CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 10 de mayo de 2001 [1]

1. El Højesteret (Tribunal Supremo de Dinamarca) ha planteado dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por las que pide la interpretación del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE [2] y del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE. [3]

Quiere saber, en esencia, si esas normas se oponen al despido de una trabajadora encinta, por razón del embarazo, teniendo en cuenta: que había sido contratada por seis meses; que, conociendo su estado, no lo comunicó al empleador en el momento de la contratación; y que, debido al descanso por maternidad, no iba a estar disponible para trabajar durante una parte de la duración del contrato.

1 — Lengua original: español.

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

3 — 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).

I. Los hechos

2. La recurrente en el litigio principal es Tele Danmark A/S, una empresa de telefonía que empleó a la Sra. Brandt-Nielsen, para el servicio de atención al cliente, con un contrato que iba del 1 de julio al 31 de diciembre de 1995. En la entrevista previa a la contratación se informó a la trabajadora de que los dos primeros meses se dedicarían a la formación, y de que, en ese período, catorce días serían de aprendizaje efectivo.

3. La empleada, que es la parte recurrida, comenzó a trabajar en la fecha prevista. En agosto anunció que estaba encinta y que esperaba dar a luz el 6 de noviembre de 1995. De acuerdo con el convenio colectivo tenía derecho a un permiso retribuido de ocho semanas antes del parto. Este período comenzaba el 11 de septiembre, pocos días después de haber terminado, en teoría, la formación, que, en realidad, se había alargado porque la interesada contrajo matrimonio el 12 de agosto y había disfrutado de una corta licencia.

4. El 23 de agosto se le comunicó el despido, con efecto a partir del final de septiembre, momento en el que se vio

obligada a dejar de trabajar. Se alegaba como causa la infracción de las condiciones de contratación, al no haber indicado en la entrevista que estaba encinta y que el parto sería en noviembre.

5. En marzo de 1996, el Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (Sindicato de trabajadores del comercio y oficinas), en representación de la trabajadora, demandó a la empresa ante el Retten de Århus, solicitando una indemnización, porque el despido por causa del embarazo infringe el artículo 9 de la Ley sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al empleo y al descanso por maternidad [4] (en lo sucesivo, «Ley sobre la igualdad de trato»).

La empresa pidió que el juez desestimara la demanda, porque la trabajadora, contratada por seis meses, no había informado de que se encontraba encinta ni de que el parto tendría lugar en noviembre. Y eso fue lo que hizo el Retten de Århus en la sentencia de 14 de enero de 1997.

6. En apelación, el Vestre Landsret concedió una indemnización a la trabajadora por considerar probado que el embarazo había sido la causa del despido. Tuvo en cuenta que ni los trabajos preparatorios previos a la adopción de la Ley sobre la igualdad de trato ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sustentan la tesis de que los trabajadores temporales no están protegidos, y estimó que carecía de relevancia que la trabajadora conociera su estado y que no pudiera cumplir los compromisos laborales en su totalidad.

II. Las cuestiones prejudiciales

7. En septiembre de 1998, la empresa interpuso recurso contra esta sentencia ante el Højesteret, que, antes de resolverlo, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones con carácter prejudicial:

«1) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 [...] y/o el artículo 10 de la Directiva 92/85, u otras disposiciones de estas Directivas o del derecho comunitario, ¿se oponen a que una trabajadora sea despedida por encontrarse embarazada cuando:

i) [...] fue contratada para un empleo temporal por un período determinado;

4 — Ley nº 161, de 12 de abril de 1978 (lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.).

ii) [...] conociendo su estado, no advirtió [...] al empleador; y

iii) el embarazo suponía que [...] no podría trabajar durante una parte significativa del contrato?

2) ¿Tiene alguna relevancia para la contestación a la primera pregunta el hecho de que la trabajadora fuera contratada por una gran empresa que recurre con frecuencia a la contratación de trabajadores temporales?»

III. Las disposiciones comunitarias

8. La Directiva 76/207 forma parte de la acción de la Comunidad destinada a realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción y a las condiciones de trabajo. De acuerdo con el artículo 5, apartado 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.»

9. La Directiva 89/391/CEE,[5] destinada a mejorar la seguridad y la salud de los trabajadores, es una directiva-marco que ha servido de base a directivas específicas que cubren los riesgos en el lugar de trabajo. El artículo 15 establece que los grupos de riesgo especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera concreta.

