

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 1 de julio de 2010 *

En el asunto C-194/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Verwaltungsgerichtshof (Austria), mediante resolución de 28 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de mayo de 2008, en el procedimiento entre

Susanne Gassmayr

y

Bundesminister für Wissenschaft und Forschung,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente de la Sala Tercera, y la Sra. P. Lindh y los Sres. A. Rosas, A. Ó Caoimh (Ponente) y A. Arabadjiev, Jueces;

* Lengua de procedimiento: alemán.

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;
Secretario: Sr. K. Malacek, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de mayo de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. M. Winkler, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. V. Kreuzchitz y M. van Beek, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de septiembre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

- ¹ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 11, puntos 1 a 3, 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).

- 2 Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Gassmayr y el Bundesminister für Wissenschaft und Forschung (Ministerio federal de Ciencia e Investigación; en lo sucesivo, «Bundesminister»), sobre la denegación por éste del mantenimiento del complemento salarial por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante los períodos en los que dicha señora estaba dispensada de trabajar o se le prohibía legalmente trabajar, a causa de su embarazo y posteriormente de su permiso de maternidad.

El marco jurídico

La normativa de la Unión

- 3 Los considerandos 9, 16 y 18 de la Directiva 92/85 están así redactados:

«Considerando que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres;

[...]

Considerando que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada;

[...]

Considerando que 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».

4 El artículo 2 de la citada Directiva establece:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) *trabajadora embarazada*: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) *trabajadora que ha dado a luz*: cualquier [trabajadora] que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) *trabajadora en período de lactancia*: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.»

- 5 El artículo 4 de la misma Directiva, titulado «Evaluación e información», dispone en su apartado 1:

«Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE [del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1)], deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

— apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2,

— determinar las medidas que deberán adoptarse.»

- 6 El artículo 5 de la Directiva 92/85, titulado «Consecuencias de los resultados de la evaluación», establece en sus apartados 1 a 3:

«1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad

o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.»

- 7 El artículo 8 de la misma Directiva, titulado «Permiso de maternidad», dispone en su apartado 1:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras [embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia] 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.»

- 8 El artículo 11 de la referida Directiva, titulado «Derechos inherentes al contrato de trabajo», tiene la siguiente redacción:

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

- 1) En los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales;
- 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;

- 4) Los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y 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.

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.»

La normativa nacional

La Ley de protección de la maternidad

- 9 En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Ley de protección de la maternidad (Mutterschutzgesetz 1979; en lo sucesivo, «MSchG»), está prohibido que las mujeres embarazadas trabajen durante las ocho últimas semanas anteriores a la fecha prevista para el parto (en lo sucesivo, «plazo de ocho semanas»).
- 10 El artículo 3, apartado 3, de la MSchG dispone que, al margen del plazo de ocho semanas, las mujeres embarazadas tampoco podrán trabajar si la continuación de su actividad pudiera poner en peligro la vida o la salud de la madre o del hijo, según un certificado emitido por un médico de salud laboral o un médico de la inspección de trabajo.

- 11 El artículo 5 de la MSchG, titulado «Prohibiciones de trabajar después del parto», prevé en su apartado 1:

«Las trabajadoras no podrán trabajar durante las ocho semanas posteriores al parto. [...] Si se hubiera reducido el plazo de ocho semanas anteriores al parto, el plazo de protección tras el parto se ampliará por el mismo tiempo de esa reducción, hasta un máximo de dieciséis semanas [...].»

- 12 El artículo 14 de la MSchG, titulado «Mantenimiento del pago de la remuneración», según su modificación publicada en BGBl. 833/1992 y 434/1995, está redactado como sigue:

«1. Salvo que el artículo 10, letra a), apartado 3, disponga lo contrario, si la aplicación de los artículos 2, letra b), [apartado] 4, 4, letra a), 5, apartados 3 y 4, o del artículo 6 hiciera necesario modificar la organización del trabajo en la empresa, la trabajadora tendrá derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante las trece semanas anteriores a dicha modificación. Si en este plazo se incluyeran períodos en los que la trabajadora no hubiera percibido la remuneración íntegra, a causa de enfermedad o reducción de jornada, se ampliará el plazo de trece semanas para incluir dichos períodos, pero éstos se excluirán del cómputo del salario medio. [...]

2. Las trabajadoras que no puedan trabajar en virtud del artículo 3, apartado 3, y las que, en virtud de los artículos 2, letra b), [apartado] 4, 4, letra a), 5, apartados 3 y 4, o del artículo 6, no tengan ya posibilidad de trabajar en la empresa, tendrán derecho a una remuneración calculada por analogía con arreglo al apartado anterior.»

La Ley sobre los salarios

- 13 En virtud del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Ley de 1956 sobre los salarios (Gehaltsgesetz 1956; en lo sucesivo, «GehG»), aplicable a los empleados federales del sector público, como la demandante en el litigio principal, los funcionarios tiene derecho a una remuneración mensual y ésta se compone del salario y de los complementos en su caso.
- 14 El artículo 13 *quater* de la GehG, titulado «Derechos en caso de incapacidad laboral», dispone:

«1) El funcionario incapacitado para ejercer sus funciones a causa de un accidente (excepto accidente de trabajo) o de una enfermedad tiene derecho, a partir de 182 días de incapacidad laboral, al 80 % del importe de la remuneración a la que habría tenido derecho de no producirse dicha incapacidad. Se excluye de esa reducción la prestación por hijos.

