

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
*Sentencia 243/2016, de 13 de abril de 2016*  
*Sala de lo Social*  
*Rec. n.º 740/2015*

**SUMARIO:**

**Reclamación de cantidad. Riesgo durante el embarazo.** *Trabajadora que tras ser trasladada de puesto de trabajo debido a su embarazo, a la vista del informe del Servicio de Prevención, reclama el abono de los complementos derivados de realizar jornada nocturna y en días festivos previstos en el convenio, al ser cambiada provisionalmente de puesto. Desestimación.* Ha de distinguirse entre los complementos inherentes a la condición profesional de la embarazada, que deben serle abonados en todo caso aunque se adapte el puesto de trabajo, de aquellos otros que remuneran el ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares, como de noche o en días festivos, porque estos van dirigidos a compensar el gravamen que conllevan y que no se produce cuando el trabajo no tiene lugar en esas condiciones.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), art. 6.  
RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 39.

**PONENTE:**

*Doña María Virginia García Alarcón.*

Magistrados:

Don JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ  
Don JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO  
Doña MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 03 de lo Social**  
Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG: 28.092.00.4-2013/0002035

Procedimiento Recurso de Suplicación 740/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social n.º 01 de Móstoles Procedimiento Ordinario 1581/2013

Materia: Reclamación de Cantidad

Sentencia número: 243/16-FG

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 13 de abril de 2016, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación número 740/2015 formalizado por el letrado DON AITOR PERLINES SÁNCHEZ en nombre y representación de DOÑA Sandra, contra la sentencia número 101/2015 de fecha 23 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Móstoles (Madrid), en sus autos número 1581/2013, seguidos a instancia de la recurrente frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE FUENLABRADA, en reclamación de cantidad, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

#### **Segundo.**

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO. Doña Sandra presta servicios para el Hospital Universitario de Fuenlabrada desde el día 26 de Enero de 2004 con la categoría profesional de Diplomada Universitaria en Enfermería.

SEGUNDO. El Hospital Universitario de Fuenlabrada propuso el día 25 de Junio de 2012 que la actora cambiase provisionalmente de puesto de trabajo a Consultas Externas del Centro de Especialidades del Arroyo durante el mes de Agosto teniendo en cuenta el informe de descripción de riesgos en el puesto de trabajo y las recomendaciones del Servicio de Prevención.

El Hospital Universitario de Fuenlabrada propuso el día 29 de Agosto de 2012 que la actora cambiase provisionalmente de puesto de trabajo a Consultas Externas del Centro de Especialidades del Arroyo durante el mes de Septiembre ". siguiendo las recomendaciones del procedimiento establecido para las adaptaciones y cambios de puesto de trabajo derivadas de la Evaluación de Riesgos durante el embarazo..."...

TERCERO. La actora ha percibido un salario de 2.134,06 euros en el mes de Agosto de 2012, 2.505,36 euros en el mes de Septiembre y 2.086,92 euros en el mes de Octubre, percibiendo como complementos el de continuidad asistencial y de turnicidad.

CUARTO. El día 12 de Noviembre de 2012 el INSS dictó Resolución reconociendo a la actora el derecho a la prestación de maternidad con un importe diario de 77,13 euros, fecha de efectos económicos 17 de Octubre y fecha de vencimiento 5 de Febrero de 2013.

QUINTO. La actora presentó la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 20 de Septiembre de 2013, celebrándose la conciliación sin efecto el día 8 de Octubre, interponiendo aquélla la demanda el día 18 de Octubre de 2014 ante el Juzgado Decano de Móstoles."

#### **Tercero.**

En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" DESESTIMAR la demanda interpuesta por Doña Sandra contra el Ente Público Hospital Universitario de Fuenlabrada, ABSOLVIENDO al demandado de la pretensión ejercitada en su contra."

#### **Cuarto.**

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, no habiendo sido impugnado de contrario.

