CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 10 de julio de 1997 *

1. El Sø- og Handelsretten, Tribunal marítimo y de comercio de Dinamarca ha planteado a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión prejudicial que consta de varios supuestos, con el fin de resolver cuatro litigios de los que está conociendo y en los que se discute sobre los derechos laborales de las empleadas durante el embarazo.

Antes de responder a esta cuestión procederé a exponer la legislación nacional pertinente y los hechos de los cuatro litigios principales, siguiendo las indicaciones contenidas en el auto de remisión.

La legislación nacional

A. *La Ley nº 516, de 23 de julio de 1987, por la que se regulan las relaciones jurídicas entre empresarios y empleados*

2. La relación laboral de las demandantes está sujeta a la Ley nº 516, de 23 de julio de 1987, reguladora de las relaciones jurídicas entre empresarios y empleados (en lo sucesivo, «Ley de los empleados»), por la que se rige un gran número de empleados de comercios y oficinas y que regula, entre otras materias de derecho laboral, el despido, la indemnización por despido, el incumplimiento de las obligaciones de los empresarios y de los empleados, la baja por enfermedad, la protección del embarazo y el descanso por maternidad.

La situación jurídica de las empleadas en caso de enfermedad y de incapacidad laboral por causa del embarazo y del parto se rige, asimismo, por la Ley nº 639, de 17 de julio de 1992, relativa a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, que incorporó al derecho danés la Directiva 75/117/CEE [1] (en lo sucesivo, «Directiva 75/117»); por la Ley nº 244, de 19 de abril de 1989, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, entre otros, al empleo y al descanso por maternidad, que adaptó el derecho danés a la Directiva 76/207/CEE [2] (en lo sucesivo, «Directiva 76/207») y por la Ley nº 852, de 20 de diciembre de 1989, relativa a

1 — Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

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).

* Lengua original: español.

la asignación diaria por razón de enfermedad o de parto (en lo sucesivo, «Ley sobre la asignación diaria»).

3. En la Ley de los empleados, que según se desprende del auto de remisión es la que se aplicó a las demandantes, la incapacidad laboral por causa de enfermedad y sus consecuencias vienen reguladas en su artículo 5, cuyo apartado 1 es del siguiente tenor: «Si un empleado no estuviera en condiciones de realizar su trabajo por razón de enfermedad, el consiguiente incumplimiento de sus tareas se considerará originado por un impedimento legítimo, a no ser que, en el marco de una relación laboral, el empleado contraiga la enfermedad de forma deliberada o por negligencia grave, o bien, en el momento de acceder al puesto de trabajo, oculte fraudulentamente la existencia de la enfermedad de que se trate.»

El concepto de enfermedad comprende toda dolencia o afección bien sea corporal o psíquica que, a juicio del médico, dé lugar a que el empleado no pueda desempeñar su trabajo. En caso de enfermedad, el empleado percibe la totalidad del salario y el empleador tiene derecho al reembolso de la asignación diaria, prestación de seguridad social que hubiera correspondido al empleado.

4. El artículo 7 de la Ley de los empleados regula la situación laboral de las empleadas mientras están embarazadas y durante su descanso por maternidad. La empleada está obligada a comunicar al empresario, al menos tres meses antes de la fecha prevista para el parto, el momento en que tiene pensado comenzar su descanso por maternidad.

La primera frase del apartado 2 de este artículo establece que, «en caso de embarazo de una empleada, el empresario estará obligado a pagarle la mitad del salario cuando se encuentre en situación de incapacidad laboral y durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto». La segunda frase añade: «El empresario quedará sujeto a la misma obligación cuando considere que, aunque la empleada no se encuentre en situación de incapacidad laboral, no puede continuar dándole empleo.»

B. *La Ley sobre la asignación diaria*

5. Los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho a percibir la asignación diaria en varios supuestos, a saber,

— artículo 5: la «asignación diaria por enfermedad» que se abona cuando el trabajador se halla en estado de incapacidad laboral total por causa de enfermedad;

— apartado 1 del artículo 12: la «asignación diaria por maternidad» que se abona a la mujer a partir de la fecha en la que se estime que faltan cuatro semanas para el parto;

— apartado 2 del artículo 12: la «asignación diaria anticipada por maternidad», que se le abonará antes de esa fecha,

1) si, con arreglo a un informe médico, se considera que el embarazo tiene una evolución patológica que supondría, en caso de continuar trabajando, un riesgo para la salud de la madre o del feto,

2) o si el carácter específico del trabajo entraña un riesgo para el feto o cuando las disposiciones legales vigentes le impiden que durante el embarazo pueda seguir ejerciendo sus funciones y el empresario no le ha propuesto otra ocupación apropiada.

En caso de cese de la actividad laboral por causa de embarazo, parto o adopción, son los municipios quienes abonan la asignación diaria.

6. El órgano jurisdiccional nacional aclara que, cuando tiene su origen en el embarazo o el parto, la incapacidad laboral no confiere los mismos derechos salariales que la incapacidad laboral por causa de enfermedad. En la práctica, la incapacidad laboral de la mujer encinta puede dar lugar a las situaciones siguientes:

— si la incapacidad laboral no está causada por el embarazo y sobreviene antes de que dé comienzo el descanso por maternidad, se le aplicará el artículo 5 de la Ley de los empleados y tendrá derecho a percibir la totalidad del salario;

— si la incapacidad laboral está causada por el embarazo y sobreviene antes de los tres meses que preceden al parto, la empleada no tiene derecho a la percepción de ningún salario, aunque tendrá derecho a percibir la asignación diaria;

— si la incapacidad laboral sobreviene dentro de los tres meses que preceden a la fecha prevista para el parto, el empresario deberá, con arreglo a la primera frase del apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, pagarle la mitad del salario.

Añade que la empleada está obligada, a instancia del empresario, a justificar documen-

talmente su incapacidad laboral, que debe haber sido apreciada por un médico. No es necesario que precise las causas de su incapacidad laboral, pero sí debe indicar si la incapacidad laboral está relacionada con el embarazo.

Los empleados disfrutan de los derechos derivados de la Ley sobre la asignación diaria además de los derechos derivados de la Ley de los empleados.

C. *La Circular n° 191, de 27 de octubre de 1994, relativa a la asignación diaria por enfermedad y por maternidad, adoptada por la Sociale Ankestyrelse*

7. La Circular n° 191, de 27 de octubre de 1994, relativa a la asignación diaria por enfermedad y por maternidad (en lo sucesivo, «Circular n° 191») recoge, en su capítulo 8, concretamente en los puntos 171, 172 y 175, [3] una serie de disposiciones de aplicación que regulan la concesión de la asignación diaria antes de las cuatro semanas que preceden a la fecha prevista para el parto.

