INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-179/88 *

I. Contexto normativo

A. *La Directiva 76/207/CEE*

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, «la Directiva»), en su apartado 1 del artículo 1 contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales así como a las condiciones de trabajo.

El apartado 1 del artículo 2 de dicha Directiva define el principio de la igualdad de trato, que 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.

Sin embargo, el apartado 3 de dicho artículo enuncia que la Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva establece que el principio de igualdad de trato así definido se aplicará a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido.

Finalmente, el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 9 determina que los Estados miembros establecerán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva en un plazo de treinta meses a partir de su notificación, es decir, a partir del 12 de febrero de 1976, de manera que las mencionadas medidas deberán estar adoptadas el 12 de agosto de 1978.

B. *El Derecho nacional*

La Directiva fue incorporada al Derecho nacional de Dinamarca mediante la ley nº 161, de 12 de abril de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, etc. (en lo sucesivo, «ley danesa sobre igualdad de trato», «lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v.») y la ley nº 162, de 12 de abril de 1978, por la que se modifican determinadas disposiciones relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, etc., «lov om ændring af forskellige bestemmelser om ligebehandlding af mænd og kvinder med hensyn til bestkæftigelse m. v.».

La ley danesa sobre igualdad de trato entró en vigor el 1 de julio de 1978.

Las disposiciones de dicha ley a considerar en este asunto son: los apartados 1 y 2 del artículo 1 y los artículos 4 y 8, que establecen lo siguiente:

* Lengua de procedimiento: danés.

«*Artículo 1*

1. En el sentido de la presente ley, la igualdad de trato entre hombres y mujeres implica la inexistencia de discriminación por razón de sexo. Esta regla se refiere tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas, especialmente en lo que respecta al embarazo o al estado matrimonial o familiar.

2. La presente ley se aplicará sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de las mujeres, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad *(traducción no oficial).*

Artículo 4

Todo empresario que emplee hombres y mujeres deberá ofrecerles el mismo trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo. Esta regla se aplicará también al despido *(traducción no oficial).*

Artículo 8

Cualquier persona que se considere perjudicada por la infracción de los artículos 2 a 5 de la presente ley podrá obtener una indemnización» *(traducción no oficial).*

II. Hechos y fase escrita

El 15 de julio de 1982, la Sra. Hertz fue contratada como cajera y vendedora a tiempo parcial en Aldi Marked.

En junio de 1983 dio a luz un hijo después de un embarazo con complicaciones durante el cual, con el consentimiento de su empresario, estuvo de baja por enfermedad.

Al expirar su permiso por maternidad, que, según la ley danesa relativa a dicho permiso, es de cuatro semanas antes de la supuesta fecha del parto y de veinticuatro semanas después del nacimiento, la Sra. Hertz se reincorporó a su trabajo a finales de 1983 y no volvió a estar de baja por enfermedad hasta el mes de junio de 1984.

Entre junio de 1984 y junio de 1985, causó baja por enfermedad durante 100 días laborables.

Mediante carta de 27 de junio de 1985, Aldi Marked le notificó su despido con el preaviso legal de cuatro meses. Aldi Marked explicó después que la causa del despido residía en las ausencias de la Sra. Hertz y que era una práctica corriente despedir a los trabajadores que estaban a menudo enfermos.

No se discute entre ambas partes que las ausencias de la Sra. Hertz entre junio de 1984 y junio de 1985 se debieron a las complicaciones surgidas como consecuencia de su parto en junio de 1983.

Mediante sentencia de 14 de agosto de 1987, el Sø- og Handelsretten de Copenhague desestimó la demanda interpuesta por la Sra. Hertz contra su despido, en la que alegaba, entre otras argumentaciones, que el despido infringía los artículos 1 y 4 de la ley sobre la igualdad de trato.

La Sra. Hertz apeló dicha sentencia ante el Højesteret danés refiriéndose únicamente a la ley relativa a la igualdad de trato. El asunto ante este órgano jurisdiccional versa sobre si el despido de la Sra. Hertz por parte de Aldi Market infringe el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 4 de la ley sobre igualdad de trato de tal manera que, en aplicación del artículo 8 de la ley, la interesada pueda pretender una indemnización justificada por el despido.