[...]

3) La reducción efectuada conforme al apartado 1 disminuirá en el 80 % del importe correspondiente a la base de referencia prevista en el apartado 4, cantidad esa que no podrá sin embargo ser superior al importe total de la reducción prevista en virtud del apartado 1.

4) Se entenderá como base de referencia a efectos del apartado 3 la suma de las compensaciones (no incluidos los pagos excepcionales), los complementos, las indemnizaciones y las retribuciones accesorias (excepto las previstas en los artículos 19, 20 *ter* o 20 *quater*); que el empleado habría percibido de no estar incapacitado para ejercer sus funciones y a los que ya no tiene derecho debido a la falta de prestación de servicios. En el caso de las retribuciones accesorias que no sean a tanto alzado a

efectos de la primera frase, el cálculo se basará en una doceava parte de la totalidad de las retribuciones accesorias que el empleado haya percibido durante los últimos doce meses anteriores al inicio del primero de todos los períodos de enfermedad acumulados conforme al apartado 2.

5) La reducción de la remuneración mensual será efectiva en la fecha en que comience la incapacidad laboral, no antes sin embargo del día siguiente a la terminación del plazo de 182 días laborables señalado en el apartado 1, y cesará el día inmediatamente anterior al de la reanudación de sus funciones por el empleado.

[...]

8) No se aplicarán los apartados 1 a 6 durante todo el período de prohibición de trabajar conforme a la [MSchG] (tanto en lo que se refiere al permiso anterior al parto como al posterior). Dicha prohibición de trabajar suspenderá el curso de los plazos enumerados en los apartados 1 a 6.»

- 15 El artículo 15 de la GehG, titulado «Retribuciones accesorias», prevé en sus apartados 1, 2 y 5:

«1) Se entenderá por retribuciones accesorias:

1. el complemento por horas extraordinarias (artículo 16),

[...]

4. el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo (artículo 17 bis),

[...]

Sólo pueden atribuir derecho a una retribución accesoria los períodos por los que también existe derecho a remuneración.

2) Las retribuciones accesorias enumeradas en el apartado 1, puntos 1, 4 a 6 y 8 a 11, así como los complementos por trabajo en domingos y festivos mencionadas en el apartado 1, punto 3, podrán ser de importe a tanto alzado cuando las prestaciones de servicios que den lugar a esa retribución accesoria se realicen de forma permanente o con carácter regular, de forma que sea posible el cálculo de una media mensual (tanto alzado específico). La fijación de un importe a tanto alzado en los casos previstos en el apartado 1, puntos 1, 3 a 6 y 10 requerirá el acuerdo del Canciller federal. Queda autorizada la fijación de un importe a tanto alzado único (tanto alzado general) para los servicios sustancialmente similares. En cuanto a las retribuciones accesorias a tanto alzado por horas extraordinarias fuera de las horas de trabajo normales, deberá determinarse la fracción de la retribución que representa el complemento concedido por las horas extraordinarias.

[...]

5) El derecho a las retribuciones accesorias a tanto alzado no quedará afectado por un permiso durante el cual el funcionario conserve su derecho a una remuneración mensual, o por un accidente de trabajo que le impida ejercer sus funciones. Si por causa distinta el funcionario no prestara servicios durante más de un mes, la retribución

accesoria a tanto alzado quedará suspendida a partir del día siguiente al de terminación de ese plazo y hasta el último día en que no haya prestado servicios.»

- 16 El artículo 17 bis de la GehG, titulado «Complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo», dispone:

«1. El funcionario designado para prestar servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo fuera de las horas normales previstas en el cuadro horario de servicio, tendrá derecho, por el tiempo de disponibilidad y por la prestación inherente a la permanencia en el lugar de trabajo, a un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, en sustitución de las retribuciones previstas por los artículos 16 y 17.

2. El importe del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo se fijará en función de la duración de dicho servicio y del promedio de actividad durante el tiempo de ese servicio [...]; su determinación requerirá el acuerdo del Canciller federal.»

- 17 De los autos resulta que, en ejecución del artículo 17 bis de la GehG, la República de Austria ha adoptado el reglamento relativo al cálculo a tanto alzado de las compensaciones por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo de los médicos de las clínicas universitarias (Pauschalierungsverordnung für Journaldienstzulage für Ärzte an Universitätskliniken, BGBl. II, 202/2000), que prevé un porcentaje concreto del salario normalizado para la retribución de cada hora de disponibilidad efectiva en el lugar de trabajo.

Ley del Estatuto de los Funcionarios

- ¹⁸ En virtud del artículo 50, apartado 1, de la Ley de 1979 del Estatuto de los Funcionarios (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979), por razones de servicio el funcionario puede estar obligado a permanecer disponible en el lugar de trabajo o en otro lugar determinado fuera de las horas normales previstas en el cuadro horario de servicio, y a reanudar sus actividades de servicio en caso de necesidad o previa solicitud (horas de permanencia, obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo).