10. Al estimar que las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o que se encuentren en período de lactancia forman un grupo de riesgo especialmente sensible, y que se debían tomar medidas relativas a su salud y seguridad, el Consejo adoptó la Directiva 92/85, que tiene como finalidad su protección mientras se hallan en esas circunstancias.

Ante el peligro de ser despedida por motivos relacionados con su estado, que puede tener consecuencias perjudiciales sobre su salud física y psíquica, la Directiva

5 — Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1).

establece, en el artículo 10, apartado 1, una prohibición en los siguientes términos:

«1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del descanso por maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o las prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.»

IV. La legislación danesa

11. La Ley sobre la igualdad de trato adapta el derecho nacional a la Directiva 76/207, y la Ley nº 412, de 1 de junio de 1994, hace lo propio con la Directiva 92/85.

12. En virtud del artículo 9 de la Ley sobre la igualdad de trato, el empleador no puede despedir a una trabajadora por haber hecho uso de su derecho a un permiso o por otros motivos ligados al embarazo, al período post-parto o a la adopción.

13. Según el artículo 16 de la misma Ley:

«1. Si una trabajadora es despedida con infracción del artículo 9, el despido es declarado nulo, si se solicita, salvo que se considere, en casos excepcionales y después de haber sopesado los intereses de las partes, que resulta manifiestamente injustificado exigir que se mantenga o que se restablezca la relación laboral.

2. Si una trabajadora es despedida con infracción del artículo 9 y el despido no es anulado, el empresario debe indemnizar a la trabajadora.

[...]

4. Si el despido tiene lugar durante el embarazo, el período post-parto o la adopción, el empleador debe demostrar que no obedece a esas causas.»

V. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del

Estatuto del Tribunal de Justicia, las partes recurrente y recurrida en el litigio principal, el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC)[6] y la Comisión.

En la vista que tuvo lugar el 29 de marzo de 2001 comparecieron, a fin de presentar oralmente sus alegaciones, el representante de la parte recurrente y el de la parte recurrida, el agente del Órgano de vigilancia de la AELC y el de la Comisión.

VI. Examen de las cuestiones prejudiciales

A. *La primera cuestión*

15. La pregunta afronta la procedencia del despido de la Sra. Brandt-Nielsen y su posible justificación.

16. La empresa demandante en el litigio principal sostiene que las Directivas en cuestión no contemplan el despido por razón de embarazo en las circunstancias que concurrían en la trabajadora y que, sólo cuando el contrato es por tiempo indefinido, la negativa a emplear a una mujer encinta o su despido infringen el derecho comunitario. A su entender, el principio de igualdad de trato no puede hacerse extensivo a una relación laboral de duración determinada en la que la ausencia de la trabajadora a causa del descanso por maternidad adquiere una importancia absoluta, por dificultar la realización de las obligaciones objeto del contrato. De la misma manera, el hecho de que la trabajadora oculte su estado en el momento de la contratación reviste una importancia fundamental en los contratos de duración determinada.

Asegura que las circunstancias que rodearon el despido de la trabajadora quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, norma que no puede justificar, en ningún caso, la imposición unilateral de obligaciones a un empleador.

17. La trabajadora expone que su despido se debió al embarazo y lo considera una discriminación directa por razón de sexo. Los inconvenientes que el descanso por maternidad conlleva para el empleador no son más onerosos en una relación laboral de duración temporal que en una de carácter indefinido y no justifican la discriminación. Ninguna de las dos Directivas cuya interpretación se solicita establece diferencias por la duración del contrato y

6 — Con arreglo al artículo 20, párrafo tercero, del Estatuto, modificado a raíz de la Declaración de la Comunidad Europea sobre los derechos de los Estados de la AELC ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, anexa al Acta Final del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DO 1994, L 1, pp. 523 y ss, especialmente p. 567).

la protección que ofrecen tampoco está limitada en función de que las trabajadoras hayan cumplido un período mínimo de actividad.

