

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 19 de febrero de 1998 *

Indice

I. Los hechos	I - 6407
II. Las reglas nacionales aplicables	I - 6408
A. Las disposiciones legales relativas a los derechos laborales en caso de embarazo y maternidad y al derecho a la retribución durante la ausencia	I - 6408
B. Las estipulaciones litigiosas contenidas en el Maternity Scheme de la Equal Opportunities Commission	I - 6409
C. Las estipulaciones contenidas en el Staff Handbook (manual del personal) de la Equal Opportunities Commission	I - 6412
III. Las cuestiones prejudiciales	I - 6414
IV. Las disposiciones comunitarias aplicables	I - 6415
V. Las observaciones presentadas en este procedimiento	I - 6419
VI. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia para dar respuesta a las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal	I - 6422
VII. Examen de las cuestiones prejudiciales	I - 6423
1) Sobre la primera cuestión	I - 6424
2) Sobre la segunda cuestión	I - 6431
3) Sobre la tercera cuestión	I - 6432
4) Sobre la cuarta cuestión	I - 6435
5) Sobre la quinta cuestión	I - 6436
VIII. Conclusión	I - 6438

* Lengua original: español.

1. Esta es la primera vez que este Tribunal de Justicia deberá pronunciarse, a título prejudicial, sobre la interpretación de ciertas disposiciones de la Directiva 92/85/CEE¹ (en lo sucesivo, «Directiva 92/85») relativas al descanso por maternidad y al mantenimiento de los derechos laborales durante su disfrute, a petición de un órgano jurisdiccional nacional, concretamente, el Industrial Tribunal de Manchester (Reino Unido), el cual ha decidido suspender las actuaciones en varios litigios de los que conoce para plantear, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, cinco cuestiones sobre cuya formulación las partes se habían puesto de acuerdo.

EOC (conjunto de disposiciones que regulan las situaciones de ausencia de sus empleadas por causa de embarazo y maternidad; en lo sucesivo, «Maternity Scheme») incorporadas a sus contratos de trabajo, porque, al establecer la aplicación de ciertas medidas en caso de embarazo, de maternidad y/o, en última instancia, por razón de sexo, resultan discriminatorias para las mujeres. Las estipulaciones controvertidas coinciden con las que se aplican en la función pública en Inglaterra y en el País de Gales.

I. Los hechos

2. Los litigios de los que conoce el Industrial Tribunal tienen su origen en las demandas formuladas por la Sra. Boyle y otras empleadas de la Equal Opportunities Commission (en lo sucesivo, «EOC»), que es un organismo público creado por la Sex Discrimination Act 1975 encargado de promover la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el Reino Unido. Las demandantes solicitan que se declaren nulas determinadas estipulaciones contenidas en el Maternity Scheme de la

3. Las demandantes son empleadas de la EOC y se encuentran todas ellas en edad de procrear. Todas han prestado servicios durante un año para la EOC, no fueron contratadas para desempeñar sus funciones con carácter esporádico o discontinuo y ninguna de ellas fue contratada por una duración determinada inferior a dos años. La Sra. Boyle empezó a trabajar por tiempo indefinido para la EOC alrededor de 1976. A lo largo de su carrera ha disfrutado de descanso por maternidad en dos ocasiones. Las fechas de nacimiento de las demandantes en los litigios principales son el 23 de junio de 1953, la Sra. Boyle; el 24 de junio de 1961, la Sra. Taylor, y el 14 de diciembre de 1961, la Sra. Mansley. Las dos últimas han disfrutado recientemente de sendos descansos por maternidad y las tres pueden desear disfrutar de nuevos periodos de descanso por maternidad. De ahí resulta su interés en que las estipulaciones controvertidas, que figuran en sus contratos de trabajo, sean declaradas nulas o no vinculantes.

¹ — 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).

II. Las reglas nacionales aplicables

A. Las disposiciones legales relativas a los derechos laborales en caso de embarazo y maternidad y al derecho a la retribución durante la ausencia

4. Los artículos 71 a 78 de la Employment Rights Act 1996 (Ley sobre los derechos laborales) regulan el derecho generalizado de todas las trabajadoras a un periodo de descanso por maternidad de catorce semanas de duración ininterrumpida (en lo sucesivo «descanso por maternidad»), que se inicia, o bien en la fecha notificada por la empleada o bien el primer día después del comienzo de la sexta semana anterior a la fecha presunta del parto, dependiendo de cuál de las dos circunstancias ocurra primero.

Los artículos 79 a 85 de la citada Ley conceden a las trabajadoras que cumplen determinadas condiciones, entre las que figura la de haber estado empleadas sin interrupción durante los dos años anteriores, el derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo después de finalizado el descanso por maternidad, en cualquier momento, dentro de las veintinueve semanas siguientes a aquella en la que haya tenido lugar el parto, denominado «right to return to work». Para designar el período de tiempo en el que la trabajadora puede suspender su actividad laboral por causa de embarazo y maternidad con derecho a reincorporarse a su puesto, cuya duración puede superar esas veintinueve semanas, por concesión del empleador, me referiré, en

lo sucesivo, a «la excedencia con reserva de puesto».

5. Los artículos 164 a 166 de la Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (Ley sobre cotizaciones y prestaciones de la seguridad social) regulan el derecho de las trabajadoras que han estado empleadas durante cierto tiempo,² y cuyo salario alcance determinado nivel,³ a que el empleador les satisfaga durante, como máximo, dieciocho semanas, la Statutory Maternity Pay (en lo sucesivo, «prestación legal de maternidad»), si se ausentan del trabajo por causa de embarazo o de maternidad. Se prevén dos tipos de prestación, denominados tipo superior y tipo inferior. El tipo superior consiste en las nueve décimas partes del salario semanal normal de la mujer en las ocho semanas anteriores a la decimocuarta semana que precede a la fecha presunta del parto; el tipo inferior, cuyo importe es fijo y asciende, en la actualidad, a 54,55 UKL, se aplica cuando su importe 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 que tenga derecho a la prestación legal de maternidad, sin que pueda pretender que se le satisfaga al tipo superior, la percibirá al tipo inferior.

2 — Como mínimo veintiséis semanas antes de la decimocuarta semana anterior a la fecha presunta del parto.

3 — No debe ser inferior al nivel de ingresos más bajo que se toma en cuenta para el pago de cotizaciones al seguro nacional.

Las trabajadoras embarazadas, que no reúnen las condiciones necesarias para percibir la prestación legal de maternidad, tienen derecho a cobrar, como máximo, durante dieciocho semanas, la Maternity Allowance (en lo sucesivo, «subsidio de maternidad»), que asciende a 54,55 UKL semanales.

Los artículos 151 a 163 de esta misma Ley regulan el derecho a prestaciones por incapacidad laboral por causa de enfermedad. En tal caso, los trabajadores tienen derecho a percibir de su empleador la Statutory Sick Pay (en lo sucesivo, «prestación legal por causa de enfermedad») durante veintiocho semanas, como máximo, cuyo importe asciende actualmente a 54,55 UKL semanales.

6. El apartado 5 del Anexo 5 de la Social Security Act 1989 (Ley sobre seguridad social), que incorpora al derecho interno las disposiciones de la Directiva 86/378/CEE⁴ (en lo sucesivo, «Directiva 86/378»), regula la situación de la mujer que disfruta del descanso por maternidad en relación con la adquisición de derechos a pensión en un régimen profesional. De acuerdo con esta disposición, debe permitirse a la mujer seguir perteneciendo a un sistema profesional de pensiones, como si estuviera trabajando normalmente. No podrá beneficiarse de un trato más favorable que una mujer en activo, pero sus cotizaciones al sistema de pensiones se basarán en la retribución que perciba de su

empleador, mientras disfruta del descanso por maternidad, en concepto de retribución contractual o de prestación legal de maternidad.

B. Las estipulaciones litigiosas contenidas en el Maternity Scheme de la Equal Opportunities Commission

7. Las reglas que interesan para la resolución de este asunto son las siguientes:

3. Descanso por maternidad (Paid Maternity Leave)

3.1. La empleada tendrá derecho a un descanso por maternidad retribuido de tres meses y una semana durante el período de ausencia ininterrumpida, antes y después del parto, siempre que la interesada:

- declare que tiene la intención de volver a trabajar para la EOC después del parto y que se obliga a devolver la diferencia entre la retribución percibida durante dicho período y el importe de la prestación legal de maternidad a la que pueda tener derecho;

⁴ — Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 225, p. 40).

— preste servicios retribuidos a la EOC al inicio de su descanso por maternidad y haya prestado tales servicios, al menos, durante un año;

— no haya sido contratada para desempeñar sus funciones con carácter esporádico o discontinuo;

— su contrato no sea de duración determinada inferior a dos años.

4. Excedencia con derecho a reserva de puesto (Unpaid Maternity Leave)

La empleada que tenga derecho a disfrutar del descanso por maternidad retribuido podrá optar a una excedencia con reserva de puesto en las condiciones siguientes:

— el período de ausencia (descanso por maternidad y excedencia) no podrá superar, en total, cincuenta y dos semanas;

— esta excedencia no podrá tener una duración inferior a cuarenta y una semanas a contar de la fecha del nacimiento del hijo, excepto si se superara el límite máximo de

cincuenta y dos semanas o si la empleada consiente en acortarla.

