

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 18 de marzo de 2014 (\*)

«Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2006/54/CE – Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras – Madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución – Negativa a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción – Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación – Interdicción de toda discriminación basada en una discapacidad – Madre subrogante discapacitada para la gestación – Existencia de una discapacidad – Validez de las Directivas 2006/54 y 2000/78»

En el asunto C-363/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Equality Tribunal (Irlanda), mediante resolución de 26 de julio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de julio de 2012, en el procedimiento entre

**Z.**

y

**A Government department,**

**The Board of management of a community school,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, el Sr. A. Tizzano, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. M. Ilešič, E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Safjan (Ponente) y J.L. da Cruz Vilaça, Presidentes de Sala, y los Sres. G. Arestis y J. Malenovský, la Sra. A. Prechal y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 28 de mayo de 2013;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Z., por la Sra. N. Butler, SC, el Sr. P. Dillon Malone, BL, y la Sra. A. Beirne, BL;
- en nombre del Government department y del Board of management of a community school, por la Sra. E. Creedon, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Durcan, SC, y la Sra. C. Smith, BL;
- en nombre de Irlanda, por la Sra. E. Creedon, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Durcan, SC, y la Sra. C. Smith, BL;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes y la Sra. S. Ribeiro, en calidad de agentes;
- en nombre del Parlamento Europeo, por las Sras. K. Zejdová y A. Pospíšilová Padowska, en calidad de agentes;

- en nombre del Consejo de la Unión Europea, por el Sr. H. Grahn, la Sra. R. Liudvinaviciute-Cordeiro y el Sr. S. Thomas, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. J. Enegren y la Sra. C. Gheorghiu, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de septiembre de 2013;

dicta la siguiente

## Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las Directivas 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23), y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16), y la validez de ambas Directivas.
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Z., una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, y un Government department (Ministerio irlandés) y el Board of management of a community school (consejo de dirección de una escuela municipal; en lo sucesivo, «Board of management»), acerca de la negativa a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a raíz del nacimiento de este niño.

### Marco jurídico

#### *Derecho internacional*

- 3 La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35; en lo sucesivo, «Convención de la ONU»), manifiesta en el punto e) de su preámbulo:

«Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

- 4 A tenor del artículo 1 de esa Convención:

«El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

- 5 El artículo 4 de esa Convención, titulado «Obligaciones generales», está así redactado:

«1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

[...]

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

[...]»

6 A tenor del artículo 5 de la misma Convención, titulado «Igualdad y no discriminación»:

«1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.»

7 El artículo 6 de la Convención de la ONU, titulado «Mujeres con discapacidad», dispone:

«1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.»

8 El artículo 27 de esa Convención, titulado «Trabajo y empleo», establece en su apartado 1:

«Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una

discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

[...]

- b) proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

[...]»

- 9 El artículo 28 de dicha Convención, titulado «Nivel de vida adecuado y protección social», prevé en su apartado 2:

«Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

[...]

- b) asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;

[...]»

- 10 El artículo 42 de la misma Convención dispone:

«La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007.»

- 11 El artículo 43 de la Convención de la ONU prevé:

«La presente Convención estará sujeta a la ratificación de los Estados signatarios y a la confirmación oficial de las organizaciones regionales de integración signatarias. Estará abierta a la adhesión de cualquier Estado u organización regional de integración que no la haya firmado.»

- 12 La Convención de la ONU entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

### *La normativa de la Unión*

#### La Directiva 92/85/CEE

- 13 El artículo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), contiene las definiciones siguientes:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) *trabajadora embarazada*: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) *trabajadora que ha dado a luz*: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

- c) *trabajadora en período de lactancia*: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.»

14 El artículo 8 de la misma Directiva, titulado «Permiso de maternidad», dispone:

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

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

La Directiva 2006/54

15 A tenor del considerando 27 de la Directiva 2006/54:

«Deben aplicarse consideraciones análogas al reconocimiento por los Estados miembros a hombres y mujeres de un derecho individual e intransferible al permiso por adopción de hijos. Corresponde a los Estados miembros determinar la oportunidad de conceder tal derecho al permiso parental y al permiso por adopción, así como las condiciones, distintas del despido y la reincorporación laboral, que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva.»