3 — El juez nacional afirma en el auto que el tenor de estos puntos se corresponde con el de los puntos 90, 91 y 93 de la Circular n° 5, de 22 de marzo de 1990.

Estas disposiciones prevén, en lo que aquí interesa:

171. La mujer tiene derecho a percibir la asignación diaria anticipada por maternidad cuando, con arreglo a un dictamen médico, se considere que el desarrollo del embarazo adquiere un carácter patológico que, en caso de continuación de la actividad laboral, suponga un riesgo para la salud de la mujer o la del feto. A título de ejemplo se citan, en este apartado, el riesgo de aborto; el embarazo múltiple que conlleve un incremento del riesgo de aborto o de parto prematuro; la toxemia gravídica con hipertensión, albuminuria y/o edema; los casos especiales de vómitos de gran virulencia y/o frecuencia que afecten al estado general y que den lugar a una incapacidad laboral; las hemorragias vaginales; el desprendimiento prematuro de la placenta; el prolapso pelviano, así como las afecciones psíquicas graves vinculadas al embarazo, en particular, los casos de síndrome de estrés asociado al embarazo con síntomas tan agudos que puedan incluirse en el concepto de enfermedad.

El órgano jurisdiccional nacional aclara que esta disposición se corresponde con el supuesto n° 3 de la cuestión prejudicial.

172. Cuando la mujer se encuentre en situación de incapacidad laboral total, se le abonará la asignación diaria anticipada por maternidad si el embarazo agrava considerablemente una enfermedad (por ejemplo,

dolencias de espalda, cardíacas, pulmonares o renales) que, por lo demás, no tiene relación alguna con el embarazo, o si el embarazo dificulta el tratamiento de la enfermedad.

También se abonará esta asignación en caso de ausencia del trabajo debida a incapacidad laboral por aborto, incluida la interrupción voluntaria del embarazo.

El órgano jurisdiccional nacional indica que esta disposición se corresponde con los supuestos nºs 1 y 2 de la cuestión prejudicial.

175. En determinadas situaciones no existirá derecho alguno a la percepción de la asignación diaria, a saber, en presencia de trastornos comunes propios de un desarrollo normal del embarazo que no den lugar a incapacidad laboral, tales como mareos, malestar, vómitos, anemia leve o ligera hipertensión y cuando la ausencia se basa en un certificado médico en el que se recomienda reposo que no esté motivado por la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto.

El órgano jurisdiccional nacional señala que esta disposición se corresponde con los supuestos nºs 4 y 5 de la cuestión prejudicial.

8. El juez nacional expone que algunos interlocutores sociales discrepan acerca de la interpretación que debe darse a las disposiciones de la Ley de los empleados que regulan la incapacidad laboral por causa de enfermedad y la incapacidad laboral por causa del embarazo. Los trabajadores alegan, a este respecto, que, en virtud de la normativa comunitaria en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, hay que interpretar que la Ley de los empleados danesa otorga a las mujeres el derecho a percibir la totalidad del salario también cuando la incapacidad laboral está ocasionada por el embarazo. Los empresarios, por su parte, sostienen la tesis de que no se opone al derecho comunitario una interpretación de dicha Ley que deniegue a las mujeres el derecho a percibir la totalidad de su salario en caso de incapacidad laboral causada por el embarazo, remitiéndolas a la percepción de la asignación diaria.

Los hechos en los litigios pendientes ante el Sø- og Handelsretten

9. Los litigios en el marco de los que ha surgido la cuestión prejudicial planteada, son cuatro. En todos ellos, las demandantes son trabajadoras por cuenta ajena cuya relación

laboral se rige por la Ley de los empleados. Todas ellas sufrieron trastornos durante el desarrollo de su embarazo y todas fueron declaradas en situación de incapacidad laboral, total o parcial, mediante certificado médico, antes de los tres meses de la fecha prevista para el parto. Tres de ellas quedaron exentas de trabajar y sin derecho a percibir ningún salario del empleador (litigios primero, segundo y cuarto), mientras que la otra, cuya incapacidad laboral parcial le hubiera permitido trabajar con horario reducido, fue suspendida de empleo y sueldo al considerar su empleador que no podía continuar dándole empleo. Los diagnósticos médicos indicaban prolapso pelviano (litigio primero), *abortus inminens* con riesgo para la salud de la interesada o para la del feto (litigios segundo y tercero) e *hyperemesis gravidarum* (litigio cuarto).

10. Los hechos que constan en el auto de remisión sobre el primer litigio son los siguientes: la demandante, Sra. Berit Høj Pedersen, había sido contratada por la demandada, que forma parte de una cadena de supermercados de ámbito nacional, como auxiliar de comercio en diciembre de 1990. Su trabajo consistía, principalmente, en ordenar las mercancías, colocarlas en los estantes y efectuar otras tareas de carácter general relacionadas con el establecimiento.

En mayo de 1992, la demandante quedó encinta. Estuvo en situación de incapacidad laboral entre el 26 de junio de 1992 y el momento del parto, que tuvo lugar en febrero del año siguiente, con un diagnóstico de prolapso pelviano. La demandada consideró que las ausencias de la trabajadora se debían al embarazo y no constituían una enfermedad propiamente dicha, por lo que dejó de pagarle su salario desde el momento en que presentó el primer certificado médico.

Hasta tres meses antes de la fecha prevista para el parto, la demandante sólo percibió la asignación diaria anticipada por maternidad que prevé el apartado 2 del artículo 12 de la Ley sobre la asignación diaria. A continuación, hasta un mes antes de la fecha prevista para el parto, obtuvo, además, la mitad del salario abonada por el empleador, con arreglo al artículo 7 del Ley de los empleados. Durante el mes que precedió a la fecha prevista para el parto, la demandante percibió la totalidad de su salario, de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo al que estaba sujeta.

11. En el segundo litigio descrito por el juez nacional, la demandante es la Sra. Bettina Andressen, que había sido contratada por el odontólogo Sr. Bagner el 1 de agosto de 1991 como auxiliar de clínica. El 25 de agosto de 1993 la demandante, que estaba encinta, fue declarada en situación de incapacidad laboral debido a un riesgo de aborto (*abortus inminens*), estando el parto previsto para el 24 de abril de 1994. En los certificados médicos que se le expidieron, se indicaba que la continuación de su actividad profesional suponía un riesgo para la salud de la demandante o para el feto. En septiembre de 1993, el demandado dejó de abonarle el salario y la

remitió a la percepción de la asignación diaria anticipada por maternidad.

