

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)  
de 8 de junio de 2004 [\(1\)](#)

«Principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras – Concepto de retribución – Cómputo, para el cálculo de la indemnización por despido, de los períodos cumplidos en el marco del servicio militar – Posibilidad de comparar los trabajadores que prestan el servicio militar con las trabajadoras que, una vez finalizada su baja por maternidad, se acogen a una excedencia por cuidado de hijos sin que se compute el período de dicha excedencia a efectos del cálculo de la indemnización por despido»

En el asunto C-220/02,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

**Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten,**

y

**Wirtschaftskammer Österreich,**

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, J.-P. Puissochet (Ponente) y J.N. Cunha Rodrigues, Presidentes de Sala, y el Sr. R. Schintgen, las Sras. F. Macken y N. Colneric, el Sr. S. von Bahr y la Sra. R. Silva de Lapuerta, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;  
Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

—  
en nombre del Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, por el Sr. K. Mayr, Referent der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich;

—  
en nombre de la Wirtschaftskammer Österreich, por el Sr. O. Körner, en calidad de agente;

—  
en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;

—  
en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. N. Yerell y el Sr. H. Kreppel, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, representado por el Sr. K. Mayr; de la Wirtschaftskammer Österreich, representada por los Sres. H. Aubauer y H. Kaszanits, en calidad de agentes; del Gobierno austriaco, representado por el Sr. G. Hesse, en calidad de agente, y de la Comisión, representada por el Sr. H. Kreppel, en la vista de 3 de febrero de 2004;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de febrero de 2004;

dicta la siguiente

## Sentencia

1

Mediante resolución de 22 de mayo de 2002, recibida en el Tribunal de Justicia el 14 de junio del mismo año, el Oberster Gerichtshof planteó, con arreglo al artículo 234 CE, tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

2

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (Sindicato de Empleados del Sector Privado; en lo sucesivo, «Gewerkschaftsbund»), y la Wirtschaftskammer Österreich (Cámara de Comercio de Austria), relativo a una reivindicación de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos en cuanto a una indemnización por despido.

### Marco jurídico

#### *Normativa comunitaria*

3

El artículo 141 CE, apartados 1 y 2, establece lo siguiente:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. 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.»

4

El artículo 1 de la Directiva 75/177 prevé:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado [actualmente artículo 141 CE], y que, en lo sucesivo, se denominará “principio de igualdad de retribución”, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

## *Normativa nacional*

5

El marco jurídico nacional aplicable, como se desprende de la resolución de remisión, es el siguiente.

Cómputo, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, de los períodos de baja por embarazo o maternidad

6

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Angestelltengesetz (Ley de los empleados, BGBl. 1921/292, en su versión modificada por la BGBl. I, 2002/100; en lo sucesivo, «AngG»), que, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, de la Arbeiter-Abfertigungsgesetz (Ley relativa a la indemnización por despido de los trabajadores), también se aplica a los obreros, los trabajadores tienen derecho, bajo determinadas condiciones, a una indemnización por despido. La cuantía de dicha indemnización depende, en particular, de la duración de la relación de empleo del trabajador.

7

En virtud del artículo 3, apartado 1, de la Mutterschutzgesetz 1979 (Ley de protección de la maternidad, BGBl. 1979/221, en su versión modificada por la BGBl. I, 2002/100; en lo sucesivo, «MSchG»), las mujeres embarazadas no tienen derecho a trabajar durante las últimas ocho semanas anteriores a la fecha prevista del parto. Además, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la MSchG, una mujer embarazada tampoco puede trabajar, fuera de ese período de ocho semanas, si la vida o la salud de la madre o del niño corrieren peligro en caso de seguir trabajando.

8

El artículo 5, apartado 1, de la MSchG, dispone que las mujeres no deben trabajar las primeras ocho semanas posteriores al parto. En el caso de partos prematuros, partos múltiples o cesáreas, este plazo será de al menos doce semanas.

