CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 21 de noviembre de 2002 [1]

1. El Arbeitsgericht Lübeck (Alemania) ha planteado al Tribunal de Justicia, de acuerdo con el artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales por las que pide la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, [2] para saber si una trabajadora, que disfruta de un permiso parental, tiene obligación de informar al empleador de que está embarazada cuando solicita su reincorporación antes de haber agotado dicho permiso, teniendo en cuenta que, debido a su estado, se halla en la imposibilidad de efectuar algunas de las tareas propias de su actividad.

I. Los hechos del litigio principal

2. La Sra. Wiebke Busch, demandante en el litigio principal, es una enfermera empleada, desde abril de 1998, en un hospital gestionado por la demandada, Klinikum Neustadt Gmbh & Co. Betriebs KG.

Con ocasión del nacimiento de su primer hijo, en junio de 2000, la Sra. Busch obtuvo un permiso parental de tres años. En octubre de 2000 quedó de nuevo encinta, por lo que el 30 de enero de 2001 solicitó por escrito la reincorporación a su puesto, sin limitación de turnos. Después de repetidas conversaciones telefónicas entre el jefe de personal y la trabajadora, la empresa decidió destinarla a un servicio con 39 camas atendidas por tres enfermeros en cada turno, en el que había una plaza vacante que convenía cubrir cuanto antes.

3. El 22 de marzo de 2001 la empresa demandada dio su consentimiento para que la Sra. Busch cancelara su permiso parental, sin haberle preguntado si estaba encinta. Se incorporó a su puesto el 9 de abril de 2001, pero al día siguiente informó a su empleador de que estaba embarazada de siete meses. La razón para volver a trabajar fue percibir el subsidio por maternidad, más elevado que el que se cobra durante el permiso parental, y el suplemento que abona el empresario.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

4. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Ley sobre protección de la maternidad (Mutterschutzgesetz), el descanso por maternidad debía comenzar el 23 de mayo. La demandada reaccionó enviando a la trabajadora a casa el 11 de abril e impugnó, a continuación, el consentimiento que había dado para la reincorporación, alegando engaño doloso y error sobre una cualidad esencial. A tenor de la prohibición del artículo 4, apartado 2, de esta Ley, estima que la trabajadora no constituía mano de obra de pleno rendimiento.

5. La Sra. Busch confirma que entre las tareas que realizan las enfermeras de su servicio se encuentran: levantar a pacientes impedidos para comer, lavar a los que necesitan cuidados intensivos, cambiarlos regularmente de postura con la ayuda de otra compañera, preparar y administrar inyecciones. Alega que, durante su primer embarazo, siguió realizando sus obligaciones habituales, aunque desempeñó también funciones administrativas. Indica que podía haber trabajado hasta el inicio del descanso por maternidad, de manera que no existía ninguna prohibición de empleo hasta el 23 de mayo de 2001, ya que en ese hospital se empujan las camas y el transporte dentro del edificio lo realiza un servicio interno especializado.

Reclama el pago de 4.181,77 DEM (2.138,11 euros) brutos en concepto de salario, así como 3.258,50 DEM (1.666,04 euros) netos en concepto de complemento al subsidio por maternidad.

6. La demandada se niega a pagar por entender que la empleada habría debido informar de su estado antes de reiniciar la actividad. Por ser un empleo de duración limitada (del 9 de abril al 23 de mayo de 2001), el embarazo constituye una cualidad esencial de la trabajadora y, al desconocer su existencia, la empresa incurrió en error.

7. Al parecer, las partes están de acuerdo en que, durante ese periodo, no había posibilidad de que la Sra. Busch colaborara en funciones administrativas.

II. La legislación nacional [3]

8. El artículo 3 de la Ley sobre protección de la maternidad establece que las mujeres embarazadas no deben trabajar durante las seis semanas anteriores al parto, a no ser que declaren expresamente que están dispuestas a hacerlo.

