CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 5 de febrero de 1998 *

Indice

I. El litigio ante los tribunales nacionales ..... I - 4188

II. Las cuestiones prejudiciales ..... I - 4190

III. La legislación comunitaria ..... I - 4191

IV. La normativa nacional ..... I - 4192

V. Las observaciones presentadas en el procedimiento prejudicial ..... I - 4195

VI. Examen de las cuestiones prejudiciales ..... I - 4197

A. Observaciones preliminares ..... I - 4197

B. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de los derechos laborales regulados en la Directiva 76/207, a las trabajadoras encintas o que han dado a luz ..... I - 4201

1) Las sentencias Dekker y Hertz, cuando el Tribunal consideró que era discriminatorio negarse a contratar a una mujer encinta y no lo era despedirla a causa de una incapacidad laboral que se inicia después del descanso por maternidad, aunque la enfermedad esté ocasionada por el parto ..... I - 4201

2) La sentencia Habermann-Beltermann, cuando el Tribunal consideró discriminatorio que un contrato de trabajo fuera declarado nulo o impugnado a consecuencia de la prohibición legal del trabajo nocturno de las mujeres encintas ..... I - 4207

3) La sentencia Webb, cuando el Tribunal consideró que la situación de una mujer encinta, incapacitada para llevar a cabo el cometido para el que fue contratada, no puede compararse a la de un hombre que sufre la misma incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza ..... I - 4208

4) La sentencia Larsson, donde el Tribunal parece haber considerado que no resulta discriminatorio tomar en cuenta, a los efectos del despido, la incapacidad laboral de la mujer causada por el embarazo antes del comienzo del descanso por maternidad ..... I - 4209

* Lengua original: español.

C. Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por la House of Lords: el despido de la mujer encinta por incapacidad laboral causada por el embarazo ..... I - 4213

D. Sobre la segunda cuestión prejudicial planteada por la House of Lords: el despido de una mujer encinta durante el período en el que, de haber cumplido las condiciones impuestas por la legislación nacional, habría podido ausentarse del trabajo por causa de embarazo y de parto ..... I - 4219

VII. Conclusión ..... I - 4222

1. ¿Resulta contrario al derecho comunitario y, concretamente, a las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE [1] (en lo sucesivo, «Directiva 76/207»), el que un empresario despida a una trabajadora encinta por causa de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo, cuya duración ha superado el período de tiempo que, de acuerdo con lo establecido en el contrato de trabajo, da lugar al despido de los trabajadores por razón de enfermedad? Esta es, en líneas generales, la cuestión prejudicial que ha planteado, en esta ocasión, la House of Lords.

I. El litigio ante los tribunales nacionales

2. Los hechos, tal como figuran descritos en el auto de remisión, son los siguientes: la Sra. Brown, demandante en el litigio principal, estaba empleada como conductora en la empresa Rentokil Limited, que ha pasado a ser Rentokil Initial UK Limited (en lo sucesivo, «Rentokil»), demandada en el mismo litigio. Su trabajo consistía, principalmente, en transportar y reemplazar las unidades de Sanitact en las tiendas y otros establecimientos. Quedó encinta, y se lo comunicó a la empresa en agosto de 1990.

A continuación, el embarazo empezó a complicársele debido a un cierto número de causas relacionadas entre sí, que no constan en los autos. A partir del 16 de agosto de 1990 presentó sucesivos certificados médicos de baja de cuatro semanas de duración cada uno, siendo los diagnósticos: «síntomas de embarazo», «pérdidas de sangre debidas al embarazo» y «dolores dorsales causados por el embarazo». Desde entonces y, hasta el momento en que fue despedida, la demandante permaneció en situación de incapacidad laboral.

3. La demandada insertaba una cláusula en el contrato de trabajo, en virtud de la cual cualquier empleado, fuera hombre o mujer, que permaneciera en situación de incapacidad laboral durante más de veintiséis semanas sin interrupción, sería despedido. El 9 de noviembre de 1990, la Sra. Brown tuvo una entrevista con dos directivos de la empresa, que le notificaron que ya había transcurrido la mitad de ese período y le recordaron que, si el 8 de febrero del año siguiente no se

1 — 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).

reincorporaba a su puesto, la empresa daría por extinguido el contrato, tras un examen médico independiente que confirmara su aptitud para trabajar. Estos extremos le fueron reiterados en una carta de la misma fecha.

La demandante no regresó a su puesto después de recibir la carta. Las partes coinciden en afirmar que en ningún momento se planteó la posibilidad de que pudiera volver a trabajar antes de la expiración del período de veintiséis semanas.

4. Por aplicación de la mencionada cláusula, la demandante fue despedida estando todavía encinta, mediante una carta de 30 de enero de 1991, con efectos a partir del 8 de febrero siguiente. El parto tuvo lugar el 22 de marzo de 1991.

5. El órgano jurisdiccional nacional indica en el auto de remisión que, en el supuesto de que el 22 de marzo de 1991 hubiera sido también la fecha prevista para el parto, si la demandante hubiera podido acreditar dos años de empleo el 30 de diciembre de 1990, habría tenido derecho a ausentarse del trabajo por causa de embarazo a partir de la undécima semana anterior al parto [2] y habría podido volver a su puesto en cualquier momento dentro de las veintinueve semanas posteriores al parto (right to return to work). Dado que la duración de su empleo no lo permitía, la demandante no pudo disfrutar de esos derechos. Si no hubiera sido despedida, habría tenido derecho a percibir la prestación de maternidad a cargo del empresario.

6. El Industrial Tribunal desestimó la demanda por despido basada en la existencia de discriminación por razón de sexo, afirmando que «está claro que una situación como la que se plantea en el presente asunto, con una ausencia debida a una enfermedad relacionada con el embarazo, pero que comenzó mucho antes de que resultaran aplicables las disposiciones relativas a la prestación de maternidad y que prosiguió sin interrupción hasta que se produjo el despido, no puede calificarse automáticamente de discriminatoria por haber sido el embarazo la causa del despido».

7. El Employment Appeal Tribunal desestimó la apelación de la Sra. Brown en una sentencia de 23 de marzo de 1992. Este órgano jurisdiccional se consideró ligado por la sentencia dictada en 1992 por la Court of Appeal en el asunto Webb v. EMO Air Cargo UK Limited y declaró que el tribunal de instancia había llegado a la conclusión correcta en el estado actual del derecho.

8. Al dictar la sentencia de la Extra Division de la Court of Session (Tribunal Superior de Escocia en materia civil), de 18 de enero de 1995, Lord Allanbridge sostuvo que la

2 — De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (Ley sobre la protección del empleo, versión consolidada).

conclusión preliminar era que, en el caso de la Sra. Brown, no había existido discriminación con arreglo a la Sex Discrimination Act 1975. Afirmó, más adelante, que la clara distinción establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hertz [3] entre el embarazo y las enfermedades que pueden atribuirse al embarazo resultaba aplicable al recurso planteado por la Sra. Brown. Por lo tanto, la demandante, cuya ausencia del trabajo se debió a una enfermedad, y que fue despedida a causa de dicha enfermedad en febrero de 1991, no podía ver acogido su recurso, habida cuenta de los hechos que concurrían en su caso.

II. Las cuestiones prejudiciales

9. Con el fin de resolver este litigio, del que conoce por haber sido recurrida la sentencia de 18 de enero de 1995, la House of Lords, después de haber oído las alegaciones de las partes, ha planteado a este Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1. a) ¿Resulta contrario al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 despedir en cualquier momento de su embarazo a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo?

b) ¿Supone alguna diferencia en la respuesta a la cuestión 1a) que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada?

2. a) ¿Resulta contrario al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 despedir a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo, que no tiene derecho a ausentarse del trabajo por causa de embarazo y de parto durante el período establecido por la normativa nacional, porque no ha estado contratada el tiempo necesario, cuando el despido se produce durante aquel período?

b) ¿Supone alguna diferencia en la respuesta a la cuestión 2a) que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada?»

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

III. La legislación comunitaria

Las disposiciones comunitarias cuya interpretación resulta necesaria para resolver ese litigio se encuentran todas en la Directiva 76/207 y son los apartados 1 y 3 de su artículo 2 y los apartados 1 y 2 de su artículo 5, cuyo tenor es el siguiente:

«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.

2. [...]

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.»

«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.

2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;

c) [...]»

10. El Consejo adoptó, el 19 de octubre de 1992, la Directiva 92/85/CEE, [4] destinada a proteger la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en lo sucesivo, «Directiva 92/85»), que obliga a los Estados miembros a adoptar, antes del 19 de octubre de 1994, entre otras, las disposiciones necesarias para que las trabajadoras disfruten de un período de descanso por maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, dos de las cuales deberán ser obligatorias. Establece también la prohibición de despido de una trabajadora embarazada, en los siguientes términos:

«Artículo 10

[...]

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] [embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia], 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/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

[...]»

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).

11. Sin embargo, dado que la Sra. Brown fue despedida a principios de 1991, carecería de utilidad entrar a interpretar esas disposiciones.

IV. La normativa nacional

12. Las disposiciones nacionales aplicables al litigio principal figuran en la Sex Discrimination Act 1975 (en lo sucesivo, «Ley de 1975»), en la Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (en lo sucesivo, «Ley de 1978») y en la Social Security Act 1986 (en lo sucesivo, «Ley de 1986»).

La Ley de 1975 establece, en sus artículos 1 y 5, que una mujer resulta discriminada por razón de sexo si, a los efectos de esa Ley, recibe un trato peor del que recibe un hombre. La comparación entre los supuestos de personas de distinto sexo o estado civil debe realizarse de forma que las circunstancias de ambos casos sean iguales o que no resulten materialmente distintas.

Respecto a los derechos relacionados con el embarazo y la maternidad, la Ley de 1978

establecía, en el momento en que se produjo el despido de la Sra. Brown, que la empleada que se ausenta de su trabajo por causa del embarazo o del parto tendrá derecho a volver a su puesto, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

— que siga estando empleada, con independencia de que esté o no en situación de actividad, al comienzo de la undécima semana que preceda a la fecha presunta del parto;

— que, al comienzo de esa undécima semana, haya estado empleada durante un período no inferior a dos años;

— que informe al empleador, por escrito, como mínimo veintiún días antes de suspender su actividad:

— de que su ausencia se deberá al embarazo o al parto,

— de que tiene la intención de volver a su puesto,

— de la semana en la que está previsto el parto o, si este ya se ha producido, de la fecha en la que dio a luz.

— que presente, a petición del empleador, un certificado médico en el que conste la semana prevista para el alumbramiento.