#### **Quinto.**

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 30 de septiembre de 2015 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

#### **Sexto.**

Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 12 de abril de 2016 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la revisión del hecho probado tercero para el que propone la siguiente redacción:

"La actora ha percibido un salario de 2.134, 06 euros en el mes de Agosto de 2012, 2.505,36 euros en el mes de Septiembre y 2.086, 92 euros en el mes de Octubre, percibiendo como complementos el de continuidad asistencial y de turnicidad. Asimismo en dichas nóminas no se ha abonado a la actora los complementos de nocturnidad, nocturnidad-festivos y festivos que venía percibiendo en el puesto anterior a la adaptación del puesto por riesgo durante el embarazo."

Para lo que se remite a la nómina de mayo de 2012, documento 3 de la demanda y a las unidas igualmente a la demanda como documento 8, de los que resulta el aserto propuesto que se admite.

#### **Segundo.**

Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción de la directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, Convenio 111 de la OIT, artículos 37 y 39 del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Constitución conforme a los cuales la mujer trabajadora embarazada conserva la totalidad de sus retribuciones durante el embarazo con independencia de que tenga el puesto adaptado por riesgo, por cuanto no solo se debe preservar su salud sino también la plenitud de sus derechos entre los que se encuentran los de carácter económico, de manera que dado que venía trabajando por la noche y en festivo en su puesto de trabajo habitual, habiendo dejado de hacerlo por su situación de embarazo, los complementos de nocturnidad, nocturnidad-festivos y festivos, se le deben seguir abonando lo que no se ha hecho.

Así pues la cuestión se circunscribe al derecho que pretende la actora a continuar percibiendo la remuneración correspondiente a la realización de jornada nocturna y trabajo en días festivos que ha dejado de efectuar como consecuencia de la adaptación de su puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo, remuneración que venía percibiendo antes de la adaptación como complementos de nocturnidad, nocturnidad-festivos y festivos y que el convenio colectivo del Hospital de Fuenlabrada, regula como sigue:

#### **Artículo 68. Complemento de nocturnidad.**

Es un concepto salarial complementario que retribuye el trabajo realizado en turno de noche por los profesionales de las categorías que lo tienen reconocido. Se considera a estos efectos trabajo nocturno el realizado como jornada ordinaria desde las veintidós a las ocho horas del día siguiente.

Este complemento es incompatible con la percepción del complemento de jornada complementaria y festivos.

Su percepción está ligada al número de horas efectivamente realizadas en trabajo nocturno y su cuantía será diferente según se trate de días laborables o coincida con domingo o festivos, según se fija en tabla.

El abono de este complemento se realizará a meses vencidos.

La noche del 24 y 31 de diciembre de abonarán a razón del doble de la noche que coincida en festivos y domingo.

#### **Artículo 69. Complemento de festivos.**

Es un concepto salarial complementario que retribuye el trabajo realizado en jornada ordinaria en domingos o festivos.

Este complemento es incompatible con la percepción del complemento de jornada complementaria y nocturnidad. Su percepción está ligada al número de horas efectivamente realizadas en domingos o festivos y su cuantía será la fijada en tabla.

El abono de este complemento se realizará a meses vencidos.

El día 25 de diciembre y 1 de enero se abonarán a razón del doble de su cuantía asignada para cada domingo y festivo.

Se trata por tanto de unos complementos que retribuyen la prestación del trabajo en unas determinadas circunstancias y la cuestión relativa a su pago a la mujer embarazada que deja de realizar esa prestación por habersele adaptado el puesto de trabajo ha sido objeto de estudio en la sentencia Tribunal de Justicia (UE) Sala 3ª, S 1-7-2010, n.º C-471/2008:

#### El litigio principal y la cuestión prejudicial

21. La demandante en el litigio principal ha trabajado al servicio de Finnair como azafata de vuelo desde el 8 de abril de 1998. Accedió a un puesto de jefa de cabina en octubre de 2005.

22. La demandante en el procedimiento principal se quedó embarazada a principios de 2007. El parto estaba previsto el 16 de octubre de 2007. Debido a su embarazo, el 30 de abril de 2007 fue destinada a un puesto de trabajo en tierra, correspondiente a actividad de oficina. Ocupó dicho puesto hasta el 15 de septiembre siguiente, fecha en la que comenzó su permiso de maternidad.