3 — Información proporcionada por la Comisión en sus observaciones escritas.

En virtud del artículo 4, apartado 1, queda prohibido confiarles tareas físicas pesadas o por las que queden expuestas a los efectos nocivos de sustancias o radiaciones perjudiciales para la salud, de polvo, de gases o vapores, de calor, de frío, de humedad, de vibraciones o de ruido. El apartado 2 no permite que se les encarguen trabajos en los que, de manera habitual, deban levantar, mover o transportar a mano, sin ayuda mecánica, pesos de más de 5 kg o de más de 10 kg, si es con carácter ocasional.

El artículo 11 regula la retribución de la trabajadora encinta afectada por una prohibición de trabajo contemplada en la Ley. En caso de que no tenga derecho al subsidio de maternidad, si suspende total o parcialmente su actividad profesional, continúa percibiendo de su empleador el salario medio de las trece últimas semanas o de los tres meses anteriores a aquel en el que se ha quedado encinta.

De acuerdo con el artículo 13, las trabajadoras afiliadas a una caja de enfermedad perciben un subsidio durante el periodo de descanso por maternidad, que se eleva a 25 DEM (12,78 euros) diarios. Según dispone el artículo 14, si tienen derecho a este subsidio, cobran a la vez un complemento a cargo del empleador igual a la diferencia entre 25 DEM y el salario medio diario, a la que se restan las deducciones legales.

9. El artículo 5 de la Ley federal relativa a la concesión del subsidio y del permiso parental (Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub) fija su importe durante el permiso parental en 600 DEM [4] (306,78 euros) al mes. Por aplicación del artículo 7, a partir del nacimiento, el subsidio de maternidad se imputa al del permiso parental.

El artículo 16 obliga al trabajador que desea disfrutar de un permiso parental a solicitarlo al empleador, como mínimo, cuatro semanas antes de iniciarlo y a definir su duración. El beneficiario puede ponerle fin anticipadamente o prolongarlo, siempre que el empleador dé su consentimiento, para lo que goza, al parecer, de libertad de apreciación. [5]

10. El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), en el artículo 123, prevé que toda persona puede impugnar su declaración de voluntad, cuando ha sido realizada bajo la influencia de dolo o de amenazas.

4 — A partir del 1 de enero de 2001, este importe quedó fijado, en función de los ingresos y de la preferencia del beneficiario, en 900 DEM (460,16 euros) durante el primer año de vida del hijo o en 600 DEM durante los dos primeros años.

5 — Esta disposición ha sido modificada y completada, con efecto al 1 de enero de 2001, de manera que, a partir de esa fecha, el empleador sólo puede oponerse a que se ponga prematuramente fin al permiso parental por causa del nacimiento de otro hijo o en caso de necesidad perentoria, sobre la base de razones imperiosas ligadas al buen funcionamiento de la empresa. No se permite, sin embargo, que la trabajadora renuncie al permiso parental durante el periodo que corresponde al descanso por maternidad. Estas reformas no se aplican a los hechos del litigio principal a causa de la disposición transitoria que figura en el artículo 24, apartado 1, de la citada Ley.

En virtud del artículo 119, apartado 1, también puede impugnar su declaración de voluntad quien, al efectuarla, ha incurrido en error sobre su contenido o no la habría efectuado si hubiera conocido la situación de hecho y evaluado la cuestión con discernimiento. De acuerdo con el apartado 2, constituye asimismo un error el equívoco sobre las cualidades de la persona o de la cosa, consideradas esenciales según la costumbre.

III. Las cuestiones prejudiciales

11. El Arbeitsgericht Lübeck, que debe resolver este asunto, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas a título prejudicial:

«1) ¿Constituye una discriminación ilícita por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, el que se obligue a una mujer que, con el consentimiento de su empresario, desea poner término al permiso parental del que disfruta, a comunicarle su nuevo embarazo —cuya existencia le consta— antes de que se llegue a un acuerdo sobre la reincorporación, cuando no pueda ejercer en su totalidad la actividad proyectada por operar desde el primer día una prohibición de empleo para determinadas tareas?