12. En el tercer litigio, la demandante es la Sra. Tina Pedersen, que había sido contratada por el odontólogo Sr. Rasmussen el 1 de septiembre de 1984 como aprendiz de clínica. Una vez finalizado el aprendizaje, pasó a ocupar un puesto de trabajo sujeto a la Ley de los empleados. A raíz de su embarazo fue declarada por su médico en situación de incapacidad laboral parcial el 4 de febrero de 1994, debido al riesgo de aborto (*abortus inminens*), estando el parto previsto para el 5 de junio de 1994. El médico indicó que la continuación de su actividad profesional suponía un riesgo para la salud de la demandante y/o para la del feto.

La demandante comunicó por teléfono al demandado la situación en la que se hallaba y le informó de que deseaba reanudar su trabajo con un horario reducido. El demandado manifestó que no estaba dispuesto a emplearla a tiempo parcial y que debía contratar a un sustituto a tiempo completo ya que, a su juicio, la demandante no estaba en condiciones de desempeñar su trabajo de forma normal. Con posterioridad, el demandado comunicó a la demandante que había contratado a un sustituto a tiempo completo para ocupar su puesto durante su ausencia y que no iba a seguir pagándole el salario, por lo que la remitía a la percepción de la asignación diaria anticipada por maternidad.

13. En el cuarto litigio, la demandante es la Sra. Pia Sørensen, que empezó a trabajar como aprendiz para la demandada, Hvitfeldt Guld og Sølv Aps, el 1 de agosto de 1989. Tras finalizar el período de aprendizaje, fue contratada por tiempo indefinido como dependienta en un puesto de trabajo sujeto a la Ley de los empleados. A mediados de enero de 1994 la demandante comprobó, tras sufrir fuertes mareos, que estaba encinta. Mediante certificado médico de 25 de enero de 1994, fue declarada en situación de incapacidad laboral por un período de cuatro semanas a causa de los fuertes mareos y vómitos que sufría, a los que se añadió una rápida pérdida de peso, por lo que debió ser hospitalizada. El 4 de marzo de 1994 se le diagnosticó *hyperemesis gravidarum*, con riesgo para la salud de la madre y del feto, por lo que fue declarada en situación de incapacidad laboral durante cuatro meses y medio en razón de su embarazo. A partir del mes de febrero de 1994 la demandada dejó de abonarle el salario.

La cuestión prejudicial planteada

14. El Sø- og Handelsretten estimó necesario suspender esos procedimientos y plantear, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión prejudicial a este Tribunal de Justicia en los siguientes términos:

«¿Se opone el derecho comunitario, y en particular el artículo 119 del Tratado CE, la Directiva 75/117/CEE, la Directiva

76/207/CEE y la Directiva 92/85/CEE [4] [en lo sucesivo, "Directiva 92/85"] a que una legislación nacional exima a los empresarios del pago del salario a las trabajadoras embarazadas cuando

1) la ausencia sea debida a que el embarazo agrava considerablemente una enfermedad que, por lo demás, no tiene relación alguna con el embarazo;

2) la ausencia sea debida a una enfermedad causada por el embarazo;

3) la ausencia sea debida al hecho de que el desarrollo del embarazo adquiere carácter patológico, de modo que la continuación del trabajo supondría un riesgo para la salud de la mujer o la del feto;

4) la ausencia sea debida a trastornos comunes del embarazo, propios de un normal desarrollo del embarazo que, además, no sean motivo de incapacidad laboral;

5) la ausencia se produzca como consecuencia de una prescripción médica realizada para proteger al feto, pero sin que dicha prescripción médica se funde en la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto;

6) la ausencia sea debida a que el empresario, en razón únicamente del embarazo, no considera posible obtener provecho de la capacidad laboral de la trabajadora embarazada, a pesar de que dicha trabajadora no se encuentra en situación de incapacidad laboral,

y cuando en las situaciones descritas en lo supuestos nºs 1 a 3 y 6, el Estado garantiza a la trabajadora embarazada una asignación diaria por un importe idéntico al que percibiría en caso de baja laboral por enfermedad, mientras que en las situaciones descritas en los supuestos nºs 4 y 5 la trabajadora no percibe asignación diaria del Estado, y cuando, por lo demás, con arreglo a la legislación nacional, el empresario tiene la obligación de pagar la totalidad del salario en caso de enfermedad?»

La legislación comunitaria aplicable

15. El artículo 119 del Tratado establece:

«Cada Estado miembro garantizará [...] la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

4 — 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).

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

[...]»

16. La Directiva 75/117 dispone, en su artículo 1:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado [...] implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

[...]»

17. La Directiva 76/207, relativa a 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, incluida la promoción, y a la formación profesional y a las condiciones de trabajo establece, en su artículo 2:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

3. La presente Directiva no obstará [a] las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

[...]»;

y, en su artículo 5:

«1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres

y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.

[...]».

18. La Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, cuya finalidad es 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, debía haber sido incorporada al derecho interno de los Estados miembros, a más tardar, dos años después de su adopción, es decir, el 19 de octubre de 1994.

En mi opinión, esta Directiva no resulta aplicable, *ratione temporis,* a los hechos de los litigios principales ya que, según se desprende de la relación que hace el juez nacional en su auto, las reivindicaciones laborales de las trabajadoras se circunscriben al período del embarazo y todas ellas dieron a luz antes del 19 de octubre de 1994. No consta, tampoco, si la legislación danesa había sido ya adaptada en ese momento.

19. Han presentado observaciones escritas, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia las demandantes y las demandadas en los litigios principales, que las han formulado conjuntamente, el Gobierno francés, el del Reino Unido y la Comisión. Comparecieron en el acto de la vista, los abogados de las demandantes y de las demandadas, y los representantes del Gobierno francés y de la Comisión.

20. Las demandantes, que analizan cada uno de los seis supuestos recogidos en la cuestión prejudicial, consideran que:

— si la incapacidad laboral de la mujer, acreditada mediante certificado médico, se debe a que el embarazo agrava considerablemente una enfermedad ajena a él (supuesto nº 1) o a una enfermedad causada por el embarazo (supuesto nº 2) —situaciones en las que el Estado le garantiza el abono de una asignación diaria de un importe idéntico al que percibiría en caso de baja laboral por enfermedad—, resulta contrario al derecho comunitario y, en particular al artículo 119 del Tratado, que la legislación nacional exima al empresario de pagarle la totalidad del salario, habida cuenta de que esas mismas trabajadoras disfrutarían de ese derecho si su incapacidad no estuviera relacionada con el embarazo;

— si la incapacidad laboral se debe a que el desarrollo del embarazo adquiere carácter patológico, de forma que la continuación de la actividad supondría un riesgo para su salud y/o la del feto (supuesto nº 3)

