

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 4 de marzo de 1999 *

1. El Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Alemania) ha planteado a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, tres cuestiones prejudiciales por las que pide la interpretación del artículo 119 del Tratado, del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE¹ (en lo sucesivo, «Directiva 92/85») y del apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34/CE² (en lo sucesivo, «Directiva 96/34»), esta última, pendiente de incorporación al derecho interno en el momento en que se redactó el auto de remisión.

I. Los hechos del litigio principal

2. Estas cuestiones de interpretación del derecho comunitario han surgido en el marco del litigio de que conoce dicho órgano jurisdiccional, en el que se enfrentan la Sra. Lewen, como demandante, y su empleador, el Sr. Lothar Denda, propietario de la empresa Denda Zahntechnik de Gelsenkirchen, como demandado. La

empleada reclama el pago de una gratificación de Navidad correspondiente al año 1996, por un importe de 5.500 DM, que el demandado se niega a hacerle efectiva, al parecer debido a que, a lo largo de ese año, disfrutó de un descanso por maternidad y que, en el momento de abonar esa gratificación, tenía un permiso parental para ocuparse de su hija.

3. La Sra. Lewen trabajó, desde el 1 de octubre de 1990 hasta el 6 de septiembre de 1996, como mecánico dental al servicio del demandado, que también emplea a trabajadores de sexo masculino, con un sueldo mensual bruto de 5.500 DM por una jornada semanal de 39.25 horas.

En 1995, la demandante quedó encinta. En 1996, estuvo presente en su puesto de trabajo del 1 de enero hasta, aproximadamente, mediados de abril. A continuación, tuvo un mes de vacaciones. El 16 de mayo dio comienzo su descanso por maternidad, que finalizó el 6 de septiembre. A partir del día siguiente empezó un permiso parental con duración hasta que su hija, que nació el 12 de julio de 1996, cumpla los tres años, período en el que percibe la llamada «prestación de crianza», a cargo del

* Lengua original: español.

1 — Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1).

2 — 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).

Estado, cuyo importe varía en función de la renta.³

4. Según indica el órgano jurisdiccional nacional en el auto de remisión, el 1 de diciembre de los años anteriores, el demandado había concedido a todos sus empleados una gratificación de Navidad por importe de una mensualidad. Para poder percibir esa gratificación, los empleados debían firmar una declaración por la que mostraban su conformidad con las condiciones bajo las que se les hacía efectiva. Se hacía constar en esa declaración que la gratificación constituía una prestación social excepcional, voluntaria y revocable en cualquier momento, limitada a las fiestas de Navidad de cada año, cuyo abono no daba lugar a derecho alguno en el futuro, ni en cuanto a su causa ni en cuanto a su importe, ni por lo que respecta a las modalidades de pago ni al cálculo de la gratificación. Esa gratificación se concedía cada año con la reserva expresa de que el trabajador no extinguiera su relación laboral con la empresa ni incurriera en ninguna de las causas que dan lugar a la extinción de la relación por parte de la empresa sin preaviso, antes del 1 de julio del año siguiente. En cualquiera de esos supuestos, al igual que si se daba un incumplimiento de contrato, el trabajador debía reembolsar íntegramente esa gratificación al abandonar la empresa. No consta que figurara en esa declaración que la gratificación debía también ser reembolsada en caso de que el contrato del

trabajador quedara en suspenso antes de esa fecha porque, por ejemplo, iniciaba el servicio militar o pedía un permiso parental.

5. Sobre la base de esta declaración, su empleador denegó a la demandante, al igual que a otras dos trabajadoras que tenían un permiso parental en diciembre de 1996, cuyos datos no constan en los autos y que no son parte en el litigio principal, el pago de la totalidad de la gratificación correspondiente al año 1996, sin habérselo anunciado en 1995.

II. Las cuestiones prejudiciales planteadas

6. Al objeto de resolver este litigio, el Arbeitsgericht Gelsenkirchen ha planteado a este 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 de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 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 anun-

3 — Esta prestación alemana ha sido considerada por este Tribunal de Justicia «prestación familiar» en el sentido de la letra h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p.98), y «ventaja social» en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77). Véanse las sentencias de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow (asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895), y de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691).

ciara, 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?

cación 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

2) ¿Constituye una infracción del artículo 119 del Tratado CE, del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE y del apartado 6 de la cláusula 2 [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 de trabajar) transcurridos?

— los períodos de descanso por maternidad (prohibición de trabajar)?»

III. La legislación comunitaria

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

7. El artículo 119 del Tratado consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. De acuerdo con lo dispuesto en sus párrafos segundo y tercero:

¿Constituye una infracción del artículo 119 del Tratado CE, de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE y del apartado 6 de la cláusula 2 [del anexo] de la Directiva 96/34/CE el hecho de que un empresario tome en consideración, a efectos de la concesión de una gratifi-

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

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

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

8. El artículo 11 de la Directiva 92/85 establece, con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia:

«[...]

- 2) En el caso citado en el artículo 8 [que concede a las trabajadoras el derecho a un descanso por maternidad de, como mínimo catorce semanas, de las cuales dos serán obligatorias], deberán garantizarse:

- a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras [...], distintos de los indicados en la siguiente letra b);

- b) el mantenimiento de una [...] [retribución] y/o el beneficio de una prestación adecuada [...]»

9. El Acuerdo marco sobre el permiso parental fue declarado aplicable a los Estados miembros, con excepción del Reino Unido, por la Directiva 96/34 adoptada el 3 de junio de 1996 sobre la base del apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la política social,⁴ que permite a los interlocutores sociales pedir conjuntamente la aplicación de los acuerdos de ámbito comunitario mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión. El plazo para la incorporación del contenido del Acuerdo marco sobre el permiso parental al derecho interno finalizó el 3 de junio de 1998. El apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco, cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional nacional, dispone lo siguiente:

«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.»

