CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 6 de mayo de 2010[1]

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la posibilidad de precisar su jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2. El ordenamiento jurídico español establece, en favor de las madres que sean trabajadoras por cuenta ajena, el derecho a una reducción diaria de la jornada de trabajo durante los nueve primeros meses tras el nacimiento de su hijo. La Ley se refiere a un permiso «de lactancia», pero la jurisprudencia española también reconoce este permiso a las madres que no amamantan. Por tanto, ya en este momento debe indicarse que el concepto de «permiso de lactancia» es ambiguo, puesto que precisamente la lactancia no constituye un requisito para la concesión de dicho permiso. Si la trabajadora decide no disfrutar del permiso, el padre del niño, si también es trabajador por cuenta ajena, puede hacerlo en su lugar.

3. El Sr. Roca Álvarez solicitó a su empresario este permiso, que le fue denegado porque la madre del niño era trabajadora por cuenta propia. Por este motivo, según el empresario, la madre no tenía un derecho propio a dicho permiso y el Sr. Roca, en consecuencia, no tenía el correspondiente derecho derivado. El Derecho español no establece, en favor de los padres que sean trabajadores por cuenta ajena, un derecho propio a la concesión del permiso. El Sr. Roca Álvarez considera que esto constituye una discriminación por razón de sexo.

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

4. El Derecho de la Unión que constituye el marco jurídico del presente asunto es la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.[2]

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 39, p. 40.

1. Directiva 76/207

5. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207 establece:

«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".»

6. El artículo 2, apartados 1 y 3, de dicha Directiva prevé:

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

[...]

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

7. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva precisa:

«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. Directiva 96/34/CE

8. Debe hacerse referencia, con carácter complementario, a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. [3]

9. Esta Directiva aplica el Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Este Acuerdo figura en el anexo de la Directiva.

3 — DO L 145, p. 4.

10. La cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco establece:

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

B. *Derecho nacional*

11. En España, las relaciones laborales están reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, en la versión correspondiente al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. [4] Según su artículo 1, dicha Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario o empresario.

12. El artículo 1, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores aclara que todo trabajo que se efectúe en un marco distinto del definido en el artículo 1, apartado 1, está excluido del ámbito de aplicación del Estatuto.

13. El artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, en la versión que, según el tribunal remitente, estaba vigente en el momento de la presentación de la demanda, tenía el siguiente tenor:

«Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.»

14. Mediante la Ley 3/2007, de 22 de marzo, [5] se modificó el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. La versión modificada establece, a diferencia de la anterior, que la trabajadora, en vez de disfrutar del derecho a una hora de ausencia del trabajo, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora o podrá acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

4 — BOE nº 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654.

5 — BOE nº 71, de 23 de marzo de 2007, p. 12611.

III. Hechos y cuestión prejudicial

15. El Sr. Roca Álvarez (en lo sucesivo, «demandante») es trabajador de la empresa Sesa Start España ETT, S.A. (en lo sucesivo, «empresario»).

16. El 7 de marzo de 2005, el demandante solicitó a su empresario un permiso retribuido con arreglo al artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. El empresario denegó esta solicitud indicando que la esposa del demandante era trabajadora por cuenta propia y no por cuenta ajena, y que la condición de trabajadora por cuenta ajena es un requisito imprescindible del derecho al permiso solicitado.

17. El Sr. Roca Álvarez interpuso una demanda contra esta decisión. En su sentencia, el tribunal de primera instancia consideró que el derecho al permiso de lactancia corresponde exclusivamente a la madre, dada la redacción del precepto del Estatuto de los Trabajadores que comienza con las palabras «las trabajadoras [...]», y que la madre debe ser, además, trabajadora por cuenta ajena, pues en otro caso no sería aplicable el Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, el tribunal negó que el Sr. Roca Álvarez tuviera derecho al permiso debido a que su esposa era trabajadora por cuenta propia. Declaró que si la madre no tenía tal derecho, el padre tampoco tenía el correspondiente derecho derivado.

