

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 21 de octubre de 1999 *

En el asunto C-333/97,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), por el Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Susanne Lewen

y

Lothar Denda,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), y de la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L 145, p. 4),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por los Sres.: R. Schintgen, Presidente de la Sala Segunda en funciones de Presidente de la Sala Sexta; P.J.G. Kapteyn (Ponente) y G. Hirsch, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre de la Sra. Lewen, por el Sr. F. Lorenz, Abogado de Düsseldorf;
- en nombre del Sr. Denda, por el Sr. B. Pawelzik, «Assessor» en la Zahntechniker-Innung de Münster;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. E. Röder, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. J.E. Collins, Assistant Treasury Solicitor, en calidad de Agente, asistido por el Sr. C. Lewis, Barrister;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. P. Hillenkamp, Consejero Jurídico, y la Sra. M. Wolfcarius, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, asistidos por M^{es} T. Eilmansberger y M. Pflügl, Abogados de Bruselas;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de la Sra. Lewen, representada por el Sr. F. Lorenz; del Sr. Denda, representado por el Sr. B. Pawelzik; del Gobierno alemán, representado por el Sr. W.-D. Plessing, Ministerialrat del Bundesministerium der Finanzen, en calidad de Agente; del Gobierno del Reino Unido, representado por el Sr. J.E. Collins, asistido por el Sr. C. Lewis, y de la Comisión, representada por la Sra. M. Wolfcarius, asistida por M^e M. Barnert, Abogado de Bruselas, expuestas en la vista de 28 de enero de 1999;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 4 de marzo de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante resolución de 29 de agosto de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de septiembre siguiente, el Arbeitsgericht Gelsenkirchen planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), y de la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L 145, p. 4).
- 2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Lewen y el Sr. Denda, en su condición de propietario de la empresa Denda Zahntechnik de

Gelsenkirchen, a propósito de la gratificación de Navidad correspondiente a 1996, que la Sra Lewen reclama a su empleador.

El marco normativo

Disposiciones comunitarias

- 3 En virtud del artículo 119 del Tratado CE, los Estados miembros deben garantizar y mantener la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empleador al trabajador en razón de la relación de trabajo.

- 4 La Directiva 92/58 dispone en su artículo 8:

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

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.»

5 Las disposiciones del artículo 11 de la Directiva 92/85 pertinentes en el asunto principal establecen:

«Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud ya conocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) [...]

2) En el caso citado en el artículo 8, 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);

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

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.»

6 Según su artículo 1, la Directiva 96/34 tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el permiso parental, que figura en su Anexo.

- 7 La cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 dispone que «los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales».

- 8 En virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 96/34, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la mencionada Directiva no más tarde del 3 de junio de 1998. Así, en la fecha en la que, en el asunto principal, el empleador se negó a abonar la gratificación de Navidad, aún no había expirado el plazo para la ejecución de dicha Directiva.

Disposiciones nacionales

- 9 Los artículos 3 y 6 de la Mutterschutzgesetz (Ley de protección de la maternidad; en lo sucesivo, «MuSchG») disponen:

«Artículo 3 (prohibición del trabajo de mujeres embarazadas)

- 1) La actividad de una futura madre debe interrumpirse si, de acuerdo con un certificado médico, la vida o la salud de la mujer o del niño corren peligro en caso de continuar dicha actividad.

- 2) Las futuras madres no deben trabajar durante las últimas seis semanas de embarazo, salvo que se declaren expresamente dispuestas a hacerlo. En cualquier momento podrán revocar esta decisión.

Artículo 6 (prohibición del trabajo después del parto)

- 1) Después del parto, las mujeres no deben trabajar durante un período de ocho semanas. En caso de parto prematuro o múltiple, este período será de doce semanas.»

- 10 El permiso de crianza (o permiso parental) se rige por la Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub — Bundeserziehungsgeldgesetz (Ley relativa a la concesión de prestaciones y permisos de crianza; en lo sucesivo, «BERzGG»). El permiso parental, cuyo disfrute es voluntario y no depende del sexo del interesado, se inicia, conforme al artículo 15, apartado 2, de la BERzGG, no antes de que haya concluido el período de descanso por maternidad y dura, como máximo, hasta que el niño haya cumplido tres años de edad. Durante este período, el contrato del trabajador por cuenta ajena quedará en suspenso. El trabajador o la trabajadora que disfrutan de un permiso parental no perciben un salario mensual, sino, de acuerdo con los artículos 1 y siguientes de la BERzGG, una prestación, denominada «prestación de crianza», pagada por el Estado en función de los ingresos.