23. Dicho traslado de puesto de trabajo se produjo de conformidad con el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, y con las disposiciones pertinentes de la Ley del contrato de trabajo y de la Ley sobre seguridad en el trabajo, así como con el convenio colectivo. De los autos resulta que lo motivó el hecho de que el trabajo de la demandante en el litigio principal la exponía a agentes físicos, tales como las radiaciones ionizantes y no ionizantes, que podían causar lesiones fetales.

24. De la resolución de remisión se desprende que, al ser jefa de cabina, una parte importante de la remuneración global de la demandante en el litigio principal consiste en complementos. Los complementos pagados a los trabajadores pueden variar considerablemente, según se trate de una persona que tenga la condición de superior jerárquico, como un jefe de cabina, o bien de una azafata o un azafato. Esos trabajadores pueden percibir diferentes complementos, como, en particular, por trabajo nocturno, trabajo dominical, días de vacaciones, horas extraordinarias si la jornada laboral excede de 8 horas, vuelos de largo recorrido, o también por vuelos que impliquen un desfase horario. Además, las personas que tienen la misma categoría pueden efectuar una cantidad muy variable de horas de trabajo, lo que influye en el importe de los complementos pagados.

25. Los complementos representaban alrededor del 40% de la remuneración total de la demandante en el litigio principal antes de su traslado provisional a un puesto en tierra. El salario base mensual de ésta ascendía a 1.821,76 euros y su remuneración mensual media a 3.383,04 euros. A raíz del citado traslado la remuneración mensual total de la demandante en el litigio principal se redujo en 834,56 euros.

26. Según la demandante en el litigio principal, Finnair no tenía derecho a disminuir su remuneración a raíz de su traslado provisional de puesto de trabajo, en particular al no tener en cuenta su condición de superior jerárquica. Sostiene que esa reducción constituye un comportamiento discriminatorio contrario a la Directiva 92/85 así como a la Ley 609/1986. En su recurso ante el tribunal remitente la demandante en el litigio principal reclamó el pago, por el período de que se trata, de una remuneración al menos equivalente a la que percibía en calidad de jefa de cabina.

27. Finnair solicitó que se desestimara el recurso. Sostuvo que la demandante en el litigio principal percibió durante su embarazo una remuneración superior a la que se paga a un trabajador que realiza habitualmente un trabajo en tierra equivalente. Además, cuando trabajaba como jefa de cabina, no habría podido reclamar un importe garantizado de complementos. En efecto, el importe de los complementos que se le pagan siempre depende de la cantidad y la clase de vuelos efectuados.

28. Considerando que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado aún sobre la interpretación que debe darse al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, y que la interpretación de esa disposición tiene gran

importancia para la solución del litigio del que conoce, el Helsingin käräjäoikeus (tribunal de primera instancia de Helsinki) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

"¿Debe interpretarse el artículo 11, (punto) 1, de la Directiva (92/85) en el sentido de que debe pagarse a una trabajadora que, a causa de su embarazo, haya sido destinada a un puesto de trabajo en el que realiza tareas menos retribuidas que las anteriores, una remuneración de importe equivalente a la que percibía como promedio antes de su traslado de puesto de trabajo? Por otra parte, ¿son pertinentes a estos efectos la clase y las causas de los complementos salariales que percibía la trabajadora, además del salario base mensual?"

#### Sobre la cuestión prejudicial

29. Mediante su cuestión el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al artículo 5, apartado 2, de esa Directiva haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que efectuaba antes de ese traslado, tiene derecho a una remuneración equivalente a la que percibía como promedio antes del citado traslado. El tribunal remitente también pregunta si tienen importancia al respecto la clase y las causas de los complementos salariales percibidos por esa trabajadora cuando ejercía sus anteriores actividades.

30. Debe recordarse con carácter previo que, a causa del hecho de que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, por su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, como los enumerados en el anexo I de la Directiva 92/85, que suponen un riesgo para la seguridad o la salud, el legislador de la Unión, al adoptar la Directiva 92/85, estableció un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos, así como la prohibición de que la trabajadora que se halle en esas circunstancias ejerza 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).

31. 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.

32. 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 (sentencia de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros, C-66/96, Rec. p. I-7327, apartado 57).

33. 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.

34. Debe recordarse que, respecto a las trabajadoras que disfrutan permiso de maternidad, el artículo 11, punto 2, letra b), de la Directiva 92/85 también prevé que se les debe garantizar el "mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada".

35. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de remuneración que figura en el artículo 11 de dicha Directiva, al igual que la definición de retribución enunciada en el artículo 141 CE, apartado 2, párrafo primero, 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. En cambio, el concepto de prestación a que igualmente se refiere dicha disposición comprende todo ingreso que perciba la trabajadora durante su permiso de maternidad y que no le sea abonado por el empresario en virtud de la relación de trabajo (véase la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros, C- 411/96, Rec. p. I-6401, apartado 31).

36. En cuanto al concepto de prestación adecuada a la que tienen derecho las trabajadoras que disfrutan del permiso de maternidad en virtud del artículo 11, punto 2, letra b), de la Directiva 92/85, el Tribunal de Justicia también ha estimado que la definición de esa prestación adecuada que figura en el punto 3 del mismo artículo pretende 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).

37. Según esa jurisprudencia, 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 (sentencia Boyle y otros, antes citada, apartado 33).

38. No obstante, aunque tanto el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 como los puntos 2, letra b), y 3 del mismo artículo se refieren al "mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia)", resulta de los objetivos pretendidos por esa Directiva así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a dichas disposiciones que, en lo que atañe a la percepción de ingresos, no pueden asimilarse a todos los efectos útiles la situación de las trabajadoras embarazadas, a las que se refiere el artículo 5 de la citada Directiva, y la de las trabajadoras que disfrutaban del permiso de maternidad, a las que se refiere el artículo 8 de ésta.

39. En primer lugar, las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, cuyas condiciones de trabajo se han modificado provisionalmente, o que han sido destinadas a otros puestos de trabajo por su empresario, siguen trabajando y realizando las prestaciones de trabajo que les encarga éste.

40. En cambio, las trabajadoras que disfrutaban del permiso de maternidad previsto por el artículo 8 de esa Directiva 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 (véanse las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, Rec. p. I- 475, apartado 17, y de 30 de marzo de 2004, Alabaster, C-147/02, Rec. p. I-3101, apartado 46).

41. En segundo lugar, resulta expresamente del artículo 11, punto 3, de la Directiva 92/85 que la definición del concepto de prestación adecuada que figura en esa disposición sólo se aplica al punto 2, letra b), del mismo artículo, y por tanto únicamente a las trabajadoras que disfrutaban del permiso de maternidad (véase en ese sentido la sentencia Høj Pedersen y otros, antes citada, apartado 39).

42. Habida cuenta de las diferencias antes mencionadas entre los supuestos previstos en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, por una parte, y por otra en el artículo 8 de ésta, no es posible en consecuencia extrapolar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la definición de los conceptos de remuneración y de prestación adecuada enunciados en el artículo 11, puntos 2, letra b), y 3, de dicha Directiva, referidos a las trabajadoras que disfrutaban del permiso de maternidad, al derecho a remuneración durante el embarazo de las trabajadoras cuyas condiciones de trabajo se han adaptado o cuyo puesto de trabajo ha cambiado provisionalmente en virtud del mencionado artículo 5, apartados 1 y 2.

43. En efecto, la extrapolación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el permiso de maternidad a las trabajadoras que se encuentren en situaciones como las previstas en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85 podría conducir a una situación no razonable, en la que una trabajadora como la demandante en el litigio principal, destinada provisionalmente a causa de su embarazo a un puesto de trabajo distinto del propio de las actividades que ejercía antes de ese traslado, podría percibir una remuneración reducida, durante ese destino provisional, a un importe equivalente al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en caso de interrupción de las actividades de dicha trabajadora por motivos de salud.

44. Pues bien, tal reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras, en contra de lo previsto por el noveno considerando de dicha Directiva.

45. Respecto al asunto principal, Finnair y el Gobierno finlandés sostienen que, en virtud del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, la determinación del importe de los ingresos que deben pagarse a una trabajadora destinada provisionalmente a un puesto de trabajo distinto a causa de su embarazo se atribuye a la facultad de apreciación de los Estados miembros. Según ese Gobierno, la remuneración debe ser de tal cuantía que no se ponga en peligro el objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por esa Directiva.