9

En el asunto 9 ObA 199/00f, el Oberster Gerichtshof declaró que los períodos correspondientes a las referidas prohibiciones de trabajo deben tenerse en cuenta a efectos del cálculo de la duración de la relación de empleo para fijar la cuantía de la indemnización por despido. Dicho órgano jurisdiccional fundamentó su postura, en particular, en la inexistencia de una norma jurídica en sentido contrario.

10

Una vez agotados los referidos períodos, la empleada tiene derecho, al amparo del artículo 15, apartado 1, de la MSchG, a petición suya, a acogerse a un período de excedencia sin percepción de los emolumentos de su trabajo hasta que su hijo alcance los dos años de edad, siempre que viva con él en el mismo hogar. De conformidad con el artículo 15, apartado 2, de la MSchG, esta excedencia por cuidado de hijos debe prolongarse durante al menos tres meses. Durante este período de excedencia, no puede rescindirse el contrato de trabajo ni despedirse a la trabajadora. Con arreglo al apartado 4 de dicho artículo, la trabajadora dispone de la misma protección durante las cuatro semanas siguientes al término de la excedencia.

11

A tenor de lo establecido en el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, «en la medida en que no se acuerde otra cosa, el período de excedencia [por cuidado de hijos] no se computará a efectos de los derechos de la trabajadora que se rijan por la duración del período de empleo».

Cómputo, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, del período de servicio militar

12

En virtud del artículo 8 de la Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (Ley de mantenimiento del puesto de trabajo, BGBl. 1991/683, en su versión modificada por la BGBl.-I, 1998/30; en lo sucesivo, «APSG»), «en la medida en que los derechos de un trabajador se rijan por la duración del período de empleo, los períodos de prestación:

1.

del servicio militar con arreglo al artículo 27, apartado 1, números 1 a 4 y 6 a 8, de la Wehrgesetz [Ley de defensa nacional; actualmente, artículo 19, apartado 1, números 1 a 4 y 6 a 8, de la Wehrgesetz 2001],

2.

del servicio militar como soldado temporal con arreglo al artículo 27, apartado 1, número 5, de la Wehrgesetz [actualmente, artículo 19, apartado 1, número 5, de la Wehrgesetz 2001] por un período máximo de doce meses,

3.

del servicio de formación militar para mujeres, y

4.

del servicio civil,

durante los cuales se haya mantenido la relación laboral se computarán como parte del período de empleo.»

13

El artículo 12 de la APSG otorga a los trabajadores afectados una protección especial contra la rescisión del contrato laboral y el despido durante los referidos períodos. Dicha protección se prolonga desde el momento en que se notifique al trabajador la orden de incorporación a filas para cumplir el servicio militar, el servicio de formación militar para mujeres, o el servicio civil hasta, por regla general, un mes después de finalizado el servicio (artículo 13, apartado 1, número 3, de la APSG).

14

De conformidad con el artículo 20, apartado 1, de la Wehrgesetz, todas las personas obligadas a cumplir el servicio militar deben prestar la instrucción militar durante seis meses. En la medida en que lo requieran los intereses militares, las personas obligadas a cumplir el servicio militar pueden ser llamadas a realizar la instrucción militar durante un período complementario que responda a las necesidades militares de cada momento, sin que la duración total pueda prolongarse más de ocho meses.

15

Al período correspondiente a dicho servicio, debe añadirse, con arreglo al artículo 19, apartado 1, número 2, de la Wehrgesetz 2001, los períodos de maniobras que los obligados a cumplir el servicio militar deben efectuar para mantener su estado de formación y para la instrucción en tareas operativas. La duración de cada uno de estos períodos de maniobras debe determinarse en función de las necesidades militares de cada momento y, por regla general, no debe ser superior a quince días al año.