—situación en la que el Estado también le garantiza el abono de una asignación diaria de un importe idéntico al que percibiría en caso de baja laboral por enfermedad—, resulta contrario al derecho comunitario que las mujeres únicamente puedan percibir esa asignación, cuando a los demás trabajadores se les abona la totalidad del salario en caso de enfermedad, dado que el embarazo es una situación que sólo afecta a las mujeres;

— si la ausencia se debe a trastornos comunes durante el embarazo propios de un desarrollo normal que no den lugar a incapacidad laboral (supuesto nº 4) o se produce en razón de un certificado expedido por el médico en el que se recomienda reposo, sin que esté motivada por la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto (supuesto nº 5) —situaciones en las que las mujeres no tienen derecho a la percepción de la asignación diaria—, debe ser asimilada a una enfermedad, a pesar de que no haya un verdadero estado patológico, resultando contraria al derecho comunitario una disposición nacional que permite que las empleadas en esas situaciones no perciban ni salario ni asignación diaria;

— y que, si la ausencia de la mujer se debe a que el empresario, en razón únicamente del embarazo, considera que no puede utilizar los servicios de la trabajadora a pesar de que no concurran en ésta las condiciones para ser dada de baja laboral (supuesto nº 6) —situación en la que el Estado le garantiza una asignación diaria de un importe idéntico al que percibiría en caso de baja laboral por enfermedad—, resulta contrario al derecho comunitario que una disposición nacional obligue a una empleada capacitada para trabajar a aceptar un salario inferior al que le corresponde, al ser ésta una situación en la que sólo pueden hallarse las mujeres.

En el acto de la vista, el abogado de Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, que actúa en representación de la Sra. Høj Pedersen, de la Sra. Andressen y de la Sra. Pedersen, demandantes en los litigios primero, segundo y tercero, respectivamente, informó al Tribunal de Justicia de que esos litigios habían sido sometidos al Consejo nacional de medicina legal, órgano supremo especializado en cuestiones médicas que afectan a los particulares, el cual, con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial, ha decidido que sus tres clientes habían estado ausentes de su puesto de trabajo por una causa relacionada con el embarazo, que podía ser considerada como una enfermedad.

21. Las demandadas alegan que no cabe calificar de enfermas a las empleadas en situación de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo y que, por esa razón, sus derechos salariales no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado. Dado que sólo las mujeres pueden pretender una compensación por ausencias debidas al embarazo, no es posible efectuar una comparación con el derecho de los hombres a la percepción del salario en una situación equivalente y no puede, por lo tanto, hablarse de discriminación salarial.

Añaden, con carácter subsidiario, que existen razones objetivas que justifican la denegación a las demandantes del abono de la totalidad del salario, a saber, que la legislación danesa refleja un reparto equitativo y adecuado de los riesgos y las cargas económicas relacionadas con el embarazo entre las trabajadoras, los empresarios y la sociedad; que el denegar a las trabajadoras la totalidad del salario en caso de embarazo no constituye una discriminación en contra suya, sino que se debe a que el embarazo es, dentro del mercado de trabajo, una situación extraordinaria cuya carga no debe recaer íntegramente sobre el empresario; y que procede considerar que el embarazo es un estado en el que, normalmente, las empleadas incurren de forma deliberada, por lo que las ausencias ligadas a ese estado no pueden equipararse a una enfermedad imprevista.

23. El Gobierno francés examina si la retribución que se percibe en caso de incapacidad laboral causada por el embarazo constituye retribución a los efectos del apartado 2 del artículo 119 del Tratado. Tanto la redacción misma de la disposición, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia le llevan a dar una respuesta afirmativa. Partiendo de la hipótesis de que la asignación diaria que percibe la mujer embarazada, cuya incapacidad laboral esté causada por el embarazo, es inferior al salario que percibiría si esa incapacidad estuviera causada por una enfermedad ajena al embarazo, concluye que la diferencia de trato que establece la legislación danesa es contraria al principio de igualdad de retribución y que no se da ninguna circunstancia objetiva que permita justificar esta diferencia en perjuicio de las mujeres embarazadas.

24. El Reino Unido considera que hay que distinguir entre dos situaciones: por una parte, la ausencia de la mujer de su puesto de trabajo durante el descanso por maternidad establecido por el derecho nacional; por otra parte, la ausencia que tiene lugar fuera de ese período.

Si la ausencia tiene lugar durante el descanso por maternidad, momento en el que aparecen normalmente los trastornos propios del embarazo y del parto, ni el artículo 119 del Tratado ni las Directivas 75/117 y 76/207 garantizan a la mujer el derecho a percibir del empleador la totalidad del salario ni un subsidio del mismo importe que la prestación económica por incapacidad laboral ni un nivel determinado de retribución. La única exigencia que se desprende de estas normas es la de que la retribución o la prestación que perciba la mujer en ese período no sea de un nivel tal que le impida en la práctica ejercer el derecho al descanso por maternidad, pero la decisión sobre el importe concreto que la mujer deba percibir en esas circunstancias es competencia del legislador nacional.

Por el contrario, la mujer que se ausenta de su puesto de trabajo por razón de una enfermedad causada por el embarazo, fuera del descanso por maternidad, debe recibir el mismo trato que cualquier otro empleado que esté en situación de incapacidad laboral, sea hombre o mujer.

Concluye que una disposición nacional en virtud de la cual una mujer que se ausenta de su puesto de trabajo por razón de una enfermedad relacionada con el embarazo, fuera del período de descanso por maternidad, percibe una retribución inferior a la de un hombre enfermo o a la de una mujer cuya enfermedad no esté relacionada con el embarazo, resulta contraria al artículo 119 del Tratado y a las Directivas 75/117 y 76/207.

24. La Comisión propone dar una respuesta conjunta a los supuestos nos 1, 2 y 3 por varias razones, a saber, porque todos ellos dan lugar a incapacidad laboral acreditada mediante certificado médico; porque esa incapacidad laboral se debe a una enfermedad relacionada con el embarazo o agravada por éste; porque el Estado garantiza a las mujeres que se hallan en una de esas situaciones la percepción de una prestación diaria del mismo importe que la que se les abonaría en caso de baja laboral por enfermedad, y porque la Ley de los empleados exime al empleador de pagar la totalidad del salario cuando la incapacidad laboral está relacionada con el embarazo.

A este respecto afirma, en primer lugar, que el salario que abona el empresario a un empleado mientras está enfermo, en virtud del artículo 5 de la Ley de los empleados, o a una empleada encinta, en virtud de su artículo 7, está comprendido dentro del concepto de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, que los supuestos nos 1, 2 y 3 son comparables a aquellos en los que un trabajador, independientemente de cual sea su sexo, debe interrumpir sus actividades por causa de enfermedad. Dado que únicamente las mujeres pueden estar embarazadas, el apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, al obligar al empleador a pagar únicamente la mitad del salario durante un período determinado a las mujeres a quienes una enfermedad relacionada con el embarazo impide trabajar, opera una discriminación directa consistente en aplicar reglas distintas a situaciones comparables y resulta, por lo tanto, incompatible con el artículo 119 del Tratado, incluso si el Estado abona la asignación diaria, teniendo en cuenta que el artículo 5 de la misma Ley obliga al empleador a satisfacer la totalidad del salario a los trabajadores en caso de baja laboral por enfermedad.

