CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 15 de marzo de 2007 [1]

I. Introducción

1. El presente asunto ofrece la posibilidad de seguir precisando la situación jurídica de las trabajadoras embarazadas con arreglo al Derecho comunitario.

2. A una profesora finlandesa, la Sra. Kiiski, le fue concedida a petición propia una excedencia para el cuidado de hijos [2] para cuidar a su primer hijo. Sin embargo, antes del inicio de esta excedencia, la Sra. Kiiski supo que volvía a estar embarazada. Por eso, pensó que debía replantear la forma en que iba a ejercer el cuidado de sus hijos y solicitó que se redujese la duración de la excedencia ya concedida. Sin embargo, su empleador rehusó acceder a esa petición, ya que la modificación de la duración de una excedencia ya concedida sólo era posible por un motivo fundado, y a su juicio el nuevo embarazo no lo era. Por la misma razón le fue denegada también una petición posterior, presentada durante la excedencia ya en curso, mediante la cual la Sra. Kiiski solicitaba la finalización de esa excedencia y la concesión de un permiso de maternidad.

3. En estas circunstancias, la Sra. Kiiski se siente discriminada por razón de sexo y considera lesionados sus derechos como trabajadora embarazada. Su pretensión fundamental es, basándose en su condición de embarazada, recibir un trato especial frente a otros trabajadores, independientemente de cuál sea su sexo.

II. Marco legal

A. *Derecho comunitario*

4. El marco jurídico-comunitario de este asunto viene determinado, por un lado, por

1 — Lengua original: alemán.

2 — En finés: «hoitovapaa». Según se desprende del juicio oral ante el Tribunal de Justicia, esta excedencia pertenece en Finlandia a la categoría de las excedencias por razones de carácter familiar, entre las que también están el permiso parental (en finés: «vanhempainloma») y el permiso de maternidad.

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, [3] en la versión modificada por la Directiva 2002/73/CE, [4] y, por otro lado, por 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. [5] También debe hacerse referencia 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. [6]

5. El artículo 2 de la Directiva 76/207, en su versión modificada por la Directiva 2002/73, establece lo siguiente:

«1. A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato 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.

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

— "discriminación directa": la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

— "discriminación indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

[...]

7. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad.

La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de

3 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

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

5 — DO L 348, p. 1.

6 — DO L 145, p. 4 (en lo sucesivo, «Directiva 96/34» o «Acuerdo marco sobre el permiso parental»).

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.

Un 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.

La presente Directiva no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE [...] y en la Directiva 92/85/CEE [...]»

6. El artículo 8 de la Directiva 92/85 reza como sigue:

«Permiso de maternidad

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.»

7. El artículo 11 de la Directiva 92/85 establece, entre otros extremos:

«Derechos inherentes al contrato de trabajo

Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

[...]

2. 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.

3. La prestación contemplada en la letra b) del punto 2 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.

4. Los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y en la letra b) del punto 2 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas.

Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.»

8. El Acuerdo marco sobre el permiso parental anexo a la Directiva 96/34, en sus consideraciones generales contiene, en el sexto considerando, la siguiente declaración:

«Considerando que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad y que deben tener en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de los trabajadores».

9. La cláusula 2, apartado 3, del Acuerdo marco sobre el permiso parental dispone que las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental se definirán por ley y/o convenios colectivos en los Estados miembros de conformidad con las disposiciones mínimas del mismo Acuerdo. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

«definir las circunstancias en que el empresario [...] estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). [...]»

10. Además, en la cláusula 2, apartado 7, del Acuerdo marco sobre el permiso parental encontramos la siguiente disposición:

«Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán el régimen del contrato o de la situación laboral para el período de permiso parental.»

B. *Derecho nacional*

11. Con arreglo al artículo 29 de la Ley finlandesa del personal permanente municipal [7] asiste a los miembros del personal permanente municipal el derecho a dejar de trabajar para disfrutar de la excedencia para el cuidado de hijos prevista en los artículos 1 a 8 del capítulo IV de la Ley finlandesa de contratos de trabajo. [8]

12. El Convenio colectivo general aplicable al personal permanente municipal del ayuntamiento de Tampere [9] 2003/2004 (en lo sucesivo, «Convenio colectivo») se remite a la Ley de contratos de trabajo en cuanto a la excedencia para el cuidado de hijos. Además, según lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del capítulo V del Convenio colectivo, cualquier miembro del personal permanente que lo solicite tendrá derecho a una modificación de las fechas y la duración de la excedencia para el cuidado de hijos que le haya sido concedida, siempre que existan motivos imprevisibles y fundados. En este concepto se engloban los cambios inesperados y sustanciales en las condiciones relativas al cuidado del hijo que el empleado pertinente no hubiera podido tener en cuenta al presentar la solicitud de excedencia. [10]

13. Según las directrices de aplicación del Convenio colectivo, se consideran motivos fundados, por ejemplo, una grave enfermedad, la muerte del hijo o del otro progenitor y el divorcio. Por el contrario, en general no constituyen motivos fundados, por ejemplo, el traslado a otra localidad, el inicio de otra relación laboral o un nuevo embarazo. La interrupción de la excedencia supone que el miembro del personal permanente debe reintegrarse en el ejercicio de sus funciones.