La apelante sostiene que su despido infringe la prohibición de discriminación indirecta establecida en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 1 de dicha ley. A este respecto, la apelante invoca que el Consejo danés para la igualdad de oportunidades, organismo creado en 1978 por la legislación danesa para promover la igualdad entre hombres y mujeres en la sociedad y para emitir dictámenes en aplicación de la ley sobre igualdad de trato, emitió un dictamen el 22 de diciembre de 1986 en el que expresaba sus dudas sobre la cuestión de saber si un despido fundado en ausencias por enfermedad, debidas a un prolapso pelviano ocasionado por un parto, es compatible, entre otras reglas, con las disposiciones de la ley sobre igualdad de trato.

La parte apelada respondió que, en primer lugar, la prohibición de discriminación por razón de sexo no se aplica a este caso, en el que el despido está motivado en una enfermedad que se produce después de más de un año del parto, ya sea que ésta se deba o no a complicaciones del parto. A este respecto, se remite en particular a la circular nº 155 del Ministerio de Hacienda, de 3 de octubre de 1984, relativa a los permisos por maternidad y a otros permisos, cuyo contenido fue recogido en una carta del Ministerio del empleo, de 20 de septiembre de 1985, que fue mencionada en el citado dictamen de 22 de diciembre de 1986 del Consejo danés para la igualdad de oportunidades. En dicha carta se expresa que, cuando se trata de decidir un posible despido por causa de enfermedad, las ausencias producidas después de haber expirado el período de permiso por maternidad previsto por la ley se tienen normalmente en cuenta en el cómputo de los días de enfermedad cuando se reconoce que la empleada está enferma, ya sea a causa de embarazo o maternidad o por cualquier otra enfermedad.

Aldi Marked además alega que la protección de que disfrutan las mujeres en caso de permiso o de parto está regulada por la ley relativa al período de permiso por maternidad, que, en su artículo 3, trata en forma exhaustiva la cuestión del despido por razón de embarazo o de parto, y que debe ser considerada como una protección especial de las mujeres en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por el que corresponde a los Estados miembros determinar el alcance de esta protección.

Al estimar que el asunto plantea cuestiones sobre interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo que pueden influir en la interpretación de la ley danesa de adaptación, el Højesteret, mediante resolución de 30 de junio de 1988, planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones:

«1) Las disposiciones del apartado 1 del artículo 5 en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la 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 (76/207/CEE), ¿comprenden los despi-

dos producidos como consecuencia de ausencias por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿la protección contra los despidos por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto es válida sin limitación en cuanto al tiempo?»

La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 4 de julio de 1988.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE presentaron observaciones escritas la Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (en lo sucesivo, «HK»), que actúa en calidad de mandatario de la Sra. Birthe Vibeke Hertz, parte apelante en el litigio principal, representada por el Sr. L. S. Andersen, Abogado de Århus; la Dansk Arbejdsgiverforening (en lo sucesivo, «DA»), que actúa en representación de Aldi Marked K/S parte apelada en el litigio principal, representada por el Sr. J. P. Buhl, Abogado de Copenhague; el Gobierno del Reino Unido, representado por la Srta. J. A. Gensmantel, del Treasury Solicitor's Department, como Agente; el Gobierno italiano, representado por el Sr. P. G. Ferri, Avvocato dello Stato, y la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. I. Langermann, miembro de su Servicio Jurídico.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió, el 7 de junio de 1989, iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el Tribunal de Justicia formuló una pregunta a las partes y en virtud del párrafo 2 del artículo 21 del Estatuto CEE solicitó al Gobierno danés que comunicase a este Tribunal el dictamen emitido el 22 de diciembre de 1986 por el Consejo danés para la igualdad de oportunidades así como la carta del Ministerio del Empleo de 20 de septiembre de 1985, mencionada en dicho dictamen.

III. Resumen de las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia

Primera cuestión

La parte apelante en el litigio principal, el Gobierno italiano y la Comisión así como el Gobierno británico, este último bajo determinadas condiciones, sugieren responder afirmativamente a la primera cuestión. Por el contrario, la parte apelada en el litigio principal, DA, propone una respuesta negativa a esta cuestión.

a) *HK* observa que una enfermedad vinculada a un embarazo no puede causar despido como consecuencia de las ausencias que dicha enfermedad provoca, sin que tal despido no sea contrario a los artículos 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE y a las disposiciones correlativas de adaptación de la ley danesa sobre igualdad de trato, a saber, el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 4.