18. El demandante interpuso un recurso de suplicación contra esta sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Dicho órgano jurisdiccional considera que sólo podría reconocerse al demandante el derecho por él invocado si se est\imase que la concesión exclusiva a la madre de dicho derecho es contraria al principio de igualdad de trato.

19. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia resolvió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 13 del Tratado y en 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,] y en la Directiva 2002/73 que modifica a aquella, 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, una Ley nacional (en concreto el art. 37, 4º del Estatuto de los Trabajadores) que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia del trabajo de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena?»

20. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas los Gobiernos español e irlandés y la Comisión.

por el demandante el 7 de marzo de 2005, es decir, antes de la expiración del mencionado plazo de adaptación. También el período al que se refería el permiso de lactancia solicitado, comprendido entre el 4 de enero de 2005 y el 4 de octubre de 2005, era anterior a la expiración del plazo de adaptación.

IV. Apreciación jurídica

21. Con su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si una normativa nacional que sólo concede a las trabajadoras por cuenta ajena un derecho propio al «permiso de lactancia» es contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres garantizado por el Derecho de la Unión. La petición de decisión prejudicial se refiere en este sentido al artículo 13 CE (actualmente artículo 19 TFUE) y a las Directivas 76/207 y 2002/73/CE. [6]

22. A continuación se realizará la apreciación jurídica sólo con arreglo a la Directiva 76/207, dado que la Directiva 2002/73 no puede aplicarse al presente asunto *ratione temporis.* El plazo de adaptación del Derecho nacional a la Directiva 2002/73 expiraba el 5 de octubre de 2005, mientras que la solicitud de concesión del «permiso de lactancia» fue presentada

23. Si, por el contrario, a la resolución del asunto principal, con arreglo al Derecho español, no se aplicara la normativa vigente en el momento de la solicitud del permiso, sino la vigente en un momento posterior –por ejemplo, en el momento en el que haya de resolverse en última instancia–, el plazo de adaptación ya habría expirado. Sin embargo, la apreciación jurídica no sería distinta en el fondo, puesto que la Directiva 2002/73 no ha modificado sustancialmente las disposiciones pertinentes en el presente asunto.

24. El órgano jurisdiccional remitente no se ha referido a la nueva redacción de la Directiva dada por la Directiva 2006/54/CE, [7] a la que se debía dar cumplimiento a más tardar el 15 de agosto de 2008. Por lo demás, y con mayor razón, esta última Directiva tampoco puede aplicarse al presente asunto *ratione temporis.*

6 — Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207 (DO L 269, p. 15).

7 — Directiva 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 (DO L 204, p. 23).

A. *Directiva 76/207*

25. La Directiva 76/207 tiene como finalidad la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Por tanto, su artículo 2, apartado 1, prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sexo. Su artículo 5, apartado 1, precisa que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. En consecuencia, a continuación se examinará, en primer lugar, si las disposiciones objeto de litigio en el presente asunto se refieren a las condiciones de trabajo y si causan una desigualdad de trato por razón de sexo.

1. Desigualdad de trato respecto a las condiciones de trabajo

26. El artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores concede, en los nueve primeros meses desde el nacimiento del hijo, una reducción del tiempo de trabajo. Ésta puede consistir en una reducción de la jornada en media hora o en el derecho a una hora de ausencia del trabajo que se puede dividir en dos fracciones. Por tanto, la normativa objeto de litigio se refiere a la duración de la prestación laboral y, de este modo, a las condiciones de trabajo. En consecuencia, está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Directiva 76/207.

27. La mencionada disposición nacional también produce una desigualdad de trato por razón de sexo.

28. Con arreglo a su tenor, el artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores sólo concede el derecho a la reducción del tiempo de trabajo a las *trabajadoras*. Por el contrario, los trabajadores no tienen un derecho propio a la reducción del tiempo de trabajo. Como máximo disfrutan de un derecho derivado: únicamente si la madre tiene un derecho propio podrá éste ser disfrutado también por el padre.