2) En el caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión, en el supuesto de hecho expuesto ¿constituye una discriminación ilícita por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 76/207, el que el empresario tenga derecho a impugnar su declaración de voluntad por la que acepta poner fin al permiso parental, por haber incurrido en error sobre la existencia de un embarazo en la mujer?»

IV. La legislación comunitaria

12. Con el fin de responder a las cuestiones planteadas, resulta necesario interpretar algunas de las disposiciones de la Directiva 76/207.

«*Artículo 2*

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.

[...]»

«*Artículo 5*

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.

[...]»

V. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, dentro del plazo establecido por el artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia las partes en el litigio principal, el Gobierno alemán y la Comisión.

En la vista que tuvo lugar el 23 de octubre de 2002, comparecieron, con objeto de realizar oralmente sus alegaciones, el representante de la parte demandada y la Comisión.

VI. La primera cuestión prejudicial

14. Mediante esta pregunta el órgano jurisdiccional nacional desea saber si el artículo 2, apartados 1 y 3, y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen a que una trabajadora que, con el consentimiento del empresario, quiere adelantar el final del permiso parental de que disfruta, deba informarle de que está encinta, antes de llegar a un acuerdo sobre la reincorporación cuando, por razón de su estado, no puede ejercer todas las funciones, a causa de una prohibición legal aplicable desde el primer día.

A. *La posición de quienes han presentado observaciones*

15. Para la Sra. Busch, la exigencia de declarar el embarazo antes de la reincorporación al trabajo constituye una discriminación por razón de sexo, ya que sólo una mujer puede hallarse impedida por su estado para efectuar determinadas tareas. El empleador no está en condiciones de impugnar la validez del consentimiento, basándose en el dolo, pues no le preguntó si estaba encinta, mientras que, de alegar error en las cualidades esenciales de la persona, incurre en discriminación, ya que el no estar embarazada no forma parte del elenco de cualidades esenciales de una mujer. En realidad, habría podido ejercer

la mayoría de sus funciones, dado que las que le estaban vedadas representaban apenas unos minutos del total de la jornada laboral. Hubiera sido preferible liberarla de esas actividades, en lugar de impedirle trabajar por completo.

16. La parte demandada en el litigio principal sostiene que las tareas que la trabajadora estaba impedida de realizar eran una buena parte de las que corresponden al puesto. Entiende que no existe discriminación, porque el contrato de trabajo no se ha rescindido, y que el periodo de actividad de seis semanas es equiparable a una relación laboral de duración determinada, en la que la trabajadora está incapacitada para ejecutar su prestación. En cumplimiento del deber de lealtad inherente al contrato de trabajo, del que sólo se suspenden, durante el permiso parental, las obligaciones principales, la Sra. Busch habría debido informar de que, merced a su estado, no podía cuidar enfermos. Si hubiera discriminación, estaría justificada, porque las disposiciones que restringen la actividad de la mujer en determinadas circunstancias han sido adoptadas con el fin de otorgar protección a la maternidad.

17. El Gobierno alemán diferencia los supuestos de discriminación de una mujer encinta en el acceso al empleo o en el despido de aquellos en los que ya disfruta de un contrato de trabajo indefinido, cuya validez no se cuestiona. Al inicio de una relación laboral no se puede pedir a la trabajadora que informe sobre su estado, para evitar perjudicarla. A su parecer, la Sra. Busch no está reivindicando un derecho a la igualdad con los hombres, sino que pretende obtener una ventaja económica en relación con las demás trabajadoras embarazadas que siguen disfrutando del permiso parental, lo que, en su opinión, se asemeja mucho a un abuso de derecho.