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

- ¹⁹ La demandante en el litigio principal trabajó desde el 1 de enero de 1995 como médico interno en la clínica universitaria de anestesia de la Universidad de Graz (en lo sucesivo, «empresario»). Percibía un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo durante las horas extraordinarias que efectuaba además de sus horas normales previstas en el cuadro horario de servicio.
- ²⁰ La demandante en el litigio principal dejó de trabajar a partir del 4 de diciembre de 2002 en aplicación, en un primer momento, del artículo 3, apartado 3, de la MSchG (prohibición de trabajar previa presentación de un certificado médico que indica que la continuación de la actividad profesional puede poner en peligro la vida o la salud de la madre o del hijo), a continuación en virtud del apartado 1 del mismo artículo 3 (prohibición de trabajar durante el plazo de ocho semanas), y por último conforme al artículo 5, apartado 1, de dicha Ley (prohibición de trabajar durante las ocho semanas posteriores al parto).

- 21 Mediante escrito de 9 de febrero de 2004, dirigido a su empresario, la demandante en el litigio principal expuso que, aun si durante el período de prohibición de trabajar, debido a su condición de mujer embarazada, y después a causa de su permiso de maternidad, no le fue posible prestar los servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenía derecho no obstante a reclamar el pago de un complemento correspondiente al promedio de las prestaciones realizadas de disponibilidad en el lugar de trabajo. Solicitó por tanto el pago de las cantidades correspondientes al citado complemento.
- 22 Mediante decisión de 31 de agosto de 2004, su empresario denegó esa solicitud. Según él, las retribuciones pagadas por los diversos servicios de disponibilidad prestados en el lugar de trabajo durante el mes anterior al comienzo de la prohibición de trabajar no se incluyen en la cláusula de reserva prevista por el artículo 14 de la MSchG y no constituyen retribuciones accesorias a tanto alzado en el sentido del artículo 15 de la GehG. El empresario afirmaba en particular que, durante el período de la prohibición de trabajar, la demandante en el litigio principal había percibido su remuneración, a saber, el salario mensual y los complementos, conforme al artículo 3, apartado 2, de la GehG, sin restricción alguna. En cambio, la demandante ya no había podido prestar servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo a causa de la prohibición de trabajar que le afectaba y debido a ello no había adquirido derecho alguno a retribución por servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo durante ese período. Según el empresario, el importe concreto del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo debe corresponder a los servicios efectivamente prestados, y no constituye una retribución accesoria a tanto alzado. Ese complemento no puede dar lugar en ningún caso a un cálculo mensual basado en un promedio.
- 23 La demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el tribunal remitente contra la resolución del Bundesminister de 9 de mayo de 2005 relativa a la denegación del mantenimiento del complemento controvertido, invocando el principio del Derecho de la Unión de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

- 24 Ante el tribunal remitente el Bundesminister sostiene que el mantenimiento sin restricción del pago de la remuneración de la demandante en el litigio principal correspondiente a su categoría de asistente universitaria, así como de los complementos previstos en el artículo 3, apartado 2, de la GehG durante el período de prohibición de trabajar que la afectaba, se ajusta plenamente a los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52). Aun cuando la sentencia de 30 de marzo de 2004, Alabaster (C-147/02, Rec. p. I-3101), ha precisado el principio de no discriminación en el contexto de los aumentos salariales en general, el derecho que invoca la interesada no se refiere a su salario mensual ordinario, ni a un aumento general de éste.
- 25 El demandado en el litigio principal también destaca que, a diferencia de la gratificación de Navidad objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), el presente asunto se refiere a un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, pagado en función de servicios efectivamente prestados en cada caso. La finalidad de ese complemento accesorio del salario es exclusivamente compensar el trabajo adicional del trabajador cuando se recurre a él para dichos servicios, fuera de las horas normales previstas en el cuadro horario de servicio. Si no se recurre a un trabajador para prestar servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, éste no puede reclamar una retribución en tal concepto, con independencia de sus prestaciones laborales efectuadas en el marco de su servicio normal.
- 26 No está en discusión que la demandante en el litigio principal prestó servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo durante el período de referencia, previsto por el artículo 14, apartado 1, de la MSchG, antes de que comenzara el período de prohibición de trabajar que le afectó en virtud del artículo 3, apartado 3, de la misma Ley, ni que percibió por esas prestaciones un complemento calculado conforme al artículo 17 bis de la GehG.

27 Al estimar que no es posible dar una respuesta clara a las cuestiones suscitadas en el litigio del que conoce, en particular en relación con el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) a) ¿Tiene efecto directo el artículo 11, puntos 1, 2 y 3, de la Directiva [92/85]?
- b) En caso afirmativo, ¿deben interpretarse las mencionadas disposiciones en el sentido de que, durante el período de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas y/o durante su permiso de maternidad, se mantiene el derecho a percibir un complemento por la “obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo”?
- c) ¿Es ello así cuando el Estado miembro ha decidido establecer un sistema de mantenimiento de una “remuneración” que comprende, en principio, todos los ingresos del trabajo, con la excepción no obstante de las denominadas retribuciones accesorias, según el artículo 15 de la [GehG], debidas por servicios prestados (vinculados con las tareas efectuadas), como el “complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo” objeto del presente asunto?
- 2) En caso de que las mencionadas disposiciones carezcan de efecto directo, ¿deben los Estados miembros adaptar su Derecho interno a ellas de tal manera que una trabajadora, que durante el período de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas y/o durante el permiso de maternidad no preste servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo, tenga derecho al mantenimiento del pago del complemento por dichos servicios?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en relación con el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85