16

Del mismo modo pueden computarse otros períodos de servicio, como, en particular, los de formación de cuadros de mando, en virtud del artículo 19, apartado 1, número 3, de la Wehrgesetz 2001. Dichos períodos se efectúan de forma voluntaria o bien obligatoriamente cuando las necesidades militares lo justifican. La instrucción de cuadros sirve para formar a las personas obligadas a cumplir el servicio militar en funciones de mando, así como a mantener y profundizar las capacidades adquiridas. La duración obligatoria de esta formación asciende, de conformidad con el artículo 21, apartado 1, número 1, a noventa días en el caso de las funciones de oficial y, según su número 2, a sesenta días en el caso de las demás funciones de cuadros. No obstante, puede realizarse de nuevo una instrucción de cuadros de manera voluntaria hasta completar un período igual al doble del respectivo período total normal.

17

De conformidad con el artículo 23, apartado 1, de la Wehrgesetz 2001, las personas obligadas a cumplir el servicio militar que hayan completado la instrucción militar de un período de ocho meses pueden alistarse de manera voluntaria como «soldados temporales» en función de las necesidades militares de cada momento, durante un período total de seis meses como máximo. La movilización adicional durante un período de cuatro meses está permitida bajo determinadas condiciones.

18

Con arreglo al artículo 37, apartado 1, de la Wehrgesetz 2001, también las mujeres pueden prestar de forma voluntaria, en función de las necesidades militares de cada momento, un servicio de formación militar

(«Ausbildungsdienst») en el sentido del artículo 8, número 3, de la APSG, durante un período de doce meses. En función de intereses militares imperativos, puede disponerse una prolongación del servicio de formación militar para mujeres hasta un máximo de seis meses. El apartado 4 del referido artículo 37 establece que a las mujeres que se encuentren realizando el servicio de formación militar se les aplican los artículos 3 a 9 de la MSchG en materia de protección de las mujeres embarazadas y lactantes.

19

En virtud del artículo 2, apartado 1, de la Zivildienstgesetz de 1986 (Ley de prestación del servicio civil, de rango constitucional), prestarán el servicio civil las personas llamadas a filas y declaradas aptas para cumplir el servicio militar, que declaren que no pueden cumplir sus obligaciones militares debido a que, por motivos de conciencia, rechazan el uso de las armas contra seres humanos salvo en casos de defensa personal o de asistencia a terceros. El período de prestación del servicio civil se computa a efectos del cálculo de la duración de la relación laboral del empleo que se ejercía con anterioridad, del mismo modo que el período del servicio militar.

20

Procede añadir, además, que la normativa nacional contempla otros períodos de excedencia cuya duración puede computarse para el cálculo de la indemnización por despido. Eso es lo que sucede, en particular, con las excedencias para formación de los representantes de personal en el caso de los miembros del comité de empresa, de conformidad con el artículo 119, apartado 1, de la Arbeitsverfassungsgesetz (Ley federal reguladora de las relaciones de trabajo y la organización social de las empresas; en lo sucesivo, «ArbVG»).

21

No se computa, por el contrario, la duración de otros períodos de excedencia. Así sucede con la excedencia para formación pactada entre el trabajador y el empresario, con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Arbeitsvertragsrecht – Anpassungsgesetz (Ley de adaptación del Derecho laboral contractual; en lo sucesivo, «AVRAG») o también de la exención de un trabajador con renuncia a la retribución acordada entre el empresario y el trabajador durante la cual el trabajador recibe una ayuda con cargo al seguro de desempleo o al Arbeitsmarktservice, de acuerdo con el artículo 12 de la AVRAG.

## **Litigio principal**

22

El Gewerkschaftsbund, demandante del procedimiento principal, ha solicitado al Oberster Gerichtshof que declare que debe computarse la primera excedencia por cuidado de hijos en el supuesto de trabajadores que se encuentren en una relación de empleo, a efectos del cálculo de la cuantía de la indemnización por despido, como un período de empleo de ocho meses de duración, a semejanza del servicio militar o del servicio civil.