46. En cambio, la demandante en el litigio principal y la Comisión de las Comunidades Europeas alegan que una trabajadora embarazada que esté en una situación como la de la demandante debe beneficiarse a priori del mantenimiento de su salario íntegro durante el período de su destino provisional.

47. El Gobierno italiano observa que, según su Derecho interno, una trabajadora embarazada destinada a funciones correspondientes a un nivel jerárquico inferior al de sus funciones habituales conserva la remuneración propia de las funciones ejercidas anteriormente. No obstante, en lo que atañe a las compensaciones y los complementos que se añaden al salario base debe diferenciarse entre los que se pagan en razón de las cualidades profesionales intrínsecas de la trabajadora interesada, que el empresario no debería poder suprimir o reducir en el supuesto de un cambio provisional de puesto de trabajo de la trabajadora para proteger su salud, por una parte, y por otra los que se pagan en razón de modalidades especiales de la prestación de trabajo, que sólo se atribuyen para compensar los inconvenientes o las dificultades especiales soportados por la trabajadora, y que podrían suprimirse en caso de desaparecer las situaciones específicas que los motivan.

48. Debe recordarse al respecto que, durante el período relevante en el litigio del que conoce el tribunal remitente, la demandante en ese litigio siguió trabajando y realizando las prestaciones de trabajo que le encargaba su empresario. Además, el traslado provisional de puesto de trabajo no se produjo a instancias de la interesada

sino en aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho finlandés y del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85, y pretendía evitar cualquier riesgo para la seguridad y la salud de la interesada o de su hijo.

49. No obstante, el examen del texto del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, así como del objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia que ésta persigue, indica que, en contra de lo alegado por la Comisión y por la demandante en el litigio principal, una trabajadora embarazada como esta última, que está destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo, y cuya remuneración antes de ese nuevo destino comprende un salario base y diversos complementos, la concesión de algunos de los cuales depende del ejercicio de funciones específicas, no puede reclamar, con fundamento en dicha disposición, el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional.

50. Ante todo, aun cuando los ingresos que el empresario paga a una trabajadora embarazada, a la que se refiere el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Directiva 92/85, que sigue trabajando efectivamente constituyen una retribución en el sentido del artículo 141 CE por basarse en la relación laboral, no deja de ser cierto que el artículo 11, punto 1, de esa Directiva, 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.

51. 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.

52. 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).

53. Pues bien, en el presente caso consta que el pago de ciertos complementos a los que tenía derecho la demandante en el litigio principal antes de su traslado provisional dependía del ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares, y que no ejerció esas funciones durante el período de su destino provisional en otro puesto.

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

55. Esa disposición atribuye pues a los Estados miembros y en su caso a los interlocutores sociales un cierto margen de apreciación al definir las condiciones de ejercicio y de aplicación del derecho a remuneración de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el artículo 5, apartado 2, 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).

56. El ejercicio por los Estados miembros y en su caso por los interlocutores sociales de ese margen de apreciación al determinar la remuneración a la que tiene derecho una trabajadora embarazada provisionalmente destinada a otro puesto de trabajo durante y a causa de su embarazo no puede perjudicar el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, por una parte, ni tampoco dejar de considerar el hecho de que esa trabajadora sigue trabajando efectivamente y realizando las prestaciones laborales que le encarga su empresario.

57. En efecto, como resulta del 16.º considerando 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.

58. La remuneración de una trabajadora embarazada que debe mantenerse, conforme al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora. En efecto, durante el período de ese destino provisional la trabajadora embarazada también tiene derecho a los componentes de la remuneración y a los complementos inherentes a dicho puesto, siempre que reúna los requisitos para la obtención del derecho a éstos conforme al artículo 11, punto 4, de esa Directiva.

59. Además, como ha señalado el Abogado General en los puntos 69 y 70 de sus conclusiones, al definir los elementos de la retribución de dicha trabajadora que deben mantenerse durante el período de destino provisional en otro puesto conforme al artículo 11, punto 1, de esa Directiva, los Estados miembros y en su caso los interlocutores sociales están vinculados por la naturaleza de los diferentes complementos pagados por el empresario, y que pueden constituir en algunos casos, como en el litigio principal, una parte importante de la remuneración global de la trabajadora embarazada interesada.