Respecto a los supuestos nos 4 y 5, la Comisión apunta que no se está ante verdaderas incapacidades de trabajo ni enfermedades acreditadas mediante certificado médico, sino ante situaciones que podrían ser asimiladas a la ausencia de la mujer de su puesto de trabajo durante el descanso por maternidad. Al no ser la situación de una mujer en esos supuestos comparable a la de un trabajador masculino que está enfermo, el hecho de que se deniegue a la mujer el derecho a la percepción del salario no constituirá una violación de lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado.

En relación con el supuesto n° 6, la Comisión afirma, en primer lugar, que la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, en virtud de la cual, el empresario que considere imposible seguir dando empleo a una mujer embarazada puede obligarla a dejar de trabajar, a pesar de que ésta no haya sido declarada en

situación de incapacidad laboral, con la única obligación, por su parte, de satisfacerle la mitad del salario durante un período de tiempo limitado, opera una discriminación directa en materia de condiciones de trabajo, contraria al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 y, en segundo lugar, que no puede ser considerada como una disposición destinada a proteger a la mujer por razón del embarazo ni de la maternidad en el sentido del apartado 3 de su artículo 2, ya que la decisión la toma el empleador de forma unilateral y en interés propio.

Por último, respecto a la Directiva 92/85, la Comisión sostiene que los litigios de los que conoce el órgano jurisdiccional de reenvío parecen ser anteriores a la adaptación del derecho danés a sus disposiciones. Añade que, en todo caso, el apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, al reconocer al empleador el derecho a decidir si puede o no seguir empleando a una trabajadora encinta mientras se encuentre en ese estado, resulta incompatible con las disposiciones de esta Directiva.

Análisis de la cuestión prejudicial

25. Debo resaltar, antes de iniciar el examen de la cuestión prejudicial, que el órgano jurisdiccional nacional, que ha dejado en suspenso la tramitación de cuatro litigios, ha planteado una cuestión que consta de seis supuestos. Quiero hacer a este respecto algunas puntualizaciones:

1) En primer lugar, los supuestos nºs 4 y 5 no tienen relación alguna con esos cuatro litigios pendientes, ya que ninguna de las demandantes se ha encontrado en una de esas situaciones. Por esta razón, propondré al Tribunal que examine la admisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a estos dos supuestos.

2) En segundo lugar, el supuesto nº 6, que se corresponde con los hechos del tercer litigio, debe recibir respuesta a la luz del principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo establecido por la Directiva 76/207, ya que, a mi parecer, la negativa a pagar el salario no es más que la consecuencia de la denegación de empleo.

3) En tercer lugar, al comparar los hechos que constan en los tres litigios restantes con los supuestos nºs 1, 2 y 3, se ve que los diagnósticos que se hicieron a las demandantes encajan en los supuestos nºs 2 y 3, pero no en el supuesto nº 1. A pesar de todo, opino, al igual que la Comisión, que estos tres supuestos pueden y deben recibir una respuesta conjunta a la luz del principio de igualdad de retribución establecido por el artículo 119

del Tratado y clarificado por la Directiva 75/117, una vez agrupados en función de las características que tienen en común, a saber, que la ausencia de la mujer está justificada por una incapacidad laboral acreditada mediante un certificado médico, que esa incapacidad laboral viene ocasionada por el embarazo, que, por esa razón, el empleador está autorizado a suspender el abono del salario y que, si la incapacidad laboral fuera debida a enfermedad no relacionada con el embarazo, el empleador estaría obligado a satisfacer la totalidad del salario.

Procederé pues, a ocuparme, por este orden, de la admisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a los supuestos n°s 4 y 5; de la respuesta a los supuestos n°s 1, 2 y 3, y, por último, de la respuesta al supuesto n° 6.

A. *Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a los supuestos n°s 4 y 5*

26. Estos dos supuestos corresponden, respectivamente, a las ausencias de la mujer de su puesto de trabajo debidas a trastornos comunes durante el embarazo, propios de un desarrollo normal que no dan lugar a incapacidad laboral, y a las que se produzcan en razón de un certificado expedido por un médico en el que se recomienda reposo, que no esté motivado por la existencia de una situación patológica propiamente dicha o de riesgos especiales para el feto. En ambos supuestos, el empleador está exento de la obligación de satisfacer el salario y las empleadas no tienen derecho a percibir la asignación diaria a cargo del Estado.

27. Del auto de remisión se deduce, sin embargo, que ninguna de las demandantes en los cuatro litigios tuvo un embarazo de desarrollo normal y que a todas ellas se les expidió un certificado médico en el que se las declaraba en situación de incapacidad laboral, total o parcial. Ninguna de ellas pudo, por tanto, hallarse en uno de esos supuestos.

Se trata de supuestos teóricos que plantea el juez *a quo* para tener cubiertas todas las posibilidades que ofrece la Circular n° 191, pero que no guardan relación con los cuatro litigios que expone en el auto. De hecho, el mismo juez afirma que los supuestos n°s 4 y 5 de la cuestión planteada corresponden a la disposición contenida en el punto 175 de dicha Circular, que prevé justamente estas dos situaciones.

28. Existe una jurisprudencia bien consolidada respecto al papel que tienen atribuido, respectivamente, los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento de cooperación previsto en el artículo 177 del Tratado. De acuerdo con esta jurisprudencia, el juez nacional, que es el único en tener un conocimiento directo de los hechos del asunto, es el mejor situado para, a la vista de las particularidades del caso concreto, apreciar tanto la necesidad de una

decisión prejudicial para poder emitir su fallo, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, [5] mientras que a éste le corresponde, con el fin de verificar su propia competencia, examinar las condiciones en las que el juez nacional le plantea la cuestión prejudicial. El espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento del mecanismo prejudicial implica, asimismo, que, por su parte, el juez nacional guarde consideración para la función confiada al Tribunal, que es la de contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas. [6]

29. En consideración a esta misión, el Tribunal de Justicia ha estimado que no podía pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, cuando la interpretación o el examen de la validez de una norma comunitaria solicitados no tengan relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal, [7] o cuando se le ha pedido que resolviera sobre un problema de naturaleza hipotética sin disponer de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil. [8]