A su parecer, el coste asociado al descanso por maternidad debe correr a cargo del empleador que, en su caso, habría debido soportar una ausencia menor que la que le hubiera correspondido si el contrato hubiera sido por tiempo indefinido. Afirma que se proponía seguir en su puesto hasta dar a luz y que, como el parto se produjo el 13 de noviembre de 1995, de no haber sido despedida, habría podido trabajar cuatro de los seis meses. Considera que el hecho de conocer su estado cuando fue contratada resulta irrelevante, ya que la obligación mutua de buena fe entre las partes no lleva implícita para la trabajadora la obligación de comunicarlo al empleador en el momento de la contratación.

18. El Órgano de Vigilancia de la AELC opina que la Directiva 92/85, dedicada en exclusiva a la protección de la trabajadora encinta, contiene normas más concretas que la Directiva 76/207, en materia de protección contra el despido y de garantía de los derechos inherentes al contrato de trabajo. También es más específica, más detallada y más reciente. Por estas razones se inclina por examinar las cuestiones planteadas a la luz de la Directiva 92/85, cuyo artículo 10 impone varias condiciones para que se pueda proceder al despido, cumulativas y difíciles de reunir, que no concurrieron en el despido de la Sra. Brandt-Nielsen. Estima que el legislador ha querido conceder una protección reforzada a las trabajadoras encintas y que nada lleva a pensar, en la exposición de motivos ni en el articulado, que todas las trabajadoras, con independencia de la duración de sus contratos, no deban gozar de la misma protección.

Con carácter subsidiario, examina los hechos a la luz de la Directiva 76/207, partiendo de la base de que el despido fue ocasionado por el embarazo. Por esta razón, la trabajadora fue víctima de una discriminación directa por razón de sexo, que no puede estar justificada por la carga financiera que el descanso por maternidad pueda representar para el empleador ni por la circunstancia de que la trabajadora no informara de su estado en el momento de la contratación.

19. La Comisión alega que tanto la Directiva 76/207 como la Directiva 92/85 son aplicables a este asunto, ya que no distinguen entre empleos concertados por tiempo indefinido o por duración determinada. Después de llevar a cabo una interpretación combinada de ambas, razona que un despido como el que sufrió la trabajadora es una discriminación directa contraria al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, que no puede producirse, en virtud del artículo 10 de la Directiva 92/85, durante el período de protección del embarazo. Ninguna de las circunstancias que

concurrieron en el despido, puestas de relieve por el órgano jurisdiccional nacional, tiene relevancia para modificar tal apreciación.

20. Este Tribunal de Justicia se ve confrontado, una vez más, a cuestiones prejudiciales procedentes de Dinamarca en las que se pone de relieve el trato laboral que reciben en ese Estado las trabajadoras encintas. Puedo citar como ejemplos: a la Sra. Hertz, despedida un año después del descanso por maternidad, a causa de las ausencias motivadas por una enfermedad que tuvo su origen en el parto; [7] a la Sra. Larsson, despedida inmediatamente después del descanso por maternidad, porque seguía en situación de incapacidad laboral por una enfermedad originada por el embarazo, que ya le había impedido trabajar durante más de cuatro meses, antes de dar a luz; [8] a las Sras. Høj Pedersen, Andresen y Sørensen, quienes, al quedar incapacitadas para trabajar por culpa de la enfermedad que les estaba ocasionando el embarazo, dejaron de percibir la totalidad del salario, a la que tienen derecho los trabajadores enfermos por otra causa; y a la Sra. Pedersen, empleada por un odontólogo, que la suspendió de empleo y sueldo cuando supo que, debido a las complicaciones que le causaba el embarazo, el tocólogo sólo la autorizaba a trabajar a tiempo parcial. [9] La Sra. Brandt-Nielsen parece destinada a engrosar la saga.

21. La pregunta del Højesteret hace referencia a la Directiva 76/207, y a la Directiva 92/85. Creo que, en el presente asunto tanto la aplicación de una como de la otra conducirán, por derroteros distintos, al mismo resultado.

22. El Tribunal ha debido interpretar con frecuencia la Directiva 76/207 en supuestos fácticos en los que se dificultaba o se impedía el acceso al empleo de las mujeres [10] o en los que las condiciones laborales que se les ofrecían resultaban discriminatorias. [11] Dentro de este capítulo merece especial mención la diferencia de trato de que es víctima la trabajadora encinta en cuanto al acceso al empleo y a las condiciones laborales. Como quedará demostrado a lo largo de mi exposición, Dinamarca no tiene la exclusiva en situaciones de discriminación de la mujer en el medio laboral.