A este respecto, la parte apelante se refiere a un dictamen emitido el 20 de septiembre de 1985 por el Consejo danés para la igualdad de oportunidades en el que se declaró que, en primer lugar, no se compartía la opinión del Ministerio de Trabajo según la cual la protección garantizada por las disposiciones de la ley sobre igualdad de trato contra los despidos fundados en una enfermedad contraída durante o en relación con el emba-

razo o el parto deja de existir al término del período de permiso por maternidad fijado por la ley y, por ende, la prohibición de despido a causa de una enfermedad debida a un embarazo, en principio, se aplica, cualquiera que sea la duración de la enfermedad; el principio de igualdad de trato no puede estar temporalmente limitado mediante disposiciones aleatorias que existan a este respecto en cada Estado miembro.

La parte apelante subraya que la protección establecida por el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva tiene el mismo alcance que la del apartado 1 del artículo 1 de la ley sobre igualdad de trato, aunque esta última disposición mencione, además, expresamente, al embarazo, que sitúa en el mismo nivel que el estado matrimonial o familiar.

Según la parte apelante, esta mención se limita a precisar la necesidad específica de protección que existe en relación con el embarazo, necesidad reconocida por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE.

b) *DA* alega, en primer lugar, que las disposiciones del apartado 1 del artículo 5 en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE no comprenden los despidos producidos como consecuencia de ausencias por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto.

Según sigue diciendo, estas disposiciones se limitan a establecer un principio superior de igualdad de trato. De ello resulta que puede invocarse este principio en todo despido pero que la simple comprobación de un vínculo entre el despido y un embarazo o un parto no basta para demostrar una violación de dicho principio. Las normas aplicables a tales situaciones deben elaborarse con respeto de dicho principio en el contexto nacional; por lo demás, la Directiva no trata de regular en detalle el contenido de estas normas, puesto que la Directiva se caracteriza por la inexistencia de indicación positiva en lo que respecta a la modalidad de aplicación del principio de igualdad de trato, como lo revelan sus trabajos preparatorios y la existencia de su apartado 3 del artículo 2.

A continuación, la parte apelada sostiene que, aun cuando debiera estimarse que las pertinentes disposiciones de la Directiva obligan a los Estados miembros a adoptar normas de Derecho positivo que protegen a las mujeres en lo que respecta al embarazo o a la maternidad, no puede extenderse el alcance de estas disposiciones hasta incluir en ellas la situación referida en la primera cuestión.

Según la parte apelada, la existencia del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva revela que, si bien la Directiva ha querido ofrecer la posibilidad de adoptar normas específicas, por el contrario, ha evitado dar orientaciones sobre la forma precisa de tales normas.

Además, estima que la explicación de ese estado de cosas reside en una apreciación señalada por la Comisión y por el Comité Económico y Social en los trabajos preparatorios de la Directiva 76/207/CEE, a saber, que sólo una modificación de la actitud general de los empresarios frente a los trabajadores de sexo femenino permitirá aplicar, en las mejores condiciones, el principio superior de igualdad de trato y que la aplicación de normas de protección particulares fundadas en el apartado 3 del artículo 2 puede constituir un obstáculo decisivo para la anhelada evolución positiva de la actitud de los empresarios frente a los trabajadores de sexo femenino.

Debido a ello, la parte apelada destaca que, puesto que, cuando se adoptó la Directiva, no se procedió a la conciliación entre la mejor protección posible de las mujeres embarazadas, por una parte, y, por la otra, la evolución —tan decisiva para la igualdad de trato— de la actitud de los empresarios frente a los trabajadores de sexo femenino, la incorporación y la redacción de medidas de protección positiva que sirvan para esta conciliación fueron libradas por la Directiva a la competencia del legislador nacional.

Por lo tanto, el alcance del apartado 1 del artículo 5 en relación con el apartado 1 del artículo 2 sólo puede extenderse al despido como consecuencia de las ausencias provocadas por una enfermedad contraída a causa de un embarazo después de haber escrupulosamente sopesado ambos intereses.

Para las ausencias que se producen antes del término del período de permiso por maternidad, la normativa de cada Estado miembro en materia de permiso por maternidad ha procedido a dicha conciliación.