En lo que se refiere al despido, la Ley de 1978 establecía, en el momento en que ocurrieron los hechos del litigio principal, que había que considerar que una empleada había sido despedida de forma ilícita si la razón directa o indirecta del despido residía en el hecho de estar encinta, a no ser que, en la fecha en que se hizo efectivo el despido, resultara incapaz, por causa del embarazo, de realizar adecuadamente su trabajo, o bien si, por causa del embarazo, no podía continuar haciéndolo después de esa fecha, so pena de infringir, la trabajadora o su empleador, algún deber o restricción impuestos por una disposición normativa. El órgano jurisdiccional nacional puntualiza que, en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, para poder prevalerse del derecho a no ser despedida de forma ilícita, la Sra. Brown habría debido acreditar dos años continuados de empleo, circunstancia que no cumplía.

La modificación que se realizó, con posterioridad, de las disposiciones de esta Ley, que regulan el despido ilícito, con el fin de incorporar las disposiciones de la Directiva 92/85, entró en vigor el 10 de junio de 1994.

Por último, en lo que aquí interesa, la Ley de 1986 establece que la trabajadora por cuenta ajena tendrá derecho a percibir la prestación de maternidad, a cargo del empleador, si cumple las siguientes condiciones:

— haber permanecido al servicio del empleador de forma continuada durante un período mínimo de veintiséis semanas previo a la decimocuarta semana que precede a la fecha presunta del parto, cuando suspenda su actividad de forma total o parcial, por causa del embarazo o del parto;

— haber percibido un salario semanal durante las ocho semanas anteriores a la decimocuarta semana que precede a la fecha presunta del parto, que no resulte inferior a los ingresos mínimos vigentes antes del comienzo de esa decimocuarta semana;

— haber llegado al comienzo de la undécima semana que precede a la fecha presunta del parto o haber dado a luz antes de ese momento,

— y haber notificado al empleador que suspende su actividad por causa del embarazo o del parto.

La prestación de maternidad se hará efectiva durante un período máximo de dieciocho semanas, que comienza, normalmente, la undécima semana que precede a la fecha presunta del parto, pero no más tarde de la sexta. Se prevén dos tipos de prestación, denominados tipo superior y tipo inferior. El tipo superior equivale a las nueve décimas partes del salario semanal normal de la mujer en el período de ocho semanas anteriores a la decimocuarta semana que precede a la fecha presunta del parto; el tipo inferior, cuyo importe es fijo, se aplica cuando resulta más elevado que el tipo superior. La mujer que, durante dos años ininterrumpidos previos al comienzo de la decimocuarta semana que precede a la fecha presunta del parto, ha trabajado por cuenta de un empleador que resulte obligado a pagarle la prestación, la percibirá al tipo superior durante las seis primeras semanas y al tipo inferior el resto. La mujer ligada a su empleador por un contrato de trabajo con dedicación inferior a dieciséis horas semanales no tendrá derecho a percibir la prestación al tipo superior. La mujer que tenga derecho a la prestación de maternidad, sin que pueda pretender que se le satisfaga al tipo superior, la percibirá al tipo inferior.

Según consta en los autos, el importe de la prestación de maternidad al tipo inferior ascendía, en 1996, a 54,55 UKL a la semana. [5]

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, arts 1(2)(c), 10, a partir del 7 de abril de 1996. El importe anterior ascendía a 52,50 UKL [Social Security Benefits Up-rating order 1995, SI 1995/559, art (10)]. No consta en los autos el importe vigente en la época en que sucedieron los hechos del litigio principal.

V. Las observaciones presentadas en el procedimiento prejudicial

13. Han presentado observaciones escritas, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, así como en el acto de la vista, la demandante y la demandada en el litigio principal, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión.

14. La demandante, sobre la base de la jurisprudencia de este Tribunal, que examinaré más tarde, opina que el despido de una mujer encinta por razón de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo es contrario a la Directiva 76/207 y constituye una discriminación directa por razón de sexo, dado que el embarazo es una circunstancia que sólo afecta a las mujeres. Considera que resulta igualmente contrario a dicha Directiva despedir a una trabajadora encinta por causa de incapacidad laboral debida a su estado, cuando no puede disfrutar del derecho a ausentarse del trabajo por causa de embarazo o de parto, durante un determinado período, por no acreditar haber trabajado el tiempo necesario, si el despido tiene lugar durante ese período. Sostiene, por último, que el hecho de que el despido se haya producido por aplicación de una cláusula contractual que permite al empleador despedir a un trabajador, independientemente del sexo, cuando ha estado ausente de forma ininterrumpida durante un determinado número de semanas, no tiene ninguna incidencia sobre estas apreciaciones.

15. La demandada aclara que, si se descuentan once semanas de la fecha prevista para el parto de la Sra. Brown, se obtiene la fecha a la que había que apreciar sus derechos laborales. Dado que el 30 de diciembre de 1990 no podía acreditar haber trabajado durante dos años ininterrumpidos en esa empresa, no podía disfrutar del derecho a ausentarse del trabajo por razón de maternidad y a volver a su puesto, ni podía prevalerse de las disposiciones relativas al despido ilícito destinadas a proteger a las mujeres embarazadas contra el despido motivado por su estado. Tenía, eso sí, derecho a percibir la prestación de maternidad al tipo inferior, a cargo del Estado.

Afirma que, dadas las circunstancias en las que se encontró la Sra. Brown, su despido no se debió al hecho de haber quedado encinta, sino al carácter anormal que presentó su embarazo, que le impidió trabajar a partir de, más o menos, la octava semana. La duración de su incapacidad laboral fue superior a la previsible en circunstancias normales, situándose en su totalidad fuera del período que se concede para que la mujer se ausente del trabajo por causa de embarazo y de parto. La razón del despido reside en que la Sra. Brown se puso enferma durante su embarazo y en que su incapacidad laboral superó las veintiséis semanas de duración.

Sobre la base de la misma jurisprudencia en la que se apoya la demandante para llegar a la conclusión contraria, mantiene que la cláusula que figura en los contratos de trabajo que concluye con sus empleados y que permitió el despido de la Sra. Brown, cuando

cumplió las veintiséis semanas de baja, no es discriminatoria. Para demostrarlo, pone el ejemplo del empleador que contrata a tres mujeres embarazadas. La primera, de constitución fuerte, no presenta ninguna baja laboral hasta el comienzo del período en que puede ausentarse del trabajo por causa de embarazo y de parto; la segunda, presenta algún que otro parte de baja, justificada por problemas de salud relacionados con el embarazo, antes de iniciar ese período de ausencia; la tercera sería la Sra. Brown, cuya incapacidad laboral causada por el embarazo sobrepasó las veintiséis semanas y que es despedida en las mismas condiciones que un empleado masculino que haya estado de baja por enfermedad idéntico período de tiempo. ¿Por qué habría que calificar un comportamiento de estas características como discriminación por razón de sexo? Por el contrario, si se otorgara un tratamiento distinto a la Sra. Brown del que se da a las otras mujeres embarazadas o a los empleados de sexo masculino, equivaldría a introducir una discriminación positiva aplicable únicamente a un cierto sector de mujeres encintas y no a la generalidad.

Mantiene que hay que diferenciar entre una enfermedad como la que aquejó a la Sra. Brown, que le impidió trabajar durante la práctica totalidad de la gestación y los denominados «riesgos normales del embarazo», de los que aporta, como ejemplos, las náuseas matutinas al comienzo del embarazo y la fatiga hacia el final, molestias que, además, no son inherentes a todos los embarazos. La respuesta que habría que dar a la House of Lords debe basarse, en su opinión, en esa diferencia.

Respecto al hecho de que la Sra. Brown fue despedida cuando, si hubiera podido acreditar la antigüedad suficiente, habría tenido derecho a ausentarse por razón de su próxima maternidad, la demandada entiende que, de acuerdo con el derecho comunitario aplicable en esa época, correspondía en exclusiva a los Estados miembros determinar las condiciones en las que la mujer tenía derecho a disfrutar de un período de ausencia, así como su duración. En uso de esa prerrogativa, la legislación británica exigía una antigüedad en el empleo de dos años. En cualquier caso, la Sra. Brown fue despedida por haber acumulado el número de semanas de baja por enfermedad establecido en su contrato de trabajo, y no por las bajas que presentó en el corto período en el que, de haber tenido el derecho a ausentarse del trabajo, habría podido estar ejerciéndolo.

16. El Gobierno del Reino Unido pone de relieve que la duración del período en el que la Sra. Bown ha estado en incapacidad laboral temporal, causada por el embarazo, es netamente superior a la duración prevista por el derecho nacional para que la mujer se ausente del trabajo por causa de embarazo y de parto. Afirma que, para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, hay que diferenciar el despido a causa de los riesgos normales y de las molestias habituales que acompañan al embarazo y al parto, por ejemplo, ausentarse del trabajo para la realización de las revisiones médicas de rutina, ausencias menores debidas a las náuseas matinales y las que preceden y siguen inmediatamente al parto, del despido de una mujer que tiene lugar a causa de una enfermedad, relacionada o no con el embarazo. En el primer caso, el despido constituirá una discriminación directa por razón de sexo, mientras que, en el segundo, será un despido lícito a condición de que un trabajador masculino, con una

incapacidad laboral de duración similar no recibiera un trato más favorable. En su opinión, corresponde al juez nacional apreciar si el período en el que la Sra. Brown estuvo de baja está justificado por un riesgo normal del embarazo.

17. La Comisión afirma que no hay ninguna razón objetiva para distinguir, dentro del período de embarazo, con el fin de concederles un trato distinto, el período que transcurre antes de que la trabajadora pueda ausentarse del trabajo del que va desde ese momento hasta que da a luz. Tampoco le parece justificado distinguir entre los despidos motivados por un embarazo y los despidos motivados por la incapacidad laboral causada por el embarazo, siempre que se produzcan mientras la trabajadora está todavía encinta, ya que los problemas de salud que ocasiona el embarazo se deben a una situación que afecta específicamente a las mujeres, tanto antes de ausentarse del trabajo como mientras transcurre el período de ausencia. La aplicación a las trabajadoras que se hallan en la situación de la Sra. Brown de la regla aplicable a los trabajadores en general, en caso de enfermedad, constituye una discriminación en contra de las mujeres, ya que se trata de situaciones distintas.

Añade que esta posición viene confirmada por el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe el despido de las trabajadoras en el período que va desde que quedan embarazadas hasta que terminan el descanso por maternidad. A pesar de que no se había agotado todavía el plazo para que los Estados miembros incorporaran esa Directiva a su legislación interna, cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, conviene tener en cuenta sus disposiciones a la hora de interpretar la Directiva 76/207.