29. Por tanto, la desigualdad de trato consiste en que las trabajadoras tienen un derecho *propio* a la reducción del tiempo de trabajo y los trabajadores, por el contrario, sólo tienen un derecho *derivado* del derecho de la madre del niño. Mientras que una madre que sea trabajadora por cuenta ajena siempre tiene derecho a un permiso, un padre que sea trabajador por cuenta ajena sólo puede disfrutar del permiso si la madre del niño también es trabajadora por cuenta ajena. Si, por el contrario, la madre del niño trabaja por cuenta propia y, por tanto, no tiene derecho a un permiso, el padre tampoco tendrá el correspondiente derecho. En cambio, la trabajadora por cuenta ajena también tiene este derecho cuando el padre del niño es un trabajador por cuenta propia.

30. En el presente contexto los hombres y las mujeres se encuentran básicamente en una situación comparable, ya que el permiso controvertido sirve fundamentalmente –como se mostrará inmediatamente– para el cuidado del hijo. Puesto que la disposición objeto de litigio concede este derecho de modo expreso únicamente a las trabajadoras, se produce una discriminación directa por razón de sexo.

31. A continuación se examinará si esta discriminación es admisible con arreglo a alguna de las excepciones previstas en la Directiva.

2. Disposiciones de protección de la mujer en caso de embarazo y maternidad

32. El artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 reserva a los Estados miembros la facultad de mantener o adoptar disposiciones de protección de la mujer «en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad». Esta disposición constituye una excepción al principio de igualdad de trato. Por tanto, debe interpretarse en sentido estricto, [8] para que la norma general no quede privada de contenido. [9]

33. Conforme a la jurisprudencia, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 debe proteger las necesidades de las mujeres en dos aspectos. Dicho artículo tiene por objeto, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. [10]

34. Sin embargo, la normativa española objeto de litigio no constituye una desigualdad de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, ya que, si se analiza en detalle, no se trata de una disposición de protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad en el sentido de dicha Directiva.

35. Sin lugar a dudas, una norma que concediera ciertas ventajas a las trabajadoras que *lactan* sería una disposición de protección de la mujer por motivo de maternidad. Sólo las mujeres pueden amamantar a sus hijos y, además, la lactancia tiene una relación directa con la maternidad. Por tanto, el Gobierno irlandés tiene razón al afirmar que un trato

8 — Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 44.

9 — Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de abril de 2010, Comisión/Reino Unido (C-346/08, Rec. p. I-3491), apartado 39.

10 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25; de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 25; de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec. p. I-2605), apartado 32; de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 43, y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski (C-116/06, Rec. p. I-7643), apartado 46. Sobre la relación entre padres e hijo, véase el punto 42 de las presentes conclusiones.

más favorable de las trabajadoras que lactan no constituye una discriminación prohibida de los trabajadores.

36. Sin embargo, a pesar de la referencia a la lactancia, el permiso español de que se trata en el presente asunto no protege fundamentalmente a la mujer lactante. Como expuso el órgano jurisdiccional remitente, la normativa, que se remonta al año 1900 y tenía originariamente por objeto que la madre pudiera amamantar a su hijo, se ha desvinculado entre tanto de dicha finalidad. Actualmente la lactancia ya no constituye un requisito para la obtención del permiso. La jurisprudencia española también admite la aplicación de la normativa en caso de alimentación con biberón.

37. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente considera correctamente que el objetivo del permiso es proporcionar tiempo para el cuidado del hijo. Además, la última modificación del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores [11] deja claro que la finalidad del permiso objeto de litigio no sólo se ha alejado de la lactancia, sino también del aspecto general de la alimentación. El citado artículo permite que el derecho a una hora de ausencia del trabajo pueda acumularse y convertirse en un derecho a un permiso sin interrupción. En los días en que se trabaja, ya no está disponible un tiempo adicional para la lactancia o la alimentación del hijo.