14. Según la información aportada en la resolución de remisión, el convenio colectivo prevé también que el trabajador que cause baja por enfermedad tiene derecho a cobrar la retribución íntegra durante 60 días y las dos terceras partes durante 120 días.

7 — Laki kunnallisesta viranhaltijasta.

8 — Työsopimuslaki.

9 — Kunnallinen yleinen virka-ja työehtosopimus.

10 — Esto parece concordar también con los documentos preparatorios del artículo 4 del capítulo IV de la Ley de contratos de trabajo, en el que se regula el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos; a este respecto, el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno finlandés se remiten al proyecto de ley nº 37/1998.

15. Por su parte, el Gobierno finlandés añade que en Finlandia existe el derecho a un subsidio de maternidad independientemente de si se ha concedido a la trabajadora la excedencia para el cuidado de hijos. El subsidio de maternidad se determina en función de los ingresos y se calcula con arreglo a las mismas normas que la prestación de enfermedad. Su importe mínimo asciende a 15,20 euros diarios.

III. Hechos y proceso principal

16. La Sra. Kiiski es profesora en un instituto municipal de la ciudad finlandesa de Tampere [11] y, como tal, goza del estatuto de miembro del personal permanente en el sentido del convenio colectivo aplicable.

17. A petición de la Sra. Kiiski, el director del instituto le concedió el 3 de mayo de 2004 una excedencia para el cuidado de su primer hijo, nacido el 24 de agosto de 2003, para el período comprendido entre el 11 de agosto de 2004 y el 4 de junio de 2005.

18. Sin embargo, antes del inicio de esa excedencia, la Sra. Kiiski supo que volvía a estar embarazada. Entonces comunicó al director del instituto, el 1 de julio de 2004, que deseaba disfrutar de la excedencia únicamente entre el 11 de agosto y el 22 de diciembre de 2004, y solicitó la correspondiente modificación de la resolución sobre su excedencia. Pero el director, al no haberse alegado una razón fundada para ello, desestimó su solicitud.

19. El 9 de agosto de 2004, la Sra. Kiiski completó su solicitud del 1 de julio de 2004 comunicando que estaba embarazada y que eso suponía una alteración sustancial de las circunstancias para el cuidado de su hijo nacido en 2003. Por eso, pretendía incorporarse a su puesto ya el 23 de diciembre de 2004. Su marido, el padre del niño, tenía previsto a su vez gozar de una excedencia para el cuidado de hijos en la primavera de 2005. Mediante resolución de 19 de agosto de 2004, el director del instituto volvió a denegar la solicitud basándose en que su nuevo embarazo no constituía un motivo fundado para alterar la duración de una excedencia ya concedida. En su argumentación, se remitió a las directrices de aplicación del Convenio colectivo y a la jurisprudencia de los juzgados y tribunales finlandeses.

20. Más tarde se puso de relieve que el marido de la Sra. Kiiski finalmente no consiguió la excedencia para el cuidado de hijos para la primavera de 2005, ya que, con

11 — Tampereen Lyseon Lukio.

arreglo al convenio colectivo de funcionarios [12] para los miembros de la Administración Pública finlandesa, sólo tiene derecho a dicha excedencia uno de los dos progenitores a la vez. [13] A la vista de esto, la Sra. Kiiski declaró, el 22 de noviembre de 2004, que deseaba interrumpir su excedencia el 31 de enero de 2005 y, desde ese mismo día, disfrutar de un permiso de maternidad. Así, el padre del niño tendría derecho a la excedencia para el cuidado de hijos. Sin embargo, el director del instituto también denegó esta solicitud de la Sra. Kiiski el 10 de diciembre de 2004, alegando que para la alteración del período de su excedencia no constituía un motivo fundado el hecho de que, de mantenerse el período señalado, el padre del niño no pudiera disfrutar por su parte de la excedencia para el cuidado de hijos.

21. El 29 de marzo de 2005 nació el segundo hijo de la Sra. Kiiski.

22. En estos hechos se basa el proceso principal, pendiente actualmente ante el Tampereen käräjäoikeus [14] (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente»). En ese proceso, la Sra. Kiiski solicitó que se condenara al ayuntamiento de Tampere al pago de 5.000 euros en concepto de indemnización, así como la cantidad de 17.354,10 euros en concepto de sueldo no percibido, [15] y la de 94 euros para compensar otras pérdidas, además de los intereses de demora.