El Tribunal ha añadido, a este respecto, que es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional explique las razones por las que considera que una respuesta a sus cuestiones resulta necesaria para resolver el litigio a fin de poder verificar si la interpretación del derecho comunitario que se le pide guarda relación con la realidad y el objeto del litigio principal. Si resulta que la cuestión planteada manifiestamente no es pertinente para resolver dicho litigio, el Tribunal de Justicia deberá declarar el sobreseimiento. [9]

30. A la luz de esta jurisprudencia y, dado que ninguna de las demandantes en los litigios pendientes ante el órgano jurisdiccional nacional se ha hallado en las situaciones que conforman los supuestos nºs 4 y 5 de la cuestión prejudicial —ya que ninguna tuvo un embarazo de desarrollo normal, habiendo sido declaradas todas en situación de incapacidad laboral, total o parcial, mediante certificado médico—, entiendo que una respuesta del Tribunal interpretando el derecho comunitario aplicable a esos dos supuestos no resultaría de utilidad al juez nacional para resolver los litigios de los que conoce. Por esta razón, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a los supuestos nºs 4 y 5.

B. *Sobre los supuestos nºs 1, 2 y 3 de la cuestión prejudicial*

31. Los supuestos nºs 1, 2 y 3 hacen referencia a la disposición contenida en la primera frase del apartado 2 del artículo 7 de la Ley

5 — Sentencias de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. 2347), apartado 25; de 28 de noviembre de 1991, Durighello (C-186/90, Rec. p. I-5773), apartado 8, y de 16 de julio de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673), apartado 15.

6 — Sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartados 18 y 20; de 3 de febrero de 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171), apartado 19, y Lourenço Dias, citada en la nota 5 *supra*, apartado 17.

7 — Sentencias de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6; Durighello, citada en la nota 5 *supra*, apartado 9; de 28 de marzo de 1996, Ruiz Bernáldez (C-129/94, Rec. p. I-1829), apartado 7, y de 12 de diciembre de 1996, Kontogeorgas (C-104/95, Rec. p. I-6643), apartado 11.

8 — Sentencia de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartados 32 y 33.

9 — Sentencia Lourenço Dias, citada en la nota 5 *supra*, apartados 19 y 20.

de los empleados danesa, que establece un trato salarial de peor condición para la incapacidad laboral, acreditada mediante certificado médico, cuando esté relacionada con el embarazo. Esta fue la norma que permitió a los empleadores de las demandantes, Sra. Høj Pedersen (primer litigio), Sra. Andressen (segundo litigio) y Sra. Sørensen (cuarto litigio) —a quienes durante su embarazo, se les diagnosticó prolapso pelviano, *abortus imminens* e *hyperemesis gravidarum*, respectivamente, y que debieron cesar su actividad profesional—, dejar de abonarles el salario, remitiéndolas a la percepción de la asignación anticipada por maternidad.

32. Deduzco de los términos en que está redactada la cuestión prejudicial y de su motivación que el órgano jurisdiccional nacional quiere saber, mediante estos tres supuestos, si el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 se oponen a una disposición nacional que prevé que, cuando la incapacidad laboral de una mujer encinta, acreditada mediante certificado médico, esté relacionada con el embarazo, el empleador sólo estará obligado a satisfacerle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y de los tres meses posteriores al parto, teniendo en cuenta que, si se trata de una incapacidad laboral no relacionada con el embarazo, el empleador debe satisfacer a sus empleados la totalidad del salario.

33. Es necesario hacer una puntualización inicial relativa a la legislación comunitaria cuya interpretación se solicita. El auto de remisión se refiere tanto al artículo 119 del Tratado como a la Directiva 75/117. Ahora bien, este Tribunal viene afirmando que la Directiva 75/117, cuya finalidad consiste en establecer las condiciones necesarias para la realización del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos, no afecta en absoluto al contenido o al alcance de ese principio tal como resulta del artículo 119 del Tratado. [10]

Así pues, cualquier conclusión a la que se llegue respecto a la aplicación a los supuestos planteados del concepto de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado será igualmente válida respecto a la Directiva 75/117.

34. Está fuera de toda discusión que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad. [11] Este artículo define, de forma amplia, lo que hay que entender por retribución, debiendo considerarse como tal, «[...] el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Esta definición se ha visto completada por la jurisprudencia de este Tribunal que, desde 1971, incluyó dentro de este concepto, las

10 — Sentencias de 11 de marzo de 1981, Worringham y Humphreys (69/80, Rec. p. 767), apartado 21; de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), apartado 22; de 3 de diciembre de 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753), apartado 20, y de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 11.

11 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartado 12.

gratificaciones «actuales o futuras» [12] y, en 1990, añadió que las gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo están comprendidas dentro del concepto de retribución «[...] ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario». [13]

Desde entonces, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo en la enumeración, el Tribunal ha considerado incluidos en el concepto de retribución, las facilidades en materia de transporte que una empresa de ferrocarriles concedía a sus empleados en el momento de jubilarse y que se hacían extensivas a los miembros de su familia; [14] las prestaciones concedidas al trabajador con ocasión de su despido, así como las pensiones pagadas por los regímenes profesionales privados; [15] la indemnización que abona un empresario a los miembros del comité de empresa, en forma de permisos retribuidos o de retribución de horas suplementarias, por razón de la participación en cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de los comités de empresa aunque, durante esos cursos, no ejerzan ninguna de las actividades previstas por su contrato de trabajo; [16] el derecho a la afiliación a un plan de pensiones de empresa; [17] la continuación del pago del salario al trabajador por el empresario, en caso de enfermedad, [18] y la prestación que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de convenios colectivos, a un trabajador femenino durante el período de descanso por maternidad. [19]

35. El principio de no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos contemplado en el artículo 119 se opone a una normativa que permita abonar una retribución diferente a los trabajadores masculinos y femeninos, cuando efectúan un mismo trabajo o un trabajo del mismo valor. [20] El Tribunal de Justicia ha reconocido que el párrafo primero del artículo 119 del Tratado se aplica directamente, sin que se necesiten normas de desarrollo comunitarias ni nacionales, a todas las formas de discriminación directas y abiertas, susceptibles de ser comprobadas utilizando como únicos criterios la identidad del trabajo y la igualdad de retribución que figuran en dicha disposición. [21]

36. A partir de la sentencia de este Tribunal en el asunto Rinner-Kühn, [22] no cabe nin-

12 — Sentencia de 25 de mayo de 1971, Defrenne (80/70, Rec. p. 445), apartado 6.

13 — Sentencia Barber, citada en la nota 10 *supra*, apartado 20.

14 — Sentencia de 9 de febrero de 1982, Garland (12/81, Rec. p. 359), apartado 9.

15 — Sentencia Barber, citada en la nota 10 *supra*, apartados 20 y 30.