4.2. La empleada que tenga un contrato permanente y cuya antigüedad sea inferior a un año tendrá derecho a ausentarse un total de veintiséis semanas.

4.3. El resto de las empleadas, independientemente del tipo de contrato que tengan y del número de horas que trabajen, tendrá derecho a ausentarse durante catorce semanas.

5.1. La ausencia por causa de maternidad⁵ podrá empezar cualquier día laborable, sin perjuicio de las siguientes restricciones:

— la excedencia con reserva de puesto no podrá iniciarse antes de la decimocuarta semana anterior a la fecha presunta del parto;

— el descanso por maternidad no podrá empezar antes de la undécima semana anterior a la fecha presunta del parto;

5 — Comprende tanto el descanso por maternidad en sentido estricto como la excedencia con reserva de puesto a la que pueden optar las empleadas que cumplen determinadas condiciones.

- el descanso por maternidad empezará en la fecha en la que se produzca el parto, si tiene lugar antes de:
 - la semana prevista, o
 - la fecha fijada por la empleada para iniciar su descanso por maternidad.
- 5.2. Si una empleada manifiesta que desea empezar su descanso por maternidad en una fecha dentro de las seis semanas anteriores al día presunto del parto, se aplicarán las restricciones siguientes:
- si se encuentra en situación de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo inmediatamente antes de la fecha que hubiere fijado, y el alumbramiento tiene lugar mientras se encuentra en esa situación, el inicio del descanso por maternidad puede retrotraerse hasta la fecha, de las dos que siguen, que ocurra más tarde:
 - el comienzo de la incapacidad laboral o
 - el de la sexta semana que precede al día presunto del parto.
- 6.3. La empleada debe reincorporarse a su puesto, como mínimo, durante un mes de calendario si ha disfrutado del descanso por maternidad. De lo contrario, estará obligada a devolver la diferencia entre el salario que ha percibido durante ese período y el importe de la prestación legal de maternidad.
- 7.1. Una vez iniciado el descanso por maternidad retribuido o durante la excedencia con reserva de puesto, la empleada no puede ser declarada en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad, percibiendo el salario íntegro como derecho contractual. No obstante, mientras se encuentre en excedencia, podrá percibir la prestación legal por enfermedad en caso de incapacidad laboral, que deberá acreditar ante la Unidad de Personal y de Nóminas, a fin de comprobar que reúne los requisitos para el disfrute de esa prestación.
- 7.2. En el supuesto de que la empleada haya notificado, al menos, con tres semanas de antelación, su intención de reincorporarse en una fecha determinada, podrá ser declarada en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad con derecho al salario íntegro a partir de esa fecha. El hecho de que una empleada sea declarada en esa situación cuando el parto ya ha tenido lugar pone fin a su situación específica relacionada con su reciente maternidad.

- 7.3. El período de descanso por maternidad y la excedencia con reserva de puesto, no se computarán como períodos de incapacidad laboral por causa de enfermedad.
- 7.4. Cuando la empleada reanude su trabajo tras el descanso por maternidad tendrá derecho a desempeñar actividades idénticas a las que desarrollaría si no hubiera estado ausente, en las mismas condiciones y con las mismas estipulaciones.
- 8.1. Una empleada que no tenga derecho a percibir retribución durante el descanso por maternidad conservará el resto de sus derechos con arreglo al contrato a lo largo de las catorce primeras semanas de su ausencia. Ello significa que, en ese período, continuarán devengándose las vacaciones anuales. El período de ausencia sólo se computará a efectos de adquisición de derechos a pensión (se trata de un régimen profesional financiado enteramente por el organismo empleador) en el supuesto de que la empleada perciba la prestación legal de maternidad.
- 4.1.9. Efectos de los permisos no retribuidos sobre las vacaciones anuales
- Cualquier permiso o licencia no retribuido de que se disfrute (por ejemplo, incapacidad laboral por causa de enfermedad, licencia especial o excedencia con reserva de puesto) reducirá, para el año de que se trate, el período de vacaciones proporcionalmente a la duración del permiso o licencia no retribuido disfrutado: por ejemplo, un mes de permiso en esas condiciones reducirá en un doceavo la duración de las vacaciones anuales respecto al año de que se trate.

C. Las estipulaciones contenidas en el Staff Handbook (manual del personal) de la Equal Opportunities Commission

- 4.1.11. Incapacidad laboral por causa de enfermedad y vacaciones anuales

8. En su auto de remisión, el Industrial Tribunal afirma que las partes coinciden en que el Anexo 4 del Staff Handbook ⁶ (en lo suce-

La incapacidad laboral no producirá efectos sobre las vacaciones anuales. Los empleados que caigan enfermos o que sufran un accidente durante las vacaciones anuales y estén incapacitados para el trabajo deberán informar

⁶ — El Anexo 4 regula los tipos de permiso (leave) de que pueden disfrutar los empleados de la EOC, a saber: Annual Leave, Public and Privilege Leave, Sick Leave, Medical Appointments, Special Leave y Maternity Leave.

lo antes posible a su superior directo, y efectuar una declaración o presentar un certificado médico (en función de la duración de la incapacidad) lo antes posible. El período de ausencia así acreditado se computará como ausencia por causa de enfermedad.

4.3.4. Retribución durante la incapacidad laboral por causa de enfermedad

Se pagará la retribución íntegra durante los primeros seis meses, como máximo, dentro de un período de doce meses. A continuación se abonará la mitad de la retribución durante doce meses, como máximo, dentro de un período de cuatro años. Si la incapacidad laboral continúa una vez agotados el derecho a la retribución íntegra y a la mitad del salario, la ausencia será, o bien no retribuida, o bien se retribuirá al porcentaje aplicable a la pensión de jubilación, que equivale a la cantidad que el empleado tendría derecho a cobrar si hubiera pasado a la situación de jubilación anticipada por motivos de salud.

4.3.5. Prestación legal por enfermedad

Todos los empleadores tienen la obligación de pagar la prestación legal por enfermedad durante cualquier período de incapacidad laboral por

esa causa hasta un máximo de veintiocho semanas, siempre que el trabajador esté incapacitado para trabajar durante cuatro días consecutivos o más y que no se abonen otras prestaciones públicas. Por regla general, las cuantías de esta prestación son inferiores a las previstas en el régimen de enfermedad de la EOC y, por lo tanto, ésta cumple normalmente las exigencias legales que se le imponen respecto a esta prestación, en virtud de sus propias previsiones sobre la retribución durante la incapacidad laboral por causa de enfermedad, expuestas en el apartado 4.3.4.

4.3.6. Reajustes en la retribución: prestaciones por enfermedad

Si se agota el derecho a percibir la prestación legal por enfermedad, el servicio de personal informará al empleado y remitirá los certificados médicos que cubran su ausencia ininterrumpida al Department of Health and Social Security (Instituto de salud y seguridad social) con el fin de solicitar la concesión de prestaciones de carácter público, que serán satisfechas por dicho Instituto. La suma del importe de la retribución por incapacidad laboral que abona el empresario por contrato y de las prestaciones de carácter público no deberá exceder de la cuantía de la retribución íntegra, debiéndose reajustar el importe de la retribución para evitar esa eventualidad.

III. Las cuestiones prejudiciales

9. Para resolver los litigios citados, el Industrial Tribunal de Manchester acordó plantear a este Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales en la formulación propuesta por las partes:

«En circunstancias como las de los presentes autos, ¿infringe la prohibición de trato no equitativo y/o discriminatorio de las mujeres por causa de embarazo, parto, maternidad y/o enfermedad relacionada con estas situaciones, que establece el derecho comunitario (particularmente, el artículo 119 del Tratado de Roma y/o la Directiva 75/117/CEE^[7] [en lo sucesivo, “Directiva 75/117”] y/o la Directiva 76/207/CEE^[8] [en lo sucesivo, “Directiva 76/207”] y/o la Directiva 92/85), alguna de las siguientes condiciones laborales?»

1) Una estipulación en virtud de la cual durante el descanso por maternidad sólo se pagará una retribución superior al importe de la prestación legal de maternidad, si la empleada declara que tiene la

intención de reincorporarse al trabajo y se compromete a devolver la retribución percibida si no vuelve a trabajar, por lo menos, un mes.

2) Una estipulación en virtud de la cual, si una mujer da a luz mientras se encuentra en situación de incapacidad laboral retribuida debido a una enfermedad causada por el embarazo, el inicio de su descanso por maternidad se puede retrotraer a la fecha, de las dos que siguen, que ocurra más tarde: el comienzo de la incapacidad laboral o el de la sexta semana que precede al día presunto del parto.

3) La prohibición de que una mujer que se halle incapacitada para el trabajo por causa de enfermedad, mientras disfruta del descanso por maternidad, sea declarada en situación de incapacidad laboral retribuida, excepto si decide reintegrarse al trabajo, dando por terminado el descanso por maternidad.