23. La Sra. Kiiski alega esencialmente que ha sido discriminada por no haberse considerado que su nuevo embarazo constituía un motivo fundado para la modificación de la duración de su excedencia para el cuidado de hijos.

24. En cambio, el ayuntamiento de Tampere opina que la Sra. Kiiski no ha sido discriminada en modo alguno por razón de su sexo o su embarazo. Su nueva gravidez sencillamente no constituía un motivo fundado para la modificación de la duración inicialmente concedida de su excedencia para el cuidado de hijos. Con el nuevo embarazo no se habían producido cambios imprevisibles y sustanciales en las circunstancias para el cuidado del hijo nacido en 2003, que determinaran la imposibilidad de la demandante de cuidar de ese niño por un período prolongado. Además, la reincorporación anticipada de la Sra. Kiiski a su puesto de trabajo habría causado a su empleador dificultades organizativas en la planificación de los horarios de clase. Asimismo, el empleador podría haber tenido que hacer frente a responsabilidades, dado que para el período de excedencia de la Sra. Kiiski ya había sido nombrado un sustituto cuyo sueldo posiblemente hubiera habido que seguir pagando.

12 — Valtion virkaehtosopimus.

13 — El hecho de que no puedan acogerse a la excedencia para el cuidado de hijos los dos progenitores al mismo tiempo se deduce, según informa el Gobierno finlandés, del artículo 4, apartado 3, de la Ley de contratos de trabajo.

14 — Audiencia territorial de Tampere.

15 — Los salarios reclamados se refieren al período comprendido entre el 23 de diciembre de 2004 y el 18 de mayo de 2005. Si se hubiera concedido la modificación de la duración de la excedencia, solicitada por la Sra. Kiiski desde el principio, se habría reincorporado a su puesto el 23 de diciembre de 2004, y el permiso de maternidad, de una duración de 72 días laborables, se habría extendido entre el 19 de febrero y el 18 de mayo de 2005.

25. El órgano jurisdiccional remitente informa de que la Sra. Kiiski, según datos facilitados por ella misma, percibió entre el 29 de diciembre de 2004 y el 18 de mayo de 2005 prestaciones en metálico por un total de 9.506,92 euros. En ese importe se incluían una prestación de enfermedad, la prestación de crianza, la prestación por maternidad y la prestación familiar, de las cuales sólo la prestación de maternidad y la prestación familiar correspondientes al período comprendido entre el 19 de febrero y el 18 de mayo de 2005 ascendían a 5.699,11 euros. [16] En el período posterior al 18 de mayo de 2005, la Sra. Kiiski percibió una prestación familiar por importe de 1.951,75 euros mensuales. De haber trabajado su salario habría sido de 3.572,90 euros mensuales, incluidos todos los complementos y aumentos.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

26. Mediante resolución de 24 de febrero de 2006, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 28 de febrero de 2006, el Tampereen käräjäoikeus suspendió el proceso y remitió al Tribunal de Justicia las tres siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye una discriminación directa o indirecta contraria al artículo 2 de la Directiva 76/207 [...] el hecho de que un empleador deniegue la modificación de las fechas de un permiso para el cuidado de hijos concedido a una trabajadora o la interrupción de dicho permiso a causa de un nuevo embarazo, del que la trabajadora tuvo conocimiento antes del inicio del permiso, basando tal denegación en una interpretación consolidada de la normativa nacional, según la cual un nuevo embarazo no constituye, en general, un motivo imprevisible y legítimo en virtud del cual puedan modificarse las fechas y la duración del permiso para el cuidado de hijos?

2) ¿Puede el empleador justificar suficientemente su actitud descrita en la primera cuestión, que puede constituir eventualmente una discriminación indirecta desde el punto de vista de la Directiva [76/207], por el hecho de que la modificación de la organización del trabajo del profesorado y la continuidad de la actividad docente impliquen problemas que generan inconvenientes ordinarios carentes de gravedad, o por el hecho de que, según la normativa nacional, el empleador tenga la obligación de compensar la pérdida de salario que sufra el sustituto del profesor en permiso para el cuidado de hijos si éste se reincorpora a su puesto antes del término de dicho permiso?

3) ¿Es aplicable la Directiva 92/85 [...] y, en caso afirmativo, ha de considerarse que la actitud del empleador descrita en la primera cuestión es contraria a los artículos 8 y 11 de dicha Directiva en

16 — Correspondientes a 73 días a razón de 78,07 euros cada uno.

el supuesto de que, por el hecho de continuar en permiso para el cuidado de hijos, la trabajadora haya perdido la posibilidad de obtener las ventajas salariales inherentes al permiso de maternidad derivadas de su relación de trabajo en el sector público?»

27. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, además de la Sra. Kiiski y el ayuntamiento de Tampere, [17] han presentado alegaciones por escrito el Gobierno italiano y el Gobierno finlandés así como la Comisión de las Comunidades Europeas. Además, en el juicio oral celebrado el 8 de febrero de 2007 ante el Tribunal de Justicia han intervenido el ayuntamiento de Tampere, el Gobierno finlandés y la Comisión.