16 — Sentencias de 4 de junio de 1992, Bötel (C-360/90, Rec. p. I-3589), apartados 14 y 15, y de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), apartado 23.

17 — Sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 22, y de 28 de septiembre de 1994, Vroege (C-57/93, Rec. p. I-4541), apartado 15, y Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583), apartado 12.

18 — Sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 7.

19 — Sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 14.

20 — *Ibidem*, apartado 15.

21 — Sentencias Defrenne, citada en la nota 11 *supra*, apartado 18; de 27 de marzo de 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275), apartado 10; Worringham y Humphreys, apartado 23, y Jenkins, apartado 17, citadas en la nota 10 *supra*.

22 — Citada en la nota 18 *supra*. Se trataba de la ley alemana sobre la continuación del pago del salario en caso de enfermedad de acuerdo con la cual, el empresario debe abonar al trabajador que, sin negligencia por su parte y con posterioridad a la entrada en funciones, esté impedido para el trabajo por causa de incapacidad laboral, la retribución correspondiente a ese período, hasta un máximo de seis semanas, reembolsándole la entidad gestora una parte del salario si la empresa emplea a menos de veinte personas.

guna duda de que la continuación del pago del salario por parte del empresario durante el período de baja del trabajador por causa de enfermedad está comprendida dentro del concepto de retribución del artículo 119 del Tratado. Procede examinar ahora si la continuación del pago del salario por parte del empresario a una mujer encinta, cuya incapacidad laboral está causada por el embarazo, se halla comprendida también dentro de dicho concepto.

37. De acuerdo con la disposición danesa controvertida, la obligación remuneratoria del empleador, en tal caso, está limitada a satisfacer la mitad del salario durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto. Retomando la definición de retribución que figura en el artículo 119, resulta que se trata de una porción del salario que abona directamente el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, en virtud de una disposición legal. Creo, pues, que la continuación del pago del salario, en ese caso, entra también dentro de ese concepto de retribución.

La cuestión que queda por resolver ahora se circunscribe a si una mujer encinta, cuya incapacidad laboral está causada por el embarazo, tiene derecho al mismo trato salarial que un hombre en situación de incapacidad laboral por enfermedad.

38. Este Tribunal se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos cuando se hallan en juego los derechos laborales de una mujer encinta. Sin embargo, hasta la fecha, todos los asuntos han versado sobre el derecho al acceso al empleo o a las mismas condiciones de trabajo, tal como vienen recogidos en la Directiva 76/207. [23]

39. Por otra parte, en la sentencia Gillespie, [24] el Tribunal interpretó el principio de igualdad de retribución aplicado a la prestación abonada a la mujer durante el período de descanso por maternidad. En ella afirma que «[...] las mujeres que disfrutan de un permiso de maternidad previsto por la legislación nacional se encuentran en una situación específica que exige que se les conceda una protección especial, pero que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo» y que, al no ser aplicable *ratione temporis* la Directiva 92/85 a los hechos del litigio principal, «[...] ni el artículo 119 del Tratado CEE, ni el artículo 1 de la Directiva 75/117 imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad». [25]

40. A partir de esta interpretación está claro que, durante el período de descanso por maternidad, las demandantes no podían basarse en el artículo 119 del Tratado ni en la Directiva 75/117 para reivindicar el derecho a la totalidad del salario, debido a que,

23 — Se trata de las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941); de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657); de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), y de 29 de mayo de 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757).

24 — Citada en la nota 19 *supra*.

25 — *Ibidem*, apartados 17, 19 y 20.

durante ese período, la situación específica en la que se encontraban no podía asimilarse a la de un hombre que ocupaba efectivamente su puesto de trabajo.

41. El problema que se plantea es si hay que considerar que la incapacidad laboral de la mujer encinta causada por su embarazo debe ser asimilada a un descanso por maternidad «anticipado», en cuyo caso tampoco podría basarse en las citadas disposiciones para reivindicar el derecho a la totalidad del salario.

A mi modo de ver, la respuesta debe ser negativa y ello por varias razones: en primer lugar, porque la duración del período de descanso por maternidad está establecida de antemano y es independiente del tiempo que cada interesada necesite para recuperarse de los efectos del parto, mientras que la duración de la incapacidad laboral de la mujer encinta causada por el embarazo estará únicamente en función del tiempo estimado para su restablecimiento; en segundo lugar, porque para disfrutar del descanso por maternidad no se exige que la mujer esté enferma, mientras que, para la mujer encinta, la existencia de un problema grave de salud es *conditio sine qua non* para que se le extienda el certificado médico de incapacidad laboral, y, por último, porque durante el descanso por maternidad la mujer está no sólo exenta de trabajar, sino también de cualquier otra obligación relacionada con su contrato de trabajo, mientras que la mujer encinta declarada en situación de incapacidad laboral, independientemente de cuál sea su origen, está obligada a contribuir a su restablecimiento sometiéndose al tratamiento terapéutico prescrito por el médico.

42. Durante el embarazo, sin embargo, y antes de que comience el período de descanso por maternidad, ¿en qué se diferencia la incapacidad laboral de una mujer causada por su embarazo, de la de un hombre aquejado de una enfermedad?

Comparando ambas situaciones debo confesar que, con respecto a su situación laboral, no encuentro ninguna diferencia entre la incapacidad laboral de la mujer encinta ocasionada por el embarazo y la de un hombre enfermo. En efecto, tanto una como otro están aquejados de alguna dolencia cuya realidad se acredita mediante certificado médico; ninguno de los dos puede temporalmente ocupar su puesto de trabajo por esa razón y, mientras están en situación de incapacidad laboral, existe la expectativa razonable de que tanto la mujer cuya salud está alterada por el embarazo, como el hombre que está enfermo, se repongan y se reincorporen a su puesto, ya que la incapacidad laboral termina, normalmente, con el alta médica del trabajador por curación.

43. En conclusión, desde el punto de vista de sus derechos y obligaciones laborales, una mujer encinta, en situación de incapacidad laboral causada por el embarazo y acreditada mediante un certificado médico, está en una posición muy distinta a la de la mujer que

disfruta de su descanso por maternidad y sustancialmente igual a la del hombre en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad.

44. Sin embargo, la disposición nacional controvertida establece una diferencia de trato salarial sobre la base del origen de la enfermedad y, en la práctica, los derechos salariales de la mujer embarazada, en situación de incapacidad laboral serán inferiores o iguales a los de un hombre enfermo según que su dolencia esté o no relacionada con el embarazo. Dado que se trata de un criterio de diferenciación que toma en cuenta una circunstancia en la que, por definición, sólo pueden hallarse las mujeres, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria al artículo 119 del Tratado y no susceptible, por lo tanto, de ninguna justificación.

