

*S. Coleman y Attridge Law, Steve Law*, sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008, (C-303/06).

*Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho e Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Alcampo S.A.*, sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009, (C-537/07).

*Christel Meerts y Proost NV*, sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009, (C-116/08).

*Virgine Pontin y T-Comalux S.A.*, sentencia del TJCE de 29 de octubre de 2009, (C-63/08).

*Susanne Gassmayr y Bundesminister für Wissenschaft und Forschung*, sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010, (C-194/08).

*Sanna Maria Parviainen y Finnair Oyj*, sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010, (C-471/08).

*Zoi Chatzi e Ypourgous*, sentencia del TJCE de 16 de septiembre de 2010, (C-149/10).

*Dita Danosa y LKB Lizings SIA*, sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 2010, (C-232/09).

*Tanja Borger y Tiroler Gebietskrankenkasse*, sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2011, (C-516/09).

*Land Hessen y Florence Feyerbacher*, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, (C-62/11).

*Pedro Manuel Roca Álvarez y Sesa Start España ETT, S.A.*, sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2012, (C-104/09).

*Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, (C-385/11).

*Nadežda Riežnieze y Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests*, sentencia del TJUE de 20 de junio de 2013, (C-7/12).

### 3.3.2 JURISPRUDENCIA CITADA

*Van Gend & Loos y Administración tributaria neerlandesa*, sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1962, (C-26/62).

*Flaminio Costa y Enel*, sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, (C-6/64).

*Erich Stauder y Stadt Ulm - Sozialamt*, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, (C-29/69).

*Internationale Handelsgesellschaft y Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, (C- 11/70).

*J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, (C-4/73).

*Walrave and L.J.N Koch y Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo*, sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 1974, (C-36/74).

*Gabrielle Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, (C-43/75).

*Slavica Kermaschek y Bundesanstalt für Arbeit*, sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1976, (C-40/76).

*Liselotte Hauer y Land Rheinland-Pfalz*, sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, (C-44/79).

*J. P. Jenkins y Kingsgate (ropa producciones) Ltd*, sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1981, (C-96/80).

*Garland y British Rail Engineering Limited*, sentencia del TJCE de 9 de febrero de 1982, (C-12/81).

*Françoise Gravier y Municipio de Lieja*, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1985, (C-293/83).

*M. H. Marshall y Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986, (C-152/84).

*Emir Gül y Regierungspräsident Düsseldorf*, sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1986, (C-131/85).

*Bilka-Kaufhaus GMBH y Karin Weber von Hartz*, sentencia de 13 de mayo de 1986, (C-170/84).

*Giménez Zaera e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, sentencia del TJCE de 29 de septiembre de 1987, (C-126/86).

*Defrenne y Sabena*, sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978, (C-149/77).

*Blaizot y Universidad de Lieja*, sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1988, (C-24/86).

*Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte y Consejo de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1988, (C-68/86).

*Ian William Cowan y Trésor Public*, sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1989, (C-186/87).

*Ingrid Rinner-Kühn y FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, sentencia de 13 de julio de 1989, (C-171/88).

*Henri Maurissen, European Public Service Union y Court of Auditors of the European Communities*, sentencia del TJCE de 18 de enero de 1990 (C-193/87 y C-194/87).

*Comisión de las Comunidades Europeas y Bélgica*, sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1991, (C-229/89).

*Ralf-Herbert Kühn y Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, sentencia del TJCE de 10 de enero de 1992 (C-177/90).

*Molenbroek y Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1992, (C- 226/91).

*Sloman Neptun Schiffahrts AG y Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1993, (C- 72/91 y C-73/91).

*Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy*, sentencia del TJCE de 2 de agosto de 1993, (C-158/91).

*Rocks y Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid*, sentencia del TJCE de 24 de febrero de 1994, (C-343/92).

*Tankstation 't Heukskevof y J. B. E. Boermans*, sentencia del TJCE de 2 de junio de 1994, (C-401/92 y C-402/92).

*Grecia y Consejo de las Comunidades Europeas*, sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, (C-385/92).