VI. Examen de las cuestiones prejudiciales

A. *Observaciones preliminares*

18. Antes de abordar la problemática que suscitan estas cuestiones prejudiciales quiero hacer algunas observaciones.

19. La primera tiene que ver con el auto de remisión, que resulta particularmente parco en los detalles que proporciona sobre los hechos del asunto principal. No se dice, por ejemplo, cuánto tiempo llevaba embarazada la Sra. Brown cuando empezó su incapacidad laboral, ni cuál era la fecha prevista para el alumbramiento, ni si el suyo era un embarazo de riesgo. Considero, además, que los motivos que, al parecer, constan en los sucesivos partes de baja, a saber, «síntomas de embarazo», «pérdidas de sangre debidas al embarazo» y «dolores dorsales causados por el embarazo», si eran los únicos, resultan, sobre todo el primero y el tercero, muy poco

convincentes para que un médico haya estado renovando la baja de la trabajadora durante veintiséis semanas ininterrumpidas. Tampoco consta si la Sra. Brown se sometió a la revisión médica independiente prevista al final de las veintiséis semanas, ni, en caso afirmativo, cuál fue el resultado.

Yo imagino que la finalidad de esa revisión reside en que la empresa pueda disponer de una opinión independiente sobre las posibilidades de curación del trabajador con vistas a su reincorporación al trabajo en un futuro más o menos inmediato, procediendo a su despido si el resultado de esa revisión hace prever que la reincorporación no va a tener lugar a corto ni a medio plazo. De lo contrario más parecería un despido disciplinario por causa de enfermedad que un despido justificado por una excesiva onerosidad sobrevenida para el empresario.

Si la incapacidad laboral de la Sra. Brown estaba causada, efectivamente, por el embarazo, y no hay razón para pensar que no fuera así, parece lógico suponer que esa incapacidad iba a desaparecer al dar a luz. ¿Por qué, pues, fue despedida un mes y medio antes del parto? ¿Simplemente porque había faltado ya veintiséis semanas, o fue más bien porque la ley nacional tampoco le concedía el derecho a la reincorporación después del parto, por carecer de los dos años de antigüedad en la empresa?

Se trata, desde luego, de datos fácticos que corresponde al juez nacional apreciar a la luz de la interpretación que del derecho comunitario dé el Tribunal de Justicia. Debo reconocer, sin embargo, que habría resultado útil poder disponer de ellos.

20. La segunda observación tiene que ver con la necesidad de que queden delimitados, de una vez por todas, los ámbitos de aplicación respectivos de las Directivas 76/207 y 92/85, a la luz del contenido de sus disposiciones y de su finalidad. [6] La parte demandada en el litigio principal afirma que las repercusiones de la sentencia que se dicte en este asunto serán muy limitadas, ya que la Directiva 92/85 impone a los Estados miembros la obligación de prohibir, a más tardar, a partir del 19 de octubre de 1994, el despido de la trabajadora encinta, que ha dado a luz o en período de lactancia. En su opinión, la Sra. Brown tuvo, simplemente, mala suerte ya que, cuando fue despedida, esta Directiva no había sido adoptada.

No puedo estar de acuerdo con esta postura, ya que las disposiciones de ambas directivas son distintas y la finalidad que persiguen es asimismo diferente.

21. En efecto, la Directiva 76/207, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 235 del

6 — Esa necesidad ya ha fue apuntada cuando la Directiva 92/85 no era más que un proyecto, por Shaw, J.: «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *European Law Review*, 1991, pp. 313-320, especialmente p. 318.

Tratado CE, constituye una acción de la Comunidad considerada necesaria, en su día, para realizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tanto en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, como en lo relativo a las demás condiciones de trabajo. [7] Las únicas excepciones al principio de igualdad de trato que se permiten figuran en los apartados 2, 3 y 4 de su artículo 2 y consisten, concretamente, en las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza; en las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad; y en las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias reguladas por la Directiva. Se trata, en todos los casos, de medidas cuya regulación, en el estado actual del derecho comunitario, corresponde a los Estados miembros.

22. La Directiva 92/85, en cambio, toma como base jurídica el artículo 118 A del Tratado, que obliga al Consejo a establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores; es la décima Directiva específica adoptada con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, [8] cuyo artículo 15 dispone que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica.

La finalidad de la Directiva 92/85 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. Tiene, pues, un contenido netamente protector, estableciendo un trato diferenciado en favor de la mujer que se encuentre en una de esas situaciones. El mismo legislador reconoce, en el considerando noveno de la exposición de motivos, que esa protección no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Como ya indicó el Tribunal en la sentencia Webb, [9] en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir de forma voluntaria su embarazo, el legislador comunitario, con arreglo al artículo 10 de la Directiva 92/85, ha previsto una protección particular para la mujer

7 — Considerando tercero de la exposición de motivos.

8 — 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).

9 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartados 21 y 22.

estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del descanso por maternidad, sin que se prevea ninguna excepción a esa prohibición durante tal período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada.

23. Es cierto que, una vez incorporada al derecho interno de los Estados miembros la prohibición de despido que establece el artículo 10 de la Directiva 92/85, ya no cabrá aplicar el artículo 5 de la Directiva 76/207, que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, a los casos en los que una mujer haya sido despedida mientras estaba embarazada.

Sin embargo, la prohibición de despido que figura en el artículo 10 de la Directiva 92/85 no resuelve el problema de una mujer que se ha reincorporado al trabajo con toda normalidad después de finalizar el descanso por maternidad y que es despedida por haber estado en situación de incapacidad laboral a lo largo del año anterior, de forma intermitente, el número de semanas establecido por la legislación nacional; en este supuesto, la mujer ¿es despedida en las mismas condiciones que un hombre que ha estado enfermo igual número de semanas, cuando a la trabajadora se le computa el período que tuvo que guardar cama por prescripción facultativa porque, por ejemplo, su embarazo presentaba un riesgo de aborto?

De ahí que el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la jurisprudencia interpretativa del Tribunal seguirán siendo imprescindibles para despejar la incógnita de si pueden sumarse los períodos en los que una mujer encinta ha estado imposibilitada para trabajar a causa de su embarazo, a los anteriores al embarazo y a los posteriores al descanso por maternidad, a la hora de calcular las faltas de asistencia al trabajo que justifiquen un despido.

24. La tercera observación tiene que ver con la jurisprudencia de este Tribunal interpretando el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 76/207, cuando se hallan en juego los derechos laborales de trabajadoras embarazadas o que han dado a luz. Puede no parecer, a primera vista, extraordinario que las cuatro únicas sentencias dictadas en esta materia hasta la fecha en que terminó el plazo para presentar observaciones escritas en el presente asunto, a saber, la sentencia Dekker, [10] la sentencia Hertz, [11] la sentencia Habermann-Beltermann, [12] y la sentencia Webb [13] sirvieran a las partes en el litigio principal, al Gobierno del Reino Unido y a la Comisión para defender posiciones tan encontradas. Lo que sí resulta ya más sorprendente, e incluso preocupante, es que todos se basen en los mismos apartados para sostener sus posiciones.

Creo, pues, que, además de responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por la

10 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941).

11 — Citada en la nota 3 *supra*.

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

13 — Citada en la nota 9 *supra*.

House of Lords, este Tribunal ha de proceder a clarificar la jurisprudencia existente, con el fin de garantizar la seguridad jurídica. Por mi parte, pasaré revista a esas sentencias y propondré la interpretación que, en mi opinión, debe dárseles.

B. *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de los derechos laborales regulados en la Directiva 76/207, a las trabajadoras encintas o que han dado a luz*

1) Las sentencias Dekker y Hertz, cuando el Tribunal consideró que era discriminatorio negarse a contratar a una mujer encinta y no lo era despedirla a causa de una incapacidad laboral que se inicia después del descanso por maternidad, aunque la enfermedad esté ocasionada por el parto

25. El 8 de noviembre de 1990, este Tribunal dictó dos sentencias que han causado gran impacto en la rama del derecho social comunitario que se ocupa de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Fueron las primeras en las que se planteó la interpretación de la Directiva 76/207 y, más en concreto, del derecho de acceso al trabajo o a la conservación del puesto de trabajo en relación con situaciones tan exclusivamente femeninas como son el embarazo y la maternidad. Ambas ilustran bien la tesis mantenida por Lucinda M. Finley, que se puede resumir en la siguiente afirmación: «*The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace.*» [14]

26. Son las sentencias Dekker [15] y Hertz. [16] En la primera, el Tribunal resolvió la cuestión prejudicial remitida por el Hoge Raad der Nederlanden, que conocía de un asunto en el que la Sra. Dekker, aspirante a una plaza de educador en un centro de formación para jóvenes adultos, que había informado a la comisión encargada de efectuar la selección de que estaba encinta de tres meses y que había sido propuesta por ésta como la candidata más idónea para ejercer las funciones, reclamaba contra la negativa del empresario a contratarla por el motivo de que ya estaba embarazada en el momento de presentarse al puesto. Esa negativa tuvo lugar después de que el empresario averiguara que su organismo asegurador no le garantizaba el reembolso de las prestaciones diarias que debería pagar a la trabajadora durante su ausencia por razón del embarazo y del parto. En efecto, la ley nacional aplicable concedía al organismo asegurador la facultad de denegar, en todo o en parte, la devolución de las prestaciones diarias al empresario en el caso de que la incapacidad del empleado para ejercer sus funciones hubiera sobrevenido dentro de los seis meses siguientes a la contratación, siempre que, en ese momento, el estado de salud del trabajador permitiera prever la aparición de la incapacidad en ese plazo. Al no

14 — Finley, L. M.: «Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate», *Columbia Law Review*, Vol. 86: 1118, p. 1119.

15 — Citada en la nota 10 *supra*.

16 — Citada en la nota 3 *supra*.

establecer ninguna excepción para los casos de embarazo, la incapacidad para desempeñar una actividad por causa de maternidad se equiparaba a la incapacidad para desempeñar una actividad por causa de enfermedad previsible.

El juez nacional preguntaba, en lo que aquí interesa, si resultaba contrario al principio de igualdad de trato establecido en la Directiva 76/207 la negativa del empresario a contratar a la trabajadora en esas circunstancias.