4 — Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, anexo al Protocolo n° 14, incorporado al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de la Unión, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. El texto de las disposiciones del Acuerdo sobre política social ha sido incorporado a los artículos 117 a 120 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que pasarán a ser los artículos 136 a 143) por el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, y pendiente de entrar en vigor.

Esta Directiva fue modificada y ampliada al Reino Unido por la Directiva 97/75/CE,⁵ que le concede un plazo para la adaptación de su derecho interno que finalizará el 15 de diciembre de 1999.

IV. Las observaciones presentadas en el procedimiento prejudicial

10. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, la demandante y el demandado en el litigio principal, los Gobiernos de Alemania y del Reino Unido y la Comisión.

En el acto de la vista, que tuvo lugar el 28 de enero de 1999, comparecieron, a fin de presentar oralmente sus observaciones, los representantes de la demandante y del demandado en el litigio principal, el del Gobierno de Alemania, el del Gobierno del Reino Unido y el de la Comisión.

11. La demandante considera que la gratificación de Navidad que reclama forma parte de la retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, aun cuando el empleador la conceda como un incentivo al trabajo futuro y a la fidelidad a la empresa y sin que revista trascendencia alguna, a

5 — Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 10, p. 24).

estos efectos, el hecho de que se abone sobre la base de una declaración de voluntad unilateral del empleador, cuando no está obligado a ello ni por la ley ni por el contrato de trabajo. Lo que cuenta es que se trata de una prestación económica que se satisface por razón de la relación de trabajo.

En su opinión, el hecho de que el empleador no haya tenido en cuenta, para el abono de la gratificación litigiosa, el período en que disfrutó del descanso por maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo y, en la medida en que el empleador denegó el abono de dicha gratificación para el año 1996 a todas las empleadas que tenían un permiso parental, incurrió también en una discriminación indirecta por razón de sexo ya que, si bien la posibilidad de disfrutar de ese permiso está abierta tanto a hombres como a mujeres, son éstas las que mayoritariamente siguen ocupándose del cuidado y la educación de los hijos de manera que, en Alemania, más del 90 % de los trabajadores que cogen el permiso parental, son mujeres. Por otra parte, el permiso parental regulado por la ley alemana, que puede durar hasta que el hijo cumpla los tres años, es equiparable al permiso parental regulado por la Directiva 96/34, en virtud de la cual se mantendrán sin modificaciones, hasta el final del permiso parental, los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio de dicho permiso. Ello significa, en su caso, que adquirió retroactivamente, en el momento en que fue abonada la gratificación, un derecho que había nacido a principios de 1996 y que correspondía, como mínimo, al período en el que permaneció en situación de actividad.

12. El demandado afirma que la gratificación litigiosa no constituye retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, y que no estaba obligado a anunciar, con un año de adelanto, que no abonaría la gratificación a los empleados cuyo contrato se hallara en suspenso, por varias razones: en primer lugar, porque ni el convenio colectivo que rige en su sector de actividad ni las cláusulas de los contratos de sus empleados le imponen obligación alguna de satisfacerles una gratificación en Navidad; además, si la abonó en 1996 a quienes se hallaban en activo, lo hizo con la finalidad de motivarlos para que hicieran bien su trabajo en los meses siguientes, y los empleados que, en ese momento, efectuaran el servicio militar o la prestación civil sustitutoria, al igual que aquellos que hubieran rescindido su contrato, no habrían percibido esa gratificación. En segundo lugar, porque, al abonar esa gratificación en años anteriores, puso claramente por escrito, en la declaración que debían firmar los empleados, que se trataba de una prestación social excepcional, voluntaria y revocable en todo momento, limitada a las fiestas de Navidad de ese año. En esa declaración se precisaba, asimismo, que el hecho de que se abonara ese año no suponía ningún derecho ni en cuanto a su percepción en el futuro, ni tampoco en cuanto a su importe. Por último, porque entiende reservarse el derecho a decidir libremente, al final de cada año, en función de la situación económica, si va a abonar una gratificación, cuál será su importe y quiénes serán los beneficiarios.

13. El Gobierno alemán considera que la gratificación litigiosa constituye retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y que, a estos efectos, el hecho de que el empleador no decidiera hasta el 1 de diciembre de 1996 que iba a satisfacer esa gratificación y bajo qué condiciones, carece de relevancia.

Mantiene, sin embargo, que los trabajadores cuyo contrato se halla en suspenso no pueden reivindicar que se les pague un salario como si estuvieran en activo, y que el mismo razonamiento se aplica a las mujeres mientras disfrutaban del descanso por maternidad. Así pues, dado que las empleadas no trabajan en ese período ni durante el permiso parental, no se puede obligar al empresario, alegando el principio de igualdad de retribución, a que les abone la gratificación de Navidad ya que ésta no constituye un aumento salarial con efecto retroactivo sino una recompensa suplementaria por el trabajo cumplido en el momento en que se abona y para incentivar la fidelidad futura a la empresa. Además, teniendo en cuenta que se trata de una prestación de carácter voluntario para el empleador, cuando la Sra. Lewen empezó su permiso parental ni tenía derecho a la gratificación ni puede alegar que se trataba de un derecho en vías de adquisición. Añade que, al no existir disposiciones de origen legal ni convencional ni siquiera contractual, el empleador es el único que puede decidir si abona la gratificación y bajo qué condiciones, sin que ningún juez pueda entrar a examinar si puede justificarse el abono de la gratificación íntegra al trabajador que empieza a trabajar en el mes de diciembre.