4) Una estipulación que limita el tiempo durante el cual se devengan vacaciones anuales a las catorce semanas de duración mínima del descanso por maternidad, lo que excluye, por tanto, que se devenguen mientras se disfruta de otro tipo de licencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido.

5) Una estipulación que limite la adquisición de derechos a pensión al período de

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

8 — 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).

descanso por maternidad durante el que la mujer percibe una retribución contractual o una prestación legal de maternidad excluyendo, por tanto, la adquisición de esos derechos durante el descanso por maternidad no retribuido y durante la excedencia con derecho a reserva de puesto.»

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

IV. Las disposiciones comunitarias aplicables

10. El artículo 119 del Tratado dispone lo siguiente:

11. La Directiva 75/117 establece, en lo que aquí interesa:

«Artículo 1

«Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá, después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

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

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

[...]

Artículo 3

en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo [...]. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".

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

[...]

Artículo 4

Artículo 2

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las disposiciones que figuren en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales, o contratos individuales de trabajo, y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.»

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.

12. Por su parte, la Directiva 76/207 establece:

[...]

«Artículo 1

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.

1. La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

[...]

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;

[...]

13. La Directiva 86/378, en su artículo 6, dispone:

«1. Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se funden en el sexo, bien directa o indirectamente, en particular, las que se refieren al estado matrimonial o familiar, para:

[...]

g) interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de licencia por maternidad o de licencia por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario;

[...]»

14. Por último, la Directiva 92/85 establece, en su artículo 8, respecto al descanso por maternidad:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 [embarazadas,

que han dado a luz o en período de lactancia] disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.

2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.»

3) La prestación contemplada en la letra b) del punto 2 se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales.

Respecto a los derechos inherentes al contrato de trabajo, dispone, en su artículo 11:

«Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 [embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia], del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

4) Los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada [...] en la letra b) del punto 2 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas.

[...]

2) En el caso citado en el artículo 8 [permiso de maternidad], deberán garantizarse:

a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);

Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.»

V. Las observaciones presentadas en este procedimiento

15. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, de acuerdo con lo previsto por el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, las demandantes en los litigios principales, que lo han hecho conjuntamente, el organismo público demandado, los Gobiernos del Reino Unido y de la República de Irlanda y la Comisión. En el acto de la vista compareció también, para presentar oralmente sus observaciones, el Gobierno de Austria.

16. Las demandantes alegan que la obligación que el Maternity Scheme de la EOC impone a las mujeres embarazadas para percibir la retribución íntegra durante el período de descanso por maternidad, consistente en el compromiso de devolver la diferencia entre ese importe y el de la prestación legal de maternidad si no se reincorporan una vez finalizado dicho período, constituye una discriminación en materia de retribución por causa del embarazo, contraria al artículo 119 del Tratado. En efecto, un compromiso de esas características no se impone a los trabajadores para tener derecho a la percepción de la retribución íntegra en caso de ausencia por otros motivos. Consideran, asimismo, que la obligación, que se impone a una mujer que se halla incapacitada para trabajar por causa de enfermedad, de iniciar el descanso por maternidad retribuido, en lugar de seguir en situación de incapacidad laboral cuando alcanza la sexta semana anterior a la fecha presunta del parto, constituye, o bien una discriminación en materia de retribución, o bien una discriminación en materia de condiciones de

trabajo, contraria al artículo 5 de la Directiva 76/207.

En su opinión, constituye igualmente un trato discriminatorio, contrario al derecho comunitario, la negativa a autorizar que una mujer que cae enferma cuando ya ha iniciado su descanso por maternidad pueda ser declarada en situación de incapacidad laboral retribuida. En este caso, se deniega a una empleada, por razón de su embarazo o por haber dado a luz recientemente, que se halla incapacitada para trabajar, el ejercicio de su derecho contractual a estar en situación de baja por enfermedad, retribuida con la totalidad del salario, y se la obliga a disfrutar de su descanso por maternidad, al final del cual deberá devolver una parte de la retribución percibida si no se reincorpora a su puesto.

De la misma manera, entienden que el hecho de no computar, a los efectos de la adquisición de derechos a pensión en el régimen profesional financiado enteramente por el empresario, los períodos de permiso o de licencia no retribuidos, entre los que se incluye el período de excedencia con reserva de puesto, constituye una discriminación indirecta en contra de las mujeres. Afirman que la condición según la cual únicamente los períodos de empleo remunerados se computan como períodos de servicio a los efectos de adquisición de derechos a pensión, parece objetiva a primera vista, pero se trata, en realidad, de una condición que perjudica a las mujeres, ya que hay una proporción mucho más elevada de mujeres que de hombres que toman permisos y licencias no retribuidos, por ser ellas las únicas que pueden disfrutar de esa excedencia después del descanso por maternidad. Por la misma razón, opinan que constituye una discriminación en contra de

las mujeres el que cualquier permiso o licencia no retribuido de que se disfrute reduzca, para el año de que se trate, el período de vacaciones proporcionalmente a la duración del permiso o licencia.

17. El organismo público demandado se opone a que se asimile cualquier condición laboral aplicable en caso de embarazo o de maternidad a una discriminación directa por razón de sexo, contraria al derecho comunitario, ya que una asimilación de esas características resulta incompatible con el rechazo de este Tribunal de Justicia a equiparar el embarazo a un estado patológico. Considera necesario que el Tribunal clarifique las circunstancias en las que un trato distinto por razón del embarazo constituye una discriminación contraria al derecho comunitario y, en particular, que indique cuál es el criterio aplicable para establecer cuándo existe discriminación de acuerdo con las distintas disposiciones comunitarias que rigen esta materia. En su opinión, si la solución correcta consiste en considerar el embarazo y la maternidad como situaciones necesitadas de protección durante un determinado período, que no pueden ser asimiladas a otras ausencias del puesto de trabajo, habrá que saber dónde hay que situar el principio y el fin de ese período. A falta de legislación específica al respecto, y por aplicación del principio de subsidiariedad, la EOC concluye que tanto el inicio y el fin del período de protección, como la posibilidad de avanzar esos eventos en determinadas circunstancias, son cuestiones que deben ser resueltas en el marco del contrato de trabajo.

18. El Reino Unido puntualiza, en primer lugar, que en los litigios principales se trata de decidir sobre la compatibilidad con el derecho comunitario del régimen contractual establecido por un empleador concreto que, en parte, se basa en el derecho nacional adoptado con el fin de ejecutar disposiciones de derecho comunitario y que, en parte, incorpora reglas pactadas entre el empleador y sus empleados, que superan la protección mínima garantizada a las trabajadoras por la Directiva 92/85. A continuación, afirma que hay que interpretar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a la luz de las disposiciones dirigidas a proteger a las mujeres embarazadas o que han dado a luz, que figuran en la Directiva 92/85, y sostiene que las medidas aprobadas en cada Estado miembro en cumplimiento de dicha Directiva deben ser consideradas como un conjunto inseparable de derechos mínimos entre los que figuran el descanso por maternidad, la retribución, la protección contra el despido durante el embarazo y el mantenimiento de los derechos laborales. De ahí se sigue que una empleada no puede ser autorizada a escoger, de entre los derechos de que consta dicho conjunto, aquellos que le parezcan más ventajosos, como puede ser el descanso por maternidad, ni puede pretender que no se le apliquen otras disposiciones que forman parte de ese conjunto, por parecerle menos favorables, como puede ser que la retribución que se le abona durante ese período no alcance el nivel del salario íntegro.

Concluye que la normativa comunitaria debe ser interpretada en el sentido de que no se opone a que se apliquen a las empleadas las estipulaciones controvertidas, contenidas en el Maternity Scheme de la EOC.

19. La República de Irlanda opina que la Directiva 92/85, adoptada con la finalidad de proteger la salud y la seguridad de las trabajadoras encintas, reconociendo sus derechos laborales, contiene las disposiciones por las que debe regirse, con carácter principal, la maternidad de la mujer trabajadora, a no ser que se trate de una situación que no esté contemplada por dicha Directiva, en cuyo caso habrá que recurrir a otras disposiciones de derecho comunitario, en particular, a la Directiva 75/117 o a la Directiva 76/207. Entiende, sin embargo, que en el presente asunto la respuesta a las cuestiones prejudiciales viene dada por la Directiva 92/85, cuyas disposiciones no se oponen a la aplicación a las empleadas de la EOC de las estipulaciones controvertidas.

Propone que las cuestiones segunda y tercera se examinen conjuntamente, ya que ambas tratan de situaciones en las que el descanso por maternidad coincide, en parte, con una situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad, y que están regidas por el principio según el cual la empleada no puede hallarse a la vez en ambas situaciones. Ello le parece totalmente legítimo, siempre que su aplicación no produzca como resultado el que la empleada se vea privada de su derecho físico y legal a un período continuado y protegido de, como mínimo, catorce semanas de descanso por maternidad. En efecto, resultaría contrario al espíritu de la Directiva 92/85 el que una empleada se viera forzada a renunciar al descanso por maternidad para poder estar en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad.