V. Apreciación

28. Las tres cuestiones prejudiciales se dirigen en conjunto a determinar si una trabajadora sufre discriminación por razón de sexo y resultan lesionados sus derechos como embarazada cuando se le deniega, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida, por causa de un nuevo embarazo, a fin de que pueda configurar el cuidado de los hijos de una forma distinta a la prevista inicialmente y disfrutar de un permiso de maternidad.

A. *Sobre la posible discriminación en el sentido de la Directiva 76/207 (cuestiones prejudiciales primera y segunda)*

29. Las dos primeras cuestiones prejudiciales se dedican al problema de una posible discriminación por razón de sexo. Con ellas, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber si una trabajadora embarazada es discriminada por razón de sexo cuando se le deniega, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida.

30. El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en cuanto a las condiciones de empleo y de trabajo, comprende, con arreglo al artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 76/207, una prohibición de discriminación tanto directa como indirecta por razón de sexo. A este respecto, la Directiva solamente permite una discriminación indirecta objetivamente justificada con una finalidad legítima (artículo 2, apartado 2, segundo guión, de la Directiva 76/207).

17 — Tampereen kaupunki.

1. Sobre la discriminación directa por razón de sexo

31. Existirá una *discriminación directa* cuando, en situación comparable, una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra por razón de sexo (artículo 2, apartado 2, primer guión, de la Directiva 76/207).

32. En la jurisprudencia se ha reconocido que tal discriminación puede consistir en que un empleador tenga en cuenta, en perjuicio de una trabajadora, su embarazo o los riesgos relacionados con el embarazo al tomar una decisión que la afecte. [18] Estas consideraciones han influido también en el legislador al redactar la nueva versión del artículo 2 de la Directiva 76/207, ya que en su apartado 7 se establece expresamente de forma clara que un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituye una discriminación en el sentido de esa Directiva.

33. Sin embargo, un asunto como el que nos ocupa se caracteriza por que el empleador precisamente no tiene en consideración el nuevo embarazo de la trabajadora afectada y, por tanto, no la trata de forma menos favorable que a otros trabajadores. Al desestimar las distintas solicitudes de la Sra. Kiiski de reducir la duración de su excedencia para el cuidado de hijos, el director del instituto atendió a razones objetivas relacionadas con el funcionamiento del centro que no tienen nada que ver con el embarazo ni con los riesgos relacionados con el embarazo, sino que se hubieran aplicado a cualquier trabajador, con independencia de su sexo: tanto un hombre como una mujer no embarazada hubieran sido tratados de igual manera en su situación. El nuevo embarazo de la Sra. Kiiski no tuvo una relación de causalidad con la negativa a la modificación que ella pretendía del período de excedencia.

34. En realidad, las distintas solicitudes de la Sra. Kiiski de reducir la duración de su excedencia para el cuidado de hijos representan un intento de procurar, alegando un nuevo embarazo, un trato especial a su favor que otros trabajadores no hubieran recibido.

35. Dicho trato especial, sin embargo, sólo se ha de dispensar en tanto en cuanto la situación de una trabajadora como la Sra. Kiiski se diferencie sustancialmente de la de otros trabajadores por razón de su embarazo. Es preciso recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que no se traten de manera diferente situaciones que son com-

18 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12, y Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979), apartado 13; de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993), apartado 25; de 8 de septiembre de 2005, McKenna (C-191/03, Rec. p. I-7631), apartado 47, y de 27 de febrero de 2003, Busch (C-320/01, Rec. p. I-2041), apartados 39 y 40.

parables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente. [19] En este mismo sentido, la definición legal de discriminación directa del artículo 2, apartado 2, segundo guión, de la Directiva 76/207 hace referencia expresa a la equivalencia de las situaciones.

36. Para valorar hasta qué punto el embarazo de una trabajadora debe ser teniendo en cuenta al decidir sobre la reducción por ella deseada de su excedencia, ha de hacerse una interpretación teleológica de la excedencia para el cuidado de hijos o del permiso parental. Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, un permiso de esta naturaleza se concede a los padres «para que puedan ocuparse de su hijo». [20]

37. En este sentido, la situación de una trabajadora embarazada no se diferencia sustancialmente de la de otros trabajadores de cualquier sexo a quienes también se haya concedido la excedencia para el cuidado de hijos. Es cierto que un nuevo embarazo durante dicha excedencia puede acarrear en ocasiones una doble carga para la trabajadora, especialmente en la última fase de la gravidez y en los primeros momentos tras el parto, pero de ninguna manera puede deducirse de ahí de forma general que a esa trabajadora el embarazo le haga imposible dedicar la excedencia a ocuparse de su primer hijo, tal como indica la normativa de la excedencia para el cuidado de hijos.