El litigio principal

- 11 La Sra. Lewen trabaja desde el 1 de septiembre de 1990 para el Sr. Denda, en la empresa de este último, Denda Zahntechnik. Su sueldo mensual bruto es de 5.500 DEM por 39,25 horas de trabajo por semana. El Sr. Denda emplea también a trabajadores de sexo masculino.

- 12 La demandante en el procedimiento principal, embarazada desde principios de 1996, trabajó desde el 1 de enero al 8 de abril de 1996 y desde el 15 al 18 de abril de 1996. Disfrutó de vacaciones desde el 9 al 12 de abril de 1996 y desde el 19 de abril hasta el 15 de mayo de ese mismo año. El 16 de mayo de 1996, se inició el período de seis semanas de descanso por maternidad, previsto en el artículo 3, apartado 2, de la MuSchG, estando previsto el alumbramiento para el 27 de junio de 1996. La hija de la demandante en el procedimiento principal nació el 12 de julio de 1996. De acuerdo con el artículo 6, apartado 1, de la MuSchG, el período de descanso concluía el 6 de septiembre de 1996. Desde el 7 de septiembre de 1996 hasta el 12 de julio de 1999, la Sra. Lewen ha disfrutado, a petición propia, del permiso parental previsto en los artículos 15 y siguientes de la BErzGG.
- 13 En los años anteriores a 1996, la demandante en el procedimiento principal percibió el 1 de diciembre de cada año, al igual que el resto de los empleados del demandado en dicho procedimiento, una gratificación de Navidad, consistente en el salario de un mes. En dichas ocasiones, este último hizo firmar a la demandante en el procedimiento principal la siguiente declaración:

«Gratificación de Navidad»

La gratificación entregada constituye una prestación social excepcional, voluntaria y revocable en cualquier momento, limitada a las fiestas de Navidad del presente año. En consecuencia, dicho pago, no genera ningún derecho para el futuro, ni en cuanto a su causa, ni en cuanto a su importe, ni a propósito de la modalidad de pago o de los elementos que lo integran.

Además, la gratificación de Navidad se le concede con la condición expresa de que no extinga su relación laboral antes del 1 de julio del año próximo y de que no pueda imputársele alguna causa que justifique su despido sin preaviso. Ello es aplicable también en caso de incumplimiento del contrato de trabajo. En virtud de esta condición, la gratificación deberá reembolsarse íntegramente en caso de abandono de la empresa.

La aceptación de la gratificación implica la aceptación de estas condiciones.»

- 14 En su demanda, presentada el 10 de enero de 1997 ante el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Lewen solicitó que se condenara al demandado en el procedimiento principal a abonarle la gratificación de Navidad correspondiente a 1996, por importe de 5.500 DEM brutos.
- 15 El órgano jurisdiccional remitente formuló, en particular, las siguientes observaciones:

«5. [...]

En opinión de la Sala, la gratificación constituye una remuneración, en el sentido del artículo 119 del Tratado y del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CE, por el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación de Navidad.

Si se excluye del grupo de los beneficiarios potenciales de una gratificación extraordinaria de Navidad a las mujeres que disfrutan de un permiso parental en el momento en que se abona dicha gratificación, no se tiene en cuenta el hecho de que el contrato de trabajo de dichas mujeres persiste, aunque las obligaciones recíprocas se encuentren suspendidas en virtud del permiso parental, y que, en consecuencia, la madre que disfruta de un permiso parental permanece fiel a la empresa. La amenaza de una denegación de las prestaciones que tienen carácter de gratificación puede, además, llegar a disuadir a las mujeres que hayan dado a luz de hacer valer su derecho a un permiso de maternidad en interés del niño. Esta Sala estima que resulta totalmente incompatible con la prohibición de toda discriminación directa o indirecta, prevista en el Tratado CE y en el Derecho derivado adoptado en la materia, distinguir con ocasión del pago de una gratificación entre los trabajadores “activos” y los que disfrutan de un permiso parental, de modo que ni siquiera se tome en consideración, a los efectos de una concesión parcial de la prestación, el trabajo realizado anteriormente durante el año de referencia o los períodos en que se prohíbe trabajar a la mujer embarazada