14. El Gobierno del Reino Unido sostiene que una gratificación de Navidad como la controvertida en el litigio principal constituye retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, aun cuando se abone de forma totalmente voluntaria con el fin de incentivar el trabajo futuro y la fidelidad a la empresa. Con el fin de averiguar si la gratificación de Navidad va ligada al trabajo realizado durante un determinado período que comprende el

descanso por maternidad, propone dos soluciones: si la gratificación de 1996 se abonó como compensación al trabajo realizado a lo largo de ese año, incluyendo el descanso por maternidad, la gratificación resultaría un elemento de la retribución en el sentido de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85. Por el contrario si, como parece ser el caso, la gratificación no tenía esa finalidad, sino que se proponía incentivar el trabajo futuro, no formaría parte de la retribución contemplada en esa disposición, a la que tienen derecho las mujeres durante el descanso por maternidad.

Opina que, si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que la gratificación constituye un incentivo al trabajo futuro y a la fidelidad a la empresa, la decisión de excluir a un grupo determinado de trabajadores del derecho a la gratificación, tanto si se trata de los que tienen un permiso parental como de aquellos cuyo contrato se halla en suspenso por cualquier otra razón, puede constituir una discriminación indirecta si esa decisión afecta a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres. Ahora bien, teniendo en cuenta el objetivo que persigue, la decisión de limitar el abono de esa gratificación a quienes, de hecho, estén trabajando se basa en un fin legítimo, justificado de manera objetiva y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo.

Añade que, en la medida en que la gratificación no parece tener como finalidad compensar por el trabajo efectuado antes del inicio del permiso parental, hay que entender que, en esa fecha, no existía ningún derecho adquirido ni en vías de adquisición. Por tanto, no podía haber ningún derecho que debiera ser preservado o mantenido en virtud del apartado 6 de la

cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental.

15. La Comisión indica que la gratificación litigiosa forma parte de la retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y en el sentido del artículo 11 de la Directiva 92/85 y que, como tal, está sujeta a la prohibición de discriminación, aunque se demostrara que fue abonada por el empleador, principal o exclusivamente, para incentivar el trabajo futuro y la fidelidad a la empresa. A este respecto, afirma que los motivos concretos por los que el empresario abona esa gratificación pertenecen al capítulo de los hechos, que debe ser apreciado por el juez nacional; que, según la información de que dispone, la doctrina y la jurisprudencia alemanas opinan que, en principio, las gratificaciones de Navidad se abonan tanto para premiar el trabajo ya realizado como para incentivar el trabajo futuro, y que no es posible apreciar, únicamente sobre la base de la explicación que el empresario ofreció durante el proceso, si dicha gratificación la abonó principal o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro, dado que no había hecho ninguna declaración previa en ese sentido.

Sostiene que el hecho de que el período en el que una trabajadora disfruta de un permiso parental se considere como período no trabajado a la hora de calcular la gratificación, con el resultado de que su importe se verá reducido, no resulta contrario al artículo 119 del Tratado. No sucede lo mismo, sin embargo, con la negativa a satisfacer la totalidad de la gratificación por el hecho de que la trabajadora disfrute de un permiso parental en el momento en que se abona, lo que podría constituir una discriminación prohibida por el artículo 119 si no se tiene en cuenta el trabajo que esas personas ya han efectuado o el que van a efectuar en el período al que

la gratificación se refiere. Dado que el porcentaje de mujeres que cogen un permiso parental para ocuparse de los hijos es considerablemente superior al de hombres, se trataría de una discriminación indirecta.

V. Examen de las cuestiones prejudiciales

A. Sobre la primera cuestión

16. Mediante la primera de las tres cuestiones prejudiciales que plantea, el *Arbeitsgericht Gelsenkirchen* quiere saber si una gratificación concedida por el empleador con motivo de las fiestas de Navidad, fundamental o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa puede constituir retribución por los servicios prestados durante el año en el que se concede, a los efectos del artículo 119 del Tratado o de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85. Le interesa asimismo averiguar si puede tener alguna incidencia al respecto el hecho de que el empleador no haya anunciado con la debida antelación que en la Navidad siguiente fijaría la cuantía de la gratificación exclusivamente en función de las prestaciones futuras y que no abonaría la gratificación a los trabajadores cuya relación laboral se hallara suspendida en la fecha del pago.

17. Me ocuparé, en primer lugar, de averiguar si la gratificación controvertida encaja en el concepto de retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado y, a continuación, de ver si constituye retribución a los

efectos de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85.

18. El principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, que figura en el artículo 119 del Tratado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad.⁶ Este artículo define, de forma amplia, lo que hay que entender por retribución, debiendo considerarse como tal, «[...] el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

Esta definición se ha visto completada por la jurisprudencia de este Tribunal que, desde 1971, incluyó dentro de este concepto, las gratificaciones «actuales o futuras»⁷ y, en 1990, añadió que las gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo están comprendidas dentro del concepto de retribución «[...] ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o con carácter voluntario».⁸

6 — Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne* (43/75, Rec. p. 455), apartado 12.

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

8 — Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber* (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 20. En este asunto, en el momento del despido, además de la indemnización integrada por las prestaciones en dinero previstas en las condiciones de despido y por un importe igual a la indemnización legal de despido, el empleador había abonado al trabajador, *de gratia et amore*, una cantidad en metálico, libre de impuestos, equivalente a la mitad del importe bruto de la indemnización.