18. Para la Comisión, el rechazo del empleador a que una trabajadora encinta se reincorpore a su puesto antes del final del permiso parental, debido a su estado, constituye una discriminación por razón de sexo, contraria a la Directiva 76/207. Al tratarse de un contrato de duración indefinida, no ha lugar a examinar si la imposibilidad de que la empleada realice, en el periodo que precede al permiso de maternidad, la totalidad de las prestaciones propias del puesto por una prohibición legal es una excepción al principio general de no discriminación. Partiendo de la base de que el embarazo no es un criterio que el empleador pueda tomar en cuenta, por discriminatorio, resulta irrelevante que la trabajadora le comunique su estado.

B. *Respuesta a la cuestión prejudicial*

19. El Acuerdo marco sobre el permiso parental [6] representa un compromiso de las

6 — Hecho en Bruselas el 14 de diciembre de 1995.

organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES) para establecer disposiciones mínimas sobre ese tipo de licencia, como medio importante para compaginar la vida profesional y familiar, así como para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Fue declarado aplicable a los Estados miembros, con excepción del Reino Unido, por la Directiva 96/34/CE,[7] adoptada el 3 de junio de 1996 sobre la base del apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la política social,[8] que permite a los interlocutores sociales pedir conjuntamente la aplicación de los instrumentos de ámbito comunitario mediante una decisión del Consejo, a propuesta de la Comisión. El plazo para incorporar al derecho interno el contenido del Acuerdo marco sobre el permiso parental finalizó el 3 de junio de 1998.[9]

20. Con arreglo a la cláusula 1, el Acuerdo establece disposiciones mínimas cuyo objetivo es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan. La cláusula 4 permite a los Estados miembros mantener o introducir medidas más favorables que las previstas en el Acuerdo. El texto no limita el derecho individual de permiso parental a los trabajadores cuya relación laboral sea de duración indefinida.

21. En virtud del punto 7 de la cláusula 2, también queda en manos de los Estados miembros y de los interlocutores sociales la definición del régimen del contrato o de la situación laboral para el periodo de permiso parental. Está claro, sin embargo, que, aunque las obligaciones principales de las partes hayan quedado en suspenso, el contrato sigue existiendo, ya que, conforme al punto 5 de la cláusula 2, al final del permiso parental el trabajador tiene derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar.

22. La duración del permiso parental se fija entre un mínimo de tres meses y una edad determinada, que puede llegar hasta los ocho años. No existe, sin embargo, ninguna previsión respecto a la reincorporación del trabajador a su puesto antes de que finalice el permiso que se le ha concedido. Por esta razón, las condiciones en las que puede tener lugar la vuelta anticipada al trabajo se deciden en el ámbito nacional, bien a través de la legislación, bien por medio de los convenios colectivos.

La Ley alemana relativa a la concesión del subsidio y del permiso parental, en la

7 — Directiva 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, p. 4).

8 — Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, anexo al Protocolo nº 14, incorporado al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de la Unión, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. El texto de las disposiciones del Acuerdo sobre política social ha sido incorporado a los artículos 117 a 120 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) por el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de mayo de 1999.

9 — Esta Directiva fue modificada y ampliada al Reino Unido por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DO 1998, L 10, p. 24). El plazo concedido a ese Estado miembro para la adaptación de su derecho interno finalizó el 15 de diciembre de 1999.

versión aplicable a los hechos del litigio principal, permitía la reincorporación antes del término del periodo acordado, sin otra condición que la conformidad del empleador, para lo que gozaba de libertad de apreciación.

23. La Directiva 76/207 contempla la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo. [10] El artículo 5 dispone que la aplicación del principio a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas estipulaciones, sin discriminación por razón de sexo.

La cualidad de trabajador lleva aparejado el derecho al permiso parental y, mientras dura la licencia, el contrato laboral sigue en vigor. Por tanto, los requisitos aplicables a la reincorporación del interesado a su puesto, antes de la finalización del permiso, forman parte de las condiciones de trabajo y, como tales, están sujetos a las disposiciones de esta Directiva, con la consecuencia de que no pueden ser distintos en función del sexo del trabajador.

24. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretativa del principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 76/207, cuando se hallan en juego los derechos laborales de trabajadoras encintas, empieza a ser ya bastante nutrida. Hasta ahora siempre ha calificado de discriminación directa por razón de sexo la toma en consideración, por parte del empleador, del embarazo como criterio para no contratar a una mujer, [11] para despedirla [12] o para negarse a renovar un contrato de duración determinada. [13] Resulta asimismo discriminatorio despedir a una trabajadora encinta por las ausencias motivadas por una incapacidad laboral ocasionada por su estado. [14] El Tribunal de Justicia nunca ha aceptado justificar esta discriminación mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario que emplea a una mujer embarazada, durante el periodo de descanso por maternidad o durante el embarazo.

De acuerdo con la jurisprudencia, al tener carácter imperativo, la prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo se impone a la acción de las autoridades públicas, sino también a todos los convenios destinados a regular de manera colectiva el trabajo por cuenta ajena, así como a

10 — La 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174), ha precisado el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación del principio en el ámbito de la seguridad social.

11 — Sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (177/88, Rec. p. I-3941) y de 3 de febrero de 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549).

12 — Sentencias de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567) y de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993).

13 — Sentencia de 4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar (C-438/99, Rec. p. I-6915).

14 — Sentencia de 30 de junio de 1998, Brown (C-394/96, Rec. p. I-4185). En esta sentencia el Pleno del Tribunal de Justicia rectificó la decisión de la Sala Sexta, dictada el 29 de mayo de 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757). Véanse las conclusiones que presenté en estos dos asuntos.

los contratos entre particulares. [15] La prohibición se aplica igualmente a los actos unilaterales de un empleador en relación con sus empleados. [16]

25. Es cierto que, en el caso de la Sra. Busch, no se trata del acceso a un empleo ni de un despido, sino de las condiciones bajo las que se ejercen los derechos y se cumplen las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. Sin embargo, como ya he indicado, las disposiciones de la Directiva 76/207 prohíben que el empleador se base en el hecho de que la trabajadora esté encinta para tomar una decisión que la perjudique en sus derechos laborales. En consecuencia, si el embarazo de la interesada es el motivo por el que el empleador se niega a permitir su reingreso en la empresa antes de la finalización del permiso parental, hay una discriminación directa por razón de sexo, contraria al artículo 5, apartado 1, de la Directiva, ya que los requisitos que se imponen para la reincorporación forman parte de las condiciones de trabajo que deben aplicarse por igual a hombres y mujeres, mientras que el embarazo es un estado que sólo afecta a estas últimas.

Dado que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo a la hora de examinar la reincorporación, so pena de incurrir en una discriminación directa por razón de sexo, el estado de la trabajadora resulta irrelevante para la determinación del empleador, con la consecuencia de que la mujer no queda obligada a comunicarle que está encinta.

26. El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre la ruptura de un contrato de trabajo en razón del embarazo, a través de una declaración de nulidad o de una impugnación por causa de error en las cualidades esenciales de la trabajadora, debido a la prohibición legal de trabajo nocturno, [17] y sobre la negativa a contratar a una mujer encinta, basada en una prohibición legal para ocupar el puesto que le estaba destinado. [18] Ambas prohibiciones venían impuestas, al igual que para la Sra. Busch, por la Ley alemana sobre protección de la maternidad.

27. En estos dos asuntos, como puso de relieve el Tribunal de Justicia, la desigualdad de trato no se justificaba directamente en el embarazo de la mujer, sino en la prohibición legal de trabajo vinculada a ese estado, amparada por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, en cuya virtud tal prohibición no obsta a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

15 — Sentencias de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 12; de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), apartado 11; y de 9 de septiembre de 1999, Krüger (C-281/97, Rec. p. I-5127), apartado 20.