27. En la segunda, la cuestión prejudicial había sido planteada por el Højesteret de Dinamarca, para resolver el litigio del que conocía y que enfrentaba a la Sra. Hertz a su antiguo empresario, Aldi Marked K/S. La trabajadora había sido contratada en julio de 1982 como cajera y vendedora a tiempo parcial. En junio de 1983, tras un embarazo con complicaciones que, con el consentimiento del empresario, pasó durante su mayor parte en situación de baja por enfermedad, dio a luz un hijo. A finales de 1983, al terminar su descanso por maternidad, la Sra. Hertz se reincorporó a su puesto y no volvió a estar de baja hasta junio de 1984. A lo largo del año siguiente, causó baja por enfermedad durante cien días laborables, por cuya razón fue despedida, habiendo alegado la empresa que era práctica corriente despedir a los trabajadores que estaban a menudo enfermos. Resultaba pacífico entre las partes que las ausencias de la demandante entre junio de 1984 y junio de 1985 se debieron a las secuelas que le produjo el parto de 1983.

El órgano jurisdiccional nacional preguntaba si el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207, comprendían los despidos producidos como consecuencia de ausencias por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto y, en caso de respuesta afirmativa, si la protección contra los despidos por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto, era válida sin limitación de tiempo.

28. El Abogado General Sr. Darmon, que presentó conclusiones comunes a ambos asuntos, llevó a cabo una reflexión general inapreciable sobre la maternidad y sobre el lugar que debe reservársele, a la luz del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en la vida económica y social de las sociedades europeas, [17] que sigue teniendo, hoy día, la misma actualidad. Después de preguntarse si existe un acontecimiento que esté más relacionado con la propia especificidad de la mujer, y si puede concebirse la igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras sin tener en cuenta la maternidad, opina, respecto al asunto Dekker, que la negativa a contratar a la candidata debido a su inminente maternidad, al tomar en cuenta un acontecimiento que afecta exclusivamente a las trabajadoras, constituye una discriminación directa basada en el sexo.

29. El asunto Hertz, afirmaba, requiere de modo quizás aún más apremiante la difícil

17 — Conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en los asuntos en los que recayeron las sentencias Hertz y Dekker, citadas en las notas 3 y 10 *supra*, pp. I-3956 y ss., especialmente p. I-3960, puntos 21 y ss.

conciliación del principio de igualdad de trato y las exigencias de la vida económica. Y añadía: «¿Cómo considerar los períodos de enfermedad sobrevenidos tras el descanso por maternidad, pero que tienen directamente su causa en el embarazo y el parto? ¿Es necesario o no aplicarles el régimen en cierto sentido "de derecho común" de las bajas por causa de enfermedad?» [18] La conclusión a la que llega en este caso es la opuesta a la del asunto Dekker, es decir, que el despido de una trabajadora, fuera de los períodos de descanso por maternidad, a causa de bajas debidas a una enfermedad que tiene su origen en el embarazo o el parto no constituye una discriminación directamente basada en el sexo.

30. Debo puntualizar, no obstante, que esa escueta afirmación es la consecuencia de un razonamiento, a lo largo del cual está siempre presente la idea de que se trata de ausencias de la trabajadora justificadas por una enfermedad cuyo origen se sitúa en el embarazo o en el parto, que se dan *una vez finalizado* el descanso por maternidad. En efecto, en el punto 43, confiesa: «He estado tentado —¿cómo negarlo?— de proponer al Tribunal una solución en la cual los estados patológicos que fueran consecuencia directa, cierta y preponderante del embarazo o del parto gozarían de una especie de "inmunidad", en el sentido de que el principio de igualdad de trato se opone a la posibilidad de que el empresario, *durante un plazo razonable a contar desde la maternidad, despidiese a su empleada* [...]» [19]

En el punto 45, afirma: «[...] si *las complicaciones provocadas por el parto* son muy graves, la trabajadora podrá permanecer incapacitada para trabajar durante largos años, sin que su empresario pueda despedirla [...]» En el punto 46, explica que «[...] una solución protectora para algunas *mujeres que han tenido graves dificultades posnatales* —es decir, en términos estadísticos, una solución aplicable a un porcentaje felizmente ínfimo de situaciones— puede acarrear un peligro para el conjunto de las mujeres que deseen acceder al mercado laboral».

En el siguiente punto, cuando se pregunta sobre los criterios que podría adoptar el Tribunal para decidir en qué casos el estado patológico debe quedar amparado por la protección debida a la maternidad, así como para determinar la duración de esa protección, la idea subyacente sigue siendo la aplicación del principio de igualdad de trato, una vez la mujer ha finalizado su descanso por maternidad.

Y, en el punto 48, propone como solución el distinguir entre los riesgos normales del embarazo y del parto, que define como «las complicaciones habituales que acompañan a estos acontecimientos y que a veces dan lugar a la concesión de un período adicional de descanso por maternidad», riesgos que, en su opinión, deben disfrutar de una protección comunitaria porque participan de la especificidad del estado de maternidad, y los estados patológicos que no corresponden a los riesgos ordinarios del embarazo y que, por lo tanto, deben recibir el mismo trato que las situaciones de enfermedad de «derecho común», añadiendo que, «[...] a falta de disposiciones de derecho nacional que concedan una protección específica a la mujer, el

18 — Punto 40.

19 — Todos los subrayados del texto son míos.

empresario debe poder despedir a su empleada *una vez finalizado el período de descanso por maternidad* [...]. Así, *cuando la trabajadora haya agotado todas las posibilidades legales de descanso por maternidad, las bajas por enfermedad, aunque ésta tenga su origen en el embarazo o en el parto, no pueden entenderse comprendidas entre los riesgos normales de la maternidad y, en consecuencia, deben considerarse del mismo modo que las de cualquier otro trabajador*, salvo que el legislador nacional haya establecido una protección específica basándose en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva».

31. Ambas sentencias fueron dictadas por el Pleno, y el Tribunal siguió a su Abogado General. Las vistas se celebraron el 3 de octubre de 1989 y las conclusiones fueron presentadas el 14 de noviembre siguiente. El hecho de que las sentencias tardaran un año en llegar constituye, en mi opinión, un indicio de las dificultades que presentaban estos asuntos, en especial el asunto Hertz, según reconoce el mismo Tribunal en el apartado 7 de su sentencia, y que pueden explicar la parquedad de razonamiento que caracteriza a ambas resoluciones.

32. En la sentencia Dekker, el Tribunal interpretó que la negativa a contratar debida al embarazo sólo puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo; que la denegación de contratación, debida a las consecuencias económicas de la baja por maternidad, se basa esencialmente en el embarazo, y que esa discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada, durante su período de descanso por maternidad. [20]

33. El razonamiento y el fallo de la sentencia Hertz merecen, sin embargo, una atención especial. Recordaré que las posiciones de las partes, tal como se recogen en sus apartados 8 y 9 consistían en defender, unos, que el despido de una mujer a causa de su embarazo, del parto o de ausencias repetidas debidas a una enfermedad que es consecuencia de un embarazo o de un parto, independientemente de cuándo sobrevenga la enfermedad, es contrario al principio de igualdad de trato, puesto que un trabajador masculino no puede sufrir tales trastornos y, por consiguiente, no puede ser despedido por la misma razón. Los otros mantenían que no se puede impedir a un empresario despedir a una trabajadora a causa de numerosas bajas por enfermedad por la única razón de que la enfermedad sea consecuencia del embarazo o del parto. Una tal prohibición, que afectaría al empresario, muchos años después del parto, podría acarrear no sólo dificultades de gestión y consecuencias injustas para los empresarios, sino también efectos negativos sobre el empleo de mujeres.

34. Esta sentencia reviste una importancia fundamental a la hora de conciliar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y el papel que desempeña la mujer en el proceso reproductivo. En efecto, en su apartado 13 se lee que

20 — Citada en la nota 10 *supra*, apartado 12.

«de las [...] disposiciones de la Directiva se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada [...]». En el apartado 14, el Tribunal afirma: «[...] el despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, no originadas por un embarazo o por un parto, no constituye una discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones» y, en el apartado 15: «[...] la Directiva [76/207] no contempla la hipótesis de una enfermedad causada por el embarazo o el parto. No obstante, permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, tales como el permiso por maternidad. De ello se desprende que, durante el permiso por maternidad de que disfruta con arreglo al derecho nacional, la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia. Corresponde a cada Estado miembro determinar los períodos de permiso por maternidad, de manera que se permita a las trabajadoras ausentarse durante el período en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto.»

35. Son los apartados 16 y 17 los que, en mi opinión, marcan la pauta a la hora de interpretar esta sentencia. En ellos, el Tribunal afirma, textualmente:

«Si se trata de una enfermedad que aparece tras el permiso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra enfermedad. Tal estado patológico depende, por tanto, del régimen general aplicable en caso de enfermedad.

En efecto, tanto los trabajadores masculinos como los femeninos están expuestos a la enfermedad. A pesar de que es cierto que determinados trastornos son propios de uno u otro sexo, la única cuestión es, pues, si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre; si esto es así, no existe discriminación directa basada en el sexo.»

36. Sin embargo, la dificultad que surge a la hora de interpretar el alcance de esta sentencia reside en que la puntualización relativa al momento de la aparición de la enfermedad no figura en el fallo, en el cual se da respuesta estrictamente a la cuestión prejudicial, tal como ha sido planteada —de la que el Tribunal retoma literalmente la formulación—, en los siguientes términos: «Sin perjuicio de las disposiciones de derecho nacional adoptadas de acuerdo con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE [...], el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, no constituye obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o por el parto.»

Esta aparente incongruencia, de fácil explicación, teniendo en cuenta que, en los aparta-

dos 16 y 17, el Tribunal tiene muy presentes las circunstancias en las que se ha planteado el litigio nacional, mientras que, en el fallo, se limita estrictamente a dar respuesta a la cuestión prejudicial, tal y como ha sido planteada por el juez nacional, [21] es la que da pie a las interpretaciones divergentes en las que se basan las posiciones de las partes en el procedimiento del que me estoy ocupando.

37. No me cabe ninguna duda de que esta sentencia no puede interpretarse a partir únicamente del contenido del fallo, sino que hay que tener en cuenta que, en su apartado 16, el Tribunal afirma con toda claridad que, si la enfermedad aparece tras el permiso de maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra.