- 28 Con carácter previo debe observarse que la Comisión de las Comunidades Europeas rebate la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales en cuanto se refieren al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, pues duda de su pertinencia para la solución del litigio principal. Considera que esa disposición no es pertinente en el presente caso dado que la cuestión planteada en el litigio principal no guarda relación con los derechos regulados por los artículos 5, 6 y 7 de la Directiva, sino únicamente con el importe de la remuneración debida a la demandante respecto al período durante el que dejó de trabajar a causa de su embarazo, y después de su permiso de maternidad.
- 29 Hay que recordar al respecto que, según reiterada jurisprudencia, 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 (véanse en especial las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones* y otros, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 18).
- 30 No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma del Derecho de la Unión, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias *Bosman*, antes citada, apartado 61, y de 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme*, C-36/99, Rec. p. I-6049, apartado 20).

- 31 Además, es indispensable que el juez nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio principal (véase en particular la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 34).
- 32 En el asunto principal la resolución de remisión expone que la demandante dejó de trabajar durante su embarazo en aplicación del artículo 3, apartado 3, de la MSchG, disposición según la que una mujer embarazada no puede trabajar cuanto resulte de un certificado presentado por ella y emitido por un médico de salud laboral o un médico de la inspección de trabajo que la prosecución de su trabajo podría poner en peligro la vida o la salud de la madre o del hijo.
- 33 Mediante sus cuestiones, que se refieren al artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85, el tribunal remitente trata de determinar los ingresos que puede reclamar esa trabajadora durante el período de interrupción del trabajo con ocasión de su embarazo, conforme al artículo 5, apartado 3, de esa Directiva, así como durante el permiso de maternidad previsto por el artículo 8 de la misma.
- 34 Debe recordarse que los artículos 4, apartado 1, y 5 de la Directiva 92/85 tienen por objeto garantizar una protección particular de las trabajadoras encintas, que hayan dado a luz o en período de lactancia respecto a cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico para su seguridad o su salud o que tenga repercusiones negativas sobre el embarazo o la lactancia (sentencia de 27 de febrero de 2003, Busch, C-320/01, Rec. p. I-2041, apartado 42). El legislador de la Unión, al adoptar esa Directiva, estableció un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos, así como la prohibición de ejercer determinadas actividades (véase en ese sentido la sentencia de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 44).

- 35 Cuando los resultados de la evaluación de los riesgos efectuada conforme al artículo 4 de la Directiva 92/85 revelan un riesgo para la seguridad o la salud así como una repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora, el artículo 5, apartados 1 y 2, de la misma Directiva prevé que el empresario está obligado a realizar una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, o si ello no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, a disponer un cambio de puesto de trabajo.
- 36 Sólo en caso de que dicho cambio de puesto resulte igualmente imposible, el artículo 5, apartado 3, de dicha Directiva establece que la trabajadora queda, conforme a las legislaciones o a las prácticas nacionales, dispensada de trabajar durante todo el período necesario para la protección de su salud o de su seguridad (sentencias de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros, C-66/96, Rec. p. I-7327, apartado 57, y de esta fecha, Parviainen, C-471/08, Rec. p. I-6533, apartado 32).
- 37 En la resolución de remisión el Verwaltungsgerichtshof ha citado las disposiciones de los artículos 4 y 5 de la Directiva 92/85 relativas a la evaluación de los riesgos y a la adopción de medidas a raíz de dicha evaluación, y ha planteado las cuestiones prejudiciales relativas al artículo 11, punto 1, de dicha Directiva, disposición que remite al referido artículo 5.
- 38 En la vista ante el Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas de éste, el Gobierno austriaco confirmó que, según el artículo 3, apartado 3, de la MSchG, está prohibido que las mujeres embarazadas trabajen cuando la continuación de su actividad profesional pueda poner en peligro su salud o su vida o la de su hijo. Según ese Gobierno, se trata de una disposición aplicada a menudo a las mujeres embarazadas mayores de 30 o 35 años, que permite la interrupción del trabajo bastante antes del inicio del permiso de maternidad normal para evitar complicaciones. No se trata de una prohibición ligada a la actividad profesional sino de una prohibición que depende de la situación personal de la mujer embarazada y de su estado físico.