Si no se han sopesado separadamente las ausencias posteriores a dicho período, la Directiva no puede tener como consecuencia la de extender la aplicación de las normas nacionales de protección a estos casos, so pena de frenar la evolución positiva en curso de la actitud de los empresarios frente a los trabajadores de sexo femenino.

DA estima, pues, que, al dejar al cuidado del Derecho nacional la protección contra los despidos producidos como consecuencia de ausencias por razón de una enfermedad causada por un parto o un embarazo, se obtienen las mejores condiciones posibles de aplicación del principio de igualdad de trato.

c) El *Gobierno italiano* subraya que, si la facultad del empresario de despedir a un empleado a causa del número elevado de ausencias por razón de una enfermedad fuera igualmente aplicable al supuesto de la trabajadora que sufre una enfermedad a raíz de un parto o de un embarazo, esta trabajadora perdería su empleo por un suceso determinado por una causa, la maternidad, que constituye un elemento propio de la condición femenina.

En su opinión, tal apreciación no puede desvirtuarse mediante la consideración de que, en lo que se refiere a la maternidad, la protección concedida a la trabajadora encuentra su límite en la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas según el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, las que regulan las ausencias del trabajo durante los períodos pre y posnatales con duraciones que varían según los Estados miembros.

En efecto, dichas legislaciones regulan el caso de la maternidad mediante disposiciones que se refieren al proceso fisiológico del embarazo y del parto y persiguen un objetivo social, la protección de la maternidad, que no se identifica con la protección de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, y estas legislaciones incluso hacen abstracción de dicho principio en el caso del permiso de maternidad.

Por ello, el Gobierno italiano opina que el artículo 5 de la Directiva necesariamente debe aplicarse respecto a una norma de despido cuya aplicación pueda provocar una discriminación de la mujer. En este asunto, la discriminación potencial del despido mo-

tivado por la enfermedad del trabajador parece existir en la medida en que la trabajadora está expuesta a mayores riesgos de pérdida de su empleo, puesto que esta pérdida puede producirse en razón de condiciones patológicas que exclusivamente afectan a la mujer en caso de maternidad.

d) Según el *Gobierno británico,* las disposiciones del apartado 1 del artículo 5, en relación con las del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, prohíben que se aplique a una mujer ausente de su trabajo por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto un trato menos favorable que a un hombre ausente de su trabajo por razón de enfermedad.

Por lo que resulta que, cuando un empresario despide a una mujer que se encuentre en dicha situación mientras que no habría despedido a un hombre que esté de baja por enfermedad durante cien días laborables en un año, procederá considerar que dicha mujer ha sido tratada en forma incompatible con el principio de igualdad de trato.

El Gobierno británico subraya que, aunque éste sea el alcance de la Directiva 76/207/CEE, el apartado 3 del artículo 2 de esta Directiva sin embargo permite que los Estados miembros adopten disposiciones propias en materia de embarazo y de parto en beneficio específico de las mujeres. Esta disposición autoriza, pues, a los Estados miembros a adoptar disposiciones legales que prohíban que un empresario despida a una mujer cuando dicho despido sea la consecuencia de ausencias provocadas por una enfermedad contraída a causa de un embarazo o un parto. Sin embargo, si un Estado miembro no posee tales disposiciones, la Directiva no le impone adoptarlas.

e) Después de haber presentado determinadas observaciones sobre la estructura de la Directiva, en particular sobre su apartado 3 del artículo 2, y de haber negado que dicha disposición pueda revestir alguna relevancia en este asunto, la *Comisión* sostiene que la cuestión esencial es saber si se está en presencia de una discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva y que, para responderla, le parece razonable considerar que la ausencia de la Sra. Hertz se debe a una enfermedad y no al embarazo y a la maternidad.

Al comprobar que el despido de la Sra. Hertz se funda en una norma interna por la que se despide a los trabajadores que se enferman a menudo, la Comisión estima que tal norma no está incluida en la prohibición de toda discriminación por razón de sexo establecida por la Directiva, dado que ella se funda en un criterio indistintamente aplicable a ambos sexos, a saber, la frecuencia de las ausencias por enfermedad.