38. Por lo demás, con arreglo al Derecho español, el padre también puede disfrutar del permiso si la madre puede exigirlo. Esto confirma que la disposición española es una medida destinada a facilitar el cuidado del niño y no una medida destinada a proteger la condición biológica de la mujer, dado que, por un lado, tanto la alimentación del hijo con biberón como el cuidado del hijo en general pueden ser asumidos del mismo modo por el padre y, por otro lado, no es evidente en qué consiste la protección de la condición biológica de la mujer cuando no solicita personalmente el permiso y sigue trabajando en jornada completa mientras que su marido disfruta del permiso.

39. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que la Directiva reserva a los Estados miembros una facultad de apreciación respecto a las medidas sociales que adoptan con el fin de garantizar la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad. [12] Esto significa que los Estados miembros tienen una amplia discrecionalidad para decidir qué medidas consideran necesarias para esta protección. En consecuencia, las medidas pueden variar en los distintos Estados miembros.

11 — Esta modificación, según el órgano jurisdiccional remitente, no es aplicable al presente asunto desde un punto de vista temporal, pero sí puede tomarse en consideración para apreciar la naturaleza del permiso de que se trata.

12 — Sentencia Hofmann (citada en la nota 10), apartado 27.

40. No obstante, la normativa española, al permitir que también el padre disfrute del permiso cuando la madre tenga derecho a éste, pone claramente de manifiesto que su objetivo principal no es proteger a la madre. Al contrario, esta normativa se explica desde la perspectiva del hijo, cuya necesidad de cuidados puede ser cubierta alternativamente gracias al permiso del padre o de la madre.

41. También en esta medida se diferencia el presente asunto de los hechos que dieron lugar a la sentencia Hofmann. Aquel asunto se refería a una disposición de un Estado miembro que atribuía *exclusivamente* a las madres, tras la expiración del plazo legal de protección, un período de descanso por maternidad retribuido por el Estado. Dicho período no podía ser disfrutado por el padre en ningún caso. En aquella situación el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 76/207 no obliga a los Estados miembros a permitir, alternativamente, la concesión de tal período de descanso al padre, puesto que dicho período de descanso tiene por objeto la protección de la mujer respecto a las consecuencias del embarazo y la maternidad.

42. En ese contexto, el Tribunal de Justicia destacó la función del permiso de maternidad como protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al parto, para evitar que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones. [13] Este aspecto de protección se considera parcialmente superado, porque también el padre puede proporcionar al hijo los cuidados necesarios. [14] En todo caso, precisamente puede evitarse la acumulación de cargas de la madre si el padre asume el cuidado del hijo. Sin embargo, en el presente asunto, no es necesario dilucidar con carácter definitivo cuál es el peso del mencionado aspecto de protección dentro del Derecho de la Unión porque el propio Derecho español –al permitir en muchos casos que el padre disfrute del permiso– pone de manifiesto que su objetivo no es proteger la especial relación entre madre e hijo.

43. Finalmente, debe abordarse la objeción formulada por el Gobierno español según la cual sólo debe concederse a las mujeres un derecho individual al permiso de que se trata porque sólo ellas pueden decidir sobre el modo de alimentar al hijo. Esta objeción es errónea desde el momento en que dicho permiso sólo tiene relación con un «período de lactancia» por su origen histórico y su denominación y en la jurisprudencia española se ha desvinculado totalmente de la cuestión de la alimentación del hijo. Podría plantearse la cuestión, en general, de a quién debe concederse el permiso si los padres no pueden ponerse de acuerdo sobre el tema. Pero, para

13 — Véanse las sentencias citadas en la nota 10.

14 — Véase, por ejemplo, Langenfeld en Grabitz/Hilf, EGV, artículo 141, apartado 101.

resolver ese conflicto, no es necesario negarle al padre, de entrada, un derecho individual al permiso. Más bien corresponde al Derecho nacional realizar una ponderación de intereses que satisfaga el principio de igualdad de trato.

3. Medidas de promoción de la igualdad de oportunidades

44. Por último queda por analizar si una normativa como la controvertida en el procedimiento principal es admisible con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, a tenor del cual la Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular cuando sirven para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres.