23. De acuerdo con una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, se desprende de las disposiciones de la Directiva 76/207 que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo. [12] El órgano jurisdiccional que ha planteado las cuestio-

7 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund «Hertz» (C-179/88, Rec. p. I-3979).

8 — Sentencia de 29 de mayo de 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757).

9 — Estos hechos fueron objeto del asunto C-66/96, resuelto por la sentencia de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros, Rec. p. I-7327.

10 — Como se demostró, por ejemplo, en las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), y Hartz (79/83, Rec. p. 1921); y de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69).

11 — Puedo poner como ejemplos las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723); de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, Rec. p. I-3313); de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047); de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287); y de 3 de febrero de 1994, Minne (C-13/93, Rec. p. I-371).

12 — Esta afirmación figura, por vez primera, en la sentencia Hertz, citada en la nota 7 *supra*, apartado 13.

nes prejudiciales está al corriente de esta interpretación, pero se pregunta si las circunstancias que concurrieron en la contratación de la Sra. Brandt-Nielsen justifican que se llegue a una solución distinta. Examinaré por separado estas circunstancias.

a) El contrato de trabajo concertado por una duración determinada

24. Los asuntos resueltos hasta la fecha por el Tribunal de Justicia en los que la causa directa del despido de una trabajadora había sido el embarazo son dos. En ambos, el contrato había sido concertado por tiempo indefinido y el Tribunal de Justicia así lo recalcó en su razonamiento. [13]

25. En el primer caso, la Sra. Habermann-Beltermann, auxiliar de clínica diplomada en geriatría, firmó un contrato por el que se obligaba a trabajar de noche como cuidadora en una residencia de ancianos. Unos días después de empezar su trabajo, estuvo más de un mes de baja por enfermedad y el médico certificó que estaba embarazada desde doce días antes de firmar el contrato laboral. El empleador, invocando el artículo 8, apartado 1, de la Ley de protección de la maternidad, que prohíbe a las trabajadoras embarazadas la realización de trabajo nocturno, le comunicó que consideraba nulo el contrato.

El Tribunal reiteró que la ruptura de un contrato laboral debida al embarazo de la trabajadora por cuenta ajena, bien sea a través de una declaración de nulidad o a través de una impugnación, sólo afecta a las mujeres y, por consiguiente, constituye una discriminación directa basada en el sexo. [14] Después de poner de relieve que la desigualdad de trato no se basaba tanto en el embarazo de la trabajadora como en la prohibición legal de trabajo nocturno que acompaña a ese estado, destacó que las cuestiones prejudiciales se referían a un contrato de duración indeterminada y que, por consiguiente, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas sólo producía efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato.

26. En el segundo caso, la Sra. Webb había sido contratada con un período de prueba de tres meses. Durante la entrevista previa fue informada de que el puesto estaba vacante porque la Sra. Stewart, otra empleada de la misma sección, estaba embarazada. Esta empleada tenía la intención de continuar trabajando hasta final de año y volver a su puesto tras el descanso por maternidad, sin que ese regreso impli-

13 — Jacqmain, J.: «Pregnancy as Grounds for Dismissal», *Industrial Law Journal*, 1994, pp. 355 a 359, especialmente, p. 356: «However, both the *Haberman* and the *Webb* judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the *duration of the contract of employment*.»

14 — Sentencia de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657), apartado 15.

cara la rescisión de la relación laboral de la Sra. Webb, quien, para poder hacer esa sustitución necesitaba un período de formación de seis meses. Dos semanas después de haber empezado a trabajar, la Sra. Webb se dio cuenta de que también ella estaba encinta, circunstancia que indujo al empleador a comunicarle el despido mediante una carta en la que se decía que, al no haber comunicado hasta entonces que estaba encinta, no tenían más alternativa que dar por terminado su contrato.

En la sentencia, el Tribunal resaltó que, en una situación como la de la Sra. Webb, la resolución de un contrato concertado por tiempo indefinido, debida al embarazo de la trabajadora, no puede justificarse por el hecho de que la empleada se encuentre, con carácter meramente temporal, en la imposibilidad de efectuar el trabajo para el que fue contratada. [15]

27. La empresa Tele Danmark se apoya en esta jurisprudencia para sostener que el Tribunal de Justicia ha querido marcar una clara diferencia entre los contratos concertados por tiempo indefinido y los de duración determinada, a los efectos de aplicar el principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras. [16]

En mi opinión, se trata de una interpretación errónea de la jurisprudencia, demasiado fiel a la literalidad de la formulación. [17] Es cierto, como acabo de indicar, que el Tribunal ha hecho esas afirmaciones en el pasado. Pero, al formularlas, se limitaba a tomar en consideración el contexto fáctico de cada asunto, sin prejuzgar que, cuando la duración del contrato fuera

15 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartado 27.