23

En opinión del Gewerkschaftsbund, constituye una discriminación indirecta prohibida por el artículo 141 CE el hecho de que, de conformidad con el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, los períodos de excedencia por cuidado de hijos no se computen para calcular la indemnización por despido regulada en el artículo 23 de la AngG, contrariamente a los períodos en que se cumple el servicio militar o civil.

24

Según el Gewerkschaftsbund, entre quienes se acogen a la excedencia por cuidado de hijos, el 98,253 % son mujeres y el 1,747 % restante son hombres. Ahora bien, sólo un escaso número de convenios colectivos establece la inclusión de dichos períodos de excedencia en el cómputo de la duración de la relación laboral.

25

Alega también el Gewerkschaftsbund que, por el contrario, el período del servicio militar, obligatorio para los hombres, o del servicio civil sustitutorio de aquél, se computa íntegramente a efectos de los derechos que se rijan, en particular, por la duración de la relación de empleo. Ahora bien, ambos servicios afectan únicamente a los hombres. En el año 2000, por ejemplo, sólo un centenar de mujeres prestó el servicio de formación militar para mujeres.

26

El sindicato deduce de lo anterior que dicha diferencia de trato entre trabajadores, mayoritariamente mujeres, que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, y otros trabajadores, mayoritariamente hombres, que realizan el servicio militar o civil, constituye una discriminación indirecta.

27

El Oberster Gerichtshof expone que, por regla general, el cómputo, a efectos del cálculo del derecho a una indemnización por despido, de los períodos de excedencia por cuidado de hijos sin percepción de los emolumentos del trabajo, queda excluida por ministerio de la ley cuando dicha excedencia se ha producido a iniciativa del trabajador, salvo si los motivos por los cuales el trabajador se acoge a la excedencia constituyen una causa justa que daría derecho al propio trabajador a resolver la relación laboral sin perder su derecho a una indemnización por despido, en las circunstancias reguladas en la ley nacional.

28

El órgano jurisdiccional remitente señala que, en relación con la decisión del trabajador de seguir cuidando por sí mismo a un hijo incluso después de transcurrido el plazo de dieciséis semanas correspondiente a la baja por maternidad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en su sentencia de 14 de septiembre de 1999, Gruber (C-249/97, Rec. p. I-5295), apartados 32 y siguientes, que los supuestos de causa justa que se recogen en los artículos 26 de la AngG y 82b de la Gewerbeordnung 1859 (en lo sucesivo, «GewO 1859»), que llevan a una ruptura anticipada de la relación de empleo por el trabajador, deben distinguirse de la necesidad de cuidar por sí mismo al propio hijo. El Tribunal de Justicia señaló que dicha necesidad constituye una causa que no guarda relación alguna con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario, y no hace imposible la continuación de la relación laboral.

29

El Oberster Gerichtshof deduce de ello que procede comparar la categoría de padres que, en su propio interés y únicamente por su voluntad, se acogen a un período de excedencia adicional para cuidar a su hijo, con los trabajadores que por otros motivos de su incumbencia, pero que como tales no les impiden trabajar, como la asistencia a un pariente enfermo, se deciden a interrumpir durante un período prolongado su actividad laboral.

30

En opinión del órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que el legislador favorezca a los padres, concediéndoles la posibilidad de acogerse unilateralmente a una excedencia por cuidado de hijos en vez de verse obligados a poner fin a su relación laboral y reconociéndoles, además, una protección especial contra el despido, no puede considerarse una discriminación en perjuicio de las trabajadoras.

31

El Oberster Gerichtshof señala, sin embargo, que la parte demandante en el asunto principal se distancia de ese razonamiento y analiza la discriminación que se hace evidente al comparar la categoría de personas que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, para quienes el tiempo durante el cual no han trabajado no se computa a efectos del cálculo de la indemnización por despido, con la categoría de las personas para quienes, por el contrario, sí se computan en dicho cálculo los períodos durante los cuales han prestado el servicio militar o civil.