19. A título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo en la enumeración, a lo largo de los años, el Tribunal ha considerado incluidos en el concepto de retribución, tanto las facilidades en materia de transporte que una empresa de ferrocarriles concedía a sus empleados en el momento de jubilarse y que se hacían extensivas a los miembros de su familia,⁹ como la reducción en el precio de los transportes que otorga el empresario sobre la base del contrato de trabajo, en favor del cónyuge o de la persona del otro sexo con la que el trabajador mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial;¹⁰ el subsidio transitorio concedido por el empleador al trabajador con motivo de la extinción de la relación laboral, pagado al cesar ésta, para facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias;¹¹ la indemnización abonada a los miembros del comité de empresa, en forma de permisos retribuidos o de retribución de horas suplementarias, por razón de la participación en cursos de formación en los que se impartan conocimientos necesarios para la actividad de los comités de empresa aunque, durante esos cursos, no ejerzan ninguna de las actividades previstas por su contrato de trabajo;¹² las indemnizaciones reconocidas al trabajador con ocasión de su despido;¹³ el pago del salario al trabajador por el empresario, en caso de enfermedad,¹⁴ incluso cuando la incapacidad laboral de la mujer encinta esté ocasionada por el embarazo,¹⁵ y la prestación que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de

convenios colectivos, a una trabajadora durante el descanso por maternidad.¹⁶

20. El Tribunal de Justicia también ha interpretado que, al tener carácter imperativo, la prohibición de discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos del artículo 119 del Tratado no se impone sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como los contratos celebrados entre particulares.¹⁷

21. ¿Hay que considerar que la definición legal de retribución, tal como ha sido interpretada y completada por la jurisprudencia de este Tribunal, incluye una gratificación que concede el empleador al trabajador, fundamental o exclusivamente como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad a la empresa, con motivo de las fiestas de Navidad?

22. Estoy convencido de que la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, se trata de una gratificación en dinero, satisfecha directamente y con carácter voluntario por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

9 — Sentencia de 9 de febrero de 1982, Garland (12/81, Rec. p. 359), apartado 9.

10 — Sentencia de 17 de febrero de 1998, Grant (C-249/96, Rec. p. I-621), apartado 14.

11 — Sentencia de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 11.

12 — Sentencias de 4 de junio de 1992, Bötel (C-360/90, Rec. p. I-3589), apartados 14 y 15, y de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), apartado 23.

13 — Sentencia Barber, citada en la nota 8 *supra*, apartado 14.

14 — Sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 7.

15 — Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartado 35.

16 — Sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 14.

17 — Sentencia Defrenne, citada en la nota 6 *supra*, apartado 39.

Cuando se está ante sumas pagadas voluntariamente por el empresario, el Tribunal interpreta que el artículo 119 del Tratado se aplica también a las gratificaciones que un empresario concede a los trabajadores sin estar obligado contractualmente a hacerlo.¹⁸

23. El derecho comunitario, en su estado actual, no permite determinar, sin embargo, si la gratificación constituye retribución de los servicios prestados durante el año en el que se concede o si está destinada, tal y como parece afirmar el demandado en el litigio principal, a incentivar el trabajo futuro y la fidelidad a la empresa, cuestiones éstas que deberán decidirse de acuerdo con el derecho interno.

En cualquier caso, la motivación que induzca al empleador a abonar esa gratificación no puede modificar su consideración de retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado, con la consecuencia de que deberá ser concedida, en las mismas condiciones, a hombres y mujeres, sin discriminación por razón de sexo.

24. ¿Constituye la gratificación controvertida también retribución en el sentido de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85?

25. En mi opinión, la respuesta debe ser aquí negativa. En efecto, esa disposición obliga a que mientras dura el descanso por maternidad de la mujer trabajadora —cuya duración viene establecida por el artículo 8 de la misma Directiva en catorce semanas ininterrumpidas, como mínimo, de las que dos son obligatorias— se le asegure el mantenimiento de una retribución y/o el beneficio de una prestación adecuada. En la sentencia Gillespie,¹⁹ el Tribunal afirmó que, al estar basada en una relación laboral, la prestación que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de convenios colectivos, a un trabajador femenino *durante* su descanso por maternidad constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

En la sentencia Boyle,²⁰ el Tribunal, pronunciándose directamente sobre la noción de retribución que aparece en el artículo 11 de la Directiva 92/85, interpretó que dicho concepto, al igual que la definición de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, engloba todas las gratificaciones satisfechas directa o indirectamente por el empresario a la trabajadora *durante* el permiso de maternidad en razón de la relación de trabajo y que el concepto de prestación a que también se refiere dicha disposición comprende todo ingreso que perciba la trabajadora *durante* su permiso de maternidad que no le satisfaga directamente el empresario en virtud de la relación de trabajo.

Queda, pues, establecido, que la retribución en el sentido de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, cuya definición coincide con la del

19 — Sentencia Gillespie y otros, citada en la nota 16 *supra*, apartado 14.

20 — Sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 31.

18 — Sentencia Barber, citada en la nota 8 *supra*, apartado 19.

artículo 119 del Tratado, queda limitada a la que percibe la trabajadora *durante* el descanso por maternidad, satisfecha por el empleador.

Dado que la gratificación controvertida no está destinada a asegurar un determinado volumen de ingresos a la trabajadora mientras dura el descanso por maternidad, no puede, en mi opinión, ser considerada como retribución cuyo mantenimiento deba ser garantizado a lo largo de ese período.

26. La interpretación que propongo no significa, sin embargo, que el derecho a la percepción de esa gratificación vaya a quedar, por esa razón, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, destinada a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz, o en período de lactancia. Nada más lejos de la realidad.

27. La letra a) del apartado 2 de su artículo 11 obliga a que se garanticen, durante el descanso por maternidad, además del mantenimiento de una retribución y/o el beneficio de una prestación adecuada, los derechos inherentes al contrato de trabajo. A mi modo de ver, el derecho a la percepción de la gratificación controvertida forma parte de esos derechos.

28. La consideración de la gratificación controvertida, a la vez, como retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y como derecho inherente al contrato de trabajo en el sentido de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, y no como retribución en el sentido de su letra b), resulta perfectamente com-

patible y es, además, coherente con la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

En efecto, las condiciones a las que el empresario subordina la admisión de sus empleados en un régimen de pensiones de empresa entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado,²¹ y las pensiones pagadas por los regímenes profesionales privados²² están incluidas en el concepto de retribución, al constituir gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. Ello no ha obstado, sin embargo, para que la adquisición de derechos a pensión en el marco de un plan de pensiones enteramente financiado por el empresario haya sido clasificada por este Tribunal de Justicia entre los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras en el sentido de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85,²³ cuyo mantenimiento debe quedar garantizado durante el descanso por maternidad.