Desde luego esa es la lectura que le ha dado la doctrina que se ha ocupado de comentar esta sentencia, ya que todos los autores consultados hacen hincapié, de forma más o menos crítica, en que el Tribunal, cuando asegura que el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207, no constituye obstáculo para los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o por el parto, se está refiriendo a ausencias de la mujer que tienen lugar *después* del descanso por maternidad. [22]

38. Esta es también la interpretación que hace el Abogado General Sr. Tesauro de la sentencia Hertz, en las conclusiones que presentó en el asunto Webb. [23] En el segundo párrafo del punto 13, afirma que el Tribunal de Justicia consideró, en dicha sentencia, que el despido de una trabajadora causado por las repetidas ausencias por enfermedad, debida a un embarazo o a un parto, no constituye una discriminación directa por razón de sexo, si dichas ausencias son posteriores al descanso por maternidad, [24] y añade, en la nota a pie de página nº 12 que acompaña a esta afirmación: «La sentencia de que se trata no puede

21 — Esta formulación es la siguiente: «Las disposiciones del apartado 1 del artículo 5 en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva [...] (76/207/CEE), ¿comprenden los despidos producidos como consecuencia de ausencias por razón de una enfermedad causada por un embarazo o un parto?»

22 — Jacqmain, J.: *Chroniques de droit social*, 1991, pp. 49-50, punto 4; Devos, D.: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, pp. 121-122, punto 3; Shaw, J., *op. cit.*, pp. 313-320, especialmente p. 317; Traversa, E.: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, pp. 425-439, especialmente p. 436; Kilpatrick, C.: «How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period» en *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, pp. 81 y ss., especialmente p. 84; Burrows, N. & Mair, J.: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, p. 155; Nielsen, R.: *Common Market Law Review*, 1992, pp. 160-169, especialmente p. 164; More, G.: «Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law» en *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, pp. 48-56, especialmente pp. 53 y 54; Bolger, M.: «Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination» en *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, p. 383; Rodríguez-Piñero, M.: «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora» en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1991, pp. 3 y ss., especialmente p. 8; Flynn, L.: «Pregnancy and Dismissal: Rejecting the "Sick Male" comparison» en *Irish Law Times*, November 1994, p. 257; Van Kraay, F.: «The Difference Between Pregnant Women and Sick Men» en *Law Teacher*, 1995, Vol. 29, pp. 92 y ss., especialmente p. 93; McGlynn, C. M. S.: «Webb v EMO: a hope for the Future» en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 50 y ss., especialmente p. 54; Boch, C.: *Common Market Law Review*, 1995, pp. 547 y ss., especialmente p. 558; Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, p. 67; Szyszczak, E.: «Community Law on Pregnancy and Maternity» en *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, p. 51 y ss., especialmente p. 54, y Bolger, M.: *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, pp. 65-66.

23 — Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia Webb, citada en la nota 9 *supra*, Rec. pp. I-3569 y ss.

24 — La misma afirmación hace el Abogado General Sr. Tesauro en las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia Habermann-Beltermann, citada en la nota 12 *supra*, Rec. pp. I-1659 y ss.

ciertamente interpretarse en el sentido de que el Tribunal de Justicia ha considerado lícito (o, en todo caso, justificado) el despido de una mujer ausente de su trabajo por un motivo (enfermedad) relacionado con el embarazo. Bien mirado, de hecho, el Tribunal de Justicia consideró determinante la circunstancia de que la enfermedad de la Sra. Hertz se iniciara tras su reincorporación al trabajo al término de su permiso de maternidad. [...]» E insiste, en el punto 14, respecto a que «[...] en la medida en que se desprende de la sentencia citada que el despido causado por ausencias debidas a una enfermedad, aunque tenga su origen en el embarazo o en el parto, pero que se haya iniciado tras el fin del permiso de maternidad, no puede considerarse trato discriminatorio, de ello se sigue, con mayor razón, que el embarazo no puede equipararse a una enfermedad [...]».

39. La antinomia entre las sentencias Dekker y Hertz, subrayada por una parte de la doctrina, [25] consiste en que, en la primera, el Tribunal calificó de discriminación directa la negativa a contratar debida al embarazo, ya que sólo puede oponerse a las mujeres, mientras que, en la segunda, afirmó que, a los efectos de proceder a un despido, si aparece tras el descanso por maternidad, no procede distinguir la enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra —cuando es evidente que únicamente las mujeres pueden estar aquejadas de una enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto—; en mi opinión, esa antinomia sólo puede salvarse interpretando que la razón para esta distinción reside en que, una vez ha dado a luz y ha finalizado su descanso por maternidad, la mujer ya no se halla en un estado fisiológicamente distinto del de los trabajadores de sexo masculino y que, a partir de ese momento, ya no procede distinguir en función del origen de la enfermedad. Constituiría, desde luego, un privilegio contrario al principio de igualdad de trato el que una trabajadora, por el hecho de haber dado a luz en algún momento de su vida, pudiera reivindicar una especie de seguro contra despidos durante el resto de su carrera laboral en virtud del cual no se le computarían, a esos efectos, los períodos de incapacidad laboral posteriores al descanso por maternidad, cuyo origen pudiera situarse en ese embarazo o en el parto.

25 — Jacqmain, J., *op. cit.*, p. 50; More, G., *op. cit.*, p. 55; Shaw, J., *op. cit.*, p. 320; Traversa, E., *op. cit.*, p. 436; McGlynn, C. M. S., *op. cit.*, pp. 54-55; Boch, C., *op. cit.*, p. 559; Kilpatrick C., *op cit.*, p. 85; Szyszczak, E., *op cit.*, p. 54, y Burrows, N. & Mair, J., *op. cit.*, p. 155.

2) La sentencia Habermann-Beltermann, cuando el Tribunal consideró discriminatorio que un contrato de trabajo fuera declarado nulo o impugnado a consecuencia de la prohibición legal del trabajo nocturno de las mujeres encintas

40. En la sentencia de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann, [26] el Tribunal resolvió las cuestiones prejudiciales que le había planteado el Arbeitsgericht Regensburg, relativas a un contrato de trabajo, de duración indefinida, celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada. En el momento de firmar el contrato, que establecía que la prestación laboral debía

26 — Citada en la nota 12 *supra*.

ejecutarse de noche, ambas partes ignoraban la existencia de ese embarazo. El juez nacional quería saber si el apartado 1 del artículo 2, en relación con el apartado 1 del artículo 3 y con el apartado 1 del artículo 5, de la Directiva 76/207 se opone, por una parte, a que ese contrato sea declarado nulo como consecuencia de la prohibición del trabajo nocturno que se aplica, con arreglo al derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna y, por otra, a que sea impugnado por el empresario, debido a un error sobre las cualidades esenciales de la otra parte contratante en el momento de celebrarse el contrato.

El Tribunal observa que, al tratarse de un contrato de duración indefinida, la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas sólo produce efectos durante un período limitado en relación con la duración total del contrato, y llega a la conclusión de que, en esas circunstancias, sería contrario al objetivo de protección, que persigue el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, y privaría de efecto útil a esa disposición admitir que el contrato pueda ser declarado nulo o impugnado a causa del impedimento temporal de la trabajadora por cuenta ajena embarazada para desempeñar el trabajo nocturno para el que fue contratada. La respuesta concreta que dio al juez nacional fue que las disposiciones de la Directiva 76/207 se oponen a que un contrato de trabajo, de duración indefinida, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos ese embarazo, sea declarado nulo, debido a la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al derecho nacional durante el embarazo y la lactancia materna, o impugnado por el empresario, debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

3) La sentencia Webb, cuando el Tribunal consideró que la situación de una mujer encinta, incapacitada para llevar a cabo el cometido para el que fue contratada, no puede compararse a la de un hombre que sufre la misma incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza

41. El 14 de julio de 1994, el Tribunal dictó sentencia en el asunto Webb, [27] resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la House of Lords sobre la interpretación de la Directiva 76/207 para resolver el litigio del que conocía entre un empresario y una trabajadora, contratada por tiempo indefinido, que había sido despedida al enterarse el empleador de que estaba encinta, alegando que la había contratado con el fin específico de sustituir —en un primer momento— a otra trabajadora durante el descanso por maternidad de esta última. En esta sentencia, el Tribunal afirmó que no cabía examinar, como le pedía el órgano jurisdiccional de remisión, si la situación de una mujer que se encuentra incapacitada para llevar a cabo el cometido para el que fue contratada, debido a un embarazo del que se tuvo conocimiento muy poco después de la celebración del contrato de trabajo, puede compararse a la de un hombre que sufre la misma incapacidad, por razones médicas o de otra naturaleza. En el

27 — Citada en la nota 9 *supra*.

apartado 25, afirma: «[...] el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni *a fortiori* a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo. Por otra parte, en la [...] sentencia Hertz, el Tribunal de Justicia distinguió claramente el embarazo de la enfermedad, aun en el supuesto de que esta última tenga su origen en el embarazo, *pero aparezca tras el permiso de maternidad.*»

La conclusión a la que llegó el Tribunal en el apartado 27 fue que, en una situación como la de la Sra. Webb, la resolución de un contrato por tiempo indefinido por causa del 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.

4) La sentencia Larsson, donde el Tribunal parece haber considerado que no resulta discriminatorio tomar en cuenta, a los efectos del despido, la incapacidad laboral de la mujer causada por el embarazo antes del comienzo del descanso por maternidad

42. Así las cosas, el Tribunal dictó, el 29 de mayo de 1997, [28] la sentencia Larsson. [29] De nuevo se le pedía, esta vez por parte del Sø- og Handelsretten, que interpretara el apartado 1 del artículo 5 y el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207, aplicados a una trabajadora que había sido despedida una vez terminado su descanso por maternidad, por causa de bajas de duración relativamente larga ocasionadas por su estado, que se produjeron, en su mayor parte, durante el embarazo, justificadas mediante certificado médico. Examinaré con algún detenimiento esta sentencia.

La Sra. Larsson había sido contratada como empleada por la empresa Føtex Supermarked A/S en marzo de 1990. En agosto del año siguiente, comunicó al empresario que se hallaba encinta. A lo largo del embarazo estuvo en situación de baja médica en dos ocasiones. La primera baja duró dieciocho días. La segunda fue consecuencia de un prolapso pelviano provocado por el embarazo y duró aproximadamente cuatro meses y medio. El parto tuvo lugar el 2 de abril de 1992. El período de descanso por maternidad, de veinticuatro semanas, finalizó el 18 de septiembre de 1992. A continuación, disfrutó de las vacaciones anuales hasta el 16 de octubre. Durante el descanso por maternidad y las vacaciones, la Sra. Larsson siguió en tratamiento por el prolapso pelviano. Continuó en situación de baja médica al finalizar las vacaciones y no fue dada de alta hasta el 4 de enero de 1993. El 10 de noviembre de 1992, cuando no había transcurrido ni siquiera un mes desde el final de sus vacaciones anuales, el empresario le dirigió una carta en la que le comunicaba que quedaba despedida, con efectos a final de diciembre. El despido estaba motivado, textualmente «por los

28 — Momento en el que ya había finalizado el plazo para presentar observaciones en el asunto del que me estoy ocupando.