16 — Esta empresa no es, desde luego, la única en pensar así. Buena parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema ya adelantó que se daría esta interpretación de las sentencias. Véanse, por ejemplo: McGlynn, C.M.S.: «Webb v EMO: A Hope for the Future?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 50 a 62, especialmente p. 59: «Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term»; Szyszczak, E.: «"The Status to be accorded to Motherhood": Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd», *The Modern Law Review*, 1995, pp. 860 a 866, especialmente p. 861; Napier, B.: «*Webb* in Europe», *New Law Journal*, 1994, Vol. 144, p. 1020: «What if there had been a fixed-term contract?»; y *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, p. 413, «On notera que seule l'embauche sous contrat à durée indeterminée est visée par cette solution [...] Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée».

17 — Ése fue, sin embargo, el sentido de la sentencia dictada por la House of Lords en aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia, que figura en la base de datos «Decisiones Nacionales» del Tribunal de Justicia, referencia QP/02459-P1. Busby, N.: «The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd (N° 2)», *The Juridical Review*, 1996, pp. 156-159, especialmente p. 156: «In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice [...] the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts.» The scenario was distinguished «in order to avoid a situation likely to "be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute"».

determinada en lugar de indefinida, la solución debería ser distinta. [18]

28. Este parecer se basa en varias razones. En primer lugar, el articulado de la Directiva 76/207, establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, sin distinguir entre contratos por tiempo indefinido y por duración determinada.

En segundo lugar, una vez que el Tribunal ha dejado sentado que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, tan discriminatorio es un despido cuando la relación laboral tiene carácter indefinido como si es temporal.

En tercer lugar, si se excluyera el trabajo por duración determinada del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207, una parte importante de las relaciones laborales quedaría fuera del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo, lo que privaría a la Directiva de buena parte de su efecto útil y, además, se incentivaría la contratación temporal, porque el nivel de protección de las trabajadoras podría ser más reducido.

Por último, en el Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de la industria y de los empresario europeos y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada, [19] la cláusula 4, dedicada al principio de no discriminación, establece, en su apartado 1, que, en cuanto a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. [20] No cabe duda de que las circunstancias en las que tiene lugar el despido forman parte de las condiciones de trabajo ni, tampoco, de que el embarazo no es ninguna razón objetiva

18 — Lousada Arochena, J.F.: «La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse», *Revista del Poder Judicial*, 1999, nº 54, pp. 563 a 586, especialmente p. 570: «Tanto el caso Habermann-Beltermann, como el caso Webb, han levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fuesen temporales? Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente»; y Boch, Ch.: *Common Market Law Review*, 1996, pp. 547 a 567, especialmente p. 560: «This distinction — fixed term/indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewere in the judgment».

19 — Este Acuerdo marco fue celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general. Su aplicación se ha realizado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (DO L 175, p. 43).

20 — El plazo para la adaptación del derecho interno de los Estados miembros a las disposiciones de la Directiva 1999/70 expira el 10 de julio de 2001.

que pueda justificar un trato diferente entre trabajadores fijos y temporales.

b) La trabajadora conoce su estado en el momento de la contratación y no lo comunica al empleador

29. La Directiva 76/207 no contiene disposición alguna a este respecto, mientras que la Directiva 92/85 define, en su artículo 2, letra a), a la trabajadora embarazada como aquélla que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. [21]

Según informa la Comisión en sus observaciones escritas, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley por la que se regulan las relaciones jurídicas entre empresarios y empleados (funktionærlov), la trabajadora encinta está obligada, a fin de facilitar al empleador la planificación del trabajo, a informarle, como mínimo tres meses antes de la fecha prevista para el parto, del momento en que se propone iniciar su descanso por maternidad.