29. A la vista de lo hasta aquí expuesto, puedo ya afirmar, por una parte, que la gratificación controvertida está incluida en el concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado, con la consecuen-

21 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607). En el caso de autos, los empleados a tiempo parcial sólo tenían derecho a beneficiarse del régimen de pensiones de empresa cuando hubieran trabajado en jornada completa durante al menos quince años respecto a un período total de veinte años. Véanse, asimismo, las sentencias de 28 de septiembre de 1994, Vroeghe (C-57/93, Rec. p. I-4541); Fisscher (C-128/93, Rec. p. I-4583), y de 24 de octubre de 1996, Dietz (C-435/93, Rec. p. I-5223).

22 — Véanse, además de las sentencias Barber, citada en la nota 8 *supra*, y Vroeghe, Fisscher y Dietz, citadas en la nota 21 *supra*, las sentencias de 6 de octubre de 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879); de 14 de diciembre de 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591); de 28 de septiembre de 1994, Coloroll (C-200/91, Rec. p. I-4389); Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471), y de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Rec. p. I-2057).

23 — Sentencia Boyle, citada en la nota 20 *supra*, apartado 82.

cia de que debe ser abonada en las mismas condiciones a hombres y mujeres sin discriminación por razón de sexo y, por otra parte, que, para la aplicación de la Directiva 92/85, tiene la consideración de derecho inherente al contrato de trabajo, cuya adquisición debe quedar garantizada durante el descanso por maternidad de la mujer trabajadora, regulado en el artículo 8 de esa misma Directiva.

Directiva 92/85 y el apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, se oponen a que un empresario excluya por completo de la percepción de la gratificación controvertida a una mujer que, en la fecha en que se abona, tenga un permiso parental, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede ni el período de descanso por maternidad de que ha disfrutado.

30. Se desprende de este razonamiento que carece de trascendencia al respecto tanto el propósito perseguido por el empleador al abonar dicha gratificación como el hecho de que no haya anunciado con antelación suficiente que, en la Navidad siguiente, fijaría la cuantía de la gratificación exclusivamente en función de las prestaciones futuras y que no abonaría la gratificación a los trabajadores cuya relación laboral se hallara suspendida en la fecha del pago y en adelante. Se trata, en todo caso, de cuestiones de hecho cuya comprobación debe realizar el juez nacional, con las indicaciones que le dé este Tribunal de Justicia, al ser una gratificación no regulada por ley ni por convenio colectivo, sin que tampoco esté prevista por el contrato de trabajo, y sobre cuya finalidad y condiciones de concesión, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro tampoco se ponen de acuerdo.

B. Sobre la segunda cuestión

31. Mediante la segunda de las cuestiones prejudiciales que plantea, el órgano jurisdiccional nacional quiere saber si alguna o algunas de las disposiciones comunitarias que cita, a saber, el artículo 119 del Tratado, el apartado 2 del artículo 11 de la

32. El artículo 119 del Tratado consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo y, según ha quedado demostrado en la respuesta a la primera cuestión, la gratificación controvertida está incluida en el concepto de retribución en el sentido de este artículo. Por tanto, debe ser concedida, en las mismas condiciones, a hombres y mujeres, sin discriminación por razón de sexo.

33. La letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 obliga a que, durante el descanso por maternidad de la mujer trabajadora, regulado en su artículo 8, se le garantice el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo. Como ya he indicado al responder a la primera cuestión prejudicial, opino que la gratificación controvertida forma parte de esos derechos.

34. El órgano jurisdiccional nacional pide también a este Tribunal la interpretación del apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, a cuyas disposiciones todavía no se había adaptado el derecho

interno, para lo cual los Estados miembros disponían de un plazo que finalizaba el 3 de junio de 1998. Sin embargo, observo que, en Alemania, el legislador se ha adelantado, en algunos años, al legislador comunitario, habiendo regulado ya la concesión de un permiso parental en favor de los trabajadores con motivo del nacimiento de un hijo, que puede durar hasta que éste cumpla los tres años. En estas condiciones, nada parece oponerse a que el Tribunal dé algunas indicaciones que resulten útiles al juez que debe dictar sentencia en el litigio principal, a fin de que pueda efectuar una interpretación del derecho nacional conforme con el contenido y con la finalidad de dicho Acuerdo marco.

El apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, obliga a que se mantengan sin modificaciones hasta el final del permiso parental los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental.

Dado el tenor de esta disposición y puesto que el órgano jurisdiccional nacional se interesa, en esta segunda cuestión, por las consecuencias del cálculo del importe de la gratificación, sin tener en cuenta ni el período trabajado ni el período de descanso por maternidad mientras que, al formular la tercera cuestión, pregunta directamente por el cálculo de la gratificación sin tomar en consideración los períodos de permiso parental, me ocuparé de la interpretación que hay que dar a esta disposición al responder a la tercera cuestión.

35. A la luz del artículo 119 del Tratado y de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, ¿puede un empresario excluir por completo de la percepción de la gratificación controvertida a una mujer que, en la fecha del pago, a saber, el 1 de diciembre, tiene un permiso parental, sin tomar en consideración el período trabajado a lo largo del año en que se concede ni el período de descanso por maternidad del que ha disfrutado?

36. La respuesta a esta cuestión dependerá, enteramente, de la forma de adquisición del derecho por parte de los trabajadores y ya he apuntado con anterioridad que este Tribunal de Justicia no dispone de los elementos fácticos necesarios para dar una respuesta concreta ya que la gratificación litigiosa no se halla regulada por la ley, ni por convenio colectivo, y ni siquiera consta en el contrato individual de trabajo. Además, tampoco resulta pacífico entre las partes si esa gratificación va destinada a premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa por el año transcurrido o si se propone incentivar el trabajo y la fidelidad futuros a la empresa en un período que parece extenderse hasta el 1 de julio del año siguiente, o si ambas finalidades se hallan mezcladas en proporciones que tampoco constan.