60. Se deduce de ello que, además del salario base correspondiente a su contrato o a su relación laboral, una trabajadora embarazada provisionalmente destinada a otro puesto de trabajo en virtud del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85 conserva durante ese destino el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como en particular los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

61. En cambio, los Estados miembros y en su caso los interlocutores sociales no están obligados, en virtud del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, a mantener durante ese destino provisional los componentes de la remuneración o los complementos que, como resulta del apartado 53 de la presente sentencia, 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.

62. De lo antes expuesto resulta que una trabajadora embarazada no tiene derecho, en virtud del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo, conforme al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85, a la remuneración media que percibía antes de dicho traslado.

63. Hay que recordar no obstante que el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 sólo prevé una protección mínima en relación con el derecho a ingresos de las trabajadoras embarazadas a las que se refiere el artículo 5 de dicha 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 a los que la trabajadora embarazada tenía derecho antes de su embarazo y de su traslado provisional a otro puesto de trabajo.

64. En efecto, la Directiva 92/85, que fue adoptada conforme al artículo 118 A 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 de 4 de octubre de 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Rec. p. I- 6915, apartado 37).

65. De los apartados 19 y 20 de la presente sentencia resulta que en el asunto principal, conforme al convenio colectivo y a la decisión de 20 de junio de 1989, se paga a una azafata embarazada, a raíz de su traslado a un puesto de trabajo en tierra a causa de su embarazo, una remuneración equivalente a la percibida en concepto de vacaciones anuales retribuidas.

66. La remuneración pagada por Finnair a una trabajadora embarazada durante el período de su destino provisional se compone de su salario base mensual y de un complemento de remuneración denominado "lisäpäiväpalkka". Como resulta del apartado 20 de la presente sentencia, ese complemento se calcula en dos fases. En primer lugar se calcula el promedio de los complementos percibidos por una azafata o por un azafato durante un período de referencia determinado. Se trata del complemento de remuneración personal, denominado "lisäpäiväpalkka", pagado a la persona interesada durante ese período. En segundo lugar se calcula el promedio de los complementos de remuneración personales de todas las azafatas y todos los azafatos que pertenecen al mismo grupo salarial.

67. Es preciso observar que, debido al hecho de que la remuneración pagada a las trabajadoras embarazadas a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaban antes, se calcula sobre la base del importe medio durante un período de referencia determinado de los complementos percibidos por todas las azafatas y todos los azafatos que pertenecen al mismo grupo salarial, ese sistema de remuneración puede conducir bien a una disminución, bien a un aumento de los ingresos percibidos por la trabajadora embarazada en relación con los que se le pagaban durante el período de referencia considerado. Ahora bien, según resulta de la resolución de remisión, el personal de vuelo puede percibir más de una decena de complementos diferentes, cuyo pago está ligado a las modalidades concretas de ejecución de las prestaciones de trabajo. En esas circunstancias, tanto el importe como la clase de complementos percibidos por las azafatas y los azafatos clasificados en el mismo grupo salarial durante el citado período de referencia puede variar considerablemente.

68. La elección por los Estados miembros y en su caso por los interlocutores sociales de un sistema de remuneración según el que los ingresos de las trabajadoras embarazadas, a raíz de un traslado provisional de puesto de trabajo, se componen de dicho salario base mensual y del importe promedio de los complementos percibidos por el personal de vuelo durante un período de referencia no puede en principio considerarse contrario al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85.

69. No obstante, en cuanto dicho sistema no tiene en cuenta, cuando se calcula la remuneración mensual que debe pagarse a las azafatas embarazadas destinadas provisionalmente a otro puesto de trabajo, conforme al artículo 5, apartado 2, de la Directiva, los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a la condición profesional de la trabajadora embarazada -condición a la que no afecta en absoluto ese destino provisional-, como los complementos relacionados con la calidad de superiora jerárquica de la interesada, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales, ese sistema no puede considerarse conforme con las exigencias del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85.