## **Cuestiones prejudiciales**

32

En estas circunstancias, al considerar que la resolución del litigio pendiente ante él depende de la interpretación de las normas comunitarias consideradas, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1)

¿Debe interpretarse el concepto de retribución del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que también comprende normativas legales de aplicación general como la del artículo 8 de la APSG, en cuyo caso deben computarse a efectos de los derechos laborales calculados en función de la duración de la relación de empleo privado, por razones de interés público, los períodos de servicio prestados en funciones públicas en los sectores definidos en ella, durante los cuales normalmente no es posible realizar las tareas propias de un empleo privado?

2)

¿Deben interpretarse el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que, en relación con el aspecto de la igualdad de retribución, la categoría de trabajadores y trabajadoras comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la APSG (categoría A), en el marco de un sistema de retribución que otorga a los trabajadores, fundamentalmente en razón de la fidelidad a la empresa demostrada en el pasado, una indemnización por despido modulada en función de la duración de la relación laboral para hacer frente a la extinción de la relación laboral cuando ésta no se produzca a iniciativa del trabajador sin una causa justa o le sea imputable a éste, de modo que los diferentes períodos de la duración de la relación de empleo adquieren un carácter autónomo, y que permite la exclusión del cómputo de los períodos de excedencia cuando dicha excedencia se ha producido por motivos de interés para el trabajador y a iniciativa de éste y dichos motivos no constituyen una causa justa que daría derecho al propio trabajador a resolver la relación laboral sin perder su derecho a una indemnización por despido, es comparable con la categoría de trabajadoras que, haciendo uso de las normas del artículo 15 de la Mutterschutzgesetz, deciden, una vez expirado el período normalmente de dieciséis semanas de “baja por maternidad” para cuidar a su hijo, acogerse a una excedencia por cuidado de hijos (“permiso por cuidado de hijos”) renunciando a sus emolumentos corrientes hasta – como máximo– que el hijo alcance la edad de dos años (categoría B)?

3)

¿Deben interpretarse el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 [...] en el sentido de que las diferencias entre las categorías de trabajadores o trabajadoras descritas en la segunda cuestión, que consisten sobre todo en que, en el caso de la categoría A de los “soldados de reemplazo que hacen el servicio en filas”,

–

normalmente existe una obligación de “incorporación a filas”, si bien al menos en caso de alistamiento voluntario,

–

la incorporación a filas únicamente es posible en función del interés público, y

–

normalmente no es posible la realización de prestaciones laborales en el marco de una relación de empleo de Derecho privado –aunque sea otra–,

mientras que, en el caso de los trabajadores o trabajadoras de la categoría B acogidos a una “excedencia por cuidado de hijos”,

–

se deja exclusivamente a la elección del trabajador la decisión de si ejerce su derecho a la excedencia por cuidado de hijos en el marco de una determinada relación laboral, y

–

durante esa excedencia por cuidado de hijos, en el tiempo que no se dedica al cuidado del hijo también es posible seguir ejerciendo en una medida limitada una actividad en el marco de una relación de empleo privada,

constituyen una justificación objetiva de las diferencias en el cómputo de dichos períodos a efectos de los derechos que dependen de la duración del empleo?»

### **Sobre la primera cuestión**

33

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.

## *Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia*

34

El Gewerkschaftsbund, el Gobierno austriaco y la Comisión de las Comunidades Europeas consideran que un aumento del derecho a la indemnización por despido que se deriva del artículo 8 de la APGS, a favor de las personas que prestan el servicio militar u otro equivalente, debe considerarse incluido en la retribución, del mismo modo que la propia indemnización por despido (véanse las sentencias Gruber, antes citada, apartado 22, y de 27 de enero de 2000, Graf, C-190/98, Rec. p. I-493, apartado 14).