o que ha dado a luz. La justificación alegada por el empleador, tal y como la formuló el propio demandado, según la cual su intención es hacer de la gratificación un aliciente para el trabajo futuro (algo que no puede esperar, a corto plazo, de una mujer que disfruta de un permiso parental durante cierto tiempo), no basta, en opinión de esta Sala, para justificar que no se tenga en cuenta el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación y los períodos en que se prohíbe el trabajo de la futura madre o de la madre después del parto, a la hora de distribuir las gratificaciones, es decir, en el momento de atribuir la retribución en el sentido de las disposiciones del Derecho comunitario. En efecto, el empleador se ha beneficiado de los servicios de la madre durante el año de referencia y las prohibiciones de trabajo se aplican por exigencia legal, sin que sea preciso que la madre lo solicite. El hecho de que ésta haga valer, inmediatamente después del final del período en que se prohíbe el trabajo, su derecho al permiso parental y que se encuentre, por consiguiente, disfrutando del permiso parental en el momento del pago de la gratificación, obedece esencialmente a una circunstancia ligada a su sexo.

El hecho de que no se tomen en consideración los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo) justificados por la protección de la madre al atribuir y calcular una gratificación resulta, además, contrario, según esta Sala, al objetivo perseguido por la Directiva 92/85/CEE, que consiste en garantizar “el mantenimiento de una remuneración” en el sentido del artículo 11, número 2, letra b), de dicha Directiva. En su sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie (C-342/93, Rec. p. I-475), el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de interpretar el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE, ya que los hechos del mencionado caso eran anteriores a la expiración del plazo para la ejecución de la Directiva. Los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo) previstos por la Ley de protección de la maternidad no pueden, según la disposición mencionada, asimilarse a los períodos de incapacidad para el trabajo, que, conforme al Bundesarbeitsgericht, pueden tenerse en cuenta a fin de reducir la gratificación, con independencia de que el empleador demandado no tomara en consideración dichos períodos de incapacidad para el trabajo como un elemento que pudiera dar lugar a una reducción de la gratificación, en relación con los trabajadores que obtuvieron dicha prima en 1996.

En opinión de esta Sala, el artículo 119, párrafo primero, del Tratado CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE se oponen a la reducción de una gratificación extraordinaria anual por los períodos de ausencia que obedecen a la protección legal de la madre. Es cierto que al pronunciarse en su sentencia

Gillespie sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE, el Tribunal de Justicia concluyó que las mencionadas disposiciones no establecen “criterios específicos para determinar el importe de las prestaciones que les correspondían [a los trabajadores] durante este período” (apartado 20 de la sentencia). No obstante, un “trabajador femenino que se encuentra de permiso de maternidad debe beneficiarse de un aumento de salario que haya tenido lugar antes o durante dicho período” (apartado 21 de la sentencia). Por consiguiente, cuando la trabajadora por cuenta ajena tenga derecho, en virtud de la legislación nacional, al mantenimiento de la totalidad de su remuneración —como ocurre en la República Federal de Alemania, en virtud de los artículos 13 y 14 de la MuSchG—, tendrá también derecho, en aplicación del Derecho comunitario, a todos los aumentos salariales relativos al período en que haya estado ausente como consecuencia del descanso por maternidad. Este principio debe aplicarse igualmente a una gratificación extraordinaria anual de carácter mixto [...] que también se concede, al menos en parte, como reconocimiento del trabajo realizado durante el año en que se abona.»

Las cuestiones prejudiciales

- 16 En estas circunstancias, el Arbeitsgericht Gelsenkirchen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Una gratificación concedida con motivo de las fiestas de Navidad, ¿constituye retribución a efectos del artículo 119 del Tratado CE o “remuneración” a efectos del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE por los servicios prestados durante el año en el que se concede, aun en el caso de que el empresario la otorgue fundamental o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa? ¿Cabe suponer que reviste dicho carácter retributivo, al menos, en el caso de que el empresario no anunciara, antes de iniciarse el año en el que se concede la gratificación, que en las Navidades del siguiente año se proponía fijar su cuantía en función exclusivamente de las prestaciones laborales futuras, de modo que tenía la intención de excluir de la percepción de la prestación a los trabajadores cuya relación laboral se encontrara suspendida en la fecha de pago de la gratificación y a partir de la misma?»