*Alemania y Consejo de la UE*, del TJCE de 5 de octubre de 1994, (C-280/93).

*Grau-Hupka y Stadtgemeinde Bremen*, sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1994, (C-297/93).

*Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt Bremen*, sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995, (C-450-93).

*Gillespie y Northern Health and Social Services Boards*, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996, (C- 342/93).

*Marschall y Land Nordrhein-Westfalen*, sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997, (C-409/95).

*Nicolas Decker y Caisse de Maladie des Employés Privés*, sentencia del TJCE de 28 de abril de 1998, (C-120/95).

*Raymond Kohll y Union de Caisses de Maladie*, sentencia del TJCE de 28 de abril de 1998, (C-158/96).

*María Martínez Sala y Freistaat Bayern*, sentencia del TJCE de 12 de mayo de 1998, (C-85/96).

*Belinda Jane Coote y Granada Hospitality Ltd.*, sentencia del TJCE de 22 de septiembre de 1998, (C-185/97).

*Regina y Nicole Seymour-Smith, Laura Pérez*, sentencia del TJCE de 9 de febrero de 1999, (C-167/97).

*Albany International BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999, (C-67/96).

*Brentjens' Handelsonderneming BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in Bouwmaterialen*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999, (C-115/97, 116/97, 117/97).

*Maatschappij Drijvende Bokken BV y Stichting Pensioenfondsvoor de Vervoer- en Havenbedrijven*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1999, (C-219/97).

*Badeck y otros*, sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, (C-158/97).

*Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 2000, (C-407/98).

*Pavel Pavlov y Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 2000, (C-180/98).

*Hendrick van der Woude y Stichting Beatrixoord*, sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2000, (C-222/98).

*Angeloferlini y Centre hospitalier de Luxembourg*, sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000, (C-411/98).

*Roderick Dunnet et al. y European Investment Bank*, sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2001(T-192/99).

*The Queen y BECTU*, sentencia del TJCE de 26 de junio de 2001, (173/99).

*Abdon Vanbrekel, otros y Alliance nationale des mutualitéschrétiennes*, sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, (C-368/98).

*Laval un Partneri Ltd.*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2001, (C-341/05).

*Tobacco y la Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del 15 de enero de 2002, (asuntos acumulados T-377/00, T- 379/00, T- 380/00, T-260/00 y T-272/01).

*Maxmobil Telekommunikation Service GmbH y Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del TPI de 30 de enero de 2002, (T-54/99).

*Kutz-Bauer y Freie und Hansestadt Hamburg*, sentencia del TJCE de 20 de marzo de 2003, (C187/00).

*K.B. y National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004, (C-117/01).

*Giannoudi*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2004, (C-379/07).

*Nicole Wippel y Peek & Cloppenburg GmbH& Co KG, Wippel*, sentencia del TJCE de 12 de octubre de 2004, (C-313/02).

*Dodl y Oberhollenzer*, sentencia del TJCE de 7 de junio de 2005, (C-543/03).

*Federatie Nederlandse Vakbeweging y Staat der Nederlanden*, sentencia del TJCE de 6 de abril de 2006, (C-124/05).

*Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions*, sentencia del TJCE de 26 de abril de 2006, (C-423/04).

*Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, sentencia del TJCE de 27 de junio de 2006, (C- 540/03).

*Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.*, sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, (C-13/05).

*Agorastoudis y otros*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, (C-187/05).

*Akritopoulos y Goodyear Hellas ABEE*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, (C-190/05).

*Kotsabougioukise y Goodyear Hellas ABEE*, sentencia de TJCE de 7 de septiembre de 2006, (C-189/05).

*Pánnou y Goodyear Hellas ABEE*, sentencia del TJCE de 7 de septiembre de 2006, (C-188/05).

*Koninklijke Consun y Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2006, (C-248/04).

*Unibet y Justitiekanslern*, sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, (C-432/05).

*Advocaten vor der Wereld y Leden van de Ministerraad*, sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2007, (C-303/05).

*Del Cerro Alonso y Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2007, (C-307/05).

*Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.*, sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2007, (C-438/05).

*International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007, (C-438/05).

*Dirk Rüffert y Land Niedersachsen*, sentencia del TJCE de 3 de abril de 2008, (C-346/06).

*Impact y Minister for Agriculture and Food*, sentencia del TJCE de 15 de abril de 2008, (C-268/06).

*Schultz-Hoff y Deutsche Rentenversicherung Bund*, sentencia del TJCE de 20 de enero de 2009, (C-350/06).

*Angelidaki y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, (C-378/07).

*Karampousanos y Michopoulos*, sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, (C-380/07).

*Mono Car Styling S.A y Dervis Odemis y otros*, sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009, (C-12/08).

*Ovidio Rodríguez Mayor y otros y Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila*, sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2009, (C-323/08).

*Jasna Detiček y Maurizio Sgueglia*, sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2009, (C-403/09).

*Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG*, sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, (C-555/07).

*Rhimou Chakrouny Minister van Buitenlandse Zaken*, sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2010, (C-578/08).

*José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez contra Consejería de Salud y Servicios Sanitarios*, sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, (C-570/07).

*Istituzionazionale della previdenza sociale (INPS) y Tiziana Bruno, Massimo Pettini*, sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010, (C-395/08).

*Francesca Sorge y Poste Italiane SpA*, sentencia del TJUE de 24 de junio de 2010, (C-98/09)

*Doris Povse y Mauro Alpago*, sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, (C-211/10).

*Knauf Gips KG contra Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, (C-407/08).

*Comisión Europea y República Federal Alemana*, sentencia del TJUE de 15 de julio de 2010, (C-271/08).

*Winner Wetten GmbH y Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010, (C-409/03).

*Akzo Nobel Chemicals Ltd., AkrosChemicalsLtd y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2010, (C-550/07).

*J. McB. y L. E.*, sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2010, (C-400/10).

*Secretary of State for Work and Pensions y Taous Lassal*, sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2010, (C-162/09).

*Volkerund Markus ScheckeGbr y LandHessen*, sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010, (C-92/09).

*Land Baden-Württemberg y PanagiotisTsakouridis*, sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2010, (C-145/09).

*DEB Deutsche Energiehandels- undBeratungsgesellschaftmbH yBundesrepublikDeutschland*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, (C-279/09).

*Rosa María Gavieiro Gavieiro y Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, (C-444/09).

*Joseba Andoni Aguirre Zarraga y SimonePelz*, sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, (C-491/10).

*Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros y el Consejo de Ministros*, sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011, (C-236/09).

*Gerardo Ruiz Zambrano y Office National de l'Emploi (ONEm)*, sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2011, (C-34/09).

*AJD Tuna Ltd y Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd y Avukat Generali*, sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2011, (C-221/09).

*Deutsche Telekom AG contra BundesrepublikDeutschland*, sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, (C-543/09).

*Shirley McCarthy y Secretary of Stateforthe Home Department*, sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, (C-434/09).



*Malgożata Runevič-Vardyn, ŁukaszPawełWardyn y Vilniausmiestosavivaldybėsadministracija*, otros, sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2011, (C-391/09).

*Comisión Europea y República Italiana*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, (C-50/10).

*Gerhard Fuchs y contra Land Hessen*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, (C-159/10).

*Patrick Kelly y NationalUniversity of Ireland (University College, Dublin)*, sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, (C-104/10).

*Brahim Samba Diouf y Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, sentencia del TJUE de 28 de julio de 2011, (C-69/10).

*Aldo Patriciello*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011, (C-163/10).

*Sabine Hennigs y Eisenbahn-Bundesamt*, sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, (C-297/10).

*ReinhardPrigge y Deutsche Lufthansa AG*, sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2011, (C-447/09).

*Magatte Gueye y Valentín Salmerón Sánchez*, sentencia del TJUE de 15 septiembre de 2011, (C-483/09).

*Williams y otros y British Airways plc.*, sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2011, (C-155/10).

*Solvay SA y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011, (C- 109/10).