38. La Sra. Kiiski señala que, con su nuevo embarazo, se han alterado sustancialmente las circunstancias para el cuidado de su primer hijo, pero en ningún momento justifica esa afirmación aportando argumentos de peso. Tal como se deduce de la petición de decisión prejudicial, la Sra. Kiiski, en sus diversas solicitudes de reducir la duración de la excedencia ya concedida, pretendía básicamente organizar el cuidado de sus hijos de forma distinta a la inicialmente concebida. En particular, pretendía que su marido pudiera disfrutar por su parte de una excedencia.

39. Pero aun desde ese punto de vista su situación no difiere sustancialmente de la de otro trabajador de cualquier sexo que, por razones de conveniencia, quisiera modificar su planificación inicial, en concreto para implicar más activamente al otro progenitor en el cuidado de los hijos. La pretendida reducción global de la duración de la excedencia no es de ninguna manera una consecuencia necesaria del nuevo embarazo y sobre todo, no está conectada con los riesgos inmanentes de un embarazo para la trabajadora. Tampoco es una consecuencia del embarazo de la trabajadora que el otro progenitor, en virtud de las disposiciones

19 — Véanse las sentencias de 30 de marzo de 2004, Alabaster (C-147/02, Rec. p. I-3101), apartado 45; de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), apartado 70; de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801), apartado 71, y de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger (C-300/04, Rec. p. I-0000), apartado 57.

20 — Sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo (C-519/03, Rec. p. I-3067), apartado 32; véase también la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el permiso parental.

nacionales aplicables, no pueda disfrutar de forma simultánea de una excedencia para el cuidado de hijos. Al contrario, lo que impide al otro progenitor disfrutar de la excedencia para el cuidado de hijos es simplemente el hecho de que ya la haya reclamado el otro, independientemente de su sexo y de un posible embarazo.

40. Por tanto, dado que la situación de una trabajadora embarazada como la Sra. Kiiski no se diferencia sustancialmente de la de otros trabajadores en relación con la excedencia para el cuidado de hijos, [21] el principio de igualdad de trato tampoco obliga a su empleador a tener en cuenta de modo especial su embarazo al decidir sobre la reducción solicitada de la excedencia.

41. Nada distinto se deduce de la sentencia Busch, [22] a la que se ha referido la Sra. Kiiski en el proceso principal. Sólo en apariencia se corresponden los hechos de aquel asunto con los del presente, si bien en ambos casos se trata de una trabajadora embarazada que desea terminar su excedencia para el cuidado de hijos de forma anticipada y reincorporarse a su puesto de trabajo para solicitar poco después el permiso de maternidad. Pero en realidad las diferencias entre los dos asuntos son considerables: mientras que en el caso Busch el empleador quiso evitar la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo precisamente debido a su embarazo, en el caso presente no existe ninguna relación de causalidad entre el embarazo y la denegación del empleador. Dado que para el período de excedencia de la Sra. Kiiski ya había sido nombrado un sustituto, el empleador no podía tener ningún interés en la reincorporación anticipada de aquélla a su puesto de trabajo, con independencia de si estaba embarazada o no. En consecuencia, no es el empleador quien trae a colación el embarazo de la trabajadora, sino la propia Sra. Kiiski, y sin razón, a fin de obtener ventajas de su estado.

42. En la sentencia Busch, el Tribunal de Justicia se limitó a señalar que una trabajadora es discriminada por razón de sexo cuando su empleador, precisamente debido a su embarazo o a los riesgos relacionados con él, pretende impedir una finalización anticipada de la excedencia para el cuidado de hijos. Pero esto no excluye que el empleador, en el ejercicio de la facultad discrecional que le incumbe, pueda rechazar la reincorporación anticipada de la trabajadora a su puesto por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa y que no tengan que ver con el embarazo. De la sentencia Busch 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.

21 — A este respecto, es irrelevante si la trabajadora ya conocía su embarazo antes del inicio de la excedencia para el cuidado de hijos y lo había comunicado al empleador o si lo supo o lo comunicó después.

22 — Citada en la nota 18.

43. Por lo tanto, aun teniendo en cuenta la sentencia Busch, no hay fundamentos en un asunto como el presente para alegar una discriminación directa por razón de sexo.

2. Sobre la discriminación indirecta por razón de sexo

44. Una *discriminación indirecta* por razón de sexo puede existir cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo (artículo 2, apartado 2, segundo guión, de la Directiva 76/207).

45. Las disposiciones y criterios en que se ha de basar en Finlandia la decisión sobre una eventual reducción de la duración de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida tienen en realidad un carácter neutro desde el punto de vista de la igualdad de sexos. No obstante, en un caso como el presente no existen motivos para pensar que tales disposiciones y criterios tiendan a *perjudicar* a los individuos de un determinado sexo (las mujeres) de manera especial respecto a los individuos del otro sexo. [23] Por lo tanto, de la información disponible sobre los hechos del proceso principal no se puede deducir que haya una discriminación indirecta.