- ³⁹ Corresponde al tribunal remitente verificar si la demandante en el litigio principal sufría durante su embarazo una enfermedad o complicaciones relacionadas con su embarazo, o bien si fue dispensada de trabajar para proteger su seguridad o su salud debido a un potencial riesgo profesional que pusiera en peligro éstas o la salud de su hijo.
- ⁴⁰ No obstante, es preciso señalar que, en cualquier caso, en ambos supuestos el motivo de una interrupción del trabajo durante el embarazo es idéntico, a saber, la protección de la seguridad o la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo. Además, el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 es la única disposición de ésta que regula los ingresos a los que tiene derecho una trabajadora durante el embarazo.
- ⁴¹ Por tanto, dado que no resulta manifiesto que la interpretación del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 solicitada por el tribunal remitente carezca de relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal, por una parte, y que el Tribunal de Justicia dispone de información suficiente para interpretar las reglas de esa Directiva respecto a la situación objeto del litigio principal, por otra parte, no procede considerar inadmisibles las cuestiones prejudiciales en cuanto se refieren a dicha disposición, en contra de lo que mantiene la Comisión.
- ⁴² Siendo así, debe considerarse admisible la petición de decisión prejudicial en cuanto se refiere al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión, letra a), relativa al efecto directo del artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85

- ⁴³ Mediante su primera cuestión, letra a), el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 puede producir efecto directo y crear a favor de los particulares derechos que éstos puedan invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva, o lo haya adaptado de forma incorrecta, derechos que los tribunales nacionales estén obligados a proteger.
- ⁴⁴ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en todos los casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, ya sea cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, o bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta (véanse en especial las sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53, apartado 25; de 17 de septiembre de 1996, Cooperativa Agrícola Zootechnica S. Antonio y otros, C-246/94 a C-249/94, Rec. p. I-4373, apartado 17, y de 17 de julio de 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07, Rec. p. I-5999, apartado 23 y la jurisprudencia citada).
- ⁴⁵ Una disposición del Derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros. Por otra parte, una disposición es suficientemente precisa para ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez cuando establece una obligación en términos inequívocos (véanse en particular las sentencias Cooperativa Agrícola

Zootecnica S. Antonio y otros, antes citada, apartado 19, y de 26 de octubre de 2006, G. Pohl-Boskamp, C-317/05, Rec. p. I-10611, apartado 41).

⁴⁶ Pues bien, el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 se ajusta a esos criterios ya que impone a los Estados miembros, en términos inequívocos, una obligación de resultado precisa, consistente en asegurar, a raíz de una adaptación de las condiciones de trabajo, de un destino provisional a otro puesto de trabajo y durante los períodos de interrupción del trabajo durante el embarazo previstos en los artículos 5 a 7 de la propia Directiva así como durante el permiso de maternidad previsto en el artículo 8 de ésta, los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia así como el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada.

⁴⁷ Es cierto que el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 prevé respecto a las trabajadoras embarazadas, en los casos previstos por el artículo 5 de la misma, a saber, las trabajadoras afectadas por una adaptación provisional de sus condiciones de trabajo, por un destino provisional a otro puesto de trabajo o en último término por una dispensa de trabajar, que esos ingresos deben garantizarse con arreglo a las legislaciones y/o las prácticas nacionales.

⁴⁸ No obstante, la remisión a la legislación y a las prácticas nacionales no afecta a la precisión y al carácter incondicional del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85. En efecto, aun si esa disposición atribuye a los Estados miembros un cierto margen de apreciación al establecer las modalidades de su aplicación, esta circunstancia no desvirtúa el carácter preciso e incondicional de dicha disposición. Las modalidades de esa aplicación no pueden incidir en ningún caso en el contenido mismo del derecho reconocido por el artículo 11, punto 1, y no pueden por tanto condicionar la existencia o restringir el alcance de ese derecho (véanse la sentencias Parviainen, antes citada, apartado 55, y en lo que se refiere al artículo 10 de la Directiva 92/85, de

4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Rec. p. I-6915, apartados 33 y 34; véanse también por analogía las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 105, y de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 67).

- 49 Igualmente, el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 prevé, respecto a las trabajadoras que disfruten el permiso de maternidad a las que se refiere el artículo 8 de la misma Directiva, que la prestación contemplada en la letra b) del punto 2 del propio artículo 11 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.
- 50 No obstante, el hecho de que, a tenor del artículo 11, punto 3, de la Directiva 92/85, esos ingresos puedan fijarse dentro de un posible límite máximo determinado por la legislación nacional, de modo que el importe de dicha prestación puede variar de un Estado miembro a otro, tampoco desvirtúa el carácter preciso e incondicional de esa disposición ni el del punto 2 del mismo artículo. Como quiera que los ingresos que deben garantizarse a una trabajadora cuando disfruta el permiso de maternidad se establecen por la ley, la aplicación del límite máximo previsto en dicho artículo 11, punto 3, no impide que los puntos 2 y 3 del mismo artículo puedan ser aplicados por un juez a los hechos del litigio del que deba conocer y, por consiguiente, no priva al contenido de esta disposición de su carácter suficientemente preciso (véase por analogía la sentencia Impact, antes citada, apartado 61).
- 51 En cuanto a la facultad reconocida a los Estados miembros, conforme al artículo 11, punto 4, de la Directiva 92/85, de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y en la letra b) del punto 2 del propio artículo 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, hay que señalar que esos requisitos de adquisición del derecho no desvirtúan la protección mínima prevista por dicho artículo 11, puntos 1 a 3, y en cualquier caso son susceptibles de control jurisdiccional.

52 Es preciso reconocer por tanto que las disposiciones del artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 cumplen todos los requisitos necesarios para producir efecto directo.

53 Siendo así, procede responder a la primera cuestión, letra a), que el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 tiene efecto directo y crea a favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva, o lo haya adaptado de forma incorrecta, derechos que los tribunales nacionales están obligados a proteger.

