INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto 171/88 *

I. Relación de hechos

1. *Normativa aplicable*

De conformidad con el apartado 1 *in initio* del artículo 1 de la *Lohnfortzahlungsgesetz* (Ley alemana de 27 de julio de 1969, sobre abono de salario en caso de enfermedad, BGBl. I, p. 946), el empleador deberá abonar al trabajador que, sin negligencia por su parte y con posterioridad a su entrada en funciones, se vea en la imposibilidad de desempeñar su trabajo por causa de incapacidad laboral, la retribución correspondiente al período de incapacidad laboral, hasta un máximo de seis semanas. El punto 2 del apartado 3 del artículo 1 de la *Lohnfortzahlungsgesetz* establece que aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo prevea un tiempo de trabajo normal no superior a diez horas por semana o a cuarenta y cinco horas por mes, no podrán beneficiarse del abono del salario en caso de enfermedad, contemplado en el apartado 1 *in initio* del artículo 1 de la Ley. A tenor del apartado 1 del artículo 10 de la misma Ley, las entidades gestoras de la Seguridad Social sufragarán un 80 % del salario abonado para aquellos empresarios que no empleen generalmente a más de veinte trabajadores.

La Directiva 75/117 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), prevé en su artículo 1 que:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", 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.»

A tenor de lo previsto en su artículo 3:

«Los Estados miembros suprimirán las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución.»

2. *Antecedentes del litigio principal*

La parte demandante, la Sra. Rinner-Kühn, trabaja desde mayo de 1985 como limpiadora para la parte demandada, que explota una empresa dedicada a la limpieza de edificios. Su salario por hora se eleva a 8,77 DM netos, siendo su tiempo de trabajo semanal normal de diez horas. Durante el período comprendido entre el 11 y el 16 de diciembre de 1987, la parte demandante estuvo laboralmente incapacitada por causa de enfer-

* Lengua de procedimiento: alemán.

medad, haciendo llegar en el más breve plazo a la parte demandada el certificado de baja correspondiente. Mediante carta de 16 de enero de 1988, la demandante solicitó a la demandada el abono del salario por causa de enfermedad, por un total de 8 horas y un importe de 70,16 DM. Mediante comunicación de 19 de enero de 1988, la parte demandada denegó el pago, alegando el tiempo de trabajo reducido de la parte demandante. La parte demandada estimaba que, de conformidad con el punto 2 del apartado 3 del artículo 1 de la *Lohnfortzahlungsgesetz,* aquélla no tenía derecho al abono del salario.

En su escrito de demanda, registrado en la Secretaría del Arbeitsgericht Oldenburg el 28 de enero de 1988, la parte demandante solicita el abono de salarios por un importe de 70,16 DM, con intereses del 4 %. Dicha parte demandante ve en la exclusión del derecho al salario en caso de enfermedad de los trabajadores con tiempo de trabajo reducido una discriminación en perjuicio de las mujeres, por el hecho de que, entre los trabajadores a tiempo parcial con jornada laboral reducida, la proporción de mujeres es excesivamente elevada. En su opinión, esta discriminación es contraria al artículo 119 del Tratado CEE.

En aplicación del artículo 177 del Tratado y mediante resolución de 5 de mayo de 1988, el Arbeitsgericht Oldenburg planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el artículo 119 del Tratado CEE, así como con la Directiva 75/117 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 los trabajadores femeninos, el hecho de que, por disposición legislativa, se excluya del principio del abono, por parte del empleador, del salario en caso de enfermedad, a aquellos trabajadores cuyo tiempo de trabajo no exceda de diez horas semanales o de cuarenta y cinco mensuales, cuando la proporción de trabajadores femeninos perjudicados por esta exclusión sea mucho más elevada que la de trabajadores masculinos?»

3. *Consideraciones del órgano jurisdiccional nacional*

En opinión del órgano jurisdiccional *a quo,* no pocos indicios abogan en favor de la tesis de que la exclusión legal del beneficio del abono de salario en caso de enfermedad respecto de quienes no hayan celebrado un contrato de trabajo a jornada completa, discrimina indirectamente a la mujer. En efecto, el empleo a tiempo parcial es el tipo de actividad laboral por el que optan principalmente las mujeres casadas, que ven en ella una manera de hacer compatible el trabajo y la familia. Por consiguiente, existe una relación estrecha entre el trabajo a tiempo parcial y las tareas tradicionalmente atribuidas al sexo femenino.