46. Sólo en aras de la integridad quiero añadir que, a mi juicio, es objetivamente justificable una normativa nacional que permite al empleador exigir la existencia de un motivo fundado para la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida y, de no ser así, denegar la reducción por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa. A este respecto, me remito específicamente a las valoraciones que los interlocutores sociales europeos han atribuido al Acuerdo marco sobre el permiso parental (con la aprobación del legislador europeo) y a las que la propia Directiva 76/207 reconoce expresamente validez jurídica. [24]

47. Así, en el sexto considerando del Acuerdo marco sobre el permiso parental se subrayan de igual manera las necesidades de las empresas y de los trabajadores. En la cláusula 2, apartado 3, letra e), de este Acuerdo marco se recuerda, además, que pueden existir motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa que autoricen al empresario a posponer la concesión del permiso parental, por ejemplo, si no se puede encontrar rápidamente un sustituto para el trabajador afectado. Con mayor motivo ha de tener idéntica posibili-

23 — La mera circunstancia, por ejemplo, de que sean más mujeres que hombres quienes soliciten la excedencia para el cuidado de hijos no es suficiente para alegar la existencia de una discriminación indirecta.

24 — Véanse el artículo 2, apartado 7, párrafo cuarto, de la Directiva 76/207, en la versión modificada por la Directiva 2002/73, según el cual la presente Directiva no afecta a lo dispuesto en la Directiva 96/34.

dad el empresario para denegar, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, la reducción de la duración de un permiso parental ya concedido, por ejemplo, si ya ha encontrado un sustituto para el trabajador afectado del cual no se puede desprender anticipadamente sin más.

3. Conclusión parcial

48. En consecuencia, como conclusión parcial para las cuestiones prejudiciales primera y segunda ha de declararse:

Una normativa nacional que permite a un empleador denegar a una trabajadora, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida no constituye ni una discriminación directa ni una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 76/207, en su versión modificada por la Directiva 2002/73.

B. *Sobre la protección de las trabajadoras embarazadas con arreglo a la Directiva 92/85 (tercera cuestión prejudicial)*

49. Con su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si una trabajadora resulta lesionada en sus derechos como embarazada con arreglo a la Directiva 92/85 cuando, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, se le deniega la reducción de la duración de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida, para poder disfrutar de un permiso de maternidad.

50. La Directiva 76/207 no afecta a lo dispuesto en la Directiva 92/85. [25] Así, aunque en un caso como el presente no se haya vulnerado el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 76/207, la trabajadora afectada puede ver lesionados sus derechos como embarazada con arreglo a la Directiva 92/85. Esto presupone, sin embargo, que el presente supuesto pueda incluirse tanto en el ámbito de aplicación personal como en el material de la Directiva 92/85.

25 — Véase el artículo 2, apartado 7, párrafo cuarto, de la Directiva 76/207, en su versión modificada por la Directiva 2002/73.

1. El ámbito de aplicación personal de la Directiva 92/85

51. Para saber si una persona en la situación de la Sra. Kiiski debe ser considerada una *trabajadora* aun durante su excedencia para el cuidado de hijos y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 92/85, es determinante la situación laboral que le asigne su contrato de trabajo durante tal excedencia.

52. Esta cuestión se regula en el Derecho nacional. El Derecho comunitario no prevé nada a este respecto, tanto si se considera que la *excedencia para el cuidado de hijos* [26] solicitada por la Sra. Kiiski es equiparable a un *permiso parental* [27] en el sentido de la Directiva 96/34 como si va más allá. Aun en el caso de un *permiso parental,* para el cual el Acuerdo marco lo que prevé, en cualquier caso, son determinados requisitos mínimos de Derecho comunitario, su cláusula 2, apartado 7, cede expresamente a los Estados miembros y/o a los interlocutores sociales la definición del régimen del contrato o de la situación laboral para el período de permiso parental.

53. En el caso concreto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar, con arreglo al Derecho nacional, cuál era la situación laboral de la Sra. Kiiski durante su excedencia. La información que contiene la resolución de remisión parece apuntar a que, durante dicha excedencia, persistía la relación laboral y que simplemente se habían suspendido las obligaciones principales derivadas de ella. En tal caso, la Sra. Kiiski estaría también durante ese período incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 92/85.

2. El ámbito de aplicación material de la Directiva 92/85

54. En el caso presente se discute si una trabajadora también tiene derecho a un permiso de maternidad en el sentido del artículo 8 de la Directiva 92/85 si en el período para el que solicita tal permiso ya no se encuentra en activo, sino disfrutando de una excedencia para el cuidado de hijos. Esto depende del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/85 y de sus disposiciones sobre el permiso de maternidad.