- 2) ¿Constituye una infracción del artículo 119 del Tratado CE, del artículo 11, número 2, de la Directiva 92/85/CEE y de la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE (a la que no se ha adaptado el derecho interno), el hecho de que un empresario excluya por completo de la percepción de la gratificación a las mujeres que, en la fecha de pago de la gratificación de Navidad, se encuentren disfrutando de un permiso parental, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede ni los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo) transcurridos?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

¿Constituye una infracción del artículo 119 del Tratado CE, del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE y de la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE, el hecho de que un empresario tome en consideración, a efectos de la concesión de una gratificación de Navidad a una mujer que se encuentra disfrutando de un permiso parental, los períodos que a continuación se indican con el fin de reducir proporcionalmente su importe:

- los períodos de permiso parental
- los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo)?»

Sobre la primera cuestión

- 17 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pregunta, en esencia, si una gratificación de Navidad, como la contemplada en el procedimiento principal, puede encajar en el concepto de retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado o del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, aun cuando dicha gratificación haya sido concedida por el empleador principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa.

- 18 Según el demandado en el procedimiento principal, en la medida en que la gratificación fue concedida voluntariamente como una prestación excepcional con motivo de la Navidad, no puede considerarse que constituya retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.
- 19 A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el concepto de retribución, en el sentido del artículo 119, párrafo 2, del Tratado, engloba todas las gratificaciones, actuales o futuras, satisfechas por un empresario a un trabajador en razón de la relación de trabajo, ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario (véanse las sentencias de 25 de mayo de 1971, Defrenne, 80/70, Rec. p. 445, apartado 6; de 9 de febrero de 1982, Garland, 12/81, Rec. p. 359, apartado 10, y de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, Rec. p. I-1889, apartado 20).
- 20 A los efectos de la aplicación del artículo 119, el motivo que conduzca al empleador a conceder la prestación es indiferente, siempre que dicha prestación se conceda en razón de una relación de trabajo.
- 21 Se deduce de lo anterior que una gratificación de Navidad, como la contemplada en el procedimiento principal, constituye retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, aun cuando se conceda de forma voluntaria y se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa.
- 22 Por lo que respecta al concepto de remuneración recogido en el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, procede señalar que dicha disposición pretende garantizar a los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad unos ingresos de nivel equivalente al contemplado en el artículo 11, número 3, de dicha Directiva, tanto si dichos ingresos se abonan como una prestación, una remuneración o como una combinación de ambas (sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otras, C-411/96, Rec. p. I-6401, apartados 31 a 33).

- 23 No cabe considerar que la gratificación objeto del procedimiento principal encaje en el concepto de remuneración del artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, ya que su finalidad no es garantizar al trabajador femenino el mencionado nivel de ingresos durante el permiso de maternidad.
- 24 Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión que una gratificación de Navidad como la contemplada en el procedimiento principal constituye una retribución a efectos del artículo 119 del Tratado, aun cuando dicha gratificación haya sido concedida con carácter voluntario por el empleador y se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa. En cambio, dicha gratificación no encaja en el concepto de remuneración contemplado en el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85.

Sobre la segunda cuestión

- 25 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta, esencialmente, si el artículo 119 del Tratado, el artículo 11, número 2, de la Directiva 92/85 y la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 se oponen a que un empresario excluya por completo de la entrega de una gratificación de carácter voluntario concedida como una prestación excepcional con motivo de la Navidad, a las mujeres que, en la fecha en que se abona, disfruten de un permiso parental, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede, ni los períodos correspondientes al descanso por maternidad (prohibición del trabajo).
- 26 Es preciso recordar, en primer lugar, que, por tener carácter imperativo, la prohibición de discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos no sólo se impone a la acción de las autoridades públicas, sino que también se extiende a todos los convenios destinados a regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares (véanse, en particular, las sentencias de 7 de febrero de 1991, Nimz, C-184/89, Rec. p. I-297, apartado 11, y de 9 de septiembre de 1999, Krüger, C-281/97, Rec. p. I-5127, apartado 20). Dicha prohibición se aplica igualmente a los actos unilaterales de un empleador en relación con sus empleados.