Primera cuestión, letras b) y c), relativa al derecho al pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo

54 Mediante su primera cuestión, letras b) y c), el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 11, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que, durante el período de interrupción del trabajo o de prohibición de trabajar que afecta a las trabajadoras embarazadas y/o que disfruten el permiso de maternidad, debe mantenerse el derecho al pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo. En ese aspecto el tribunal remitente pregunta en particular si en la respuesta a esa cuestión incide el hecho de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal prevea el derecho de la trabajadora embarazada dispensada de trabajar durante el embarazo, o que disfrute del permiso de maternidad, a una remuneración equivalente al salario medio que había percibido durante un período de referencia anterior a la interrupción del trabajo durante el embarazo así como al inicio de su permiso de maternidad, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

55 Se debe precisar de entrada que mediante esta cuestión el tribunal remitente se pregunta sobre el alcance del derecho de una trabajadora embarazada a unos ingresos durante dos períodos diferentes, a saber, el período de interrupción del trabajo durante el embarazo, por una parte, y por otra el período de la prohibición de trabajar que corresponde al permiso de maternidad.

56 Habida cuenta de que esos períodos se regulan por disposiciones diferentes de la Directiva 92/85, es oportuno responder por separado a la cuestión planteada por el tribunal remitente, según se refiere al derecho a remuneración de una trabajadora durante el embarazo o durante el permiso de maternidad.

Sobre el derecho al complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo de una trabajadora embarazada dispensada de trabajar durante el embarazo a causa de riesgos para la seguridad o la salud

57 Del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 resulta que en los casos contemplados en los artículos 5 a 7 de ésta deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.

58 A diferencia de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, que siguen trabajando efectivamente y realizando las prestaciones laborales que les encarga su empresario, la trabajadora embarazada a la que se refiere el apartado 3 de ese artículo está dispensada de trabajar durante todo el período necesario para proteger su seguridad y su salud así como, implícitamente, la de su hijo.

59 Sin embargo, todas las medidas de protección previstas en el artículo 5 de la Directiva 92/85 se aplican a causa del embarazo de la trabajadora, y no a instancia de ésta. Esas medidas derivan de la evaluación de los riesgos y de la prohibición legal impuesta por ese artículo 5 así como por las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, y tratan de evitar todo riesgo para la seguridad o la salud de esa trabajadora o de su hijo. Por tanto, si bien el resultado de la evaluación de los riesgos que el empresario está obligado a realizar en virtud del artículo 4 de la misma Directiva difiere según el apartado del citado artículo 5 que sea de aplicación, el objetivo de protección perseguido por esa Directiva en interés de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el mismo artículo permanece inalterado. Además, como resulta de la redacción de éste, incumbe al empresario respetar el orden de aplicación, expresamente formulado, de las medidas de protección previstas por dicho artículo y los requisitos que determinan ese orden.

60 Un examen del texto del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 92/85 así como del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia perseguido por esa Directiva, pone de manifiesto que una trabajadora embarazada como la demandante en el litigio principal, que está dispensada provisionalmente de trabajar y cuya remuneración correspondiente al período anterior a esa dispensa se compone de un salario base y de ciertos complementos, entre ellos un complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo en relación con las horas extraordinarias cumplidas además de sus horas normales previstas en el cuadro de servicio, no tiene derecho en virtud de esa disposición al pago de dicho complemento.

61 Ante todo, aun si el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, por basarse en la relación laboral, constituye una retribución en el sentido del artículo 141 CE, no deja de ser cierto que el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, en la mayoría de las versiones lingüísticas existentes en la fecha de su adopción, menciona el mantenimiento de «una» remuneración y no de «la» remuneración de la trabajadora interesada.

- ⁶² Además, el artículo 11, punto 4, de esa Directiva prevé que los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 del mismo artículo 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.
- ⁶³ Por otro lado, el Tribunal de Justicia ya ha estimado que las circunstancias de hecho relativas a la naturaleza de los trabajos realizados y a las condiciones en que se llevan a cabo pueden considerarse en su caso constitutivas de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, capaces de justificar eventuales diferencias de retribución entre diferentes grupos de trabajadores (véase en ese sentido, en relación con el artículo 141 CE, la sentencia de 30 de marzo de 2000, *JämO*, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 52).
- ⁶⁴ Pues bien, en el asunto principal, según la información de la que dispone el Tribunal de Justicia, el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo se paga a los trabajadores en función de la duración del servicio efectuado durante las horas extraordinarias y del promedio de actividad del trabajador interesado durante ese tiempo. Consta que durante el período de la prohibición de trabajar con ocasión del embarazo una trabajadora embarazada no realiza las prestaciones que atribuyen el derecho al pago de ese complemento.
- ⁶⁵ Como el Tribunal de Justicia ya ha afirmado en los apartados 49 y 61 de la sentencia *Parviainen*, antes citada, en el caso de una trabajadora embarazada destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo durante y a causa de su embarazo, en virtud del artículo 5, apartado 2 de la Directiva 92/85, los Estados miembros y en su caso los interlocutores sociales no están obligados en virtud del artículo 11, punto 1, de dicha Directiva a mantener durante ese destino provisional en otro puesto de trabajo los componentes de la remuneración o los complementos que dependen del ejercicio por la trabajadora interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio. Ello es también aplicable al caso de una trabajadora embarazada dispensada de trabajar en virtud del artículo 5, apartado 3, de dicha Directiva y de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional.