37. Teniendo en cuenta esta situación, corresponderá al juez nacional determinar, cuando haya averiguado cómo adquieren los trabajadores el derecho a la gratificación de Navidad, si resulta contrario al derecho comunitario el que el empleador excluya de su abono a una mujer que se halla disfrutando de un permiso parental, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede

ni un período de descanso por maternidad. Para ello deberá tener en cuenta las siguientes orientaciones:

— Suponiendo que el período de referencia sea el período ya transcurrido del año y se demuestre que la gratificación va destinada, exclusivamente, a premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa en dicho período, el derecho a la gratificación se adquirirá gradualmente a lo largo del año y no se podrá penalizar a alguien como la Sra. Lewen, que ha trabajado una parte de ese año, excluyéndolo totalmente de la percepción de la gratificación, a no ser que esté establecido que, en caso de rescisión o de suspensión del contrato antes del 1 de diciembre, el trabajador pierde todo derecho a percibir la parte proporcional que hubiera devengado hasta que se produce la rescisión o que se inicia la suspensión. A la hora de decidir si es ésa la finalidad perseguida por el empleador mediante el abono de la gratificación, el juez nacional podrá tener en cuenta si un trabajador que ha iniciado la relación laboral a lo largo del período de referencia percibe, el 1 de diciembre, la totalidad de la gratificación o la parte proporcional correspondiente a los meses trabajados.

— Suponiendo que el período de referencia sea el año siguiente, y se demuestre que la gratificación va destinada, exclusivamente, a incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa en ese período, la consecuencia será que el trabajador que no vaya a estar en activo durante el período de referencia no tendrá derecho a percibir la gratificación. Sin embargo, me cuesta creer en un empleador que, con ocasión de las fiestas de Navidad de un año, quiera incentivar *únicamente* el trabajo y la fidelidad a la

empresa para el año siguiente. A la hora de decidir si ésa es la finalidad perseguida por el empleador mediante el abono de la gratificación, el juez nacional podrá tener en cuenta si un trabajador que inicia su relación laboral el 1 de diciembre percibe la totalidad de la gratificación, únicamente una parte de ella o nada en absoluto y si un trabajador cuyo permiso parental fuera a dar comienzo a principios de enero percibiría la totalidad o sólo una parte de la gratificación, dado que la suspensión del contrato no estaba prevista, en el documento que debían firmar los empleados al percibir la gratificación en años anteriores, entre las causas que acarrearían para el trabajador la obligación de devolver la gratificación.

— Hay una tercera hipótesis, que coincide, en parte, con las dos anteriores, por la que se puede considerar que el período de referencia va de julio de un año a junio del año siguiente. Esta posibilidad viene sugerida por la condición que se impone al trabajador que ha percibido la gratificación y que rescinde su contrato antes del 1 de julio del año siguiente, de devolver su importe. En ese caso, la finalidad de la gratificación podría consistir, en parte, en premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa por el período del año transcurrido en el momento en que se abona (entre julio y noviembre) y, en parte, en incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa hasta final de junio del año siguiente. A la hora de decidir si es ésa la finalidad perseguida por el empleador mediante el abono de la gratificación, el juez nacional deberá tener en cuenta indicios tales como si un trabajador que ha comenzado la relación laboral en enero y otro cuya relación laboral se ha iniciado después del mes de julio y antes del mes de diciembre perciben la totalidad de la gratificación o si el segundo tiene derecho

únicamente a una parte proporcional; si un trabajador que ingresa en la empresa el 1 de diciembre percibe la totalidad de la gratificación o una parte proporcional; si el que se incorpora entre enero y julio del año siguiente recibe la parte proporcional de dicha gratificación y si un trabajador cuyo contrato va a quedar en suspenso antes de julio del año siguiente, bien porque vaya a cumplir sus obligaciones militares, bien porque haya pedido una excedencia, bien porque vaya a empezar un permiso parental, percibirá la totalidad de la gratificación y, en caso afirmativo, si deberá devolverla, en todo o en parte.

38. Creo que la única forma de justificar la exclusión de una trabajadora como la Sra. Lewen de la percepción de la totalidad o de una parte de la gratificación controvertida sería que el empleador condicionara su abono a la sola condición de que el trabajador se hallara en situación de actividad el 1 de diciembre. Sin embargo, no estoy convencido, a la luz de los documentos de que dispongo, de que el empleador demandado en este asunto abone el mismo importe a los trabajadores que han iniciado su relación laboral a lo largo del año y han trabajado sólo durante un corto período cuando llega Navidad que a aquellos que han trabajado todo el año o su mayor parte y me resulta difícil creer que abone a estos últimos la misma cantidad que a aquellos que empiezan a trabajar el 1 de diciembre.

39. Me queda por examinar si, en el supuesto de que se excluya de la percepción de la gratificación a aquellos trabajadores cuyo contrato se halle suspendido el día en que se abona, entre los que se cuentan los que hayan iniciado un permiso parental, se

produce una discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

40. El permiso parental viene definido en el preámbulo del Acuerdo marco como un medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. En virtud de ese Acuerdo marco, se concede un derecho individual a obtener un permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo para poder atenderlo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años, cuya definición se deja a los Estados miembros o a los interlocutores sociales. Como ya he indicado con anterioridad, aun cuando la ley alemana que regula el permiso parental es de fecha anterior a la de la adopción de la Directiva 96/34, por lo que he podido deducir de los documentos que obran en los autos, su finalidad coincide, cuando menos en parte, con la del Acuerdo marco.