20. Respecto a la primera cuestión, la Comisión opina que las estipulaciones litigiosas, en la medida en que conceden a la empleada el derecho a percibir, mientras disfruta del descanso por maternidad de catorce semanas de duración, el salario íntegro, son conformes con la Directiva 92/85. Sin embargo, esas mismas estipulaciones establecen que si la empleada no se reincorpora, por lo menos durante un mes a su puesto de trabajo, deberá devolver la diferencia entre lo que ha cobrado y el importe de la prestación legal de maternidad. En la medida en que esta norma tiene como consecuencia que una mujer que no se reincorpora a su puesto deja de percibir, durante el descanso por maternidad, unos ingresos equivalentes a los que habría percibido si hubiera interrumpido su actividad por causa de enfermedad, la Comisión considera que resulta incompatible con la Directiva 92/85.

También propone dar una respuesta conjunta a las cuestiones cuarta y quinta, al versar las dos sobre el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo durante la ausencia de la mujer por causa de maternidad. La Comisión estima que el derecho a las vacaciones anuales y los derechos a pensión deben seguir devengándose durante el período de descanso por maternidad establecido en el artículo 8 de la Directiva 92/85. Sin embargo, los períodos de licencia para el cuidado de un hijo, cuya duración sea superior a la prevista por dicho artículo, no son objeto de protección y, por tanto, no resultaría incompatible con la citada Directiva el que, en esos períodos, no continuaran devengándose vacaciones anuales ni derechos a pensión.

VI. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia para dar respuesta a las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal

21. Al igual que ha hecho la Comisión en sus observaciones escritas, yo también me he preguntado sobre la competencia del Tribunal para responder a estas cuestiones. A primera vista, no parece de gran utilidad proceder a interpretar las disposiciones comunitarias que establecen el principio de igualdad de retribución y el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como las disposiciones de la Directiva 92/85 que regulan el período de descanso por maternidad y el mantenimiento de los derechos laborales durante ese período, cuando los litigios que debe resolver el juez nacional, si bien es cierto que versan sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de determinadas cláusulas que forman parte del contrato de trabajo de las demandantes, no tienen su origen en la aplicación que de esas cláusulas se les haya hecho.

22. A este respecto, existe una jurisprudencia bien consolidada de acuerdo con la cual, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, establecida por el artículo 177 del Tratado, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del derecho

comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.⁹

23. Pero este Tribunal ha considerado igualmente que, para comprobar su propia competencia, le correspondía examinar las circunstancias en las que le sometía un asunto el órgano jurisdiccional nacional. En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el órgano jurisdiccional nacional tenga en cuenta la función encomendada al Tribunal, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular dictámenes consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas.¹⁰

24. Y ha añadido que, en consideración a esta misión, no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.¹¹

25. Sin embargo, es indudable que los litigios que debe resolver el Industrial Tribunal no tienen carácter hipotético. Se trata de litigios reales, en los que las demandantes ejercitan acciones de carácter declarativo para conseguir la nulidad, por ser contrarias al

9 — Sentencia de 5 de octubre de 1995, Aprile (C-125/94, Rec. p. I-2919), apartados 16 y 17.

10 — Sentencia de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25.

11 — Sentencia de 26 de octubre de 1995, Furlanis (C-143/94, Rec. p. I-3633), apartado 12.

derecho comunitario, de ciertas cláusulas que forman parte de sus contratos laborales, con el fin de evitar que se les apliquen en el futuro, si hubiera lugar. Dado que el ejercicio de esas acciones está previsto por el derecho nacional, opino que las cuestiones planteadas responden a una necesidad objetiva para la resolución de dichos litigios y que el Tribunal de Justicia debe proceder a darles respuesta.¹²

VII. Examen de las cuestiones prejudiciales

26. Hasta el momento, el Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución y del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a supuestos en los que se hallaban en juego los derechos laborales de trabajadoras embarazadas, o que habían dado a luz. A título de ejemplo hay que citar la sentencia Gillespie,¹³ en la que se trató sobre la retribución durante el descanso por maternidad; la sentencia Dekker,¹⁴ sobre la negativa a contratar a una mujer encinta; la sentencia Hertz,¹⁵ sobre el despido de una mujer por incapacidad laboral que se inició después del descanso por maternidad, debida a una enfermedad causada por el parto; la sentencia Habermann-Beltermann,¹⁶ sobre la posibilidad de declarar la nulidad de un

contrato o de impugnarlo, a consecuencia de la prohibición legal del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas; la sentencia Webb,¹⁷ sobre la no procedencia de equiparar la situación de una mujer encinta, incapacitada para llevar a cabo el cometido para el que fue contratada, a la de un hombre que sufre la misma incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza, y la sentencia Larsson,¹⁸ sobre la posibilidad de tomar en cuenta, a los efectos del despido, la ausencia debida a la incapacidad laboral de la mujer causada por el embarazo, antes del comienzo del descanso por maternidad. Pendientes de sentencia, aunque las conclusiones ya han sido presentadas, se encuentran el asunto Thibault,¹⁹ sobre la posibilidad de que la mujer quede privada del informe anual de calificación por causa de haber estado ausente del trabajo durante el descanso por maternidad; el asunto Høj Pedersen,²⁰ sobre el derecho a la igualdad de retribución cuando el embarazo obliga a una mujer a estar en situación de incapacidad laboral, y el asunto Brown,²¹ sobre la posibilidad de que un empresario despidiera a una trabajadora encinta porque su ausencia debida a incapacidad laboral ocasionada por el embarazo 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.

Todos estos asuntos tienen como común denominador que han debido y deben

12 — Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 65.

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

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

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

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

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

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

19 — Asunto C-136/95. Las conclusiones fueron presentadas el 9 de enero de 1997.

20 — Asunto C-66/96. Las conclusiones fueron presentadas el 10 de julio de 1997.

21 — Asunto C-394/96. Las conclusiones fueron presentadas el 5 de febrero de 1998.

todavía ser resueltos interpretando la legislación comunitaria que se hallaba en vigor en la época en la que sucedieron los hechos de los litigios principales, a saber, o bien el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117, cuando se trata del principio de igualdad de retribución; o bien la Directiva 76/207, si se trata de la igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

27. Para resolver el asunto del que me estoy ocupando, sin embargo, se puede recurrir ya a la Directiva 92/85, dado que la redacción de las cláusulas cuya nulidad instan las demandantes en los litigios principales es la que se les dio para adaptarlas al texto de dicha Directiva.

Puesto que se trata de una Directiva específica que, como indica su propio título, se propone la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que se encuentra en período de lactancia, opino que, para encontrar la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, habrá que acudir, de forma prioritaria, a sus disposiciones y, subsidiariamente, al resto de la legislación comunitaria, de contenido más general.

28. Antes de iniciar el examen de las distintas cuestiones, quiero poner de relieve que, para darles respuesta, resulta necesario reformularlas ya que, de lo contrario, dada la

complejidad y la originalidad de la legislación nacional en la que se basan, en parte, las estipulaciones controvertidas, los problemas de terminología para designar los distintos conceptos devienen insolubles, y la respuesta podría carecer de utilidad para el juez nacional.

Procederé, pues, a reformular esas cuestiones apoyándome, para ello, dada la parquedad del auto de remisión a la hora de suministrar detalles sobre el contexto fáctico y jurídico de los litigios en los que se han suscitado, en los documentos aportados a los autos por el juez nacional y por quienes han presentado observaciones en este procedimiento, así como en las respuestas a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal al organismo demandado y al Gobierno del Reino Unido, para aclarar el alcance de algunas de las cláusulas controvertidas.

1) *Sobre la primera cuestión*

29. Deduzco que con esta cuestión el juez nacional quiere saber si las disposiciones de derecho comunitario que cita se oponen a que, mediante cláusulas como las del Maternity Scheme de la EOC, un empleador que está dispuesto a mejorar en favor de sus empleadas las disposiciones legales en materia de retribución durante el descanso por maternidad, establezca, como contraprestación, que éstas declaren, antes de iniciarlo,

que tienen la intención de reincorporarse a su puesto y que se comprometan a devolver la diferencia entre el salario íntegro que se les ha abonado y la prestación legal de maternidad que habrían percibido de no haberse comprometido a volver a trabajar, si no se reincorporan, por lo menos, un mes.

durante las primeras seis semanas, y en un importe fijo que asciende, en la actualidad, a 54,55 UKL semanales, durante el resto del tiempo. Si tampoco cumple las condiciones para tener derecho a esta prestación, la empleada podrá solicitar el subsidio de maternidad que asciende a 54,55 UKL semanales.

30. Entre los derechos inherentes al contrato de trabajo que deberán garantizarse a la mujer, de acuerdo con la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, figura el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada durante el período de descanso por maternidad, cuya duración mínima se establece en catorce semanas ininterrumpidas, de las cuales dos serán obligatorias. Según el apartado 3 de este artículo, se considerará que la prestación es adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales.