16 El artículo 1 de esa Directiva expone:

«La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

[...]

- b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución;

[...]»

17 El artículo 2 de dicha Directiva dispone:

«1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) “discriminación directa”: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;
- b) “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;

[...]

2. A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá:

[...]

- c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85 [...]»

18 El artículo 4 de la misma Directiva, referido a la igualdad de retribución, dispone:

«Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución.

[...]»

19 El artículo 14 de la Directiva 2006/54, sobre la igualdad de trato en lo concerniente a las condiciones de acceso al empleo, a la formación y la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, establece en su apartado 1:

«No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo [157 TFUE];

[...]»

20 A tenor del artículo 16 de esa Directiva, titulado «Permiso de paternidad y de adopción»:

«La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.»

La Directiva 2000/78

21 El artículo 1 de la Directiva 2000/78 expone:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

22 El artículo 2 de esa Directiva, titulado «Concepto de discriminación», establece:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y

necesarios; o que

- ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

[...]»

23 El artículo 3 de esa Directiva define su ámbito de aplicación de la siguiente manera:

«1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]»

24 El artículo 5 de la misma Directiva, titulado «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», está así redactado:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

#### *La normativa irlandesa*

25 La gestación por sustitución no está regulada en Irlanda.

26 El artículo 8 de la Maternity Protection Act 1994 (Ley de 1994 sobre la protección de la maternidad), en su versión aplicable a los hechos del asunto principal, dispone que las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a un permiso de maternidad de una duración mínima de 26 semanas.

27 El artículo 9 de esta Ley establece que uno de los requisitos necesarios para la concesión del permiso de maternidad es la presentación por la trabajadora a su empleador de un certificado médico u otro certificado apropiado que confirme el embarazo e indique la semana prevista del parto.

28 El artículo 6 de la Adoptive Leave Act 1995 (Ley de 1995 sobre el permiso por adopción), en su versión aplicable a los hechos del asunto principal, confiere a la trabajadora adoptante, o al trabajador que sea adoptante único, un permiso por adopción de una duración mínima de 24 semanas desde la fecha de la asignación del niño adoptado.

29 El artículo 7 de esta Ley prevé, en particular, la notificación previa de la adopción al empresario y la presentación a éste de un certificado de asignación, en caso de adopción internacional, de un certificado de aptitud e idoneidad.

30 Los capítulos 9 y 11 de la Social Welfare Consolidation Act 2005 (Ley refundida de 2005 de seguridad social y servicios sociales) establecen las reglas de concesión de la prestación por maternidad y de la prestación por adopción, respectivamente.

31 El artículo 2 de las Employment Equality Acts 1998-2011 (Leyes de 1998-2011 sobre igualdad en el empleo) define la discapacidad como la carencia total o parcial de funciones físicas o mentales de una

persona, incluida la falta de una parte del cuerpo de una persona, y define el estatuto familiar como la responsabilidad, en particular en calidad de progenitor o *in loco parentis*, respecto a una persona que no haya cumplido los 18 años.

32 El artículo 6, apartados 1 y 2, de estas Leyes define la discriminación como el hecho de que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra persona en situación comparable por alguno de los motivos que se especifican. Estos motivos, aplicables entre dos personas, incluyen el hecho de que una persona sea mujer y la otra hombre, denominado «motivo basado en el sexo», o que una persona esté discapacitada y la otra no, o padezca una discapacidad diferente, denominado «motivo basado en la discapacidad».

33 El artículo 6, apartado 2A, de esas Leyes dispone que, sin perjuicio de la aplicación general del artículo 6, apartados 1 y 2, existe discriminación por razón de sexo cuando, por motivos relacionados con su embarazo o permiso por maternidad y contraviniendo una disposición legal, una trabajadora por cuenta ajena sea tratada de manera menos favorable que lo es, lo haya sido o pudiera serlo otro trabajador u otra trabajadora.

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

34 De la resolución de remisión resulta que la Sra. Z. trabaja como profesora de educación secundaria en una escuela municipal que gestiona el Board of management, con arreglo a las condiciones laborales fijadas por el Government department, que le paga su retribución.