En lo que se refiere a la prohibición de toda discriminación indirecta por razón de sexo establecida en la Directiva, la Comisión, con referencia a las sentencias de 31 de marzo de 1981 (Jenkins, 96/80, Rec. 1981, p. 911) y de 13 de mayo de 1986 (Bilka-Kaufhaus, 170/84, Rec. 1986, p. 1607), estima que, para determinar si se está en presencia de tal discriminación, es conveniente guiarse por los tres criterios siguientes:

1) determinar la respectiva disposición, criterio o práctica;

2) examinar si ese criterio afecta a un número más elevado de mujeres que de hombres, para lo que la persona despedida deberá probar el supuesto de la presunción;

3) si se prueba el supuesto, apreciar si el empresario puede probar que dicho criterio puede sin embargo explicarse por factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo y examinar si los medios elegidos por el empresario responden a una verdadera necesidad de la empresa y si son adecuados y necesarios para la realización del objetivo perseguido por la misma.

Para ayudar al órgano jurisdiccional nacional, único competente para apreciar si, con relación a estas orientaciones, existe una discriminación indirecta en este caso, la Comisión también indica que el correspondiente criterio de que se trata en el litigio principal es la norma que prevé el despido cuando el trabajador enferma a menudo, en este asunto 100 días laborables por año.

La Comisión añade que, con respecto al segundo criterio de discriminación indirecta, en primer lugar, nada permite suponer que las mujeres se ausentan de su trabajo más a menudo que los hombres, o viceversa, por causa de enfermedad, a partir del momento en que el embarazo no está asimilado a una enfermedad y, además, porque la Comisión no posee dato alguno que revele que el despido después de un determinado número de días de ausencia afecta a mayor número de mujeres que de hombres.

En su opinión, la mejor comparación que podría establecerse en un litigio como el principal, en que la enfermedad sólo afecta a las mujeres porque se debe al embarazo y al parto, sería, por una parte, entre las enfermedades que sólo afectan a las mujeres, incluso las producidas por el embarazo y el parto, y, por la otra, las que sólo afectan a los hombres.

Si el órgano jurisdiccional nacional considera que está satisfecho este segundo criterio, la Comisión estima que DA deberá aportar la prueba de que la norma aplicada está objetivamente justificada, prueba que se referirá a la capacidad del empresario para mantener su empresa en actividad en caso de enfermedad de larga duración de los trabajadores.

Segunda cuestión: la limitación eventual en el tiempo de la protección contra despidos por razón de una enfermedad causada por el embarazo

a) *HK* alega que la protección contra despidos por razón de una enfermedad causada por el embarazo es válida sin limitación en cuanto al tiempo.

La necesidad de proteger a un trabajador de sexo femenino contra el despido después del término del período de permiso por maternidad, si las complicaciones que sobrevienen después de un nacimiento todavía subsisten, es tan importante como la necesidad de protección durante el embarazo o el parto, dado que, como los empresarios tienden a conservar al o a la reemplazante en caso de prolongación del período de permiso por maternidad, aumenta la necesidad de protección de la trabajadora que da a luz.

Además, nada indica en los trabajos preparatorios de la ley sobre igualdad de trato, ni en la propia ley, ni en la Directiva, que la protección sólo deba aplicarse hasta el término del período de permiso por maternidad.

Aun reconociendo que, a primera vista, parece inaceptable imponer tal carga al empresario, la parte apelante subraya que la apreciación del órgano jurisdiccional nacional sobre la licitud de un despido después de una enfermedad debida a un embarazo o un parto sirve para determinar la importancia de la indemnización a la que puede pretender una trabajadora que ha sido despedida.

En su opinión, el artículo 8 de la ley sobre igualdad de trato utiliza la forma verbal «puede», lo que demuestra que, cuando el Juez nacional proceda a dicha apreciación, también tendrá en cuenta los inconvenientes que sufre el empresario por dichas ausencias y, en su caso, podrá decidir que no se indemnice a la empleada.

Además, sigue diciendo la apelante, el hecho de que la Sra. Hertz se haya restablecido durante el período de preaviso del despido y que, llegado el caso, pueda reanudar la relación laboral, también puede ser un elemento a considerar en esta apreciación.

b) *DA* sostiene que las consideraciones por ella expresadas sobre la primera cuestión refuerzan su opinión de dar una respuesta negativa a la segunda cuestión.