Por otra parte, el Staff Handbook del mismo organismo dispone, respecto a la retribución en caso de incapacidad laboral del empleado por causa de enfermedad, que tendrá derecho a percibir el salario íntegro durante, como máximo, los primeros seis meses, dentro de un período de doce. A continuación, se le abonará la mitad del salario durante doce meses, como máximo, dentro de un período de cuatro años. Si la incapacidad continúa, la baja será, en principio, no retribuida por el empresario, y el empleado puede pasar a percibir determinadas prestaciones públicas.

31. Conforme a lo previsto por el Maternity Scheme del organismo público demandado, las empleadas que cumplen los requisitos más estrictos en cuanto a duración del empleo y al tipo de contrato tienen derecho a seguir percibiendo el salario íntegro durante tres meses y una semana. Si la duración del empleo es menor, percibirán la prestación legal de maternidad, que consiste en las nueve décimas partes del salario corriente en un determinado período, que se abonan

Se trata de ver si, como afirman las demandantes en el litigio principal y la Comisión, las disposiciones de la Directiva 92/85 se oponen a que una norma del Maternity Scheme de la EOC imponga a las empleadas la obligación de comprometerse a volver a trabajar después del descanso por maternidad para percibir el salario íntegro y de devolver la diferencia entre ese importe y la prestación legal de maternidad si no se reincorporan, en la medida en que dicha norma tiene como

consecuencia que una mujer en esas circunstancias no habrá percibido unos ingresos equivalentes a los que habría tenido derecho si la interrupción de su actividad laboral se hubiera debido a una enfermedad. En opinión de la Comisión, hay que interpretar la letra b) del apartado 2 y el apartado 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el concepto «adecuada» que, en el texto, viene referido únicamente a la prestación, debe aplicarse igualmente a la retribución, de forma que habrá que apreciar la adecuación en cada caso, en función de las expectativas legítimas particulares de la empleada, estableciéndose la comparación con el importe que percibiría de estar de baja por causa de enfermedad.

32. No estoy de acuerdo con esta interpretación por las razones que paso a exponer a continuación. En primer lugar, porque el texto de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 obliga al mantenimiento de *una retribución* y no de *la retribución*.²² Se acepta, pues, de entrada, que los ingresos que perciba una trabajadora que disfruta de su descanso por maternidad no coincidan con el salario que percibe mientras está en activo o en cualquier otra situación. De hecho, difícilmente se le abonará una cantidad superior mientras no trabaja a la que percibiría de estar en activo. Debo concluir, por tanto, que la Directiva no se opone a que la retribución sea, durante el período de descanso por maternidad, inferior

al salario que percibe mientras está en activo o en cualquier otra situación.

33. En segundo lugar, porque al distinguir entre retribución y prestación, se diferencia en función de a quién corresponda financiar los ingresos que debe percibir la mujer. Así, para el concepto de retribución, habrá que recurrir al artículo 119 del Tratado que lo define de forma amplia como: «[...] el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Esta definición se ha visto completada por la jurisprudencia de este Tribunal que, desde 1971, incluyó dentro de este concepto, las gratificaciones «actuales o futuras»²³ y, en 1990, añadió que las gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo están comprendidas dentro del concepto de retribución «[...] ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario».²⁴

Por eliminación, la prestación será, necesariamente, cualquier ingreso de carácter público o privado que perciba la mujer mientras disfruta del descanso por maternidad y que no le sea satisfecho por el empleador en razón de la relación de trabajo. Pienso que esta definición englobará, en la mayoría de los casos, cantidades abonadas por los organis-

22 — Los subrayados son míos.

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

24 — Sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 20.

mos de seguridad social, sea directamente, sea a través de entidades gestoras.

En mi opinión, también la terminología que acompaña a estos dos conceptos apoya esta interpretación. En efecto, cuando la disposición se refiere a «una retribución», se acompaña de la palabra «mantenimiento». Ello significa que, bien por imperativo legal, bien por aplicación de un convenio colectivo o en virtud del contrato individual, será el empleador quien deba asegurar a la empleada, durante su descanso por maternidad y en razón de la relación de trabajo, un determinado nivel de ingresos, que, como ya he indicado con anterioridad, no tiene por qué coincidir necesariamente con el salario íntegro. En cambio, cuando la disposición se refiere a «una prestación», se acompaña de la expresión «beneficio de», lo que la acerca más al ámbito de las acciones protectoras de la seguridad social y contribuye a alejarla del concepto de retribución.

34. La diferencia que efectúa la norma entre «el mantenimiento de una retribución» y «el beneficio de una prestación» resulta de utilidad a la hora de interpretar si la palabra «adecuada» se refiere sólo a la prestación o hay que considerar que incluye también a la retribución, como afirma la Comisión. Dado que la contraprestación que abona el empleador a la trabajadora en razón de la relación de trabajo es, por regla general, superior al importe de las prestaciones que abonan los organismos de seguridad social, por la sencilla razón de que esas prestaciones acostumbran a basarse en las cotizaciones y consis-

ten, en mayor o menor medida, en un porcentaje del salario, hay que interpretar que, cuando la Directiva 92/85 establece que la prestación se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales, se está refiriendo a las prestaciones abonadas por los sistemas nacionales de seguridad social, y no a la retribución satisfecha por el empleador en razón de la relación de trabajo. Desde luego que ésta también deberá ser adecuada, pero no creo que, en la práctica, un empleador, sea público o privado, que debe negociar las condiciones de trabajo con sus empleados, de forma individual o colectiva, vaya a poder pagar menos a sus empleadas durante el descanso por maternidad de lo que les abonaría la institución de seguridad social en concepto de prestaciones por causa de enfermedad.

Esta interpretación encuentra confirmación en el último considerando de la Directiva 92/85, en el que se afirma «[...] la noción de prestación adecuada en caso de permiso por maternidad debe contemplarse como un elemento técnico de referencia con vistas a fijar el nivel de protección mínimo y no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad». Si el concepto de prestación adecuada tiene como finalidad fijar el nivel de protección mínimo, no veo cómo podría significar que, en cada caso concreto, la mujer tenga derecho a percibir los mismos ingresos durante el descanso por maternidad que los que percibe cuando se halla en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad.

35. En tercer lugar, no estoy de acuerdo con la interpretación que propone la Comisión porque la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 contempla la posibilidad de que se garanticen a la vez «el mantenimiento de una retribución» y «el beneficio de una prestación adecuada». Si hubiera que considerar que tanto una como otra deben ser adecuadas en el sentido de la Directiva, es decir, cuando garanticen unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, ello significaría que podría tener derecho a percibir de su empleador la retribución que éste venga obligado a satisfacer a sus empleados en caso de incapacidad laboral y, además, la prestación establecida por el sistema de seguridad social en concepto de prestación por causa de enfermedad. Por el contrario, creo que hay que interpretar la posibilidad de acumulación de ambas en el sentido de que la prestación de seguridad social, que acostumbra a tener el carácter de «mínima» puede ser completada por el empleador, por imperativo legal o a través de pactos con sus empleados.

36. Por último, existe todavía otra razón por la que no me parece aceptable la interpretación que propone la Comisión. Al examinar el sistema establecido por el organismo demandado para retribuir a sus empleados mientras se hallan en situación de incapacidad laboral, observo que hay tres situaciones posibles, a saber, la primera, que consiste en seis meses dentro de un período de doce, en la cual perciben el salario íntegro. A continuación, se les abona únicamente la mitad del salario íntegro, durante doce meses como máximo, dentro de un período de cuatro años. Por último, la incapacidad laboral deviene no retribuida por el empleador. La

Comisión afirma que el carácter adecuado de los ingresos que perciba durante el descanso por maternidad dependerá de las expectativas legítimas particulares de la empleada en cuanto al nivel de retribución de la incapacidad laboral. Ahora bien, ¿cuáles van a ser las expectativas legítimas de una empleada que se halla ya en la segunda etapa, es decir, cuando está percibiendo únicamente la mitad del salario íntegro, por no especular sobre las expectativas de aquella cuya incapacidad laboral se haya convertido ya en no retribuida?

37. Se desprende de los autos, por una parte, que la legislación nacional impone a los empleadores la obligación de satisfacer a las empleadas que cumplen determinadas condiciones en cuanto a la duración del empleo y al nivel de salario la prestación legal de maternidad, consistente en nueve décimas partes de su salario corriente, durante las primeras seis semanas del descanso por maternidad, y en una cantidad fija que, en la actualidad, asciende a 54,55 UKL semanales, durante el resto. Este último importe coincide con el del subsidio de maternidad y con el de la prestación legal por causa de enfermedad que abona el empleador durante un máximo de veintiocho semanas.

Por otra parte, ha quedado acreditado que el organismo demandado mejora esas condicio-

nes en favor de sus empleadas, abonándoles la diferencia entre la prestación legal de maternidad y el salario íntegro durante catorce semanas de descanso por maternidad, imponiéndoles, a cambio, que declaren, antes de iniciar el descanso, que tienen la intención de reincorporarse a su puesto y que se reincorporen, por lo menos, durante un mes.

mientras disfrutan del descanso por maternidad, deban comprometerse a volver a trabajar y, si no lo hacen, se las obligue a devolver la diferencia entre ese importe y el de la prestación legal de maternidad, ya que esa condición no se impone a los trabajadores en general para cobrar el salario íntegro, mientras están en situación de incapacidad laboral, y tampoco se les impone la carga de devolver la diferencia, si no se reincorporan cuando se les da el alta.