16 — Sentencia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), apartado 26.

17 — Sentencia de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657).

18 — Sentencia Mahlburg, antes citada.

Aun así, en el primero apreció que una discriminación directa, como es la ruptura de un contrato de duración indeterminada debido al embarazo, ya sea como consecuencia de la nulidad o de una impugnación, no se explica por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un horario nocturno.

En el segundo interpretó que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por corolario un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de la mujer, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata encinta porque una prohibición de trabajo motivada por su estado le impide destinarla, desde el primer momento y hasta que inicie el descanso por maternidad, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante, añadiendo que no cabe justificar la negativa por el perjuicio económico del empresario derivado de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trate mientras se halle en ese estado.

28. La prohibición que afecta a la Sra. Busch por estar encinta es similar, aunque menos intensa, a la que se oponía a la Sra. Habermann-Beltermann y a la Sra. Mahlburg; viene impuesta por la Ley sobre la protección de la maternidad, amparada por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207. Esta norma reserva a los Estados miembros una facultad de apreciación en relación con las medidas sociales que adopten con el fin de garantizar, en el marco diseñado por la Directiva, la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, así como la compensación de los inconvenientes de hecho, en materia de conservación del empleo, que sufre la mujer a diferencia del hombre. [19]

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del apartado 3 del artículo 2 no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que atañe a su acceso al empleo ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo y que, en esta perspectiva, la Directiva tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. [20]

29. La demandada en el litigio principal sostiene que la reincorporación de la Sr. Busch a su puesto, en las circunstancias descritas, resultaría discriminatorio para el resto de las empleadas que, aun estando encintas, siguen disfrutando de su permiso parental.

30. Es difícil compartir esta opinión a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que define la discriminación como el hecho de aplicar normas distintas a

19 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 27.

20 — Sentencia de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 26.

situaciones comparables o la misma norma a situaciones diferentes. [21]

Una empleada encinta que se reincorpora a su puesto antes del final del permiso parental recupera su situación de actividad y tiene derecho a percibir el salario y el complemento al subsidio de maternidad a cargo del empleador. Por el contrario, la que sigue disfrutando del permiso parental durante el embarazo forma parte de la población inactiva. Al hallarse ambas mujeres en posiciones distintas, darles el mismo trato constituiría una violación del principio de igualdad.

31. Aunque el órgano jurisdiccional alemán, en el auto en el que ha planteado la cuestión prejudicial, demuestra estar al corriente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad de trato, parece que, cuando lo redactó, todavía no se habían dictado las sentencias Tele Danmark [22] y Jiménez Melgar. [23]

32. Esta puntualización resulta de interés, porque el juez nacional, apoyándose en algunas de las sentencias que acabo de examinar, dictadas en supuestos en los que se discutía sobre el acceso a un puesto de trabajo o el despido de una mujer encinta titular de un contrato de duración indefinida, saca algunas consecuencias que resultan erróneas a la luz de la interpretación del principio de igualdad de trato que llevó a cabo el Tribunal de Justicia en esas dos resoluciones del otoño de 2001, [24] en las que examinó, por primera vez, si dicho principio se aplicaba de la misma manera cuando la relación laboral se establecía por tiempo determinado.

Por ejemplo, en el punto 1 b) del capítulo II del auto, el Arbeitsgericht Lübeck afirma, después de citar dos sentencias del Tribunal de Justicia, que de su texto «se deduce que, salvo al establecer relaciones laborales de duración indefinida, el empresario no sólo puede preguntar por el embarazo de una candidata, sino que la mujer tiene el deber de manifestarlo, aunque no se le pregunte expresamente». Añade que la Sra. Busch sabía que sólo trabajaría unas seis semanas y que, «por tanto, su situación se planteaba como si se tratase del inicio de una relación laboral limitada en el tiempo».