70. Pues bien, como resulta del apartado 56 de la presente sentencia, aunque conforme al artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 la determinación de las formas de cálculo de la remuneración a la que tiene derecho una trabajadora embarazada en virtud del artículo 5, apartado 2, de la misma Directiva se atribuye a los Estados miembros, éstos no deben establecer formas de cálculo que no se ajusten al objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por dicha Directiva. Al determinar esa remuneración, tampoco pueden dejar de considerar el hecho de que esa trabajadora siga trabajando efectivamente.

71. En el presente caso, como la demandante en el litigio principal alega, en tanto que su complemento de remuneración personal denominado "lisäpäiväpalkka" alcanzó 74,35 euros por día durante el período de referencia, el importe promedio del mismo complemento de remuneración pagado a todas las azafatas y a todos los azafatos de vuelo pertenecientes al mismo grupo salarial fue de 39,74 euros por día durante el mismo período. Como consecuencia del traslado provisional de la interesada a otro puesto de trabajo en tierra su remuneración mensual total disminuyó en 834,56 euros en relación con la que percibía antes de ese destino provisional.

72. Corresponde al tribunal remitente comprobar si, en virtud del método de cálculo de la remuneración previsto por el convenio colectivo y/o por la decisión de 20 de junio de 1989 respecto a las azafatas de vuelo durante el embarazo, la demandante en el litigio principal ha quedado privada, a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba habitualmente, de componentes de la remuneración o de complementos inherentes a su condición profesional. Si así fuera, el sistema de remuneración que da lugar a tal disminución de su remuneración durante ese destino provisional, en virtud del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85, debería considerarse contrario a las disposiciones del artículo 11, punto 1, de esa Directiva.

73. Por lo antes expuesto, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al artículo 5, apartado 2, de esa Directiva haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado. Además del mantenimiento de su salario base, dicha trabajadora tiene derecho en virtud del citado artículo 11, punto 1, a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. Si bien el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85 no se opone a la utilización de un método de cálculo de la remuneración que debe pagarse a dicha trabajadora basado en el importe promedio de los complementos ligados a las condiciones de trabajo de todo el personal de vuelo perteneciente al mismo grupo salarial durante un período de referencia determinado, la falta de cómputo de los componentes de la remuneración o de los complementos antes referidos debe considerarse contraria a esa última disposición.

#### Costas

74. Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, 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 de los litigios principales, 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:

El artículo 11, punto 1, 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 ) debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al artículo 5, apartado 2, de esa Directiva 92/85 haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado. Además del mantenimiento de su salario base, dicha trabajadora tiene derecho en virtud del citado artículo 11, punto 1, a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones que debe pagarse a dicha trabajadora basado en el importe promedio de los complementos ligados a las condiciones de trabajo de todo el personal de vuelo perteneciente al mismo grupo salarial durante un período de referencia determinado, la falta de cómputo de los componentes de la remuneración o de los complementos antes referidos debe considerarse contraria a esa última disposición.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 3ª, S 1-7-2010, n.º C-194/2008, concluyendo que la trabajadora embarazada a la que se ha adaptado el puesto de trabajo no tiene derecho a percibir el complemento por la obligación de disponibilidad en el lugar de trabajo que venía siéndole abonado antes de la adaptación porque el mismo " 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."

Doctrina conforme a la cual ha de distinguirse entre los complementos inherentes a la condición, cualificación y categoría profesional de la embarazada, que deben serle abonados en todo caso aunque se adapte el puesto de trabajo, de aquellos otros que remuneran el ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares, como de noche o en día festivo, porque éstos van dirigidos a compensar el gravamen que conllevan y que no se produce cuando el trabajo no tiene lugar en ningún caso en jornada nocturna ni el día festivo, y en el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala, sec. 4ª, en sentencia de 23-2-2015, n.º 115/2015, rec. 807/2014, respecto de la no remuneración por la realización de guardias que dejan de hacerse durante el embarazo, por todo lo cual el recurso se desestima.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 740/2015 formalizado por el letrado DON AITOR PERLINES SÁNCHEZ en nombre y representación de DOÑA Sandra, contra la sentencia número 101/2015 de fecha 23 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Móstoles (Madrid), en sus autos número 1581/2013, seguidos a instancia de la recurrente frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE FUENLABRADA, en reclamación de cantidad y confirmamos la resolución impugnada.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2828-0000-00-0740-15 que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D. C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen. Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S).

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día

por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.