También subraya que una respuesta positiva a las dos cuestiones planteadas conduciría a que contratar a trabajadores de sexo femenino implicase el riesgo de una situación totalmente imprevisible para el empresario, situación que perjudicaría gravemente la evolución positiva de la actitud de los empresarios frente a los trabajadores de sexo femenino, cuando la Comisión reconoció que dicha evolución constituye el elemento más importante en el proceso de realización de la igualdad de trato.

c) Según el *Gobierno italiano*, el problema de un posible límite temporal a la prohibición de despido se plantea para el período posterior al parto, habida cuenta de que es posible que las enfermedades vinculadas con la maternidad se diagnostiquen y, en consecuencia, se atiendan posteriormente. En su opinión, en dicho caso, la necesidad de proteger al trabajador contra las discriminaciones debe adaptarse al principio general de la seguridad jurídica acerca del derecho y de las obligaciones que pesan sobre el empresario en el contexto de la relación laboral.

En consecuencia, la protección no debe ser ilimitada sino que debe ceñirse a un período posterior al parto que, no obstante, sea suficiente para comprobar las enfermedades de que se trata y solucionarlas, sin que el período denominado «permiso por maternidad» pueda ser considerado a este respecto como el período apropiado.

d) El *Gobierno británico* sostiene que un Estado miembro cuya legislación prohíba a un empresario despedir a una mujer cuando el despido sea la consecuencia de ausencias por razón de enfermedad causada por el embarazo o el parto, disposición autorizada por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, si lo juzga conveniente, puede limitar temporalmente la protección por él establecida contra el despido.

e) Por su parte, la *Comisión* arguye que, según se deduce de los elementos por ella expuestos en la primera cuestión, la respuesta a la cuestión de si existe una discriminación indirecta por razón de sexo depende de las circunstancias concretas y, en particular, de la duración del período de enfermedad anterior al despido de la empleada, de la base de comparación, de la cuestión de si el criterio en realidad afecta a un mayor número

de mujeres que de hombres y, finalmente, de la eventual justificación objetiva.

Debido a ello, la Comisión estima que, en estas circunstancias, una respuesta general no puede ser dada a la segunda cuestión puesto que la respuesta dependerá de las circunstancias concretas de cada caso particular.

Por lo tanto, la Comisión sugiere responder como sigue:

«Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si la aplicación de una norma por parte de una empresa, norma que prevé el despido después de una ausencia prolongada por razón de enfermedad, afecta a un mayor número de mujeres que de hombres. En caso afirmativo, existirá discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por la Directiva, salvo que la empresa pruebe que dicha medida se explica por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo porque ella responde a una real necesidad de la empresa y que es *a priori* imprescindible para la realización del objetivo perseguido por la misma.»

IV. Respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia

Al requerirse a la Unión de empleados de comercio y de oficinas de Dinamarca si una causa de despido como la invocada por Aldi Marked contra la Sra. Hertz, a saber, la frecuencia de las ausencias por enfermedad, está prevista en un texto legal o bien corresponde a una práctica corriente consagrada a lo largo de los años por la jurisprudencia de los Tribunales de trabajo, dicho organismo respondió como sigue:

— Cuando la Sra. Hertz estaba empleada en Aldi Marked, ella dependía de la ley danesa aplicable a los empleados, cuyo apartado 1 del artículo 5 establece que «si un empleado, a causa de enfermedad, no está en condiciones de cumplir con sus funciones, la falta de servicio que por ello resulte será considerada como escudada en un impedimento legítimo del empleado [...]» *(traducción no oficial).*

Esta disposición establece, pues, el principio de que la enfermedad constituye un impedimento legítimo.

— El artículo 5 contiene una excepción en su apartado 2 que establece que, «en la relación individual de trabajo, puede sin embargo acordarse, mediante convenio escrito, que, cuando el empleado haya percibido una prestación en caso de enfermedad por un total de 120 días durante un período de 12 meses consecutivos, podría despedirse al empleado con un preaviso de un mes, de manera que cese en sus funciones al final de un mes. La validez del despido está supeditada al hecho de que dicho despido no tenga una relación directa con el término del período de 120 días de enfermedad y mientras el empleado todavía esté enfermo; por el contrario, su validez no está afectada por el hecho de que el empleado vuelva a su trabajo después de ocurrido el despido» *(traducción no oficial).*

— En el presente asunto, no se celebró convenio alguno sobre un preaviso más breve en caso de despido después de 120 días de enfermedad, tal como lo prevé esta disposición.