45. A este respecto, se desprende de una jurisprudencia reiterada, que dicha disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. [15]

46. No resulta evidente que la regulación de una reducción parcial del tiempo de trabajo, como la que establece la normativa española, pueda ser adecuada para eliminar o simplemente reducir las desigualdades de hecho que perjudican a las mujeres. Más bien sucede lo contrario: una normativa como la española podría contribuir a que las mujeres que trabajan se encuentren en peor situación.

47. Si sólo las trabajadoras por cuenta ajena tienen un derecho individual al permiso de que se trata en el presente asunto, y los trabajadores por cuenta ajena únicamente disponen, por el contrario, de un derecho al permiso derivado del derecho de la madre, esto mantiene el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer [16] y limita incluso la posibilidad de los padres que son trabajadores por cuenta ajena de asumir el cuidado de los hijos. Sólo cuando ambos padres son trabajadores por cuenta ajena pueden éstos decidir libremente quién utiliza el permiso para el cuidado del hijo. Si sólo el padre es trabajador por cuenta ajena, y la madre, por el contrario, trabaja por cuenta propia, el padre no tiene derecho al permiso. Del cuidado del hijo que el Estatuto de los Trabajadores español querría garantizar mediante este período adicional tendría que ocuparse la madre que, con esta finalidad, o bien debe limitar

15 — Sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), apartado 18; de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), apartado 26, y de 19 de marzo de 2002, Lommers (C-476/99, Rec. p. I-2891), apartado 32.

16 — A este riesgo ya se refirió el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers (citada en la nota 15), apartado 41.

su actividad por cuenta propia, asumiendo un perjuicio económico, o bien debe soportar la correspondiente carga adicional. Sin embargo, el padre trabajador por cuenta ajena no puede liberarla de esta carga.

48. El órgano jurisdiccional remitente también ha argumentado en este sentido y se ha referido al «efecto boomerang» de la normativa española, dado que, desde la perspectiva del empresario, la regulación del derecho español al permiso ofrece incluso un motivo para preferir contratar hombres en vez de mujeres. En efecto, el empresario debe contar con la posibilidad de un embarazo y una maternidad y de los correspondientes derechos de la trabajadora al contratar a una mujer, y además ésta tiene en todo caso derecho a la concesión del permiso de lactancia objeto de litigio. En cambio, al contratar a un hombre, el empresario no sólo corre de hecho un menor riesgo de que éste haga uso del permiso, sino que, en los casos en los que la madre trabaje por cuenta propia, ni siquiera existe un derecho del trabajador por cuenta ajena al permiso controvertido.

49. Por tanto, tampoco el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 justifica la desigualdad de trato que existe en el presente asunto.

B. *Directiva 96/34*

50. En sus observaciones, la Comisión ha llegado a la conclusión de que una disposición como la controvertida también es contraria al Acuerdo marco sobre el permiso parental. Según ella, el permiso concedido para el cuidado de un hijo se corresponde con un permiso parental en el sentido de dicha Directiva. La cláusula 2 del Acuerdo marco atribuye un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres. Esta cláusula se opone a una normativa nacional que, en el contexto objeto de litigio, sólo concede a las mujeres un derecho individual al permiso.

51. El órgano jurisdiccional remitente no se ha referido en su cuestión prejudicial a la Directiva 96/34. Sin embargo, en los fundamentos de su petición de decisión prejudicial afirma que no existe en Derecho español un permiso parental único, sino que la finalidad de la citada Directiva se cumple a través de instituciones diversas, una de las cuáles sería el permiso de lactancia. En cualquier caso, el auto de remisión no indica nada más a este respecto. De este modo, no disponemos de más datos sobre las demás normativas españolas sobre el permiso parental. En esta situación no es posible examinar una infracción de la Directiva 96/34. No obstante, dado que

ya se ha comprobado una infracción de la Directiva 76/207, tampoco es necesario analizar una infracción de la Directiva 96/34.