55. Dado que el tenor literal del artículo 8 de la Directiva 92/85 nada aclara a este respecto, el significado y el alcance del derecho al permiso de maternidad garantizado por el ordenamiento comunitario

26 — En finés: «hoitovapaa».

27 — En finés: «vanhempainloma».

solamente pueden determinarse atendiendo a los objetivos que persigue la Directiva 92/85 y a su contexto normativo. [28]

56. La finalidad del permiso de maternidad 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 perturbe dichas relaciones. [29] La concesión del permiso de maternidad en el sentido del artículo 8 de la Directiva 92/85, junto con las garantías económicas con arreglo a los artículos 11 y 12 de la misma Directiva, deben contribuir a evitar que una trabajadora se exponga a sí misma y a su hijo a mayores cargas y riesgos por la continuación de su actividad laboral.

57. Así, el permiso de maternidad está especialmente concebido para evitar la doble carga del embarazo y del ejercicio de la actividad laboral. Pero una trabajadora *no* está expuesta a *esta* doble carga precisamente cuando en el período para el que reclama el permiso de maternidad ya está disfrutando de la excedencia para el cuidado de hijos o del permiso parental y no se encuentra en activo.

58. Sin duda, la trabajadora puede sufrir durante la excedencia para el cuidado de hijos en ocasiones una doble carga si se queda (de nuevo) embarazada durante ese período. Así, sobre todo en la fase final del embarazo y en los momentos posteriores al parto del segundo hijo es bastante probable que la madre esté limitada durante algún tiempo para el cuidado de su primer hijo.

59. Pero el permiso de maternidad tampoco sirve de ninguna ayuda frente a esta doble carga: una trabajadora que estuviera en permiso de maternidad, dado el caso, se encontraría al mismo tiempo con su embarazo y con la tarea de cuidar de su primer hijo, con lo que también estaría expuesta a una doble carga.

60. Por lo demás, este tipo de doble carga no está incluida en la finalidad protectora de la Directiva 92/85 ni del permiso de maternidad que ésta prevé. En efecto, tal como se deduce de su fundamento jurídico (el artículo 118 A del Tratado CE) y de sus considerandos primero, quinto y sexto, la

28 — Véanse a este respecto las sentencias de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 41; de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 60, y de 26 de octubre de 2006, Comisión/España (C-36/05, Rec. p. I-10313), apartado 25.

29 — Sentencia Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 20, apartado 32; véanse también las sentencias de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 41, y de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec. p. I-2605), apartad 32; en igual sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 43.

Directiva 92/85 se dirige a fomentar la mejora del entorno laboral y, especialmente, a garantizar la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas *en el puesto de trabajo.*

61. Por el contrario, la (sin duda importante) protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas *fuera* de la esfera directa de su actividad profesional, como puede ser durante una excedencia para el cuidado de hijos o un permiso parental, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85. Tal protección (al menos, en el actual estado del Derecho comunitario) solamente puede ser proporcionada por el Derecho nacional, esto es, por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales.

62. La sentencia Comisión/Luxemburgo [30] no lleva a una conclusión distinta: en ella el Tribunal de Justicia declaró que «un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho». Pero, para las trabajadoras que no se encuentren en activo sino disfrutando de una excedencia para el cuidado de hijos o un permiso parental, tal como se ha expuesto, el permiso de maternidad no es ningún «permiso garantizado por el Derecho comunitario». Dado que la trabajadora afectada, en cualquier caso, durante ese período no tenía derecho, desde el punto de vista del Derecho comunitario, al permiso de maternidad, tal derecho no podía verse perjudicado por la continuación de una excedencia distinta, ya sea la excedencia para el cuidado de hijos o el permiso parental.

63. La sentencia Comisión/Luxemburgo sólo deja claro que una trabajadora debe percibir una compensación por la parte no disfrutada de su permiso parental, *en caso de* que en ese período el Derecho nacional le reconozca el derecho al permiso de maternidad. [31] De este modo se pretende evitar que se quede sin disfrutar una parte de su permiso parental ya concedido. No obstante, no puedo de ningún modo interpretar esa sentencia en el sentido de que el Derecho comunitario otorgue necesariamente a las trabajadoras que se encuentren de permiso parental o de excedencia para el cuidado de hijos el *derecho* a reclamar el permiso de maternidad. Aunque los Estados miembros o los interlocutores sociales (según la sentencia Comisión/Luxemburgo) puedan extender el permiso de maternidad también a esos casos, [32] el Derecho comunitario no obliga a ello.

30 — Citada en la nota 20, apartado 33. En igual sentido, véase la anterior sentencia Merino Gómez (citada en la nota 29), apartado 41.

31 — En aquel caso el Tribunal de Justicia consideró una infracción del Tratado por parte de Luxemburgo el hecho de «establecer que el derecho a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción que surge durante el permiso parental sustituya a este último, que finaliza en ese momento, sin posibilidad de que el progenitor aplace la parte del permiso parental que aún no ha podido disfrutar» (sentencia Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 20, apartado 34 en relación con el apartado 1 de la parte dispositiva).