38. A la luz de la interpretación que propongo dar a la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, creo que sus disposiciones no se oponen a que un empleador que está dispuesto a mejorar, en favor de sus empleadas, las disposiciones legales en materia de retribución durante el descanso por maternidad, establezca, como contraprestación, que éstas declaren, antes de iniciarlo, que tienen la intención de reincorporarse a su puesto y que se comprometan a devolver la diferencia entre el salario íntegro que les ha abonado y la prestación legal de maternidad que habrían percibido de no haberse comprometido a volver a trabajar, si no se reincorporan, por lo menos, un mes.

40. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, «[...] una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes». ²⁵ Ahora bien, en la sentencia Gillespie, en la que hubo de dilucidar si el principio de igualdad de retribución, formulado en el artículo 119 del Tratado y precisado en la Directiva 75/117, imponía la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante el descanso por maternidad, el Tribunal de Justicia afirmó que las mujeres que disfrutan del descanso por maternidad previsto por la legislación nacional se encuentran en una situación específica, que exige que se les conceda una protección especial, pero que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo, llegando a la conclusión de que ni el

39. Las demandantes en los litigios principales afirman también que constituye una discriminación en materia de igualdad de retribución entre hombres y mujeres el que, para tener derecho a percibir el salario íntegro,

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

artículo 119 del Tratado ni la Directiva 75/117 imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de las trabajadoras durante el descanso por maternidad.²⁶

A la pregunta de si el derecho comunitario establecía criterios específicos —y, en su caso, cuáles— para fijar el importe de la prestación que se debe pagar a las trabajadoras durante el descanso por maternidad, el Tribunal respondió que «[...] dichas disposiciones [artículo 119 del Tratado y artículo 1 de la Directiva 75/117] tampoco establecían criterios específicos para determinar el importe de las prestaciones que les correspondían durante este período. No obstante, el importe de estas prestaciones no podría quedar reducido hasta un punto que pusiera en peligro el objetivo del permiso de maternidad, que es proteger a los trabajadores femeninos antes y después del parto. Para apreciar el importe controvertido desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta no sólo la duración del permiso de maternidad, sino igualmente las otras modalidades de protección social reconocidas por la legislación nacional en caso de ausencia justificada del trabajador. No obstante, nada permite suponer que en el litigio principal, el importe de la prestación concedida podía menoscabar el objetivo del permiso de maternidad». ²⁷ En el asunto Gillespie, las trabajadoras habían recibido, como prestaciones durante el descanso por maternidad, con arreglo a su convenio colectivo, las siguientes prestaciones: su salario semanal completo durante las cuatro primeras semanas, nueve décimas partes de su salario completo durante las dos semanas siguientes y, por último, la mitad de su salario completo

durante doce semanas, condiciones que eran más ventajosas que las previstas por la legislación general en la materia, que preveían el pago de nueve décimas partes del salario semanal completo durante seis semanas y, a continuación, una asignación a tanto alzado de 47,95 UKL por semana durante las doce siguientes.

41. Quiero añadir, además, que la situación de un hombre incapacitado para trabajar por razón de enfermedad y la de una mujer que disfruta del descanso por maternidad no son, en absoluto, comparables. El primero será aquel que, de no estar enfermo, estaría trabajando y que, cuando se le dé el alta, deberá reincorporarse, mientras que el descanso por maternidad se concede a la mujer con el fin de proteger su condición biológica durante y después del embarazo, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al parto. ²⁸ Además, como ya indiqué en las conclusiones que presenté en el asunto Høj Pedersen, ²⁹ durante el descanso por maternidad la mujer está no sólo exenta de trabajar, sino también de cualquier otra obligación relacionada con su contrato de trabajo, mientras que el hombre o la mujer declarados en situación de incapacidad laboral, están obligados a contribuir a su restablecimiento, sometiéndose al tratamiento terapéutico prescrito por el médico.

26 — Citada en la nota 13 *supra*, apartados 17 y 20.

27 — *Ibidem*, apartado 20.

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

29 — Citado en la nota 20 *supra*.

42. Por las razones que acabo de exponer, considero que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 75/117 tampoco se oponen a que un empleador que está dispuesto a mejorar, en favor de sus empleadas, las disposiciones legales en materia de retribución durante el descanso por maternidad establezca, como contraprestación, que éstas declaren, antes de iniciarlo, que tienen la intención de reincorporarse a su puesto y que se comprometan a devolver la diferencia entre el salario íntegro que se les ha abonado y la prestación legal de maternidad que habrían percibido de no haberse comprometido a volver a trabajar, si no se reincorporan, por lo menos, un mes.

2) *Sobre la segunda cuestión*

43. Opino que, con esta cuestión, el juez nacional pregunta si las disposiciones de derecho comunitario que cita se oponen a que, mediante cláusulas como las que figuran en el Maternity Scheme del organismo público demandado, se establezca que, cuando una empleada ha indicado que desea empezar su descanso por maternidad en una fecha dentro de las seis semanas anteriores al día presunto del parto y es declarada en situación de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo inmediatamente antes de esa fecha, si el alumbramiento tiene lugar mientras se encuentra en esa situación, el inicio del descanso por maternidad puede retrotraerse a la fecha, de las dos que siguen, que

ocurra más tarde: el comienzo de la incapacidad laboral o el de la sexta semana que precede al día presunto del parto.

44. Respecto a la duración del período de descanso por maternidad, la Directiva 92/85 impone a los Estados miembros dos obligaciones: la primera consiste en que las trabajadoras deben poder disfrutar de, como mínimo, catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o, después del parto; la segunda consiste en que ese período debe incluir un permiso obligatorio de, como mínimo, dos semanas, también distribuidas antes y/o después del parto. En aplicación de estas disposiciones, el Reino Unido estableció un derecho generalizado para todas las trabajadoras, que no existía con anterioridad, a disfrutar de períodos de descanso por maternidad de esa misma duración, que coinciden con las estipulaciones contenidas en el Maternity Scheme de la EOC. El período obligatorio de descanso por maternidad, de dos semanas de duración, se inicia, en el Reino Unido, el día del parto, pudiendo prorrogarse el descanso por maternidad el tiempo necesario para cumplir esa obligación.

45. Las demandantes consideran discriminatorio el que una mujer incapacitada para trabajar no pueda ejercer su derecho a permanecer en situación de incapacidad laboral retribuida con el salario íntegro, si su enfermedad está ocasionada por el embarazo y da a luz mientras se halla en esa situación.

46. No estoy de acuerdo con esta interpretación. En efecto, antes ya de que la Directiva 92/85 impusiera a los Estados miembros las obligaciones que estoy examinando, es decir, cuando la única disposición comunitaria que contemplaba las situaciones de embarazo y maternidad era el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 —que se limita a autorizarlos para que adopten disposiciones destinadas a garantizar a las mujeres derechos específicos por estas dos razones—, el Tribunal afirmó, en la sentencia Hertz, que corresponde a los Estados miembros determinar los períodos de descanso por maternidad, de manera que se permita a las trabajadoras ausentarse durante el período en el cual surjan los trastornos inherentes al parto.³⁰

47. Partiendo de la base de que la finalidad del descanso por maternidad reside en permitir a la empleada que, sin menoscabo de sus derechos laborales, pueda ausentarse del trabajo por razón de su inminente o reciente maternidad, y a condición de que se respete la duración de los períodos establecidos por el artículo 8 de la Directiva 92/85, llego a la conclusión de que ni las disposiciones de esta Directiva ni las de la Directiva 76/207 se oponen a una estipulación como la contenida en el Maternity Scheme del organismo demandado en virtud de la que, cuando una empleada ha manifestado que desea empezar su descanso por maternidad en una fecha dentro de las seis semanas anteriores al día presunto del parto y es declarada en situación de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo inmediatamente antes de esa fecha, si el alumbramiento tiene lugar mientras se encuentra en esa situación, el inicio del

descanso por maternidad podrá retrotraerse a la fecha, de las dos que siguen, que ocurra más tarde: el comienzo de la incapacidad laboral o el de la sexta semana que precede al día presunto del parto.

3) *Sobre la tercera cuestión*

48. Entiendo que, con esta cuestión, el juez nacional quiere saber si el derecho comunitario se opone a que, mediante estipulaciones del tenor de las contenidas en el Maternity Scheme de la EOC, se prohíba que una mujer, que ha iniciado el descanso por maternidad o que está en excedencia con reserva de puesto, sea declarada en situación de incapacidad laboral retribuida con el salario íntegro, cuando durante la excedencia sólo puede pretender la prestación legal por enfermedad, y se exija que, para poder ser declarada en esa situación haya manifestado, con tres semanas de antelación, su intención de reincorporarse en una fecha determinada poniendo fin, de esa forma, si el parto ya ha tenido lugar, a su situación específica relacionada con su reciente maternidad.