41. Tanto la demandante en el litigio principal como la Comisión opinan que el excluir a una trabajadora del derecho a percibir la gratificación de Navidad por el hecho de estar disfrutando de un permiso parental resulta discriminatorio en mayor o menor medida. Alegan que los trabajadores masculinos, aun cuando tienen también derecho a disfrutar del permiso parental, en su mayoría no lo hacen, con lo que acaban siendo mayoritariamente las mujeres quienes se acogen a esa posibilidad para ocuparse de los hijos.

42. Dejando a salvo las hipótesis en las que a lo largo del período de referencia ha habido períodos de actividad y de descanso por maternidad, sobre las que ya me he pronunciado, opino que no tiene por qué resultar discriminatorio excluir de la percepción de la gratificación de Navidad a aquellos trabajadores que estén disfrutando de un permiso parental.

43. En efecto, según viene declarando reiteradamente este Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.²⁴ Ahora bien, el trabajador que disfruta de un permiso parental se halla en una situación específica, protegida por el derecho comunitario tras la adopción de la Directiva 96/34, que se le concede por razón de su reciente paternidad o maternidad, pero que no puede asimilarse a la situación de un hombre o de una mujer que están trabajando, sobre todo, cuando la gratificación de Navidad va dirigida bien a premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa para el pasado, bien a incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa para el futuro o bien a alcanzar una mezcla de ambas finalidades, ya que el permiso parental se caracteriza, justamente, por dejar en suspenso el contrato de trabajo y sus obligaciones respectivas de trabajar y de retribuir el trabajo.

Según indica el órgano jurisdiccional nacional, el empleador demandado en el litigio principal afirma que excluye de la percep-

ción de la gratificación de Navidad a todos los trabajadores que, el día 1 de diciembre, no se hallen en situación de actividad, entre los que se incluyen aquellos cuyo contrato laboral esté suspendido, concepto que engloba tanto a hombres, se hallen éstos disfrutando de un permiso parental, cumpliendo sus obligaciones militares o en excedencia voluntaria, como a mujeres que disfruten de permiso parental o de excedencia. El requisito se aplica, pues, de igual modo a los trabajadores que a las trabajadoras y no puede considerarse que constituya una discriminación directamente basada en el sexo.²⁵

44. Este Tribunal ha declarado también que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una determinada norma, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres.²⁶

45. En la sentencia Boyle,²⁷ el Tribunal interpretó que, a pesar de que muchas más mujeres que hombres disfrutaban de permisos no retribuidos durante su vida profesional, porque tienen derecho a permisos de maternidad adicionales no retribuidos concedidos por el empleador a continuación del descanso por maternidad garantizado por el artículo 8 de la Directiva 92/85, no puede considerarse que la aplicación de una cláusula contractual por la que el devengo de vacaciones anuales se interrumpe durante un permiso de maternidad de esas características, perjudique a las mujeres

24 — Sentencias Gillespie, citada en la nota 16 *supra*, apartado 16, y de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30.

25 — Sentencia Grant, citada en la nota 10 *supra*, apartado 28.

26 — Sentencias de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartado 30; Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 16, y Boyle, citada en la nota 20 *supra*, apartado 76.

27 — *Ibidem*, apartados 77 a 79.

que ejercen ese derecho respecto de los hombres. El Tribunal consideró que la aplicación más frecuente de esa cláusula a las mujeres resulta del ejercicio del derecho a disfrutar del permiso de maternidad adicional no retribuido, que constituye una ventaja específica reservada a las mujeres, y no puede suponer un trato discriminatorio para éstas.

46. En el presente asunto, puede resultar cierto que el porcentaje de mujeres que disfrutaban de permiso parental para ocuparse de un hijo a lo largo de su vida profesional supera al de hombres. La consecuencia será que la exclusión del abono de la gratificación de Navidad de los trabajadores cuyo contrato laboral se halle en suspenso se aplicará, de hecho, a muchas más mujeres que hombres. Ahora bien, la aplicación más frecuente a éstas resultará del ejercicio del derecho a disfrutar del permiso parental, que no es una condición de trabajo sino una ventaja específica reservada a los trabajadores por razón de una reciente paternidad o maternidad.

Opino, por esta razón, que el privar del derecho a percibir la gratificación de Navidad a los trabajadores que se acojan a la posibilidad de disfrutar de un permiso parental, por toda la duración de éste, no puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, en contra de las mujeres.

47. Debido a la ausencia de los datos fácticos necesarios para llegar a un pronunciamiento concreto, propongo que se responda a la segunda cuestión en el sentido de que corresponde al órgano

jurisdiccional nacional que debe dictar sentencia en el litigio principal determinar, a la vista de las condiciones bajo las que los trabajadores adquieren el derecho a la percepción de la gratificación de Navidad, y teniendo en cuenta las indicaciones que figuran en el razonamiento que precede, si el artículo 119 del Tratado, y la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 se oponen a que un empresario excluya por completo de la percepción de la gratificación controvertida a una trabajadora que ha ocupado su puesto hasta el 15 de mayo de 1996, que disfrutó a continuación de un descanso por maternidad hasta el 6 de septiembre del mismo año y que, inmediatamente después, comenzó un permiso parental cuya duración está prevista hasta el 12 de julio de 1999, por el hecho de que, en la fecha de pago de la gratificación de Navidad, se encontraba disfrutando de ese permiso parental.

C. Sobre la tercera cuestión

48. Mediante la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas, el órgano jurisdiccional nacional quiere saber, en caso de que la respuesta a la cuestión anterior haya sido afirmativa, si constituye una infracción del artículo 119 del Tratado CE, de la letra b) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 y del apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental el hecho de que un empresario tome en consideración los períodos de descanso por maternidad y el período de permiso parental ya transcurrido, disfrutados por una mujer que tiene un permiso parental, a la hora de calcular la gratificación de Navidad que le corresponde, para disminuir proporcionalmente su importe.