- 27 Procede señalar, en segundo lugar, que la constatación de que una ventaja, como la gratificación de Navidad contemplada en el procedimiento principal, encaja en el concepto de retribución en sentido amplio recogido en el artículo 119 del Tratado no implica necesariamente que se la deba considerar una retribución retroactiva del trabajo realizado durante el año de concesión de la gratificación, como parece suponer el órgano jurisdiccional de remisión. Ésta es, sin embargo, una cuestión de hecho que corresponde apreciar al Juez nacional a la luz de su Derecho nacional.
- 28 Corresponde, por tanto, al órgano jurisdiccional de remisión examinar, a fin de calificar la gratificación según su Derecho nacional, la pertinencia de los argumentos del demandado en el procedimiento principal, según los cuales su objetivo, al conceder la gratificación de Navidad del año 1996, fue incentivar a los trabajadores con una relación laboral «activa» el 1 de diciembre de 1996, para que efectuaran un buen trabajo durante los meses siguientes y recompensarlos de esta manera por su fidelidad futura al empleador.
- 29 Para dar una respuesta útil a la cuestión planteada, procede, por tanto, a la vista de las dudas sobre la calificación exacta de la gratificación según el Derecho nacional, examinar, en primer lugar, la hipótesis conforme a la cual la concesión de una gratificación como una prestación excepcional de carácter voluntario concedida por un empleador con motivo de la Navidad no constituye una remuneración retroactiva del trabajo realizado y sólo está sujeta a la condición de que el trabajador se halle en activo en el momento de su concesión.
- 30 A este respecto, conviene indicar, en primer lugar, que el abono a un trabajador, durante el permiso parental, de una prestación de carácter voluntario concedida por el empleador con motivo de la Navidad no se halla contemplada ni en el artículo 11, número 2, de la Directiva 92/85, ni en la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34.
- 31 En efecto, el artículo 11, número 2, de la Directiva 92/85 no es aplicable, en la medida en que la letra a) se refiere a los derechos vinculados al contrato de trabajo de un trabajador femenino que deben garantizarse durante el permiso de maternidad. No puede considerarse que la gratificación de carácter voluntario

concedida como una prestación excepcional, no durante un permiso de maternidad, sino durante un permiso parental, constituya un derecho que deba garantizarse en caso de maternidad. Por lo que respecta a su letra b), del apartado 23 de esta sentencia se desprende que tampoco puede aplicarse.

- 32 En cuanto a la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34, la gratificación no constituye un derecho adquirido o en vías de serlo en el momento en que se inició el permiso parental, puesto que se concedió de forma voluntaria con posterioridad al inicio de dicho permiso.
- 33 En segundo lugar, procede señalar que, a los efectos del artículo 119 del Tratado, este tipo de práctica del empleador no supone una discriminación directa, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores masculinos y a los trabajadores femeninos. Procede, por tanto, examinar si puede constituir una discriminación indirecta.
- 34 Según reiterada jurisprudencia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, en particular, la sentencia Boyle y otras, antes citada, apartado 76).
- 35 A este respecto, debe indicarse, en primer lugar, que, como señaló el órgano jurisdiccional remitente, las mujeres recurren al permiso parental con mucha mayor frecuencia que los hombres, como confirma la situación en la empresa del demandado en el procedimiento principal.
- 36 Procede recordar, además, que, según reiterada jurisprudencia, una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (sentencia Boyle y otras, antes citada, apartado 39).

- 37 Ahora bien, el trabajador que ejerce el derecho a disfrutar de un permiso parental, que le otorga la legislación y que conlleva el pago de una prestación de crianza por parte del Estado, se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse a la de un hombre o mujer que trabajen, puesto que dicho permiso se caracteriza por la suspensión del contrato de trabajo y, por consiguiente, de las obligaciones respectivas del empleador y del trabajador.
- 38 La negativa a abonar a una mujer que disfruta de un permiso parental una gratificación, como prestación excepcional de carácter voluntario concedida por el empleador con motivo de la Navidad, no constituye, por lo tanto, una discriminación a los efectos del artículo 119 del Tratado, cuando la concesión de dicha gratificación sólo está sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión.
- 39 La solución sería diferente si, en virtud de su Derecho nacional, el Juez nacional considerara que la gratificación contemplada en el procedimiento principal constituye una retribución retroactiva del trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación.
- 40 En tal caso, la negativa del empleador a conceder una gratificación, aun cuando fuera proporcionalmente reducida, a los trabajadores que disfrutaban de un permiso parental y que han trabajado durante el año de concesión de la gratificación, por el mero hecho de que su contrato de trabajo se encuentra suspendido en el momento del pago de la gratificación, los coloca en desventaja respecto a aquellos cuyo contrato no se halla suspendido en el momento de la concesión y que reciben de forma efectiva la gratificación como retribución del trabajo realizado durante dicho año. La negativa mencionada constituye, por tanto, una discriminación a los efectos del artículo 119 del Tratado, puesto que, como se ha constatado en el apartado 35 de esta sentencia, los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse disfrutando un permiso parental en el momento de concesión de la gratificación.
- 41 En cuanto a la cuestión de si los períodos de descanso por maternidad (prohibiciones del trabajo) deben tomarse en consideración, procede señalar que deben asimilarse a los períodos trabajados.