El órgano jurisdiccional remitente no alcanza a ver las razones que podrían justificar la discriminación que nos ocupa. En concreto, el ahorro del coste del abono del salario en caso de enfermedad no puede servir de argumento, ni tampoco la inclusión o no inclusión en los regímenes de la Seguridad Social de aquellas actividades que no sean de jornada completa.

II. Procedimiento

La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 22 de junio de 1988.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, presentaron observaciones escritas el gobierno danés, representado por la Sra. Wermuth, Consejera Jurídica, y la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Grunwald, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. Mediante decisión de 23 de noviembre de 1988, este Tribunal atribuyó el asunto a la Sala Sexta.

III. Preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia

El *Tribunal de Justicia* ha formulado las siguientes preguntas:

1) Se insta al Gobierno alemán para que explique a este Tribunal las razones que han conducido al legislador alemán a fijar en diez horas de trabajo por semana y en cuarenta y cinco horas por mes el límite del tiempo de trabajo por debajo del cual el empleador queda exonerado del abono del salario en caso de enfermedad.

2) Se insta a la Comisión para que informe a este Tribunal del número de trabajadores masculinos y femeninos, en cada Estado miembro, aparte de Alemania, cuyo tiempo de trabajo normal no sobrepase las diez horas semanales (incluido el porcentaje global de hombres y mujeres asalariados).

La *Comisión* respondió a la pregunta formulada por el Tribunal de Justicia el 5 de enero de 1989. La primera institución transmitió a este último las tablas estadísticas 37, 38 y 51 del *Eurostat — Encuesta sobre las fuerzas de trabajo, 1987.* De ésta se desprende que entre aquellos trabajadores cuyo tiempo de trabajo normal es de diez horas o menos por semana existe un número mucho mayor de mujeres que de hombres en siete Estados miembros:

— 89 % de mujeres en la República Federal de Alemania,

— 88 % de mujeres en Francia,

— 86 % de mujeres en España,

— 85 % de mujeres en el Reino Unido,

— 83 % de mujeres en los Países Bajos,

— 62 % de mujeres en Italia.

A estos países es preciso añadir otros cuatro cuyos datos son poco fiables por lo reducido de las muestras, dado que en éstas está re-

presentado un número relativamente pequeño de trabajadores masculinos (Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal). Los porcentajes respectivos únicamente se aproximan en Dinamarca, en donde en la misma categoría de trabajadores se contabiliza un 54 % de mujeres.

El 9 de enero de 1985, el *Gobierno alemán* respondió a la pregunta formulada por el Tribunal de Justicia afirmando que los trabajadores contemplados por la legislación a que se refieren los autos no mantienen con la empresa un grado de integración ni un vínculo de dependencia comparables a los de otros trabajadores y que, por consiguiente, no se dan las condiciones para que se imponga en su favor una obligación de asistencia que incluya el abono de salarios en caso de enfermedad por parte del empleador. Por otra parte, el hecho de que determinados trabajadores cuyo contrato no es de jornada completa se vean excluidos del beneficio del abono del salario en caso de enfermedad estaba previsto en las disposiciones anteriormente en vigor.

IV. Resumen de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

1. La *Comisión* señala, en primer lugar, el hecho de que el abono del salario en caso de enfermedad constituye una prerrogativa ligada al trabajo pagado por el empleador al trabajador, en el sentido propio del párrafo 2 del artículo 119. En efecto, el pago se produce «en razón de la relación de trabajo», dado que el contenido de la relación de trabajo determina tanto el surgimiento como el importe del derecho. A diferencia de un régimen legal de pensión por jubilación, cuya finalidad es ajena a la relación de trabajo, la disposición nacional objeto del litigio atiende a la organización de la relación laboral propiamente dicha y crea, con base en esta relación, derechos y obligaciones para las partes contratantes. Procede señalar, por otra parte, que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido en numerosas ocasiones la aplicabilidad del artículo 119 a los servicios públicos (véanse sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne II, 43/75, Rec. 1976, p. 455; de 9 de junio de 1982, Comisión/Luxemburgo, 58/81, Rec. 1982, p. 2175; y de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 248/83, Rec. 1985, p. 1459). Es preciso, igualmente, no olvidar que, en la función pública, puede incluso regularse por ley la relación de servicio en su conjunto.