32 — La Directiva 92/85 tan sólo prevé unos criterios mínimos comunes, que ya se deducen de su propio fundamento jurídico (véase el artículo 118 A, apartado 2, del Tratado CE) y se repiten en el tenor literal del artículo 8 de la Directiva («como mínimo»).

64. Así, el artículo 8 de la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional según la cual el empresario, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, pueda denegar a una trabajadora la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida, que dicha trabajadora haya solicitado alegando un nuevo embarazo, con la intención de disfrutar un permiso de maternidad.

3. Las garantías económicas durante el permiso de maternidad con arreglo al artículo 11 de la Directiva 92/85

65. No obstante, suponiendo que una trabajadora como la Sra. Kiiski, que se encuentre de excedencia para el cuidado de hijos, pudiera reclamar en ese momento el permiso de maternidad, habría que aclarar qué garantías económicas se derivarían de la Directiva 92/85 para tal permiso.

66. De las declaraciones escritas de la Sra. Kiiski se deduce que reclama su retribución íntegra por los 72 días de su hipotético permiso de maternidad. [33] Constituye una cuestión de Derecho nacional, que, en todo caso, deberá examinar el órgano jurisdiccional remitente, comprobar si efectivamente le corresponde tal derecho (en el caso de reconocimiento del permiso de maternidad). Por su parte, desde el punto de vista del Derecho comunitario, no sería obligatorio el mantenimiento de la retribución en tal cuantía.

67. En efecto, con arreglo al artículo 11, puntos 2, letra b), y 3, de la Directiva 92/85, en el permiso de maternidad no es necesario garantizar el mantenimiento íntegro de la retribución, sino que los Estados miembros pueden prever únicamente el *beneficio de una prestación adecuada,* la cual se considerará así cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud.

68. En el actual estado del Derecho comunitario, ninguna disposición ni principio general de éste imponen la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante su permiso de maternidad, a condición de que el importe de las prestaciones abonadas no quede reducido a tal punto que ponga en peligro el objetivo, perseguido por el Derecho comunitario, de proteger a las trabajadoras, en particular antes del parto. [34]

33 — En este sentido, la Sra. Kiiski se remite al convenio colectivo aplicable.

34 — Sentencia McKenna (citada en la nota 18), apartado 59; en idéntico sentido, véase la sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 20.

69. A pesar de que, sin lugar a dudas, las trabajadoras en permiso de maternidad merecen una especial protección, su situación no puede equipararse a la de las personas que ocupen efectivamente su puesto de trabajo y, por tanto, estén en activo. [35] Y esto es tanto más cierto en casos como el presente, en que la trabajadora ya desde antes del inicio de su permiso de maternidad no estaba en activo, sino que se encontraba disfrutando de un permiso parental o una excedencia para el cuidado de hijos. Por tanto, su situación es más cercana a la de una persona que no ejerce una actividad profesional que a la de una persona que se encuentra en activo.

70. Por consiguiente, si en contra de lo expuesto anteriormente [36] se reconociera el derecho a un permiso de maternidad a una trabajadora en la situación de la Sra. Kiiski, el Derecho comunitario no obligaría en ningún caso al mantenimiento íntegro de la retribución durante ese permiso.

71. Por lo tanto, el artículo 11 de la Directiva 92/85 tampoco se opone a una normativa nacional que permite al empresario, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, denegar a una trabajadora la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida, que dicha trabajadora haya solicitado alegando un nuevo embarazo y con la intención de disfrutar un permiso de maternidad.

4. Conclusión parcial

72. En consecuencia, como conclusión parcial para la tercera cuestión prejudicial ha de declararse:

Los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85 tampoco se oponen a una normativa nacional que permite al empresario, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, denegar a una trabajadora la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida, que dicha trabajadora haya solicitado alegando un nuevo embarazo, aun cuando la trabajadora con ello pierda determinadas prestaciones económicas que, basadas en la relación laboral, se prevean para el permiso de maternidad.

35 — En este sentido, véanse las sentencias Gillespie, citada en la nota 34, apartado 17; de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), apartado 37, y McKenna, citada en la nota 18, apartados 50 y 59; véanse también mis conclusiones de 12 de febrero de 2004 en el asunto Österreichischer Gewerkschaftsbund (sentencia de 8 de junio de 2004, C-220/02, Rec. p. I-5907), puntos 95 y 96.

36 — Puntos 54 a 64 de estas conclusiones.

VI. Conclusión

73. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del modo siguiente:

«1) Una normativa nacional que permite a un empleador denegar a una trabajadora, por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, la reducción de una excedencia para el cuidado de hijos ya concedida no constituye ni una discriminación directa ni una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE.

2) Los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE 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.»