⁶⁶ Por último, el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 remite expresamente a las legislaciones y/o las prácticas nacionales.

⁶⁷ Como resulta del apartado 48 de la presente sentencia, esa disposición atribuye a los Estados miembros un cierto margen de apreciación al definir las condiciones de ejercicio y de aplicación del derecho a ingresos de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 92/85. Corresponde por tanto a los Estados miembros definir las modalidades de aplicación de ese derecho, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva y de la relación laboral entre la trabajadora embarazada y su empresario (véase por analogía la sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 53, y también la sentencia Parviainen, antes citada, apartado 55).

⁶⁸ El ejercicio por los Estados miembros y en su caso por los interlocutores sociales de ese margen de apreciación al determinar los ingresos a los que tiene derecho una trabajadora embarazada provisionalmente dispensada de trabajar durante y a causa de su embarazo no puede perjudicar al objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, por una parte, ni tampoco ignorar que esa dispensa constituye una medida de último recurso que sólo es obligada cuando un cambio provisional de puesto de trabajo sea técnica y/u objetivamente imposible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.

⁶⁹ En efecto, como resulta del considerando 16 de la Directiva 92/85 las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada.

- 70 En lo que atañe a las trabajadoras embarazadas dispensadas de trabajar, como medida de último recurso en virtud del artículo 5, apartado 3, de esa Directiva, los Estados miembros o en su caso los interlocutores sociales pueden garantizar la percepción de ingresos en forma de una prestación adecuada, de una remuneración o de una combinación de ambas, pero las opciones que realicen en tal aspecto y la cuantía del ingreso que se fije no deben perjudicar ese efecto útil.
- 71 Es manifiesto que el efecto útil de la Directiva 92/85 y los objetivos perseguidos por ésta no estarían asegurados si, a causa de la fijación de un nivel bajo de ingresos en virtud del artículo 11, punto 1, de dicha Directiva, un empresario pudiera recurrir al artículo 5, apartado 3, de la misma para reducir el perjuicio económico que podría sufrir debido a la interrupción de la actividad de la trabajadora embarazada durante su embarazo.
- 72 Cuando los Estados miembros y en su caso, los interlocutores sociales, conforme al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, optan por garantizar a una trabajadora embarazada dispensada de trabajar o a la que se prohíba trabajar en virtud del artículo 5, apartado 3, de la misma Directiva unos ingresos en forma de una remuneración, de una prestación adecuada o de una combinación de ambas, esos ingresos deben comprender en cualquier caso el salario base mensual de esa trabajadora así como los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional –condición a la que no afecta en absoluto esa dispensa– como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véase en ese sentido la sentencia Parviainen, antes citada, apartado 60).
- 73 Cualquier otra interpretación del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 en lo que atañe al derecho a ingresos de las trabajadoras embarazadas mencionadas en el artículo 5 de ésta podría perjudicar el efecto útil de la misma Directiva y privarla de parte importante de su sustancia.

⁷⁴ De los autos a disposición del Tribunal de Justicia resulta que la remuneración a la que tiene derecho una trabajadora embarazada afectada por una prohibición de trabajar durante su embarazo en virtud del artículo 3, apartado 3, de la MSchG se calcula conforme al artículo 14, apartados 1 y 2, de esa misma Ley. Según esas disposiciones la trabajadora embarazada tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante las trece semanas anteriores a la prohibición de trabajar. Sin embargo, los complementos por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo a los que tenía derecho la trabajadora durante ese período de referencia no se computan al calcular esa remuneración media.

⁷⁵ Por las razones expuestas en los apartados 60 a 67 de la presente sentencia, la exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo de la remuneración a la que tiene derecho la trabajadora embarazada dispensada provisionalmente de trabajar durante su embarazo no puede considerarse contraria al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85.

⁷⁶ Habida cuenta de lo que precede, procede responder al tribunal remitente que el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora embarazada dispensada provisionalmente de trabajar a causa de su embarazo tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de su embarazo, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

Sobre el derecho a la compensación por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo de una trabajadora con permiso de maternidad

- ⁷⁷ El tribunal remitente pregunta también si el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé que una trabajadora que disfrute del permiso de maternidad tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.
- ⁷⁸ Como resulta del apartado 61 de la presente sentencia, el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, pagado al trabajador en función de la duración del servicio efectuado durante las horas extraordinarias y del promedio de actividad del trabajador interesado durante ese tiempo, se incluye en el concepto de retribución del artículo 141 CE.
- ⁷⁹ Sin embargo, de ello no se deduce que una trabajadora embarazada que no trabaja por disfrutar el permiso de maternidad tenga derecho en virtud del artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85, a todos los complementos y compensaciones que percibe mensualmente cuando trabaja y realiza las prestaciones que le encarga su empresario.
- ⁸⁰ En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las trabajadoras que disfrutan de un permiso de maternidad previsto por la legislación nacional se encuentran en una situación específica que exige que se les conceda una protección especial, pero que no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer que ocupa efectivamente su puesto de trabajo, o en situación de incapacidad temporal por enfermedad (véanse en ese sentido las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, Rec. p. I-475, apartado 17; de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, C-411/96, Rec. p. I-6401, apartado 40, y Alabaster, antes citada, apartado 46).