HK también explica que no existe una jurisprudencia constante consagrada a lo largo de los años en lo que se refiere al carácter justificado del despido de un empleado a causa de la frecuencia de sus ausencias por enfermedad.

También añade que, si bien no es inexacto afirmar que la doctrina está de acuerdo en pensar que un despido por causa de larga enfermedad o de ausencias frecuentes por enfermedad puede ser considerado como justificado por la situación de la empresa y no dar lugar al derecho a indemnización por daños y perjuicios por despido improcedente, no es posible decir con certeza cuándo se está en presencia de tal situación. Según la mencionada Unión, la norma de los 120 días podría constituir un indicio de dicha situación, pero la legalidad de un despido también depende de otras circunstancias, entre ellas, el carácter público o privado de la empresa, la cantidad de empleados de la misma, la carga que representa a la empresa la ausencia del respectivo empleado, la antigüedad del trabajador en la empresa, el hecho de saber si es incierto el restablecimiento o si se puede determinar su probabilidad con precisión, etc.

Como respuesta a la misma pregunta, la Confederación de empleados daneses, DA, responde lo siguiente.

El Derecho danés está regido por el principio por el cual el contrato de trabajo celebrado entre un empresario y un trabajador puede ser resuelto libremente por cualquiera de las partes. Este principio está enunciado en el artículo 2 de la ley relativa a los empleados, a tenor del cual:

«1. El contrato de trabajo celebrado entre un empresario y un trabajador sólo podrá quedar extinguido por resolución después de haber transcurrido el período del preaviso, de conformidad con las siguientes disposiciones:

2. La resolución por parte del empresario estará precedida de:

1) [...]

2) La concesión de un plazo de preaviso de tres meses como mínimo, de manera que el trabajador cuya antigüedad en la empresa sea superior a seis meses cese en sus funciones a finales de mes.

3. La duración del preaviso señalada en el párrafo 2 del apartado 2 se aumentará en un mes por cada período de antigüedad de tres años, sin que sin embargo pueda exceder de seis meses» *(traducción no oficial).*

En este asunto, la Sra. Hertz, que había estado empleada durante tres años hasta el momento del despido, fue despedida con el preaviso de cuatro meses al que tenía derecho en virtud del mencionado artículo 2. Se cumplió este preaviso.

A continuación, DA señala que del antedicho apartado 1 del artículo 5 de la ley relativa a los empleados resulta que, en principio, el empresario no puede extinguir el contrato de trabajo mediante un despido fundado en la enfermedad del trabajador. Sin embargo, existe una excepción a esta norma que figura en el apartado 2 del mencionado artículo 5 de la ley relativa a los empleados.

Sobre este último punto, la Confederación de empresarios estima que debe rectificar los

datos presentados por HK en cuanto a los hechos del asunto. El contrato de trabajo celebrado entre la Sra. Hertz y Aldi Marked preveía la posibilidad de un despido con un preaviso de plazo más breve en caso de enfermedad, en virtud del apartado 2 del artículo 5. En este tema, DA se remite al extracto del contrato de trabajo de 1 de julio de 1982, del que acompaña una copia.

También subraya que, como reconoce tanto la doctrina como la jurisprudencia danesa, los 120 días mencionados en el apartado 2 del artículo 5 no corresponden a 120 días laborables, sino que también abarcan los domingos, los días festivos y los días laborables no trabajados. En este caso, la Sra. Hertz estuvo ausente por enfermedad durante 100 días laborables en el período transcurrido entre junio de 1984 y junio de 1985.

A pesar de la existencia de la cláusula estipulada en virtud del apartado 2 del artículo 5, Aldi Marked resolvió el contrato de trabajo con un preaviso de cuatro meses tal como lo exige el artículo 2 de la ley relativa a los empleados, y no de un mes como lo estipula el mencionado apartado 2 del artículo 5. Por lo tanto, Aldi Marked no resolvió el contrato de trabajo a causa de una infracción cometida por la Sra. Hertz sino que se limitó a resolverlo con el preaviso habitual; esta sociedad acostumbra a despedir a los trabajadores cuyas ausencias por enfermedad correspondan a las de la Sra. Hertz en el momento del despido.