A la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal del Justicia, estas apreciaciones no pueden ir más desencaminadas.

33. En la sentencia Tele Danmark se trataba de saber si resultaba discriminatorio el

21 — Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30; de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94, Rec. p. I-3089), apartado 40; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind (C-391/97, Rec. p. I-5451), apartado 21; y de 3 de octubre de 2000, Ferlini (C-411/98, Rec. p. I-8081), apartado 51.

22 — Antes citada.

23 — Antes citada.

24 — Sentencias Tele Danmark y Jiménez Melgar, antes citadas.

despido de una trabajadora por causa de embarazo, teniendo en cuenta que había sido contratada por un periodo determinado sin informar al empleador de su estado, aun conociéndolo en el momento de la contratación, y que, debido al embarazo, no podría trabajar una gran parte de la duración del contrato.

34. El Tribunal de Justicia reiteró la doctrina sentada en la sentencia Webb,[25] a cuyo tenor, aunque para el empleador la disponibilidad del trabajador es 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 que la presencia de la interesada, durante el periodo correspondiente a su permiso de maternidad, sea 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 76/207.

Añadió que esta interpretación no puede ser modificada por la circunstancia de que el contrato de trabajo celebrado sea de duración determinada. En opinión del Tribunal de Justicia, puesto que el despido de una trabajadora a causa de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, independientemente de la naturaleza y del alcance del perjuicio económico inferido al empresario por la ausencia debida al embarazo, 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.

35. En la sentencia Jiménez Melgar, una de las cuestiones suscitadas versaba sobre la negativa a renovar el contrato de trabajo de duración determinada de una empleada encinta. El Tribunal de Justicia apreció que, si bien la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE[26] se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, 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, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207.

36. No cabe negar que el hecho de que la trabajadora no pueda efectuar todas las tareas del puesto una vez reincorporada es susceptible de tener un impacto sobre la empresa, tanto desde un punto de vista de organización como económico. Sin embargo, el artículo 5 de la Directiva 92/85 ofrece al empleador un cierto margen de maniobra, pues le permite, en caso de riesgo para la seguridad o la salud, o de alguna

25 — Antes citada.

26 — Directiva 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 periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora, proceder, como primer paso, a una adaptación provisional de las condiciones o del tiempo de trabajo; si esto no fuera posible, debe tomar las medidas necesarias para garantizarle un cambio de puesto; y, sólo si estas soluciones quedaran fuera de sus posibilidades, tiene que dispensarla de trabajar durante el periodo necesario para su protección.

37. El Tribunal de Justicia ha interpretado que las Directivas 76/207 y 92/85 se oponen a una legislación nacional que, cuando un empresario no puede dar trabajo a una empleada encinta, que no está en situación de incapacidad laboral, le permite obligarla a dejar de trabajar sin pagarle la totalidad de su salario y sin examinar previamente la viabilidad de organizar sus condiciones, su tiempo de trabajo o incluso la de destinarla a otro puesto. [27]

En lugar de recurrir a los medios que el artículo 5 de la Directiva 92/85 pone a su disposición, la parte demandada en el litigio principal decidió liberar a la empleada de trabajar, con efectos inmediatos, [28] impugnando el consentimiento que había emitido para poner término al permiso parental, por engaño doloso y error sobre una cualidad esencial.

27 — Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartados 58 y 59.

28 — Sin embargo, en el acto de la vista, su representante informó al Tribunal de Justicia de que la mayor parte del personal del cuerpo de enfermería en ese hospital son mujeres y que en la planificación de las necesidades de contratación tienen permanentemente en cuenta la posibilidad de embarazos.

38. En cualquier caso, como acertadamente pone de relieve la Comisión en sus observaciones escritas, 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.

39. Quiero añadir algunas consideraciones de interés para el Arbeitsgericht Lübeck, pues aun sin haber preguntado directamente por la existencia de un abuso de derecho por parte de la trabajadora, parece apuntar esa posibilidad, a la luz de algunas de las observaciones que hace en el apartado 1 b) del capítulo II del auto.