35 La Sra. Z. sufre una rara afección consistente en que, a pesar de tener ovarios sanos y ser fértil, carece de útero y no puede gestar un hijo. En el curso de 2008 y 2009 la Sra. Z. y su esposo decidieron recurrir a la gestación por sustitución, acudiendo a una agencia especializada de California (Estados Unidos), Estado en el que la legislación regula detalladamente los embarazos y nacimientos que tienen lugar por medio de esa gestación.

36 El tratamiento de fecundación *in vitro* se llevó a cabo en Irlanda, mientras que la transferencia de los óvulos a la madre gestante se efectuó en California en agosto de 2009.

37 El 7 de abril de 2010 la Sra. Z. viajó a California para estar presente en el nacimiento del bebé, que es una niña, que tuvo lugar el 28 de abril de 2010. La niña es la hija genética de la Sra. Z. y de su marido, pues se concibió con sus gametos. Conforme al Derecho californiano, se considera a la Sra. Z. y a su esposo los padres de la niña, y la identidad de la madre gestante no consta en el certificado de nacimiento de la niña. La Sra. Z., conjuntamente con su marido, tiene la guarda efectiva de la niña desde su nacimiento. El 18 de mayo de 2010 la Sra. Z. y su marido regresaron con su hija a Irlanda, Estado miembro en el que no están regulados los convenios de gestación por sustitución.

38 Las condiciones de trabajo de la Sra. Z. prevén el derecho a permisos retribuidos por maternidad y por adopción. Cuando el profesorado empleado en esas condiciones disfruta de alguno de estos permisos, en la mayoría de los casos su retribución corre en parte a cargo del Government department, mientras que el Ministerio de Protección social paga la parte restante en concepto de prestación de maternidad.

39 Dado que la Sra. Z. no había estado embarazada ni podía dar a luz un niño, no pudo reunir los requisitos exigidos por la Ley de 1994 sobre la protección de la maternidad para la concesión del permiso de maternidad. Al no haber adoptado a la niña nacida de la gestación por sustitución, tampoco pudo beneficiarse del permiso por adopción conforme a los requisitos previstos por la Ley de 1995 sobre el permiso por adopción.

40 Por otro lado, ni las normas legales ni el contrato de trabajo de la Sra. Z. contienen disposiciones expresas sobre la concesión de un permiso por el nacimiento de un niño a raíz de una gestación por sustitución.

41 El 10 de febrero de 2010 la Sra. Z. solicitó al Government department la concesión de un permiso equivalente a un permiso por adopción. El 5 de marzo de 2010 éste denegó la solicitud, porque la



interesada no reunía las condiciones previstas por los regímenes existentes en materia de permisos por maternidad o por adopción.

- 42 No obstante, el Government department manifestó estar dispuesto a conceder a la Sra. Z. un permiso no retribuido por el tiempo de permanencia en California previo al nacimiento de la niña. Añadió que, tras el nacimiento, la Sra. Z. podría disfrutar de un permiso parental legal durante el período comprendido entre el nacimiento y finales de mayo de 2010, y de nuevo desde el principio del curso escolar siguiente. Precisó que la Sra. Z. tenía derecho a un permiso parental de duración máxima de catorce semanas y que percibiría su retribución normal durante los meses de verano.
- 43 A raíz de la combinación de días de cierre del colegio y de bajas por enfermedad certificadas y retribuidas por motivos de estrés ajenos a la discapacidad, durante el período entre el 12 de abril de 2010 y principios de enero de 2011 la Sra. Z. trabajó aproximadamente nueve días. El Government department pagó a la Sra. Z. la remuneración íntegra correspondiente a este período.
- 44 En noviembre de 2010, la Sra. Z. presentó una demanda contra el Government department ante el Equality Tribunal en la que alegaba que había sido objeto de trato discriminatorio por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad, que el Government department no le había concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad y se había negado a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, siendo así que había seguido un tratamiento de fecundación *in vitro*.
- 45 En esas circunstancias, el Equality Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Habida cuenta de las siguientes disposiciones del Derecho primario de la Unión Europea:

- el artículo 3 [TUE],
- los artículos 8 [TFUE] y 157 [TFUE] y/o
- los artículos 21, 23, 33 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en lo sucesivo, «Carta»],

¿debe interpretarse la Directiva 2006/54 [...] y, en particular, sus artículos 4 y 14, en el sentido de que existe discriminación por razón de sexo cuando a una mujer –cuyo hijo genético ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución y al que tiene a su cuidado desde su nacimiento– se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?