DA añade que, no obstante el hecho de que el contrato de trabajo quede extinguido por un despido acompañado de un preaviso de una duración conforme a la señalada por la ley relativa a los empleados, el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones especiales que se añaden a los salarios debidos hasta el momento del cese en sus funciones en los casos determinados y enumerados en el artículo 2 b de esta ley.

El artículo 2 b establece:

«1. Cuando se despide a un trabajador que tenga 18 años cumplidos y que haya estado empleado en la empresa ininterrumpidamente durante un año como mínimo antes del despido, y dicho despido no pueda justificarse por la situación de la empresa o del trabajador, el empresario abonará una indemnización. La misma se fijará en función de la antigüedad del trabajador y de otras circunstancias propias del caso, pero no podrá exceder del salario percibido por el trabajador durante el período correspondiente a la mitad de la duración del preaviso de despido al que tiene derecho el interesado con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 2. Sin embargo, si el trabajador tiene 30 años cumplidos en el momento del despido, la indemnización podrá elevarse a tres meses de salario como máximo.

2. [...]

3. [...]» *(traducción no oficial).*

Según DA, cuando un empresario no se funda en criterios objetivos para despedir a un trabajador, puede concederse una indemnización al trabajador de conformidad con el artículo 2 b, pero, por el contrario, no puede anularse en Derecho danés el despido efectuado.

También subraya que las disposiciones de este artículo son las que principalmente invocó la Sra. Hertz en apoyo de su demanda de indemnización ante el Sø- og Handelsretten. Sin embargo, el artículo 2 b no de-

termina los casos en los que un despido no se podrá considerar como justificado por la situación de la empresa o del trabajador.

En este asunto, las partes están de acuerdo en que el despido tenía como única causa las ausencias por enfermedad de la Sra. Hertz y que, en consecuencia, no podía atribuirse otra causa real al despido. DA subraya que ni la legislación ni la jurisprudencia danesa publicada hasta ese momento habían resuelto la cuestión no resuelta por el artículo 2 b de si un despido que tenga por causa numerosas ausencias por enfermedad puede justificarse por la situación de la empresa o del trabajador. Por el contrario, la doctrina es conforme en pensar que tales ausencias pueden justificar el despido de un trabajador; debido a ello, tal despido no está sancionado con la obligación de pagar la indemnización establecida en el artículo 2 b. También subraya que, especialmente, un despido decidido por aplicación del citado apartado 2 del artículo 5 nunca tendrá como efecto la obligación de abonar la indemnización prevista en el artículo 2 b.

DA considera que es conveniente relacionar todo ello con el hecho de que el despido de que se trata no se produjo en aplicación del apartado 2 del artículo 5 con un mes de preaviso, sino, por el contrario, con 4 meses de preaviso de conformidad con el artículo 2.

Según DA, debido a ello, se impone concluir que la legislación danesa consagra el principio según el cual el despido puede ser libremente decidido. Por lo tanto, el empresario no está obligado a invocar una causa concreta de despido. Si, como en este caso, en apoyo de la decisión de despido se han invocado las ausencias frecuentes por enfermedad, el efecto jurídico que se deriva sólo puede referirse a saber si, con arreglo al artículo 2 b de la ley relativa a los empleados, el trabajador tiene derecho a una indemnización debido a que el despido que le ha sido notificado no está justificado por la situación de la empresa o del trabajador. Sin embargo, la legislación no ha resuelto la cuestión de si semejante despido puede ser considerado como justificado por la situación de la empresa o del trabajador y, en consecuencia, no motivar una demanda fundada en el artículo 2 b.

La jurisprudencia danesa publicada tampoco toma posición sobre el punto de vista teórico enunciado por la doctrina según el cual un despido fundado en faltas frecuentes de asistencia por enfermedad no genera derecho a una indemnización en virtud del artículo 2 b. En lo que respecta a la jurisprudencia no publicada, se dispone de la sentencia unánimamente pronunciada por el Sø- og Handelsretten en el presente asunto, según la cual, a consecuencia del despido, la Sra. Hertz no tiene derecho a esta indemnización. Habida cuenta de que no se planteó ante el Højesteret la concesión de una indemnización en virtud del artículo 2 b, esa sentencia no puede ser revocada en ese punto.

Gordon Slynn
Juez Ponente