En primer lugar, la reincorporación antes del fin del permiso parental se articula, en el ordenamiento jurídico alemán, como un derecho del trabajador.

En segundo lugar, aunque el empleador otorgó el consentimiento para el reingreso en marzo, la solicitud había sido presentada en enero, de manera que, de no haber tardado tanto en llegar el acuerdo, la trabajadora habría podido permanecer en situación de actividad durante un periodo más largo antes de empezar el descanso por maternidad.

En tercer lugar, aun cuando la intención de la Sra. Busch fuera percibir el subsidio por maternidad, más elevado que el que se cobra durante el permiso parental, así como el suplemento que abona el empresario, nada hace presumir que todas las mujeres encintas que soliciten la reincorporación persigan el mismo objetivo. Existen otras razones para que una trabajadora regrese a su puesto, como, por ejemplo, la posibilidad de cobrar algunos meses de salario completo antes del parto; el hecho de que el hijo para cuyo cuidado había pedido el permiso parental deje de estar a su cargo; la perspectiva de una promoción o la participación en una acción de formación profesional.

Por último, la prohibición de realizar determinadas tareas durante el embarazo sólo afecta a las mujeres que desempeñen una actividad que las exponga a riesgos para su seguridad o su salud, en cuyo caso el empleador ha de llevar a cabo una organización provisional de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si no es posible, un cambio de puesto, concediendo, en último término, una dispensa de trabajo a la empleada.

40. Por las razones indicadas, procede declarar que el artículo 2, apartados 1 y 3, y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 se oponen a que una trabajadora que, con el consentimiento del empresario, quiere poner fin anticipadamente al permiso parental de que disfruta, deba informarle de que está encinta antes de llegar a un acuerdo sobre la reincorporación, aunque, por razón de su estado, no pueda ejercer todas las funciones a causa de una prohibición legal aplicable desde el primer día.

VII. La segunda cuestión prejudicial

41. Mediante esta pregunta, el juez nacional quiere saber si constituye una discriminación ilícita por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 76/207, que el empresario tenga derecho a impugnar su declaración de voluntad aceptando poner fin al permiso parental, por haber incurrido en error sobre la existencia de un embarazo en la mujer.

42. Estoy de acuerdo con la Comisión en que el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar las disposiciones del Código Civil a la luz del texto y de la finalidad de las Directivas 76/207 y 92/85, con el fin de alcanzar el resultado perseguido por la normativa comunitaria.

Me parece claro que, habida cuenta de que el empleador no puede invocar la existencia de un embarazo para denegar a la mujer la reincorporación a su puesto antes de la finalización del permiso parental, sería inaceptable que, cuando ya ha dado su acuerdo, consiguiera el mismo resultado recurriendo a los artículos 123 y 119 del Código Civil alemán.

43. Por este motivo, opino que el hecho de que el empleador tenga derecho a impugnar su declaración de voluntad aceptando poner fin al permiso parental de una trabajadora encinta, por haber incurrido en error sobre su estado, constituye una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207.

VIII. Conclusión

44. En atención a todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que dé al Arbeitsgericht Lübeck la siguiente respuesta:

«1) El artículo 2, apartados 1 y 3, y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen a que una trabajadora que, con el consentimiento del empresario, quiere poner fin anticipadamente al permiso parental de que disfruta, deba informarle de que está encinta antes de llegar a un acuerdo sobre la reincorporación aunque, por razón de su estado, no pueda ejercer todas las funciones a causa de una prohibición legal aplicable desde el primer día.

2) El hecho de que el empleador tenga derecho a impugnar su declaración de voluntad aceptando poner fin al permiso parental de una trabajadora encinta, por haber incurrido en error sobre su estado, constituye una discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva 76/207.»