- 2) Es caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es compatible la Directiva 2006/54 [...] con las disposiciones citadas del Derecho primario de la Unión [...]?
- 3) Habida cuenta de las disposiciones siguientes del Derecho primario de la Unión [...]:
- el artículo 10 [TFUE] y/o
  - los artículos 21, 26 y 34 de la [Carta],

¿debe interpretarse la Directiva 2000/78 [...] y en particular sus artículos 3, apartado 1, y 5, en el sentido de que existe discriminación por motivo de discapacidad cuando a una mujer –que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo genético ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución y al que tiene a su cuidado desde su nacimiento– se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?

- 4) En caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, ¿es compatible la Directiva 2000/78 [...] con las citadas disposiciones del Derecho primario de la Unión Europea [...]?
- 5) ¿Puede invocarse la Convención [de la ONU] a los efectos de interpretar y/o impugnar la validez de la Directiva 2000/78 [...]?

- 6) En caso de respuesta afirmativa a la quinta cuestión, ¿es compatible la Directiva 2000/78 [...] y, en particular, sus artículos 3 y 5, con los artículos 5, 6, 27, apartado 1, letra b), y 28, apartado 2, letra b), de la Convención [de la ONU]?»

## **Sobre las cuestiones prejudiciales**

### *Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda*

- 46 Con sus cuestiones primera y segunda, que es oportuno examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta en sustancia si la Directiva 2006/54, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o al permiso por adopción a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, y, en caso negativo, si esta Directiva es válida en relación con el artículo 3 TUE, los artículos 8 TFUE y 157 TFUE y los artículos 21, 23, 33 y 34 de la Carta.
- 47 Hay que apreciar ante todo si el hecho de denegar un permiso de maternidad a una madre subrogante como la Sra. Z. constituye una discriminación basada en el sexo en el sentido de la Directiva 2006/54.
- 48 El artículo 4 de esta Directiva dispone que, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución.
- 49 A tenor del artículo 14 de la misma Directiva, no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución.
- 50 En el contexto del presente asunto, estos dos artículos de la Directiva 2006/54 deben entenderse en conjunción con las disposiciones del artículo 2, apartados 1, letras a) y b), y 2, letra c), de la misma Directiva.
- 51 En lo que atañe a las discriminaciones mencionadas en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2006/54, la negativa a conceder un permiso de maternidad en el supuesto al que se refiere el juez remitente constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la letra a) de esta disposición, si la razón esencial de esa negativa afecta exclusivamente a los trabajadores de uno de los dos sexos (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 10; de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann, C-421/92, Rec. p. I-1657, apartado 14, y de 26 de febrero de 2008, Mayr, C-506/06, Rec. p. I-1017, apartado 50).
- 52 Pues bien, como el Abogado General ha expuesto en el punto 63 de sus conclusiones, en virtud de la legislación nacional aplicable en una situación como la del asunto principal, un hombre que fuera padre de un niño gracias a un convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogante en una situación comparable, es decir, tampoco él tendría derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad. De ello se sigue que la denegación que afecta a la Sra. Z. no se sustenta en una razón que se aplique exclusivamente a los trabajadores de uno de los dos sexos.
- 53 Por otro lado, de constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que existe discriminación indirecta por razón del sexo cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que del otro (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, apartado 30; de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, Rec. p. I-10003, apartado 56, y de 20 de junio de 2013, Riežniece, C-7/12, apartado 39).
- 54 Ahora bien, en relación con la discriminación indirecta así definida en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/54, hay que observar que ningún dato obrante en los autos permite

apreciar que la denegación de la concesión del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores.