30. En el relato fáctico que lleva a cabo el Højesteret en su auto no consta que la trabajadora no cumpliera la obligación de informar de su estado al empresario, de acuerdo con la Ley nacional. Deduzco, pues, que la queja de la empresa sobre la falta de información en el momento de la contratación significa que, de haber sabido que la candidata estaba encinta, no le hubiera propuesto el empleo.

31. Ahora bien, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207, la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso a los puestos de trabajo.

32. El Tribunal de Justicia afirmó, en la sentencia Dekker, que la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo. [22]

33. La sentencia Mahlburg recalcó que la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer encinta no puede tener como consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata, debido a que una prohibición de trabajo motivada por el

21 — Respecto a esta formalidad, Jacqmain, J.: *op. cit.*, p. 358, se pregunta: «Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?»

22 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12.

embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y mientras siga en ese estado, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante. [23]

34. Si, de acuerdo con la Directiva 76/207, el embarazo no es un factor que pueda ser tomado en cuenta a la hora de contratar a una mujer y la negativa a contratarla por razón de su estado constituye una discriminación directa por razón de sexo, considero que el empleador no está legitimado para preguntar a la trabajadora si está encinta. Lo contrario, además de representar una intrusión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, equivaldría a obstaculizar seriamente el acceso al mercado laboral de la mujer encinta.

El empleador no podrá, por tanto, alegar esa omisión de información para justificar el posterior despido de la trabajadora.

c) La imposibilidad de trabajar durante una parte significativa del contrato

35. La sentencia Dekker examinó los perjuicios económicos que el descanso por maternidad puede reportar a la empresa. En el litigio principal, el empleador se negaba a contratar a una mujer encinta, aduciendo que, por aplicación de la legislación neerlandesa, no habría podido obtener de su organismo asegurador el reembolso de la retribución de la trabajadora durante el período de descanso por maternidad y que, de contratar a un sustituto, se vería obligado a pagarle con sus propios fondos. Creo que las consecuencias económicas que habría soportado el empleador neerlandés, abonando dos retribuciones durante todo ese período, eran de mayor envergadura que los perjuicios que habría sufrido Tele Danmark.

Sin embargo, la sentencia apreció no sólo que la negativa de contratación debida al embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, sino también que la denegación de contratación fundada en las consecuencias económicas del período de descanso por maternidad se basa esencialmente en el embarazo. Esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario durante ese período, en caso de contratación de una mujer embarazada. [24] La sentencia Mahlburg añadió que la misma solución se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar, mientras dure su embarazo, el puesto al que se ha presentado. [25]

36. La sentencia Webb abordó también, como motivo de despido, la incapacidad de la mujer para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo.

23 — Sentencia de 3 de febrero de 2000 (C-207/98, Rec. p. I-549), apartado 27.

24 — Citada en la nota 22 *supra*, apartado 12.

25 — Citada en la nota 23 *supra*, apartado 29.

Afirmó, a este respecto, que la disponibilidad del empleado es para el empleador un requisito esencial del buen cumplimiento del contrato de trabajo, pero que la protección que el derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y después del parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es 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. [26]

37. Estoy de acuerdo con esta apreciación del Tribunal. Una interpretación de la Directiva en sentido contrario habría tenido como consecuencia que el embarazo, que normalmente va acompañado de una ausencia más o menos larga de la trabajadora, podría justificar la negativa a contratar a una mujer o su posterior despido.

38. El empleador parece partir de la base de que los dos primeros meses, que la empleada iba a pasar en período de formación, no son parte de su trabajo. Sin embargo, fue él mismo quien impuso que, de los seis meses de contrato, dos se dedicaran a la formación. No puede, pues, alegar válidamente que la Sra. Brandt-Nielsen trabajó sólo unos pocos días cuando, en realidad, estuvo en la empresa hasta final de septiembre y no siguió porque fue despedida.

En cuanto al momento de iniciar su descanso por maternidad, la empleada ha declarado que estaba dispuesta a trabajar hasta una fecha muy cercana al parto, que tuvo lugar a mediados de noviembre. No sé si habría podido hacerlo, porque no conozco a fondo la legislación danesa a este respecto, ni tampoco el convenio colectivo aplicable a la empresa. Pero la Directiva 92/85 no lo habría impedido, ya que, de acuerdo con el artículo 8, el permiso de maternidad de, como mínimo, catorce semanas ininterrumpidas, debe incluir un descanso obligatorio de, al menos, dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto.