- ⁸¹ El permiso de maternidad que disfruta la trabajadora pretende por una parte proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, y, por otra parte, proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; de 30 de abril de 1998, Thibault, C-136/95, Rec. p. I-2011, apartado 25, y Boyle y otros, antes citada, apartado 41).
- ⁸² En consecuencia, las trabajadoras no pueden acogerse a lo dispuesto en el artículo 119 CE ni en el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 para exigir que durante su permiso de maternidad se mantenga su retribución íntegra, como si continuasen ocupando efectivamente, como los demás trabajadores, su puesto de trabajo (véanse en ese sentido las sentencias Gillespie y otros, antes citada, apartado 20, y Alabaster, antes citada, apartado 46).
- ⁸³ Como resulta de la Directiva 92/85 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, el legislador de la Unión ha pretendido garantizar que durante su permiso de maternidad la trabajadora cuente con unos ingresos de un importe al menos equivalente al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud (sentencia Boyle y otros, antes citada, apartado 32).
- ⁸⁴ Durante el permiso de maternidad debe garantizarse a las trabajadoras la percepción de dicho volumen de ingresos tanto si, de conformidad con la letra b) del punto 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, se abona como una prestación, como si se abona como una remuneración o como una combinación de ambas (sentencias antes citadas Boyle y otros, apartado 33, y Lewen, apartado 22).
- ⁸⁵ Conforme al artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva el empresario debe garantizar durante el permiso de maternidad el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, y los ingresos garantizados a las trabajadoras

durante ese permiso, ya se abonen como una prestación, como una remuneración o como una combinación de ambas, deben ser adecuados en el sentido de ese punto 3 (véase la sentencia Boyle y otros, antes citada, apartado 34).

- ⁸⁶ Cuando una trabajadora deja de trabajar porque disfruta de un permiso de maternidad la protección mínima exigida por el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 no supone por tanto el mantenimiento íntegro de la remuneración de la interesada ni el pago del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.
- ⁸⁷ En el asunto principal el tribunal remitente se pregunta no obstante sobre la incidencia que pueda tener en el derecho a remuneración de una trabajadora durante el permiso de maternidad el hecho de que el Estado miembro prevea el derecho de esa trabajadora a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de su permiso de maternidad, con exclusión sin embargo del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.
- ⁸⁸ Hay que recordar al respecto que el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 sólo prevé una protección mínima en relación con el derecho a ingresos de las trabajadoras embarazadas dispensadas de trabajar durante su permiso de maternidad en virtud del artículo 8 de esa Directiva. Ninguna disposición de ésta impide a los Estados miembros o en su caso a los interlocutores sociales prever el mantenimiento de todos los componentes de la remuneración y de todos los complementos, incluido el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo, a los que la trabajadora embarazada tenía derecho antes de su embarazo y de su permiso de maternidad.
- ⁸⁹ En efecto, la Directiva 92/85, que fue adoptada conforme al artículo 118A del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), no impide a un Estado miembro mantener o introducir

medidas de protección más estrictas compatibles con ese Tratado, como resulta del artículo 137 CE, apartado 4 (véase en ese sentido la sentencia Jiménez Melgar, antes citada, apartado 37).

- 90 Cuando el sistema de remuneración previsto por una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una medida de protección de las trabajadoras que disfrutan de permiso de maternidad más favorable que la exigida por la Directiva 92/85, la exclusión de ciertos componentes de la remuneración del cálculo de los ingresos debidos durante ese permiso no puede considerarse contraria al artículo 11, puntos 2 y 3, de la citadas Directiva.
- 91 En consecuencia, procede responder al tribunal remitente que el artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora que disfrute del permiso de maternidad tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

Sobre la segunda cuestión, relativa a las consecuencias de la falta de efecto directo

- 92 Mediante esa cuestión el tribunal remitente pregunta si, en el caso de que las disposiciones del artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva Directiva 92/85 no tuvieran efecto directo, los Estados miembros deben adaptar su Derecho nacional a ellas de forma que debería reconocerse a una trabajadora que durante el período de prohibición de trabajar que afecta a las mujeres embarazadas y/o que disfruten permiso de maternidad no presta ya servicios de disponibilidad en el lugar de trabajo el derecho al mantenimiento del complemento por esos servicios.

- 93 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, *letra a)*, no es preciso responder a la segunda cuestión.

Costas

- 94 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. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes en el litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

- 1) El artículo 11, puntos 1 a 3, 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), tiene efecto directo y crea a favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar frente a un Estado miembro que no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva, o lo haya adaptado de forma incorrecta, derechos que los tribunales nacionales están obligados a proteger.
- 2) El artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora embarazada dispensada provisionalmente de trabajar a causa de su embarazo tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de su

embarazo, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.

- 3) El artículo 11, puntos 2 y 3, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que una trabajadora que disfrute del permiso de maternidad tiene derecho a una remuneración equivalente al salario medio que haya percibido durante un período de referencia anterior al inicio de dicho permiso, con exclusión del complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo.**

Firmas