45. Por las razones que acabo de exponer, propongo que se responda a los supuestos nºs 1, 2 y 3 de la cuestión prejudicial que el principio de igualdad de retribución, establecido en el artículo 119 del Tratado y precisado en el artículo 1 de la Directiva 75/117, se opone a una disposición nacional que prevé que, cuando la incapacidad laboral de una mujer encinta, acreditada mediante certificado médico, esté relacionada con el embarazo, el empleador sólo estará obligado a satisfacerle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto, teniendo en cuenta que, cuando se trata de una incapacidad laboral no relacionada con el embarazo, el empleador debe satisfacer a sus empleados la totalidad del salario.

C. *Sobre el supuesto nº 6 de la cuestión prejudicial*

46. Entiendo que, al plantear este supuesto, el órgano jurisdiccional nacional quiere saber si el 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, establecido por la Directiva 76/207, se opone a una disposición nacional del tenor de la segunda frase del apartado 2 del artículo 7 de la Ley de los empleados, en virtud de la cual, en caso de embarazo de una trabajadora, el empleador estará obligado a pagarle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto, cuando considere que, aunque la empleada no se encuentre en situación de incapacidad laboral, no puede continuar dándole empleo.

Sobre la base de esta disposición, la Sra. Pedersen, demandante en el tercer litigio, que trabajaba desde el 1 de septiembre de 1984 para el odontólogo Sr. Rasmussen, que había sido declarada en situación de incapacidad laboral parcial mediante certificado médico el 4 de febrero de 1994, debido al riesgo de aborto (*abortus inminens*), y cuyo parto estaba previsto para el 5 de junio, se vio suspendida de empleo y sueldo al no acceder el empleador a su petición de trabajar en horario reducido.

Como ya he indicado en el apartado 2) del punto 25, a pesar de que aquí se da también la negativa por parte del empleador a pagar el salario a la trabajadora, opino que este supuesto no puede ser resuelto aplicando el principio de igualdad de retribución, sino que debe ser examinado a la luz de las disposiciones de la Directiva 76/207, ya que la negativa a pagar el salario no es más que la consecuencia de la denegación de empleo.

47. El juez *a quo* afirma en el auto de remisión que, con arreglo a las disposiciones de la Ley de los empleados, corresponde en exclusiva al empleador la decisión relativa a si puede o no seguir dando trabajo a una empleada encinta. Apunta que las razones a que obedece esta disposición son que, posiblemente, el empresario, habida cuenta de las características del puesto de trabajo, puede exigir a la empleada una capacidad de trabajo que justifique que ésta cese en su actividad en una fecha anterior al período de tres meses que precede al parto y que el empleador debe poder justificar la necesidad del cese de la empleada, pero sin que quede claro cuáles son los requisitos que debe reunir dicha justificación.

48. El principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 76/207 no obsta, según dispone el apartado 3 de su artículo 2, a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Ésta es la disposición que da cobertura legal a medidas de protección adoptadas por los Estados miembros, tales como el reconocimiento en exclusiva a las mujeres de un período de descanso por maternidad.

A este respecto ha interpretado el Tribunal de Justicia que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante y después del embarazo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra. [26]

Así pues, para que puedan quedar cubiertas por esta excepción, las medidas deben ir encaminadas directamente a proteger a la mujer que se encuentre en una de esas situaciones.

49. Ahora bien, la disposición danesa controvertida, que deja a la discreción del empleador la decisión de si puede o no seguir dando trabajo a una empleada encinta, únicamente por el hecho de estarlo —ya que no se exige que haya sido declarada en situación de incapacidad laboral—, no puede quedar cubierta por la excepción del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, debido a que, en lugar de proteger a la mujer embarazada, lo que hace es establecer la posibilidad de dejarla temporalmente sin trabajo, por mera decisión del empleador.

26 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25.

Por lo tanto procede examinar esta norma a la luz de las otras disposiciones de la Directiva, que imponen la estricta igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos y, concretamente, del apartado 1 de su artículo 5, a tenor del cual, 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.

50. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, «[...] una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables, o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes». [27] El Tribunal ya ha interpretado que, tanto la negativa a contratar a una mujer embarazada, [28] como el despido de una trabajadora por razón de su embarazo, [29] constituyen discriminaciones directas por razón de sexo.

51. La disposición danesa controvertida concede al empresario la posibilidad de prescindir temporalmente de los servicios de una empleada encinta, aunque no se encuentre en situación de incapacidad laboral, cuando considere que no puede continuar dándole empleo. Esta posibilidad no se le ofrece, sin embargo, respecto de un trabajador masculino que no haya sido declarado en situación de incapacidad laboral y, estando una y otro capacitados y en disposición de trabajar, las mujeres serán las únicas de cuyos servicios se podrá prescindir mientras estén embarazadas.

En consecuencia, una disposición nacional de ese tenor, que introduce una diferencia de trato entre trabajadores masculinos y femeninos que no han causado baja laboral por razones médicas y se encuentran, por lo tanto, en situación de trabajar, establece una discriminación directa por razón de sexo, contraria al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, al adoptar como criterio de aplicación un estado en el que sólo pueden hallarse las mujeres.

52. Por las razones que acabo de exponer, opino que hay que responder al supuesto nº 6 de la cuestión prejudicial planteada, que el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, establecido en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, se opone a una disposición nacional que, ante el embarazo de una empleada que no ha sido declarada en situación de incapacidad laboral, deja a la discreción del empleador la decisión de si puede o no continuar dándole empleo, con la única obligación de pagarle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto.

27 — Sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30.

28 — Sentencia Dekker, citada en la nota 23 *supra*.

29 — Sentencias Habermann-Beltermann y Webb, citadas en la nota 23 *supra*.

Conclusión

A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Sø- og Handelsretten en lo que se refiere a los supuestos n°s 4 y 5.

2) Responda a los supuestos n°s 1, 2, 3 y 6 de la misma cuestión prejudicial, de la siguiente forma:

«a) El principio de igualdad de retribución, establecido en el artículo 119 del Tratado y precisado en el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, se opone a una disposición nacional que prevé que, cuando la incapacidad laboral de una mujer encinta, acreditada mediante certificado médico, esté relacionada con el embarazo, el empleador sólo estará obligado a satisfacerle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto, mientras que, cuando se trata de una incapacidad laboral no relacionada con el embarazo, el empleador debe satisfacer a sus empleados la totalidad del salario.

b) El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a una disposición nacional que, ante el embarazo de una empleada que no ha sido declarada en situación de incapacidad laboral, deja a la discreción del empleador la decisión sobre si puede o no continuar dándole empleo, con la única obligación de pagarle la mitad del salario, durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto.»