Habida cuenta de que el despido acaeció bastante antes de dar a luz, es imposible saber cuándo habría iniciado la empleada el descanso por maternidad, dato que resultaría esencial para juzgar si, en la práctica, dejó de trabajar durante una parte significativa del contrato.

39. Además, tal y como pone de relieve la Comisión, la incidencia del permiso de maternidad no ha de tener mayor importancia en un contrato de duración determinada que en uno por tiempo indefinido. Es sabido que, en las últimas décadas, las empresas recurren con mayor frecuencia que antes al empleo temporal, los contratos de duración determinada tienden a ser

26 — Citada en la nota 15 *supra*, apartado 26.

renovados y han perdido buena parte del estigma de empleo precario que los caracterizó en sus inicios. [27]

Las circunstancias en las que la Sra. Brandt-Nielsen fue empleada, a saber, un contrato de seis meses de los que dos se dedican a la formación, me inducen a pensar que había posibilidades de que se lo renovaran, una o más veces, ya que dos meses de formación de un trabajador son una inversión importante para una empresa. No veo, pues, ninguna razón por la que, de no haber mediado el despido fulminante, la trabajadora, que ya había sido formada, no habría podido seguir empleada en la empresa, con un nuevo contrato temporal, una vez finalizado su descanso por maternidad.

40. Considero, por tanto, que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, en relación con el artículo 5, apartado 1, se oponen a que una trabajadora encinta empleada por duración determinada, que no comunicó su estado a la empresa cuando la contrató, a pesar de conocerlo, sea despedida porque el embarazo le va a impedir cumplir plenamente con sus compromisos laborales.

41. Me quedan por examinar los hechos descritos, a la luz del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 92/85, que obliga a los Estados miembros a prohibir el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y las prácticas nacionales, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

42. El Tribunal ha observado en la sentencia Webb que, en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras encintas, incluido el riesgo grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente el embarazo, el legislador comunitario ha previsto, en el artículo 10 de la Directiva

27 — Moore, S.: «Sex, Pregnancy and Dismissal», *European Law Review*, 1994, pp. 653 a 660, especialmente p. 659: «Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract».

92/85, una protección particular para la mujer,[28] estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.[29]

43. Advierto, en primer lugar, que el articulado de esta Directiva no establece distinción alguna entre los contratos concertados por tiempo indefinido y los de duración determinada. Y no es que el legislador comunitario no ponderara las particularidades que presenta el trabajo temporal, en una Comunidad en la que, como indica el Órgano de Vigilancia de la AELC, se da una reflexión permanente sobre los medios más aptos para flexibilizar el mercado del empleo.

Sin embargo, la única disposición que contempla un trato diferenciado, pero por la que no se ha interesado el juez nacional, es el artículo 11, apartado 4, que permite a los Estados miembros establecer, como requisito para que la mujer pueda percibir una retribución o una prestación durante el descanso por maternidad, un período de trabajo previo que no puede ser de más de doce meses antes del parto.

44. Ni el Højesteret ni quienes han presentado observaciones en este procedimiento han ilustrado al Tribunal de Justicia sobre cuáles son los casos excepcionales no inherentes al estado de la trabajadora admitidos por la legislación danesa que permitirían despedirla, a pesar de estar encinta.[30] Pienso que cumplirían esta condición, por ejemplo, un despido derivado de fuerza mayor, que imposibilitara definitivamente la prestación de trabajo, o un despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la empresa.[31]

Lo que sí resulta claro es que no deben ser inherentes al estado de la trabajadora. Y el despido de la Sra. Brandt-Nielsen se debió, precisamente, a su embarazo.

45. Por tanto, procede declarar que el artículo 10 de la Directiva 92/85 también se opone a un despido realizado en las circunstancias anteriormente descritas.

28 — Protección de la que están bien necesitadas, a juzgar por la noticia aparecida en el diario El País, de 19 de marzo de 2001: una jugadora de balonmano profesional ve rescindido su contrato al enterarse el club de que está encinta. Al parecer, su contrato incluía una cláusula que especificaba que el embarazo era motivo de rescisión. El 23 de marzo siguiente, en el mismo diario, aparece la noticia de que la jugadora ha sufrido un aborto espontáneo a consecuencia, posiblemente, de haber jugado un partido de competición estando embarazada de dos meses.