49. Ya he apuntado al ocuparme de la segunda cuestión prejudicial que la ausencia prácticamente total de datos concretos sobre la adquisición por los trabajadores del derecho a la gratificación de Navidad impide que este Tribunal pueda pronunciarse con certeza sobre esa cuestión y, en esas circunstancias, la respuesta que propongo no es ni afirmativa ni negativa. Lo mismo sucede con la tercera cuestión prejudicial. Me veo de nuevo obligado a dar algunas indicaciones para que las tenga en cuenta el juez nacional al dictar sentencia sobre el fondo.

50. Ha quedado demostrado que la gratificación controvertida forma parte de la retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y ya he indicado que, para la aplicación de la Directiva 92/85, la gratificación controvertida tiene la consideración de derecho inherente al contrato de trabajo, cuya adquisición, de acuerdo con lo previsto por la letra a) del apartado 2 de su artículo 11, debe quedar garantizada durante el descanso por maternidad de la mujer trabajadora.

51. El apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, obliga, por su parte, a que se mantengan sin modificaciones hasta el final del permiso parental los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental.

52. Si el juez nacional llega a la conclusión de que el período de referencia que da derecho a la percepción de la gratificación es el período ya transcurrido del año y que

la gratificación va destinada, exclusivamente, a premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa en ese período, sin que se haya establecido que, en caso de rescisión o de suspensión del contrato antes del 1 de diciembre, el trabajador pierde todo derecho a percibir la parte proporcional que hubiera devengado hasta que se produce la rescisión o se inicia la suspensión, habrá que interpretar, por una parte, que la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 se opone a que el empresario tome en cuenta el período de descanso por maternidad para calcular el importe de la gratificación de Navidad con el fin de reducirlo proporcionalmente.

Por otra parte, suponiendo que el derecho a la gratificación de Navidad fuera un derecho adquirido o un derecho en curso de adquisición en el sentido del apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, lo cual, dicho sea de paso, me parece más que dudoso, habría que interpretar que la Sra. Lewen no percibiría la gratificación de Navidad en 1996, a la que habría devengado derechos hasta el 6 de septiembre, pero que, al reincorporarse en 1999 reanudaría la adquisición del derecho a esa gratificación que debería serle abonada en su totalidad el 1 de diciembre de 1999.

Pienso, sin embargo, que esta disposición no fue creada para proteger situaciones como estas y que no resultaría aplicable al pago de una prestación periódica como es la gratificación de Navidad.

53. Si, por el contrario, el juez nacional llega a la conclusión de que el período de

referencia es el año siguiente, y de que la gratificación va destinada, exclusivamente, a incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa por el año que se inicia el día en que se abona la gratificación, ni el artículo 119 del Tratado, ni la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85, ni el apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica la Directiva 96/34, se oponen a que se excluya del derecho a la gratificación a una trabajadora cuyo contrato va a estar en suspenso a lo largo de todo el período de referencia por disfrutar de un permiso parental.

54. Si, por último, el juez nacional llegara a la conclusión de que el período de referencia va de julio de un año a junio del año

siguiente y de que la finalidad de la gratificación consiste, en parte, en premiar el trabajo y la fidelidad a la empresa por el período del año ya transcurrido en el momento en que se abona y, en parte, en incentivar el trabajo y la fidelidad a la empresa hasta junio del año siguiente, habrá que interpretar que la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 se opone a que un empresario tome en consideración el período de descanso por maternidad del que haya disfrutado la mujer trabajadora, a la hora de calcular la gratificación de Navidad, con el fin de reducir proporcionalmente su importe. En lo que se refiere a los períodos de permiso parental, el derecho comunitario, en su estado actual, no ampara el derecho del trabajador a que sean considerados períodos de actividad a los efectos de devengar derechos a una gratificación de las características descritas.

VI. Conclusión

55. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Gelsenkirchen de la siguiente manera:

«1) Una gratificación como la controvertida está incluida en el concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado CE y tiene la consideración de derecho inherente al contrato de trabajo en el sentido de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 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). Ni el propósito perseguido por el empleador al abonar dicha gratificación ni el hecho de que no haya anunciado con antelación suficiente que, en la Navidad siguiente, fijaría su cuantía en función de las prestaciones futuras y que no la abonaría a los trabajadores con la relación laboral suspendida tienen incidencia alguna al respecto.

- 2) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que debe dictar sentencia en el litigio principal determinar, a la vista de las condiciones bajo las que se adquiere el derecho a percibir la gratificación controvertida, y teniendo en cuenta las indicaciones que figuran en los apartados 37 y 38 de estas conclusiones, si el artículo 119 del Tratado y la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 se oponen a que un empresario excluya por completo de su percepción, por tener un permiso parental en la fecha de pago, a una trabajadora que ha ocupado su puesto hasta el 15 de mayo de 1996, que ha disfrutado, a continuación, de un descanso por maternidad hasta el 6 de septiembre del mismo año y que, inmediatamente después, comenzó el permiso parental hasta el 12 de julio de 1999.

- 3) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que debe dictar sentencia en el litigio principal determinar, a la vista de las condiciones bajo las que se adquiere el derecho a percibir la gratificación controvertida, y teniendo en cuenta las indicaciones que figuran en los apartados 52 a 54 de estas conclusiones, si el artículo 119 del Tratado, la letra a) del apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 92/85 y el apartado 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que aplica 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 un empresario tome en consideración el período de descanso por maternidad, a la hora de calcular la gratificación que se ha de abonar a una mujer que se encuentra disfrutando de un permiso parental, a fin de disminuir proporcionalmente su importe. El derecho comunitario, en su estado actual, no ampara el derecho del trabajador a que los períodos de permiso parental sean considerados períodos de actividad a los efectos de devengar derechos a una gratificación de las características descritas.»