35

Según la Wirtschaftskammer Österreich, por el contrario, el concepto de retribución en el sentido del artículo 141 CE o de la Directiva 75/117, no implica ninguna obligación para el empresario privado de computar, para el cálculo de la indemnización por despido, los períodos durante los cuales quedaron suspendidas las relaciones de trabajo.

## *Apreciación del Tribunal de Justicia*

36

Ni las partes del litigio principal, ni el Gobierno austriaco ni la Comisión ponen en duda que el litigio principal se refiere a la duración de la relación de trabajo con un empresario y a la obligación de que se compute para el cálculo de la indemnización por despido, dado que dicha duración está comprendida en el concepto de retribución (véase, en este sentido, la sentencia Gruber, antes citada, apartado 22).

37

La circunstancia de que dicho período de trabajo pueda ser aumentado, al amparo de una disposición legislativa, computándose los períodos del servicio militar o civil realizados por razones de interés general, sin que guarden relación alguna con el empleo en virtud del cual se pague la indemnización por despido, no impide que esta indemnización esté comprendida en el concepto de retribución.

38

De este modo, dado que el régimen de las indemnizaciones por despido corresponde al ámbito de aplicación del artículo 141 CE, pueden analizarse situaciones particulares, con respecto a diversos trabajadores, a la luz de dicho régimen, sobre la base de las disposiciones del referido artículo.

39

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión planteada que la ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido, a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.

## **Sobre las cuestiones segunda y tercera**

40

Mediante sus cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 141 CE y la Directiva 75/117 se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a los efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

## *Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia*

41

El Gewerkschaftsbund alega que, según jurisprudencia reiterada del Oberster Gerichtshof, los períodos sin percepción de los emolumentos del trabajo deben, por regla general, computarse en el cálculo de la cuantía de la indemnización por despido, mientras exista la relación de trabajo.

42



El demandante en el procedimiento principal considera que no existen verdaderas diferencias entre la categoría A, constituida por trabajadores que cumplen el servicio militar o el civil, y la categoría B, constituida por trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, definidas ambas en las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

43

En efecto, a juicio del Gewerkschaftsbund, no es exacta la afirmación de que, a diferencia del servicio militar que constituye una obligación impuesta en aras del interés general, la excedencia por cuidado de hijos, en la medida en que refleja «el deseo de seguir cuidando por sí mismo a su hijo» sea una decisión libre y por lo tanto supeditada exclusivamente al interés privado del afectado o de la afectada.

44

Según el demandante, el servicio militar puede ser prolongado voluntariamente, por una parte. Por otra, las mujeres se ven forzadas a acogerse a una excedencia por cuidado de hijos en una situación en que faltan guarderías, pocos hombres desean acogerse a esta excedencia y el incumplimiento de las obligaciones sobre la guarda y cuidado de niños está sancionado penalmente.

45

Además, en opinión del demandante del procedimiento principal, ambas categorías se encuentran en la misma situación respecto a su posibilidad de trabajar durante el período de que se trata.

46

El Gewerkschaftsbund deduce de ello que, desde la perspectiva de la igualdad de retribución en el sentido del artículo 141 CE o del artículo 1 de la Directiva 75/117, la categoría de trabajadores comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la APSG es comparable con la categoría de trabajadoras sujetas al artículo 15 de la MSchG, y que de toda evidencia debe constatarse que la segunda categoría sufre una discriminación injustificada con respecto a la primera.

47

Según la Wirtschaftskammer Österreich, la categoría A (quienes prestan el servicio militar) y la B (quienes se hallan en excedencia por cuidado de hijos) no son comparables, en la medida en que las normas relativas a cada una de estas categorías persiguen objetivos diferentes, de modo que no puede considerarse que sus situaciones sean comparables.