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

largos períodos de ausencia del trabajo, unido a la circunstancia de que es poco probable que, en el futuro, vuelva a estar en condiciones —por motivos de salud— de desempeñar dicho trabajo de manera satisfactoria».

43. El órgano jurisdiccional de remisión preguntaba si las disposiciones citadas de la Directiva 76/207 comprenden los despidos producidos como consecuencia de ausencias posteriores al período de descanso por maternidad, en caso de que dichas ausencias se deban a una enfermedad que apareció durante el embarazo y se prolongó durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad, cuando ésta sea la causa de que el despido haya tenido lugar después de finalizado el descanso por maternidad. Hay que puntualizar que el juez nacional preguntaba sobre los despidos basados en las ausencias *posteriores al descanso por maternidad.*

44. En las conclusiones que presenté en el asunto en el que recayó esta sentencia [30] propuse al Tribunal que declarara, sobre la base de la jurisprudencia sentada en las sentencias Hertz, Webb y Habermann-Beltermann, que, a la hora de aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, establecido en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, se impone trazar una línea en el momento en que finaliza el período de descanso por maternidad. A partir de ahí, cualquier enfermedad que sufra una mujer, tenga o no origen obstétrico, dependerá del régimen general aplicable a todos los trabajadores. Por el contrario, los períodos de baja médica que se concedan por problemas de salud provocados por el embarazo, antes de dar a luz, no podrán ser equiparados, a efectos de un despido, a las ausencias por enfermedad de un hombre.

Mi propuesta para responder a la cuestión planteada por el juez nacional era la siguiente: El apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2, de la Directiva 76/207 no se opone a que una mujer sea despedida como consecuencia de ausencias posteriores al descanso por maternidad, en caso de que dichas ausencias sean debidas a una enfermedad que apareció durante el embarazo y se prolongó durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad, a no ser que, a la hora de computar las ausencias a efectos del despido, se hayan tenido en cuenta los períodos de baja médica concedidos por problemas de salud, provocados por el embarazo antes de dar a luz.

45. Con el fin de rebatir los argumentos de la demandante en el litigio principal, que mantenía que, en la sentencia Hertz, se había establecido una distinción según el momento de aparición o manifestación de la enfermedad, el Tribunal de Justicia afirmó, en la sentencia Larsson, que, en aquella ocasión, «[...] se limitó a declarar que, en el marco de los antecedentes de hecho que le fueron presentados, desde el punto de vista del principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva [76/207], no procedía distinguir entre la enfermedad que apareció durante el embarazo o en el parto y las demás enfermedades. Esta interpretación se ve confirmada, además, por la ausencia, en el fallo de la sentencia Hertz, de toda referencia al momento de

30 — Conclusiones presentadas el 18 de febrero de 1997, Rec. p. I-2759.

aparición o manifestación de la enfermedad». [31]

46. Mas adelante, se recoge la posición de la demandante en el litigio principal, del Gobierno danés y de la Comisión, que afirmaban que resulta contrario al derecho comunitario el que el empresario, para calcular el período que justifica el despido en derecho nacional, pueda tomar en cuenta tanto las ausencias que se produzcan desde el comienzo del embarazo hasta que se inicia el descanso por maternidad, como la duración del descanso por maternidad. En efecto, de las actuaciones del litigio principal se deducía que, descontando esos períodos y las cuatro semanas en que estuvo de vacaciones, la Sra. Larsson había estado en situación de incapacidad laboral durante menos de cuatro semanas cuando fue despedida.

47. Respecto al descanso por maternidad de que disfruta con arreglo al derecho nacional, el Tribunal indica que la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia y que sería contrario al objetivo de protección que persigue el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, que permite adoptar disposiciones nacionales relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, y privaría de efecto útil a dicha disposición, admitir que la ausencia durante este período pueda ser tomada en consideración para justificar un despido posterior. [32] Fuera del período de descanso por maternidad establecido por los Estados miembros, y a falta de disposiciones nacionales o comunitarias que garanticen a las mujeres protección especial, la trabajadora no se beneficia, con arreglo a la Directiva 76/207, de protección contra el despido motivado por ausencias debidas a una enfermedad que aparece durante el embarazo.

48. El Tribunal deduce de estas afirmaciones, que «[...] el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva no se opone a que se tengan en cuenta, para el cálculo del período que justifica el despido de una trabajadora con arreglo al derecho nacional, las ausencias de ésta que tengan lugar entre el comienzo del embarazo y el comienzo del permiso por maternidad», y responde al juez nacional que, sin perjuicio de las disposiciones adoptadas de acuerdo con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 de su artículo 2, no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad. [33]

49. Confieso que me resulta francamente difícil compaginar estas afirmaciones con la línea jurisprudencial que seguía este Tribunal de Justicia hasta el momento en que dictó esta sentencia y que figura expuesta en los apartados precedentes. No sólo parece

31 — Citada en la nota 29 *supra*, apartado 17.

32 — *Ibidem*, apartado 22.

33 — *Ibidem*, apartados 24 y 26.

sostener en Larsson una posición contraria a la que se deduce de la simple lectura de sus resoluciones anteriores, sino que contradice directamente la lectura que de esas resoluciones venían haciendo tanto sus abogados generales como los numerosos autores que se han ocupado de comentarlas.

Observo, también con cierta preocupación, que, en el apartado 20, cuando afirma que la Directiva no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad ocasionada por el embarazo o el parto, ni siquiera cuando dicha enfermedad aparece durante el embarazo y se prolonga durante y después del permiso por maternidad, el Tribunal no indica en qué momento se han producido las ausencias.

Además, cuando en el apartado 23, afirma que, fuera del período de descanso por maternidad, a falta de disposiciones nacionales o comunitarias, la trabajadora no se beneficia, con arreglo a la Directiva 76/207, de protección contra el despido motivado por ausencias debidas a una enfermedad que aparece durante el embarazo, el Tribunal tampoco aclara en qué momento se han producido las ausencias.

Igualmente, en el apartado 24, cuando concluye que el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva no se opone a que se tengan en cuenta, para el cálculo del período que justifica el despido, las ausencias de la trabajadora que tengan lugar entre el comienzo del embarazo y el comienzo del descanso por maternidad, el Tribunal no indica que las ausencias han sido causadas por una enfermedad producida por el embarazo.

Por último, el fallo de la sentencia no da una respuesta completa a la cuestión planteada por el juez nacional, ya que éste preguntaba por los despidos producidos como consecuencia de *ausencias posteriores al descanso por maternidad*, en caso de que dichas ausencias se deban a una enfermedad que apareció durante el embarazo y se prolongó durante y después de transcurrido el descanso por maternidad, cuando ésta sea la causa de que *el despido haya tenido lugar después de finalizado el descanso por maternidad*, mientras que el Tribunal respondió que las disposiciones de la Directiva no se oponen a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el descanso por maternidad. La respuesta no se refiere, pues, ni al momento en que se produjeron las ausencias ni al momento en que tiene lugar el despido.

50. Estimo, a la vista de las carencias de que adolece, que la sentencia Larsson no resulta suficiente para afirmar que este Tribunal de Justicia haya querido imprimir un giro de 180° en su jurisprudencia. Considero, pues, que reviste gran interés, en aras de la seguridad jurídica, que este Tribunal se pronuncie con claridad sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres aplicado a los despidos de trabajadoras que se producen durante el embarazo o después del descanso por maternidad, para los que se han tomado en cuenta los períodos de incapacidad laboral causados por el embarazo, antes de que dé

comienzo el descanso por maternidad. Eso fue lo que sucedió, precisamente, en el caso de la Sra. Brown.

51. Se trata, en último caso, de la tarea que a todos nos incumbe, de ir eliminando los vestigios de la discriminación que viene sufriendo la mujer a lo largo de los siglos, [34] y en la que las Instituciones de la Unión Europea están tan seriamente comprometidas.

C. *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por la House of Lords: el despido de la mujer encinta por incapacidad laboral causada por el embarazo*

52. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional quiere saber si resulta contrario al principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 76/207 despedir, mientras está encinta, a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo, y si tiene alguna incidencia sobre la respuesta el hecho de que el despido se produzca sobre la base de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a un trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada.

53. Es cierto que la aplicación del derecho comunitario habría impedido el despido de la Sra. Brown si, cuando su embarazo presentó complicaciones, el plazo para incorporar las disposiciones de la Directiva 92/85 ya hubiera finalizado. Sin embargo, ésta ni siquiera había sido adoptada. El derecho comunitario aplicable resulta, pues, únicamente de la Directiva 76/207.

54. Recordaré aquí que el artículo 5 de la Directiva 76/207 dispone que 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.

Partiendo de la base de que la igualdad, tal como la ha definido el Tribunal Constitucional de uno de los Estados miembros «[...] no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino un tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante» [35] y, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia de

34 — A título de ejemplo, D. Miguel de Cervantes Saavedra, en el Capítulo LI de la Primera Parte de su obra *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, al relatar el cabrero la historia de Leandra, se refiere a «[...] la natural inclinación de las mujeres, que por la mayor parte suele ser desatinada y mal compuesta». Después, sigue un camino más fácil y, según él, más acertado para «[...] decir mal de la ligereza de las mujeres, de su inconstancia, de su doble trato, de sus promesas muertas, de su fe rompida, y finalmente, del poco discurso que tienen en saber colocar sus pensamientos e intenciones». Aguilar, Madrid, 1990, pp. 831 y 833.

35 — Sentencia del Tribunal Constitucional español 29/1987, de 6 de marzo, letra b) del apartado 5 (BOE de 24 de marzo de 1987).

acuerdo con la cual «[...] 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», [36] examinaré, a continuación, si el despido de una mujer encinta, por causa de la incapacidad laboral que le produce su estado, tiene lugar en las mismas condiciones que el despido de un hombre por causa de incapacidad laboral de la misma duración, ocasionada por una enfermedad.

55. A diferencia de lo que sucedía con la Sra. Hertz, cuya incapacidad laboral de origen obstétrico se inició bastante después de que hubiera finalizado su descanso por maternidad, a la Sra. Brown las complicaciones que acompañaron a su embarazo y que le impidieron trabajar durante gran parte de él se le manifestaron en fecha muy temprana. Se desprende de los autos que estuvo en situación de incapacidad laboral durante las veintiséis semanas que justificaron su despido por aplicación de la cláusula que la empresa Rentokil insertaba en los contratos de trabajo y que, después de eso, todavía tardó seis semanas más en dar a luz. Teniendo en cuenta que la duración media de una gestación humana es de treinta y ocho semanas, calculo que sólo pudo trabajar durante las primeras cinco o seis.