- 55 Por tanto, la negativa a conceder un permiso de maternidad a una madre subrogante como la Sra. Z. no constituye una discriminación directa o indirecta basada en el sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2006/54. El hecho de que la madre subrogante cuide del niño desde su nacimiento, según se menciona en la primera cuestión, no puede desvirtuar esta consideración.
- 56 Por otro lado, a tenor del artículo 2, apartado 2, letra c), de esta Directiva el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85 constituye una discriminación a efectos de la Directiva 2006/54.
- 57 Ahora bien, una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede, por definición, ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño.
- 58 Por otra parte, en el punto 1 del fallo de la sentencia de 18 de marzo de 2014, C.D. (C-167/12), el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esta Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.
- 59 En consecuencia, esa madre subrogante no sufre un trato menos favorable ligado al disfrute de un permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85, y por tanto no puede considerarse que haya sido objeto de una discriminación basada en el sexo a efectos del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54.
- 60 Por lo antes expuesto, debe apreciarse que el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad a una mujer que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación en el sentido de la Directiva 2006/54, y en especial de sus artículos 4 y 14.
- 61 En segundo término, es preciso comprobar si el hecho de denegar un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una madre subrogante como la Sra. Z. constituye una discriminación basada en el sexo en el sentido de la Directiva 2006/54.
- 62 En virtud del artículo 16 de la Directiva 2006/54, ésta no afecta al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Ese artículo únicamente prevé que los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.
- 63 De ese artículo, puesto en relación con el considerando 27 de la Directiva 2006/54, resulta con claridad que ésta reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso por adopción y que las condiciones de aplicación de dicho permiso no relacionadas con el despido y la reincorporación al trabajo no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva.
- 64 Finalmente, en lo que se refiere a la validez de la Directiva 2006/54 en relación con el artículo 3 TUE, los artículos 8 TFUE y 157 TFUE y los artículos 21, 23, 33 y 34 de la Carta, hay que recordar que, según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia puede decidir no pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que tenga por objeto la apreciación de la validez de una disposición cuando sea evidente que esa disposición carece de incidencia en la solución del litigio principal (véase la sentencia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C-222/04, Rec. p. I-289, apartado 75).

- 65 Pues bien, según resulta de lo antes expuesto, la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso de maternidad o de un permiso por adopción no está comprendida en la Directiva 2006/54.
- 66 Por consiguiente, no ha lugar a apreciar la validez de esta Directiva en relación con el artículo 3 TUE, los artículos 8 TFUE y 157 TFUE y los artículos 21, 23, 33 y 34 de la Carta.
- 67 Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones primera y segunda que:
- la Directiva 2006/54, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución;
  - la situación de la referida madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva.

*Sobre las cuestiones prejudiciales tercera a sexta*

- 68 Con sus cuestiones tercera a sexta, que conviene examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en sustancia, si la Directiva 2000/78, interpretada en su caso a la luz de la Convención de la ONU, debe entenderse en el sentido de que constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución, y, en caso de respuesta negativa, si esa Directiva es válida en relación con el artículo 10 TFUE, los artículos 21, 26 y 34 de la Carta y la Convención de la ONU.
- 69 Conviene recordar previamente que, según resulta de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad (véase la sentencia du 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, Rec. p. I-6467, apartado 41). Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra c), dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión, esta Directiva se aplica a todas las personas, especialmente en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.
- 70 El concepto de «discapacidad» no se define por la propia Directiva 2000/78.
- 71 Pues bien, debe recordarse que, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión (sentencias de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C-366/10, Rec. p. I-13755, apartado 50, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, apartado 28).
- 72 La primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado obliga a interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencias de 22 de noviembre de 2012, Digitalnet y otros, C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11, apartado 39, y HK Danmark, antes citada, apartado 29).
- 73 De la Decisión 2010/48 resulta que la Unión ha aprobado la Convención de la ONU. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de ésta, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse las sentencias de 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, Rec. p. 449, apartado 5, y HK Danmark, antes citada, apartado 30).
- 74 Por otra parte, del apéndice al anexo II de esta Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relacionados con cuestiones regidas por la Convención de la ONU.
- 75 De ello se sigue que la Convención de la ONU puede ser invocada en el presente asunto para interpretar la Directiva 2000/78, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con

dicha Convención (véase la sentencia HK Danmark, antes citada, apartado 32).