48

El Oberster Gerichtshof indica en su resolución de remisión que el régimen austriaco relativo al derecho a la indemnización por despido permite la exclusión del cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos, por tratarse de una excedencia que se produce por motivos de interés para el trabajador y a iniciativa de éste.

49

Según el órgano jurisdiccional remitente, los intereses del trabajador son, por el contrario, ajenos a los servicios de carácter obligatorio a que se refiere el artículo 8 de la APSG. Con respecto a los servicios prestados voluntariamente, entre los que se cuenta el servicio de formación militar para mujeres, éstos son autorizados en función, exclusivamente, de las necesidades militares del Estado. En este supuesto, el contrato laboral queda suspendido por motivos de interés general, y principalmente militar.

50

El Oberster Gerichtshof opina que en tales circunstancias la desigualdad de trato entre las categorías A y B es conforme con el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117.

51

La Wirtschaftskammer Österreich añade que el principal motivo por el cual no se pueden comparar las categorías A y B está relacionado con el hecho de que las personas que prestan el servicio militar sufran una desigualdad de trato directamente basada en su pertenencia a un sexo determinado. Dicha desigualdad consiste en la exclusión de estas personas, mientras prestan el servicio militar o el servicio civil, no sólo del acceso al empleo sino también de la formación y promoción profesional, por lo se hallan en desventaja frente a las mujeres. En las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997), y de 11 de

marzo de 2003, Dory (C-186/01, Rec. p. I-2479), se admitió que las ventajas otorgadas a los hombres para compensar la referida desigualdad son compatibles con el Derecho comunitario.

52

Asimismo, el Gobierno austriaco considera que los trabajadores femeninos que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos al amparo de la MSchG y quienes cumplen el servicio militar no se encuentran en una situación comparable.

53

Según el Gobierno austriaco, razones objetivas explican que aquellos períodos en que se suspenden las obligaciones nacidas de un contrato laboral se computen de manera distinta a efectos del cálculo de la indemnización por despido y, a su juicio, esta diferencia es ajena a toda discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 141 CE.

54

En opinión de la Comisión, no es necesario comparar los dos regímenes de indemnización por despido previamente analizados. Sostiene que el Oberster Gerichtshof sencillamente desea saber si el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 deben interpretarse en el sentido de que, desde la perspectiva de la discriminación indirecta, se oponen a una normativa nacional como la establecida en el artículo 15f de la MSchG.

55

Según la Comisión, parece además que se puede apreciar una discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que el asunto principal se refiere al hecho de que no se computa una excedencia que en realidad afecta exclusivamente a los trabajadores femeninos, dado que la exclusión establecida en el artículo 15f, apartado 1, de la MSchG afecta únicamente a las mujeres. La Comisión analiza, no obstante, si existe una discriminación indirecta desde la perspectiva elegida por el órgano jurisdiccional remitente.

56

Con respecto a dicha duda formulada por el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión sostiene que no es necesario responder a la cuestión de si, respecto a la indemnización por despido, la diferencia entre la excedencia por cuidado de hijos y el período en que se presta el servicio militar o el civil conlleva una discriminación indirecta. La comparación entre ambos regímenes no añade nada a la constatación de que la regulación restrictiva establecida en el artículo 15f de la MSchG ya constituye por sí sola una discriminación, por un lado, y no permite deducir una razón objetiva y ajena a toda discriminación por razón de sexo que pueda justificar dicha discriminación, por otro.

57

En cualquier caso, la Comisión considera que no existe ningún factor objetivo, ajeno a toda discriminación por razón de sexo, que pueda justificar la diferencia de trato de las mujeres a la que da lugar el artículo 15f de la MSchG.

#### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

58

La discriminación directa alegada por la Comisión se debe a que para los trabajadores masculinos no existe ninguna remisión al artículo 15f, apartado 1, de la MSchG, que establece que los períodos de excedencia por cuidado de hijos no se computan. No obstante, ni las partes del litigio principal, ni el Gobierno austriaco, ni la Comisión han negado que la legislación vigente dispensa un trato de igualdad a hombres y mujeres en materia de excedencias por cuidado de hijos.