56. Me pregunto si resulta todavía necesario, a estas alturas, repetir algo tan evidente como el que el embarazo es una situación que afecta sólo a las mujeres, ya que son ellas las únicas que pueden hallarse en ese estado. El embarazo es, además de una situación biológica reservada en exclusiva a las mujeres, un período de duración limitada en el tiempo, a lo largo del cual se pueden presentar no sólo los tan conocidos vómitos matutinos, sino complicaciones tales como un riesgo de aborto o contracciones prematuras asociadas al estrés, que pueden obligar a la mujer a guardar reposo absoluto durante períodos que pueden ir desde dos o tres meses hasta toda la duración de la gestación.

57. Este Tribunal ha afirmado, de forma contundente, en la tan citada sentencia Hertz que, «[...] el despido de una trabajadora por razón de repetidas bajas por enfermedad, *no originadas por un embarazo o por un parto*, no constituye una discriminación directa basada en el sexo, en la medida en que tales bajas por enfermedad darían lugar al despido de trabajadores masculinos en las mismas condiciones». [37]

58. ¿Puede decirse, sin embargo, que el despido de una trabajadora encinta, por razón de repetidas bajas por enfermedad, *originadas por el embarazo*, se realiza en las mismas condiciones que el de un hombre que ha estado de baja por enfermedad el mismo período de tiempo? En mi opinión, no.

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

37 — Citada en la nota 3 *supra*, apartado 14.

59. Sin ánimo de inmiscuirme en temas que sólo a los médicos corresponde apreciar, quiero puntualizar que, si bien, tal y como ha afirmado este Tribunal en la sentencia Webb, el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, [38] nadie ignora la existencia de los llamados «embarazos de riesgo» que se dan, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cuando hay antecedentes de partos prematuros o muertos, cuando la placenta está más baja de lo normal, cuando la mujer ha sido tratada mediante fertilización *in vitro*, y en los casos de cardiopatías o de diabetes en la mujer. Estos embarazos se caracterizan no por provocar una «enfermedad» en la mujer, sino por obligarla, normalmente, a someterse a vigilancia médica muy estricta y, en algunos de los casos citados, a guardar reposo absoluto durante varios meses y, a veces, durante todo el embarazo. [39]

Yo no puedo suscribir que, en situaciones de estas características, en las que la mujer no está aquejada de ninguna enfermedad, sino que está simplemente embarazada, pueda afirmarse que, en caso de despido por repetidas bajas, es despedida en las mismas condiciones en las que se despide a un hombre que ha estado de baja por enfermedad el mismo período de tiempo. El mismo razonamiento será aplicable cuando la incapacidad de trabajar se debe a que la situación de embarazo agrava una enfermedad ya existente o produce estados que pueden ser calificados de verdadera enfermedad.

38 — Citada en la nota 9 *supra*, apartado 25.

39 — Las mujeres a las que el embarazo ocasiona una incapacidad laboral de tan larga duración son, afortunadamente, pocas, calculándose que representan, en términos numéricos, entre un 10 % y un 15 %.

60. En efecto, si bien la situación de la trabajadora encinta a la que el embarazo impide trabajar y la del trabajador enfermo coinciden en la medida en que ninguno de los dos puede cumplir temporalmente sus obligaciones laborales, ambas situaciones están separadas por diferencias importantes: únicamente las mujeres podrán hallarse alguna vez, a lo largo de su vida profesional, en una situación en la que se verán impedidas para trabajar a causa de la incapacidad laboral que les ocasiona un embarazo; y, en la mayor parte de los casos, la incapacidad laboral causada por el embarazo terminará en una fecha predeterminada con mayor o menor exactitud, al dar a luz.

61. Estos factores parecen haber sido tomados en cuenta por el derecho interno aplicable en la mayoría de los Estados miembros en la época en la que sucedieron los hechos del litigio principal, que resultaba bastante similar y difería radicalmente de la legislación del Reino Unido y de la de Irlanda.

Así, en Alemania existía una protección específica en favor de las mujeres desde el inicio del embarazo hasta después del parto, consistente en someter el despido, en ese período, a autorización administrativa; en Dinamarca, el Ministerio de Trabajo consideraba discriminatorio tomar en cuenta, a los efectos del despido, las ausencias debidas a incapacidad laboral ocasionada por el embarazo, antes de dar a luz; en Francia, el empleador no podía despedir a una mujer encinta, durante su descanso por maternidad ni durante las cuatro

semanas siguientes; en Grecia estaba prohibido el despido de la trabajadora encinta y hasta un año después de haber dado a luz, así como por ausencias debidas a incapacidad laboral ocasionada por el embarazo o el parto; en Italia, la prohibición de despido se extendía desde el inicio del embarazo hasta el final del primer año de vida del hijo, habiendo interpretado la jurisprudencia que, durante ese período, la mujer tampoco podía ser despedida por haber rebasado el número máximo de días de baja por enfermedad; en los Países Bajos estaba prohibido el despido de la mujer durante el embarazo, el descanso por maternidad y las seis semanas siguientes; en Portugal sólo era posible proceder al despido de un trabajador por causa de incapacidad laboral si ésta era absoluta y definitiva y, en lo que respecta a las reglas aplicables a las mujeres encintas, estaba prohibido su despido cuando la incapacidad laboral que las aquejaba estaba ocasionada por el embarazo o por una enfermedad ligada al embarazo. Por último, si bien en España no había legislación específica respecto a la protección de la mujer encinta contra el despido, la jurisprudencia se negaba a considerar procedente un despido por causa de ausencias debidas a incapacidad laboral ocasionada por embarazos de riesgo o por enfermedades ligadas al embarazo.

En cuanto a los tres nuevos Estados miembros, en Austria existía una protección específica en favor de las mujeres desde el inicio del embarazo hasta después del parto, consistente en someter el despido, en ese período, a autorización judicial; en Finlandia se exigía, para proceder al despido de un trabajador por incapacidad laboral, que ésta conllevara una reducción substancial y permanente de la capacidad de trabajar, y, por último, en Suecia, la incapacidad laboral por enfermedad no justificaba el despido si era probable que el trabajador se curara, y una mujer no podía ser despedida a causa de una incapacidad laboral ocasionada por el embarazo.

62. La demandada en el litigio principal sostiene que el despido de la Sra. Brown se debió al carácter «anormal» que presentó su embarazo. Afirma que, si, por causa del origen de su incapacidad laboral, se le otorgara un trato distinto al que se da a las trabajadoras encintas cuyo embarazo no les impide trabajar o a los empleados enfermos, constituiría una discriminación positiva aplicable sólo a un cierto sector de mujeres.

No puedo estar de acuerdo con este enfoque por dos razones. En primer lugar, porque hay que tener presente que la Directiva 76/207 establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, y que, a la hora de buscar un parámetro de comparación, no sirve establecer paralelos o diferencias entre dos mujeres encintas con embarazos más o menos fáciles o problemáticos, sino que el punto de referencia sigue siendo el trabajador masculino. En segundo lugar, porque, como acabo de indicar en el punto anterior, a los efectos del despido, la situación de una mujer encinta a la que el embarazo impide trabajar y la de un hombre enfermo no son comparables, a la luz del principio de igualdad de trato establecido por dicha Directiva.

63. Tampoco estoy de acuerdo con la posición del Reino Unido que propone diferenciar el despido a causa de los riesgos normales y de las molestias habituales que acompañan al embarazo y al parto, de los que pone como ejemplos, las ausencias del trabajo para exámenes médicos de rutina y las ausencias menores debidas a las náuseas matinales, del despido de una mujer que tiene lugar a causa de una enfermedad, relacionada o no con el embarazo. Creo que hay que situar el origen de este intento de diferenciación en los puntos 47 y 48 de las conclusiones que el Abogado General Sr. Darmon presentó en los asuntos Dekker y Hertz, cuando razonaba, en el marco del asunto Hertz, sobre la posibilidad de determinar la duración de la protección debida a la maternidad. [40]

64. En mi opinión, sin contar con que resulta dudoso que una mujer sea despedida a causa de las ausencias del trabajo atribuibles a exámenes médicos de rutina, o de ausencias menores debidas a las náuseas matinales, [41] la postura que defiende el Reino Unido se basa en una interpretación del texto citado que está fuera de contexto. Como ya he indicado en el punto 30, el Sr. Darmon propone, efectivamente, distinguir entre, por una parte, los riesgos normales del embarazo y del parto, es decir, las complicaciones habituales que acompañan a estos acontecimientos, y que a veces dan lugar a la concesión de un período adicional de descanso por maternidad, que deben disfrutar de una protección comunitaria porque participan de la especificidad del estado de maternidad y, por otra parte, los estados patológicos que no corresponden a los riesgos ordinarios del embarazo, que deben recibir el mismo trato que las situaciones de enfermedad de «derecho común».

Ahora bien, no hay que perder de vista que la Sra. Hertz había sido despedida por causa de una incapacidad laboral que, si bien estaba ocasionada por el parto, no le impidió trabajar hasta después de transcurrido un año desde el final de su descanso por maternidad. A mi modo de ver, ésta es la razón por la que el Abogado General añade, más adelante, que, cuando la trabajadora ha agotado todas las posibilidades legales de descanso por maternidad, las bajas por enfermedad, aunque tengan su origen en el embarazo o en el parto, no pueden entenderse comprendidas entre los riesgos normales de la maternidad.

65. Opino, pues, que, si se quiere diferenciar entre los riesgos normales del embarazo y del parto y los estados patológicos que no corresponden a los riesgos ordinarios del embarazo, habrá que proceder por orden cronológico: los primeros serán, necesariamente, aquellos que se den mientras la mujer se halle en una de estas circunstancias, es decir, mientras esté encinta y durante el descanso por maternidad, mientras que los segundos serán todos los que se presenten una vez haya finalizado el descanso por maternidad, aunque su causa pueda situarse en el embarazo o en el parto.

40 — Citadas en la nota 17 *supra*.

41 — Los mismos vómitos matutinos pueden presentarse en forma violenta y prolongada más allá de los tres primeros meses pudiendo requerir, en ciertos casos, hospitalización.

66. Por las razones expuestas, considero que el despido de una mujer mientras está encinta, a causa de una incapacidad laboral causada por su situación de embarazo, al tomar en consideración una situación en la que sólo pueden hallarse las mujeres, constituye una discriminación directa, contraria al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207.