*Hypotečnibankaa.s. y Udo Mike Lindner*, sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, (C-327/10).

*KHS AG y Winfried Schulte*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2011, (C-214/10).

*Murat Dereci, otros y BundesministeriumfürInneres*, sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, (C-256/11).

*Eva-Maria Painer y Standard Verlags GmbH, otros*, de 1 de diciembre de 2011, (C-145/10).

*KME Germany AG, KME France SAS, KME ItalySpA y Comisión Europea*, sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011, (C-272/09).

*Comisión Europea y República de Austria*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, (C-28/09).

*República Francesa y People's Mojahedin Organization of Iran*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, (C-27/09).

*N.S. contra Secretary of Stateforthe Home Department et M. E.*, sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, (C-411/10).

*Martin Luksan y Petrus van der Let.*, sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2012, (C-277/10).

*Marcelo Costa y Ugo Cifone*, sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012, (C- 72/10).

*SABAM y Netlog NV.*, sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012, (C- 360/10).

*Dermod Patrick O'Brien y Ministry of Justice*, sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2012, (C-393/10).

*G y Cornelius de Visser*, sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, (C-292/10).

*Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH y SAM*, sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, (C-1/11).

*Ufficio IVA di Piacenza y Belvedere CostruzioniSrl.*, sentencia del TJUE de 29 de marzo 2012, (C-500/10).

*F-Tex SIA y Lietuvos-Anglijos UAB "Jadecloud-Vilma"*, sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012, (C-213/10).

*Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols y Land Tirol*, sentencia del TJUE de 22 de abril de 2012, (C-486/08).

*Servet Kamberaj y IPES*, sentencia del TJUE, de 24 de abril de 2012, (C-571/10).

*DR, TV2 Danmark y Nordisk Copyright Bureau*, sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, (C-510/10).

*Health Service Executive y S.C., A.C.*, sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, (C-92/12).

*KHS AG y Winfried Schulte*, sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2012, (C-337/10).

*ANGED y FASGA*, sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012, (C-78/11).

*Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala y Merja Ritala*, sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012, (C-84/11).

*Fabio Caronna y*, sentencia del TJUE de 28 de junio de 2012, (C-7/11).

*Georges Erny y Daimler AG - WerkWörth*, sentencia del TJUE de 28 de junio de 2012, (C-172/11).

*Torsten Hörnfeldt y Posten Meddelande AB.*, sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, (C-141/11).

*Nathaya Dülger y Wetteraukreis*, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, (C-451/11).

*Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012 (C-130/10).

*Bundesrepublik Deutschland y Y, Z*, sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2012, (C-71/11).

*DeutschesWeintoreG y LandRheinland-Pfalz*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, (C-544/10).

*Trade Agency Ltd y Seramico Investments Ltd.*, sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, (C-619/10).

*GISTI y Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2012, (C-179/11).

*Hristo Byankov y Glaven sekretarna Ministerst von avatres hnteraboti*, sentencia del TJUE, de 4 de octubre de 2012 (C- 249/11).

*Comisión Europea contra República de Austria*, sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2012, (C-614/10).

*United States of America y Nolan*, sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012, (C-583/10).

*Alexander Heimann y Kaiser GmbH.*, sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, (C-229/11).

*Yoshikazu Iida y Stadt Ulm*, sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, (C-40/11).

*Europese Gemeenschap y Otis NV*, sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, (C-199/11).

*Bericap Záródástechnikai Bt. y Plastinnova 2000 Kft.*, sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2012, (C-180/11).

*E.ON Energie AG y Comisión Europea*, de 22 de noviembre de 2012, (C- 89/11).

*M. M. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland y Attorney General*, sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, (C-277/11).

*O. y S. y Maahanmuuttovirasto*, sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, (C-356/11).

*Mostafa Abed El Karem El Kott, otros y Bevándorlásiés Állampolgársági Hivatal*, sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012, (C-364/11).

*Jozef Križan, otros y Slovenská inšpekcia životného prostredia*, sentencia del TJUE de 15 de enero de 2013, (C-416/10).