59

Por lo que se refiere a la cuestión formulada por el órgano jurisdiccional remitente, relativa a la diferencia de trato, respecto a la indemnización por despido, entre los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y quienes cumplen el servicio militar o el civil, debe recordarse que el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 141 CE y en la Directiva 75/117, al igual que el principio de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable (véanse las sentencias de 16 de

septiembre de 1999, Abdoulaye y otros, C-218/98, Rec. p. I-5723, apartado 16, y de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. p. I-9383, apartado 39).

60

Pues bien, en el presente asunto, la excedencia por cuidado de hijos es una excedencia a la que un trabajador se acoge voluntariamente para cuidar a su hijo. No puede perder su carácter voluntario a causa de las dificultades para encontrar guarderías adaptadas para el cuidado de niños de muy corta edad, por muy lamentable que pueda ser tal situación. Esta excedencia no tiene la misma finalidad que la baja por maternidad; está regulada por una normativa distinta y, además, no sólo cabe la posibilidad de acogerse a la misma a la expiración de la baja por maternidad sino también en otro momento posterior.

61

Por el contrario, la prestación de un servicio nacional responde a una obligación cívica prevista por la ley y no obedece a ningún interés particular del trabajador. La restricción impuesta a la relación de trabajo por motivos de interés público tiene un carácter general, con independencia del tamaño de la empresa y de la duración de la relación de empleo del trabajador en ella.

62

En el marco del servicio nacional, el recluta está a disposición de las fuerzas armadas durante un período que no elige por sí mismo. El carácter específico de la obligación de servicio nacional llevó, además, al Tribunal de Justicia a declarar que el Derecho comunitario no se opone a que dicha obligación esté, en un Estado miembro, reservada a los hombres (sentencia Dory, antes citada).

63

La circunstancia de que dicho servicio pueda ser prolongado voluntariamente no desvirtúa su naturaleza ni altera su finalidad. En efecto, por mucho que la prolongación del servicio militar se base en el voluntariado, tal prolongación tiene que satisfacer imperativamente una necesidad pública dado que la APSG establece que la movilización adicional es posible siempre que sea requerida por las necesidades militares (artículo 8 de la APSG y artículos 19, 20, 23 y 37 de la Wehrgesetz).

64

En cada uno de los casos, el contrato de trabajo se suspende por un motivo determinado, a saber, el interés del trabajador y de su familia (en la excedencia por cuidado de hijos) y el interés de la colectividad nacional (en el servicio nacional). Dado que estos motivos tienen una naturaleza distinta, los trabajadores afectados no se encuentran en una situación comparable.

65

Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a las cuestiones segunda y tercera planteadas que el artículo 141 CE y la Directiva 75/117 no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.

## **Costas**

66

Los gastos efectuados por el Gobierno austriaco y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberster Gerichtshof mediante resolución de 22 de mayo de 2002, declara:

- 1) **La ventaja para las personas que prestan el servicio militar o que realizan el servicio civil sustitutorio, obligatorio y voluntariamente prolongable, consistente en computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido a la que posteriormente podrían tener derecho, los períodos durante los cuales han prestado esos servicios, debe considerarse incluida en su retribución en el sentido del artículo 141 CE.**
- 2) **El artículo 141 CE y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido se computen, a efectos de la duración de la relación de empleo, los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, efectuados mayoritariamente por los hombres, pero no se computen los períodos de excedencia por cuidado de hijos a la que se acogen fundamentalmente las mujeres.**

Skouris

Jann

Timmermans

Rosas

Puissochet

Cunha Rodrigues

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Silva de Lapuerta

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de junio de 2004.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris

---

1 –

Lengua de procedimiento: alemán.