49. Para dar respuesta a esta cuestión, creo que hay que diferenciar entre el período de descanso por maternidad propiamente dicho, establecido por la Directiva 92/85, es decir, las catorce semanas ininterrumpidas distribuidas antes y/o después del parto, durante las cuales, en todo caso, se garantizan a las trabajadoras los derechos inherentes al contrato de trabajo y, si ha lugar, se les mantiene

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

una retribución o se les reconoce el derecho a una prestación adecuada, período cuya duración coincide con el que establecen tanto la legislación nacional como las cláusulas del Maternity Scheme de la EOC, y cualquier otro permiso, retribuido o no, que tenga a bien establecer, con motivo de la maternidad reciente de la mujer trabajadora, el legislador nacional o el empleador como mejora contractual. Examinaré, en primer lugar, el descanso por maternidad propiamente dicho.

50. Me parece del todo lógica la imposibilidad de que una mujer que está disfrutando de su descanso por maternidad pueda, a la vez, ser declarada en situación de incapacidad laboral por causa de enfermedad. En efecto, ¿qué sentido tendría que, jurídicamente, se la pudiera considerar, a la vez, en ambas situaciones? ¿Cabría, sin embargo, interpretar que puede interrumpir el descanso por maternidad, pasar a la situación de incapacidad laboral por enfermedad y, una vez curada, recuperar la situación precedente?

51. Encuentro varias razones que se oponen a esta interpretación. En primer lugar, hay que tener presente que, si bien el reconocimiento de un período de catorce semanas de duración debe figurar, obligatoriamente, en la legislación de los Estados miembros, en los reglamentos internos de las empresas y en los contratos de trabajo, para la empleada se trata de un derecho renunciabile, con excepción de las dos semanas de descanso por maternidad obligatorio que, en el Reino

Unido empiezan el día del parto. En segundo lugar, la Directiva 92/85 establece, claramente, en su artículo 8, que el período de descanso por maternidad es de catorce semanas ininterrumpidas. No resulta posible, pues, cortar por una temporada y recuperar esa situación con posterioridad. En tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 11 de la Directiva 92/85, el mantenimiento de una retribución y/o el beneficio de una prestación adecuada, pueden verse sometidos a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que contemplan las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas, entre las que no cabe incluir períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto. La posibilidad de dar por terminado el descanso por maternidad y de ser declarada en situación de incapacidad laboral retribuida tendrá, para aquella trabajadora que cae enferma después de haber dado a luz y que no tiene derecho a percibir ningún ingreso durante el descanso por maternidad, indudables ventajas.

52. Por los motivos expuestos, considero que las disposiciones de la Directiva 92/85 no se oponen a que una cláusula del tenor de la que figura en el Maternity Scheme de la EOC obligue a una mujer, que se halla disfrutando de las catorce semanas de descanso por maternidad, siempre que ya hayan transcurrido las dos de descanso obligatorio, a dar por definitivamente terminada esa situación específica para poder ser declarada en situación de incapacidad laboral retribuida.

53. Respecto a la excedencia con reserva de puesto de trabajo, cuyo derecho y duración se establecen en función de los requisitos que

cumplen las empleadas y cuya retribución se limita al abono, por parte del empleador, de la prestación legal de maternidad a lo largo de las cuatro primeras semanas, opino que no puede ser considerado como permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85. En el caso que estoy examinando, las empleadas tienen derecho a permanecer ausentes del trabajo hasta cincuenta y dos semanas. En este período están comprendidas las catorce semanas de descanso por maternidad y, el resto, será la excedencia con reserva de puesto. Las demandantes consideran que la cláusula del Maternity Scheme que condiciona la percepción del salario íntegro, si caen enfermas durante el período de excedencia, a la renuncia a su situación específica, discrimina a las mujeres que se hallan en esa situación.

tienen derecho a la prestación legal por enfermedad), mientras que los trabajadores masculinos gozan automáticamente de ese derecho los primeros seis meses dentro de un período de doce, hay que reconocer también que se trata de situaciones distintas, ya que, éstos no tienen reconocido el derecho a estar en excedencia para cuidar a un hijo recién nacido. Pero hay otra diferencia importante que se observa en el momento en que ambos caen enfermos: para poder reivindicar ese derecho, el trabajador masculino deberá estar en activo (y el hecho de que pueda caer enfermo mientras se halla de vacaciones no creo que modifique esta apreciación), mientras que la mujer está en situación de excedencia, en la cual está exenta de la obligación de trabajar.

Este tipo de excedencia con reserva de puesto es un derecho que, al estar reservado en el Reino Unido en exclusiva a las mujeres, entra dentro de la excepción establecida por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 que permite, a los Estados miembros, establecer un trato especial en favor de las mujeres, en particular, en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, que no tenga paralelo con el trato que reciben sus compañeros de sexo masculino.

54. Entiendo que el derecho comunitario no se opone a la aplicación de una cláusula del tenor de la que estoy examinando. En efecto, si bien es cierto que establece un trato diferenciado entre hombres y mujeres, en la medida en que a las primeras, si caen enfermas mientras están en situación de excedencia para el cuidado de un hijo recién nacido no se les reconoce automáticamente el derecho a estar en situación de incapacidad laboral percibiendo el salario íntegro (únicamente

55. En estas circunstancias, y a condición de que ya hayan transcurrido las dos semanas de descanso por maternidad obligatorio, considero que ninguna de las disposiciones citadas por el juez nacional se opone a que, mediante estipulaciones del tenor de las contenidas en el Maternity Scheme de la EOC, se prohíba que una mujer, que ha iniciado el descanso por maternidad o que está en excedencia con reserva de puesto, sea declarada en situación de incapacidad laboral retribuida con el salario íntegro, cuando durante la excedencia sólo puede pretender la prestación legal por enfermedad, y se exija que, para poder ser declarada en esa situación, haya manifestado, con tres semanas de antelación, su intención de reincorporarse en una fecha determinada poniendo fin, de esa forma, si el parto ya ha tenido lugar, a su situación específica relacionada con su reciente maternidad.

4) *Sobre la cuarta cuestión*

56. Con esta cuestión, el juez nacional pide que se dilucide si las disposiciones de derecho comunitario que cita se oponen a que, mediante una estipulación del tenor de la contenida en el Maternity Scheme de la EOC, se limite el tiempo durante el que se devengan vacaciones anuales a las catorce semanas de duración del descanso por maternidad y se excluya ese devengo mientras la mujer disfruta de otro tipo de licencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido.

57. La letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 obliga a los Estados miembros a que, mientras la empleada se halle disfrutando del descanso por maternidad establecido en su artículo 8, se le garanticen los derechos inherentes a su contrato de trabajo. No cabe ninguna duda de que el devengo de las vacaciones anuales es uno de los derechos inherentes al contrato de trabajo. Tampoco hay ninguna duda respecto a que, durante las catorce semanas que dura el descanso por maternidad en el Reino Unido, independientemente de la existencia del derecho a percibir determinados ingresos, se garantiza a las empleadas el devengo de vacaciones anuales.

Las demandantes reivindican, sin embargo, el derecho a devengar, también, vacaciones anuales mientras están en la situación de excedencia para el cuidado de un hijo recién nacido, con reserva de puesto, que se les concede si cumplen determinados requisitos relativos a la duración de su empleo.

58. Como ya he indicado anteriormente, la Directiva 92/85 sólo establece la obligación de garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo mientras la empleada se halle

disfrutando del descanso por maternidad establecido por su artículo 8, es decir, durante catorce semanas. El resto del tiempo, hasta las cincuenta y dos semanas que puede durar en total, como máximo, la ausencia del puesto de trabajo por razón de embarazo y maternidad, la empleada de la EOC se encontrará en la situación específica que he expuesto al examinar la excedencia con reserva de puesto, en el marco de la respuesta a la tercera cuestión. Por las razones que he avanzado en ese apartado, considero que la Directiva 92/85 no impone la obligación de que se garanticen a la empleada los derechos inherentes a su contrato de trabajo, tales como el devengo de vacaciones anuales, más allá de las catorce semanas de duración del descanso por maternidad establecido en su artículo 8.

59. Las demandantes alegan que esa cláusula, que parece neutra en apariencia, contiene una discriminación indirecta, ya que son las mujeres quienes, a lo largo de su vida laboral, se hallan con mayor frecuencia en situación de excedencia, al ser ellas quienes pueden disfrutar de la excedencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido, con reserva de puesto.

60. Con independencia de que yo considere que el hecho de reservar en exclusiva a las mujeres el disfrute de una excedencia de esas características no contribuye a promover la igualdad de oportunidades entre los sexos, ya que lo que consigue, en realidad, es perpetuar en la sociedad la idea de que son las

mujeres quienes deben ocuparse prioritariamente de los hijos —con lo que ello conlleva de negativo para el futuro de sus carreras profesionales—, no puedo estar de acuerdo con la posición avanzada por las demandantes.

61. Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, para poder apreciar la existencia de una discriminación indirecta, la norma formulada de manera neutra que, en este caso, figura en el Staff Handbook, conforme a la que cualquier licencia no retribuida reducirá el período de vacaciones proporcionalmente al período de excedencia, debería perjudicar de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres.³¹

Sin embargo, el argumento según el cual esta norma perjudica a un número muy superior de mujeres por el hecho de que éstas se hallan con más frecuencia que los hombres en situación de excedencia no puede resultar válido en el caso de autos, ya que la excedencia de las mujeres en la que se basan las demandantes para alegar la existencia de una discriminación indirecta es una situación especial que no tiene nada que ver con una excedencia voluntaria por razones personales a la que podrían acogerse tanto hombres como mujeres. En efecto, por una parte, en el Reino Unido, únicamente las mujeres pueden disfrutar de una excedencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido, de duración preestablecida y que lleva aparejada la

reserva de puesto.³² Por otra parte, ese tipo de excedencia es una medida de tipo protector, amparada por el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, que se concede a la mujer por razón de su reciente maternidad y cuyo reconocimiento y regulación, al superar el contenido de carácter mínimo de la Directiva 92/85, corresponde, en exclusiva, a los Estados miembros.

62. Por las razones expuestas, entiendo que el derecho comunitario no se opone a que, mediante una estipulación del tenor de la contenida en el Maternity Scheme de la EOC, se limite el tiempo durante el cual se devengan vacaciones anuales a las catorce semanas de duración del descanso por maternidad y se excluya ese devengo durante la excedencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido, con reserva de puesto.

5) Sobre la quinta cuestión

63. Mediante esta cuestión, el juez nacional quiere saber si alguna de las disposiciones

31 — Sentencias de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. I-5253), apartado 30, y Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 16; de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel (C-444/93, Rec. p. I-4741), apartado 24, y de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, Rec. p. I-571), apartado 33.

32 — En la sentencia de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389), el Tribunal de Justicia respondió a una de las cuestiones prejudiciales de la High Court que deseaba saber si, en el ámbito de la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, el artículo 119 del Tratado es aplicable a los planes de pensiones de empresa que únicamente hayan tenido partícipes de un sólo sexo, que «[...] un trabajador no puede alegar el artículo 119 para reclamar la retribución a la que habría podido tener derecho si perteneciera al sexo contrario cuando, actual o anteriormente, no haya en la empresa de que se trata ningún trabajador del sexo contrario que lleve a cabo o que haya llevado a cabo un trabajo comparable. En efecto, en tal caso, el criterio esencial para comprobar la igualdad de trato en materia de retribución, a saber, la realización de un mismo trabajo y la obtención de una misma retribución, no puede aplicarse».

que cita se opone a que se exija, para la adquisición de derechos a pensión durante el período de descanso por maternidad, la condición de que la mujer perciba una retribución o la prestación legal de maternidad, satisfechas por el empleador, lo cual, por vía de consecuencia, excluye que se adquieran derechos a pensión si, durante el descanso por maternidad, la empleada percibe ingresos a cargo de fondos ajenos al empleador y cuando no percibe ingreso alguno, así como durante la excedencia con reserva de puesto.

64. Debo recordar, una vez más, que la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 establece que deberán garantizarse a las trabajadoras, mientras disfruten del descanso por maternidad de, como mínimo, catorce semanas de duración, los derechos inherentes al contrato de trabajo. No cabe ninguna duda de que la adquisición de derechos a pensión, y más todavía si se trata, como en el presente caso, de un régimen profesional financiado enteramente por el organismo empleador, es uno de los derechos inherentes al contrato de trabajo.

Sin embargo, la cláusula 8.1 del Maternity Scheme de la EOC establece que a la empleada que no tenga derecho a percibir la retribución íntegra durante el descanso por maternidad, sólo se le computarán las catorce semanas de ausencia a efectos de adquisición de derechos a pensión, en el supuesto de que tenga derecho a percibir la prestación legal de maternidad.

65. Ello significa que una empleada de la EOC que no cumpla los requisitos establecidos por el Maternity Scheme para que el empleador le abone la prestación legal de maternidad, tanto si durante el descanso por maternidad percibe cualquiera de las presta-

ciones públicas previstas por razón de maternidad, como si no percibe ingreso alguno, se verá privada de adquirir derechos a pensión en el régimen profesional al que está afiliada.

66. Es cierto que esa posibilidad parece aceptada por la letra g) del artículo 6 de la Directiva 86/378, en la medida en que dispone que deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se funden en el sexo para interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de licencia por maternidad o de licencia por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario. En efecto, la disposición del Maternity Scheme es coherente con esta norma: siguen adquiriéndose derechos a pensión mientras la retribución, sea en forma de salario, sea en forma de prestación legal de maternidad, es satisfecha por el empresario. Por el contrario, se interrumpe la adquisición de derechos cuando los ingresos que percibe la mujer en ese período corren a cargo de fondos, públicos o privados, ajenos al empleador o cuando no percibe ningún ingreso.

67. Sin embargo, a pesar de que la redacción que la Directiva 96/97/CE³³ ha dado a este

33 — Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO 1997, L 46, p. 20).

artículo, no ha modificado el tenor de esta disposición, considero que la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, de acuerdo con la cual, deberán garantizarse a las trabajadoras, durante el descanso por maternidad de, como mínimo, catorce semanas ininterrumpidas, los derechos inherentes al contrato de trabajo, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a que se supedite la adquisición de derechos a pensión en un régimen profesional, durante las catorce semanas de duración del descanso por maternidad, a la condición de que la empleada perciba, en forma de salario o de prestación legal de maternidad, una retribución que le sea satisfecha por el empleador.

En mi opinión, sería contrario a la finalidad que persigue la Directiva 92/85 el que, durante el período de descanso por maternidad que establece, la garantía de uno de los derechos inherentes al contrato de trabajo, contemplado como un derecho incondicional, pudiera ser sometido por una disposición del tenor de la que estoy examinando a la condición de que la mujer perciba una retribución satisfecha por el empleador durante ese período, cuando la misma Directiva establece que los Estados miembros tie-

nen la facultad de someter el derecho a una remuneración o a una prestación a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para tener derecho a esas ventajas.

68. Por el contrario, sobre la base de las razones expuestas al examinar las cuestiones tercera y cuarta respecto a la excedencia con reserva de puesto, entiendo que el derecho comunitario no se opone a que, mientras la mujer se halle en esa situación, se le deniegue la posibilidad de causar derechos a pensión en un régimen profesional.

69. A la luz de las razones que acabo de exponer, opino que la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, en relación con lo establecido en su artículo 8, se opone a que se supedite la adquisición de derechos a pensión en un régimen profesional, durante las catorce semanas de duración del descanso por maternidad, a la condición de que la empleada perciba, en forma de salario o de prestación legal de maternidad, una retribución que le sea satisfecha por el empleador.

VIII. Conclusión

70. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo que se responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Industrial Tribunal de Manchester de la siguiente manera:

«En circunstancias como las de los presentes autos, ni el artículo 119 del Tratado de Roma, ni la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975,

relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, ni 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, ni la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), se oponen a la aplicación de cláusulas como las examinadas a lo largo de este texto, por las que:

- 1) un empleador que está dispuesto a mejorar, en favor de sus empleadas, las disposiciones legales en materia de retribución durante el descanso por maternidad establece, como contraprestación, que éstas declaren, antes de iniciarlo, que tienen la intención de reincorporarse a su puesto y que se comprometan a devolver la diferencia entre el salario íntegro que se les ha abonado y la prestación legal de maternidad que habrían percibido de no haberse comprometido a volver a trabajar, si no se reincorporan, por lo menos, un mes;
- 2) cuando una empleada ha indicado que desea empezar su descanso por maternidad en una fecha dentro de las seis semanas anteriores al día presunto del parto y es declarada en situación de incapacidad laboral ocasionada por el embarazo inmediatamente antes de esa fecha, si el alumbramiento tiene lugar mientras se encuentra en esa situación, el inicio del descanso por maternidad puede retrotraerse a la fecha, de las dos que siguen, que ocurra más tarde: el comienzo de la incapacidad laboral o el de la sexta semana que precede al día presunto del parto;
- 3) se prohíbe que una mujer, que ha iniciado el descanso por maternidad o que está en excedencia con reserva de puesto, sea declarada en situación de incapacidad laboral retribuida con el salario íntegro, cuando durante la excedencia sólo puede pretender la prestación legal por enfermedad, y se exija que, para

poder ser declarada en esa situación, haya manifestado, con tres semanas de antelación, su intención de reincorporarse en una fecha determinada poniendo fin, de esa forma, si el parto ya ha tenido lugar, a su situación específica relacionada con su reciente maternidad, a condición de que ya hayan transcurrido las dos semanas de descanso por maternidad obligatorio;

- 4) se limita el tiempo durante el cual se devengan vacaciones anuales a las catorce semanas de duración del descanso por maternidad, y se excluye ese devengo durante la excedencia para atender al cuidado de un hijo recién nacido, con reserva de puesto.

La disposición contenida en la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, en relación con lo establecido en su artículo 8, se opone a que se supedite la adquisición de derechos a pensión en un régimen profesional, durante las catorce semanas de duración del descanso por maternidad, a la condición de que la empleada perciba, en forma de salario o de prestación legal de maternidad, una retribución que le sea satisfecha por el empleador.»