29 — Citada en la nota 15 *supra*, apartado 21.

30 — En el acto de la vista, tanto el representante de Tele Danmark como el de la Sra. Brandt-Nielsen estuvieron de acuerdo, al responder a la pregunta que les formulé, en que la legislación danesa no regula los supuestos concretos en los que puede admitirse el despido de una trabajadora encinta, y que los tribunales deciden en función de las circunstancias que concurren en cada caso.

31 — Gorelli Hernández, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, nº 97, pp. 729 a 768, especialmente p. 764, opina que el artículo 10 de la Directiva 92/85 no impediría el despido disciplinario de una trabajadora embarazada que hubiese incumplido grave y culpablemente sus obligaciones, siempre y cuando el incumplimiento no esté justificado por su situación.

B. La segunda cuestión

46. A continuación, el Højesteret quiere saber si el hecho de que la Sra. Brandt-Nielsen fuera contratada por una gran empresa, que recurre con frecuencia al empleo de trabajadores temporales, tiene alguna incidencia en la respuesta a la primera pregunta.

47. Quienes han presentado observaciones en este procedimiento están de acuerdo en que esta pregunta debe recibir una respuesta negativa.

La recurrente considera que sería inaceptable que el régimen jurídico variara en función de la dimensión de la empresa, a lo que cabe añadir la dificultad que plantearía la delimitación del tamaño y los problemas que se originarían si las trabajadoras en la misma situación pudieran beneficiarse de un grado de protección distinto en función de la magnitud de la empresa en la que estuvieran empleadas. La parte recurrida y la Comisión están de acuerdo en que este factor sólo debe ser tomado en consideración cuando el objeto que se persigue al recurrir a la contratación temporal es eludir las normas que confieren derechos a los trabajadores. De lo contrario, hay que entender que carece de incidencia en la respuesta que proponen para la primera cuestión.

48. Coincido con estas opiniones. En primer lugar, ni el articulado de la Directiva 76/207, sobre el principio de igualdad de trato, ni el de la Directiva 92/85, sobre la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora en su función de madre, establecen ninguna diferencia en sus ámbitos de aplicación según el tamaño de la empresa empleadora. Como muy bien indica el Órgano de Vigilancia de la AELC, sólo el tercer considerando de la Directiva 92/85 evoca la imposición del artículo 118 A del Tratado, [32] a cuyo tenor las directivas evitarán poner trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico, que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Dado que Tele Danmark es una gran empresa, esta restricción no puede serle de aplicación. [33]

49. Lo mismo cabe decir respecto al hecho de que la empresa que ha despedido a una trabajadora encinta, con la que ha concertado un empleo de duración determinada, recurra con frecuencia a ese tipo de contratación. Como ya he indicado al examinar la

32 — Como consecuencia de las modificaciones llevadas a cabo por el Tratado de Amsterdam, esta disposición figura ahora en el artículo 137 CE, apartado 2.

33 — Boch, Ch.: *op. cit.*, p. 561, destaca: «the preamble to the Pregnancy Directive which the Court relies upon, also refers, in its third recital, to the need to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings. Presumably, Air Cargo Ms Webb's employer, with 16 employees, falls within the SME category, yet the Court made no reference to this recital».

incidencia que podía tener la duración temporal del empleo en la aplicación de ambas Directivas, ninguna de ellas establece diferencias por este motivo.

Y tampoco se desprende de los documentos que obran en los autos que la finalidad perseguida por Tele Danmark, al recurrir de preferencia a la contratación temporal, sea la de eludir determinadas normas que reconocen derechos a los trabajadores.

50. Por tanto, esta pregunta debe recibir, en mi opinión, una respuesta negativa.

VII. Conclusión

51. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Højesteret de Dinamarca de la siguiente manera:

«1) El artículo 2, 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, en relación con el artículo 5, apartado 1, y el artículo 10 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), se oponen a que una trabajadora encinta empleada por duración determinada, que no comunicó su estado a la empresa cuando la contrató, a pesar de conocerlo, sea despedida porque el embarazo le va a impedir cumplir plenamente con sus compromisos laborales.

2) El hecho de que la trabajadora fuera contratada por una empresa grande que recurre con frecuencia a la contratación de trabajadores temporales carece de incidencia en la respuesta a la primera pregunta.»