- 76 Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véase la sentencia HK Danmark, antes citada, apartados 37 a 39).
- 77 Hay que añadir que el concepto de «discapacidad», tal como lo define la Directiva 2000/78, debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca una imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo (véanse en ese sentido la sentencia HK Danmark, antes citada, apartado 44).
- 78 En el presente caso, la Sra. Z. no puede gestar y dar a luz a un hijo porque sufre una rara afección consistente en la falta de útero.
- 79 Atendiendo al concepto de «discapacidad» que se ha recordado en el apartado 76 de la presente sentencia, consta que esa afección constituye una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo. En ese sentido, es indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella.
- 80 No obstante, el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- 81 Ahora bien, como ha manifestado el Abogado General en los puntos 95 a 97 de sus conclusiones, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z. haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.
- 82 Siendo así, se ha de constatar que la afección que aqueja a la Sra. Z. no constituye una «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, y que por tanto esta Directiva, y, en particular, su artículo 5, no es aplicable en una situación como la del litigio principal. El hecho de que la madre subrogante cuide de su hijo desde su nacimiento, como se menciona en la tercera cuestión, no puede desvirtuar esa apreciación.
- 83 Por consiguiente, según resulta de la jurisprudencia citada en el apartado 64 de la presente sentencia, no ha lugar a apreciar la validez de la Directiva 2000/78 en relación con el artículo 10 TFUE y los artículos 21, 26 y 34 de la Carta.
- 84 En lo que atañe al examen de la validez de esta Directiva en relación con la Convención de la ONU, de la jurisprudencia citada en el apartado 71 de la presente sentencia resulta que la validez de un acto de la Unión puede verse afectada por su incompatibilidad con las reglas del Derecho internacional. Cuando se alega esta invalidez ante un órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia ha de comprobar si se cumplen determinadas condiciones en el asunto del que conoce para determinar si se puede apreciar, en virtud del artículo 267 TFUE, la validez del acto del Derecho de la Unión de que se trata en relación con las normas del Derecho internacional invocadas (véanse las sentencias de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros, C-308/06, Rec. p. I-4057, apartado 43, y Air Transport Association of America y otros, antes citada, apartado 51).
- 85 Entre las condiciones referidas en el apartado precedente, es necesario recordar que, cuando la naturaleza y el sistema de un Tratado internacional permiten un control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con las disposiciones de dicho tratado, es preciso además que las disposiciones invocadas para apreciar la validez del acto del Derecho de la Unión sean, desde el punto

de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas (véanse las sentencias, antes citadas, Intertanko y otros, apartado 45, y Air Transport Association of America y otros, apartado 54).

- 86 Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, apartado 14; de 15 de julio de 2004, Pêcheurs de l'étang de Berre, C-213/03, Rec. p. I-7357, apartado 39, y Air Transport Association of America y otros, antes citada, apartado 55).
- 87 Ahora bien, en el presente asunto, del artículo 4, apartado 1, de la Convención de la ONU resulta que incumbe, en particular, a los Estados Partes adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha Convención. Además, según el artículo 4, apartado 3, de esta Convención, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva dicha Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.
- 88 Por tanto, como ha señalado el Abogado General en el punto 114 de sus conclusiones, dado que las obligaciones establecidas por esa Convención se dirigen a las Partes Contratantes, ese acuerdo internacional tiene carácter programático.
- 89 En consecuencia, las disposiciones de la Convención de la ONU están sometidas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores, que corresponde a las Partes contratantes. En ese marco, el anexo II de la Decisión 2010/48 contiene una declaración sobre la competencia de la Unión en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención de la ONU y sobre los actos de la Unión relacionados con las cuestiones regidas por ésta.
- 90 Siendo así, sin que sea preciso examinar la naturaleza y el sistema de la Convención de la ONU, se ha de constatar que sus disposiciones no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 85 y 86 de la presente sentencia, y carecen por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión. De ello se sigue que la validez de la Directiva 2000/78 no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU.
- 91 Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones tercera a sexta que:
- la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución;
  - la validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención.

## Costas

- 92 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) **La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en particular sus artículos 4 y 14,**

**debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.**

**La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva.**

- 2) **La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.**

**La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención.**

Firmas

---

\* Lengua de procedimiento: inglés.