En segundo lugar, la Comisión señala que, en el caso de autos, únicamente cabe hablar de discriminación indirecta de los trabajadores femeninos, puesto que la exclusión de que se trata afecta de igual manera a trabajadores masculinos y femeninos. Remitiéndose a las estadísticas publicadas en el *Eurostat — Encuesta sobre la fuerza de trabajo, resultados correspondientes a 1986*, la referida institución concluye afirmando que el colectivo de trabajadores cuyo tiempo de trabajo normal no rebasa las diez horas semanales está casi exclusivamente compuesto por mujeres.

Esta desigualdad no se explica por factores que puedan justificarse objetivamente y sean ajenos a toda discriminación basada en el sexo. En efecto, la Comisión no alcanza a ver por qué razón habría de ser económicamente defendible y socialmente necesario otorgar a los trabajadores a jornada completa el beneficio del abono de salario en caso de enfermedad durante seis semanas, negando el mismo beneficio a los trabajadores a tiempo parcial, socialmente menos favorecidos. Un régimen legal de este tipo suprime la protección precisamente donde es más conveniente en la práctica. Tampoco es más convincente el argumento según el cual la obligación del empleador consistente en abonar el salario en caso de enfermedad es la manifestación de un deber de asistencia que incumbe a este último y que no se justifica respecto de los trabajadores a tiempo

parcial, puesto que, para el reconocimiento de un deber de asistencia, el legislador debe guiarse no sólo por la disponibilidad del empleador a prestar su asistencia, sino también por la necesidad de protección del trabajador.

Estima, por último, la Comisión. que, dado que es posible responder a la cuestión prejudicial con base en el artículo 119, carece de utilidad interpretar la Directiva 75/117 del Consejo, de 10 de febrero de 1975, ya citada. La Comisión propone al Tribunal de Justicia que se responda a la cuestión prejudicial de la manera siguiente:

«Es incompatible con el artículo 119 del Tratado CEE aquella disposición legislativa que, en caso de enfermedad del trabajador, obligue al empleador a abonar el salario, excluyendo, no obstante, a aquellos trabajadores cuyo tiempo de trabajo normal no exceda de diez horas semanales o de cuarenta y cinco mensuales; y ello, en la medida en que dicha exclusión afecte a una proporción mucho más elevada de mujeres que de hombres.»

2. Por el contrario y por lo que respecta a la cuestión de a quién afecta una medida presunta e indirectamente discriminatoria, el *Gobierno danés* pone el acento en la necesidad de una superioridad numérica importante de un sexo. Sería igualmente preciso que la medida produjera este efecto en prácticamente todos los ámbitos y que la presunta medida discriminatoria subsistiera a lo largo de varios años, más o menos en las mismas proporciones. Por lo que respecta a la seguridad jurídica, es impensable que una limitación legal, objetiva y con carácter general, en materia de seguridad social y Derecho del trabajo, haya de considerarse ilegal en un ámbito y legal en otro. Cabe decir otro tanto si semejante medida fuera legal durante un año e ilegal durante el año siguiente. El Gobierno danés señala, a título de ejemplo, que, en Dinamarca, el número de mujeres asalariadas con un tiempo de trabajo semanal inferior a diez horas suponía, con anterioridad a 1985, un 5 %, mientras que, por lo que respecta a los hombres, el porcentaje era de un 2,8 %. En 1986, la diferencia se había reducido a un 4 % para las mujeres y a un 3 % para los hombres.

En virtud de lo expuesto, el Gobierno danés propone que, en el caso de autos, la cuestión prejudicial reciba una respuesta afirmativa.

T. F. O'Higgins
Juez Ponente