67. Quiero puntualizar que la interpretación que propongo es, en mi opinión, la única que cabe dar al apartado 1 del artículo 5 en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207 y a la línea jurisprudencial de este Tribunal de Justicia hasta que dictó la sentencia Larsson. Si ello no fuera así, y el futuro de una mujer en el empleo, cuando queda encinta, pudiera depender de que su embarazo no presente demasiadas complicaciones, me veré obligado a afirmar, parafraseando a Papiniano que, a pesar de los siglos transcurridos, «hay muchos puntos en nuestro derecho [comunitario] en los cuales la condición de la mujer es inferior a la del hombre». [42]

68. El órgano jurisdiccional nacional pregunta también si tiene alguna incidencia sobre esta respuesta el hecho de que el despido se produzca sobre la base de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a un trabajador, independientemente de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada.

69. Creo que ya se deduce del razonamiento que precede que el hecho de que el despido se produzca sobre la base de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a un trabajador, independientemente de su sexo, tras un determinado período de baja por enfermedad, no tiene ninguna incidencia sobre la respuesta anterior.

En efecto, esa cláusula contractual, que se aplica por igual a hombres y mujeres, al asimilar pura y simplemente la incapacidad laboral ocasionada por el embarazo a la incapacidad laboral causada por una enfermedad, introduce una discriminación directa por razón de sexo, al aplicar la misma norma a situaciones diferentes tomando en consideración, para el cálculo de los períodos de incapacidad laboral que justifican el despido, un impedimento para trabajar que sólo puede afectar a las mujeres.

70. El hecho de que la norma figure como cláusula en el contrato de trabajo carece, a estos efectos, de incidencia. Por una parte, la letra b) del apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 76/207 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren, entre otros, en los contratos individuales de trabajo. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que «[...] cuando interpreta y aplica el derecho nacional, todo órgano jurisdiccional nacional debe presumir que el Estado ha tenido intención de cumplir plenamente las obligaciones derivadas de la directiva de que se trate». [43] Por último, la obligación de los Estados miembros, dimanante de

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Vol I, Book One (Human Status), p. 16. «*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*»

43 — Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20.

una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado. [44]

71. Considero que, vista la respuesta que propongo que se dé al órgano jurisdiccional nacional respecto a la primera cuestión, no es necesario responder a la segunda. La examinaré, sin embargo, para el caso de que el Tribunal no sea de mi misma opinión.

D. *Sobre la segunda cuestión prejudicial planteada por la House of Lords: el despido de una mujer encinta durante el período en el que, de haber cumplido las condiciones impuestas por la legislación nacional, habría podido ausentarse del trabajo por causa de embarazo y de parto*

72. En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si resulta contrario al principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 76/207 el que una trabajadora que no cumple las condiciones impuestas por la legislación nacional relativas a la duración de su empleo para tener derecho a ausentarse por causa de embarazo y de parto, sea despedida por ausencias debidas a una enfermedad ocasionada por el embarazo, durante el período en el que, de haber tenido ese derecho, habría podido ejercerlo y si supone alguna diferencia en la respuesta a esta cuestión el hecho de que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada.

73. De los datos que figuran en el auto de remisión deduzco que lo que quiere saber el órgano jurisdiccional nacional, al plantear esta cuestión, es si hay que interpretar que la Directiva 76/207 ha impuesto a los Estados miembros la obligación de prever, en su derecho interno, que las trabajadoras tengan derecho a disfrutar de un período de ausencia del trabajo por el simple hecho de dar a luz, sin que se les puedan imponer otras condiciones.

74. La finalidad de la Directiva 76/207 consiste en la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Sin embargo, de acuerdo con el apartado 3 de su artículo 2, sus disposiciones no

44 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8.

obstan a la concesión, por parte de los Estados miembros, de derechos específicos a las mujeres a causa del embarazo o de la maternidad. Sólo contempla, pues, la adopción de medidas relativas a la protección de la mujer en esas situaciones como excepción a ese principio; no obliga a los Estados miembros a legislar en este sentido y tampoco especifica cuáles deban ser esos derechos ni las condiciones que puedan resultar exigibles para su ejercicio.

75. Este Tribunal viene interpretando que el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, 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», reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo, 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. [45]

76. Es importante recordar, además, que el Tribunal afirmó, en la sentencia Hertz, que «[...] la Directiva [76/207] no contempla la hipótesis de una enfermedad causada por el embarazo o el parto. No obstante, permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, tales como el permiso por maternidad. De ello se desprende que, durante el permiso por maternidad de que disfruta con arreglo al derecho nacional, la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia. Corresponde a cada Estado miembro determinar los períodos de permiso por maternidad, de manera que se permita a las trabajadoras ausentarse durante el período en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto». [46]

77. La legislación británica aplicable en la época en la que sucedieron los hechos del litigio principal reconocía que una trabajadora tenía derecho a ausentarse del trabajo al comienzo de la undécima semana anterior a la fecha presunta del parto y a volver a su puesto dentro de las veintinueve semanas siguientes al alumbramiento, si cumplía ciertos requisitos, a saber, que hubiera estado empleada en esa empresa hasta el comienzo de esa undécima semana; que, en ese momento, llevara empleada por lo menos dos años sin interrupción; que hubiera respetado el procedimiento establecido para la notificación al empresario; y, a petición de éste, que le hubiera proporcionado un certificado médico, en el que se indicara cuál era la semana para la que estaba previsto el alumbramiento. [47]

45 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25; Habermann-Beltermann, citada en la nota 12 *supra*, apartado 21, y Webb, citada en la nota 9 *supra*, apartado 20.

46 — Citada en la nota 3 *supra*, apartado 15.

47 — Se trata de una legislación de una extraordinaria complejidad, que ha hecho exclamar al Employment Appeal Tribunal en el asunto Lavery v Plessey Telecommunications Ltd [1982] ICR 373, 379: «*These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so.*»

Según se desprende de los autos, si la Sra. Brown hubiera llevado dos años trabajando para la empresa Rentokil, al comienzo de la undécima semana anterior a la fecha presunta del parto, habría podido ausentarse del trabajo por razón de su próxima maternidad antes de que se cumplieran las veintiséis semanas de baja que, en su caso, dieron lugar al despido. Cabe, pues, suponer que si su derecho a ausentarse no hubiera estado condicionado al cumplimiento de los requisitos mencionados, habría dado a luz y, dentro de las veintinueve semanas que siguieron a su alumbramiento, habría podido reincorporarse a su puesto.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto, a lo largo del procedimiento, que la Sra. Brown tuvo derecho a percibir la prestación de maternidad al tipo inferior, a cargo del Estado.

78. Me pregunto si hay que considerar que una mujer que se encuentra próxima a dar a luz está protegida contra los despidos motivados por su ausencia porque, de acuerdo con la legislación nacional, su contrato queda en suspenso durante un determinado período de tiempo, lo cual implica, necesariamente, que tiene derecho a volver a su antiguo empleo, o si resulta suficiente que pueda dejar de trabajar con derecho a percibir una prestación a cargo del Estado, sin derecho a la reincorporación.

79. En mi opinión, sólo puede ser considerado «período de descanso por maternidad» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal, es decir, aquel período en el cual la mujer se encuentra en una situación específica que exige que se le conceda una protección especial, que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo [48] y en el que está protegida contra los despidos motivados por su ausencia, el período previsto por la legislación nacional como derecho laboral específico que permite a la mujer dejar de trabajar durante un período de duración determinada, con derecho a todo o parte del salario o con derecho a percibir determinados ingresos en forma de prestación de seguridad social, sin que ello conlleve la pérdida del puesto de trabajo.

80. Sin embargo, el simple derecho que asistía a la Sra. Brown o a cualquier otra trabajadora que, al igual que ella, no cumpliera las condiciones necesarias para obtener la suspensión del contrato de trabajo, a percibir, durante un período máximo de dieciocho semanas, una prestación de maternidad a cargo del Estado si dejaba de trabajar para dar a luz, sin posibilidad de reincorporación, no constituye, en relación con el principio de igualdad, ningún derecho laboral específico destinado a proteger la condición biológica de la mujer ni las relaciones entre la mujer y su hijo en el período que sigue al parto.

48 — Sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 17.

En efecto, el derecho a dejar de trabajar por tiempo indefinido, percibiendo durante un período limitado alguna prestación económica a cargo del Estado no está reservado a las mujeres y tampoco es necesario estar encinta ni haber dado a luz para poder ejercerlo.

81. Por tanto, el período de once semanas que precedió a la fecha prevista para el parto, en el que, de haber cumplido las condiciones necesarias, la Sra. Brown habría podido ausentarse del trabajo, no puede ser considerado, en mi opinión, como período en el que estaba protegida contra los despidos motivados por su ausencia.

82. Por otra parte, la Directiva 92/85, que establece medidas concretas de protección en el ámbito comunitario en favor de las mujeres embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, y que obliga a los Estados miembros a prever en su legislación un permiso de maternidad de una duración mínima de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuales dos serán obligatorias, a repartir antes o después del parto, no había sido adoptada en la época en la que ocurrieron los hechos del litigio principal.

83. Por estas razones, en el supuesto de que este Tribunal considere que no resulta discriminatorio despedir a una mujer encinta por razón de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo, habrá que concluir que las disposiciones de la Directiva 76/207 no se oponen a que esa mujer encinta, que no cumple las condiciones impuestas por la legislación nacional relativas a la duración de su empleo para tener derecho a ausentarse por causa de embarazo y de parto, sea despedida durante el período en el que, de haber tenido ese derecho, habría podido ejercerlo.

84. Quiero indicar, por último, que el hecho de que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada, no supone ninguna diferencia en la respuesta que propongo que se dé a esta cuestión.

VII. Conclusión

A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial planteada por la House of Lords de la siguiente manera:

«1) a) El despido de una mujer mientras está encinta, a causa de su incapacidad laboral justificada por su situación de embarazo, resulta contrario al

apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2, 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.

b) El hecho de que el despido se produzca sobre la base de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a un trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado período de baja por enfermedad, no tiene ninguna incidencia sobre la respuesta anterior.»

En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere, por el contrario, que no resulta discriminatorio despedir a una mujer encinta a causa de su incapacidad laboral justificada por su situación de embarazo, propongo que responda a la segunda cuestión prejudicial de la siguiente manera:

«2) a) El apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2, 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, no se opone a que una mujer encinta, que no cumple las condiciones impuestas por la legislación nacional relativas a la duración de su empleo para tener derecho a ausentarse por causa de embarazo y de parto, sea despedida durante el período en el que, de haber tenido ese derecho, habría podido ejercerlo.

b) El hecho de que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada, no supone ninguna diferencia sobre la respuesta anterior.»