C. *Resultado provisional*

52. Una normativa nacional como la controvertida no es compatible con la Directiva 76/207.

D. *Consecuencias para el asunto principal*

53. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar qué consecuencias deben extraerse de esta comprobación para el asunto principal relativo a una relación laboral de Derecho privado.

54. En todo caso, ha de recordarse a este respecto que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. [17]

55. Frente a lo anterior, el Tribunal de Justicia ha declarado en dos sentencias recientes que corresponde a los tribunales nacionales, también en litigios entre particulares, dejar sin aplicación cualquier disposición del Derecho nacional que sea contraria a la prohibición de discriminación por razón de edad. [18] Habrá que esperar a ver si el Tribunal de Justicia extiende tal efecto directo horizontal a otros principios jurídicos generales como la prohibición de discriminación por razón de sexo. Antes de tal ampliación sería necesario examinar los fundamentos doctrinales de este efecto directo horizontal controvertido y sus límites. [19]

17 — Sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 20; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartados 108 y 109; de 7 de junio de 2007, Carp (C-80/06, Rec. p. I-4473), apartado 20, y de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365), apartado 46.

18 — Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartado 77, y Kücükdeveci (citada en la nota 17), apartado 51. Véanse también a este respecto mis conclusiones en el asunto Andersen que se presentan hoy (C-499/08), puntos 22 y 23.

19 — Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Tizzano de 30 de junio de 2005 en el asunto Mangold (citado en la nota 18), puntos 83, 84 y 100; las conclusiones del Abogado General Mazák de 15 de febrero de 2007 en el asunto Palacios de la Villa (sentencia de 16 de octubre de 2007, C-411/05, Rec. p. I-8531), puntos 133 a 138, y las conclusiones de la Abogado General Sharpston de 22 de mayo de 2008 en el asunto Bartsch (sentencia de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, Rec. p. I-7245), puntos 79 a 93, en cada caso con referencias adicionales.

56. No obstante, como el órgano jurisdiccional remitente no ha preguntado sobre esta cuestión, realizar ahora este examen sería ir demasiado lejos.

57. Además, en cualquier caso debe darse prioridad a una interpretación del Derecho nacional que sea conforme con la Directiva. Los tribunales nacionales están obligados, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando sus métodos de interpretación, a hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar un resultado conforme con el objetivo perseguido por ésta. [20] No se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme con la Directiva el hecho de que ésta pueda ser desfavorable para los particulares. [21] Así, se admite que la obligación de interpretar el Derecho nacional de modo conforme con la Directiva también se aplica a las relaciones jurídicas horizontales, en las que necesariamente un particular resulta indirectamente perjudicado. [22]

58. En el presente asunto es muy posible que el órgano jurisdiccional remitente pueda lograr un resultado conforme con la Directiva a través de la interpretación. En definitiva, la norma objeto de litigio ya se ha interpretado en el pasado de modo amplio y, teniendo en cuenta la evolución social, se ha desvinculado de la lactancia. En determinados casos también se ha concedido un derecho a los padres. El tribunal remitente tampoco ha expresado que tendría dificultades para lograr el resultado que aquí se propone mediante una interpretación del Derecho español.

20 — Sentencias Pfeiffer y otros (citada en la nota 17), apartados 115 y ss.; de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 111; de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483), apartado 101, y de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071), apartado 200.

21 — Véanse mis conclusiones de 8 de febrero de 2007 en el asunto Kofoed (sentencia de 5 de julio de 2007, C-321/05, Rec. p. I-5795), punto 65 y la jurisprudencia citada.

22 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartados 6 y 8, y Faccini Dori (citada en la nota 17), apartados 20, 25 y 26.

V. Conclusión

59. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada:

«Una normativa nacional que atribuye exclusivamente a las madres trabajadoras por cuenta ajena, pero no concede a los padres que trabajan por cuenta ajena, un derecho propio a un permiso retribuido para el cuidado de un hijo, que consiste en la reducción de la jornada en media hora o en el derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, infringe el principio de igualdad de trato establecido en 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.»