- 42 En efecto, no computar los períodos de descanso por maternidad como períodos trabajados al conceder una gratificación que tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado discriminaría a los trabajadores femeninos en su calidad de trabajadores, puesto que si no hubiesen estado embarazadas, dichos períodos deberían haberse contabilizado como períodos trabajados.
- 43 Procede, por consiguiente responder a la segunda cuestión que el artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador excluya por completo a los trabajadores femeninos que disfruten de su permiso parental del pago de una gratificación de carácter voluntario concedida como una prestación excepcional con motivo de la Navidad, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación, ni los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo), cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año.
- 44 En cambio, ni el artículo 119 del Tratado, ni el artículo 11, número 2, letra b) de la Directiva 92/85, ni la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 se oponen a que se niegue el pago de dicha gratificación a una mujer que disfruta de un permiso parental, cuando la concesión de la mencionada gratificación sólo esté sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión.

Sobre la tercera cuestión

- 45 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pregunta esencialmente si el artículo 119 del Tratado, el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, y la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 se

oponen a que un empleador, al conceder la gratificación de Navidad a un trabajador femenino que disfruta de un permiso parental, tenga en cuenta, para reducir proporcionalmente la prestación, los siguientes períodos:

- los períodos de permiso parental

- los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo).

46 En primer lugar, como se indicó en los puntos 23 y 32 de esta sentencia, el pago, durante el permiso parental de un trabajador, de una gratificación como una prestación de carácter voluntario concedida con motivo de la Navidad, no se halla contemplado en el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, ni en la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34.

47 En segundo lugar, de la respuesta dada a la segunda cuestión se desprende que el hecho de que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad como la contemplada en el procedimiento principal, no tome en consideración el trabajo efectuado durante el año en que se concede la gratificación y los períodos correspondientes al descanso por maternidad (prohibición del trabajo) constituye una discriminación a los efectos del artículo 119 del Tratado.

48 De lo anterior se deduce que el artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta los períodos de descanso por maternidad para reducir proporcionalmente la prestación.

49 En cambio, no puede impedirle que tenga en cuenta, para reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de permiso parental, puesto que, como se

indicó en el apartado 37 de esta sentencia, la situación de los trabajadores que disfrutaban de un permiso parental no puede asimilarse a la de un hombre o mujer que trabaja.

- 50 Procede, por tanto, responder a la tercera cuestión que el artículo 119 del Tratado, el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, y la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 no se oponen a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad a una mujer que disfruta de un permiso parental, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de permiso parental.
- 51 Por el contrario, el artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo).

Costas

- 52 Los gastos efectuados por los Gobiernos alemán y del Reino Unido, así como por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Gelsenkirchen mediante resolución de 29 de agosto de 1997, declara:

- 1) Una gratificación de Navidad como la contemplada en el procedimiento principal constituye una retribución a efectos del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), aun cuando dicha gratificación haya sido concedida con carácter voluntario por el empleador y se abone principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa. En cambio, dicha gratificación no encaja en el concepto de remuneración contemplado en el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).
- 2) El artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador excluya por completo a los trabajadores femeninos que disfruten de su permiso parental del pago de una gratificación de carácter voluntario concedida como una prestación excepcional con motivo de la Navidad, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación, ni los periodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo), cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año.

En cambio, ni el artículo 119 del Tratado, ni el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, ni la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la

Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, se oponen a que se niegue el pago de dicha gratificación a una mujer que disfruta de un permiso parental, cuando la concesión de la mencionada gratificación sólo esté sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión.

- 3) El artículo 119 del Tratado, el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85, y la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34 no se oponen a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad a una mujer que disfruta de un permiso parental, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de permiso parental.

Por el contrario, el artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo).

Schintgen

Kapteyn

Hirsch

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de octubre de 1999.

El Secretario

El Presidente de la Sala Sexta

R. Grass

J.C. Moitinho de Almeida