

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 12 de febrero de 2004¹

I. Introducción

1. En su resolución de remisión, el Oberster Gerichtshof de Austria (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») ha planteado varias cuestiones relativas a 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 femeninos² (en lo sucesivo, «Directiva 75/117»).

2. En esencia, se trata de saber si, a efectos de calcular los derechos laborales que se derivan de la duración del período de empleo, en particular para el cálculo de las denominadas «indemnizaciones por despido» al ponerse fin a la relación de trabajo, debe computarse la duración de las excedencias por cuidado de hijos del mismo modo que la duración del servicio militar o prestación civil sustitutoria.

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

3. El marco jurídico comunitario de este asunto está constituido por el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117. El artículo 141 CE, apartados 1 y 2, establece lo siguiente:

«Artículo 141

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.

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

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

basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

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. Derecho nacional

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

1. Derecho a «indemnización por despido»

4. El artículo 1 de la Directiva 75/117 establece lo siguiente:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, 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.

5. Según el Derecho austriaco, el trabajador tiene derecho, en caso de resolución de la relación de trabajo, a la denominada indemnización por despido. El empleador está obligado a pagar dicha indemnización cuando la relación de trabajo se haya prolongado durante un período de tres años ininterrumpidos, siendo el importe de la indemnización por despido más alto cuanto mayor es la duración de la relación de trabajo. El empleado no tiene derecho a indemnización cuando sea él quien ponga fin a la relación de trabajo sin causa justa o cuando el despido anticipado le sea imputable.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá

6. Las disposiciones pertinentes del artículo 23 de la Angestelltengesetz (Ley austriaca de los empleados; en lo sucesivo,

«AngG»)³ establecen, entre otras cuestiones, lo siguiente:

«1. Cuando la relación de trabajo se haya prolongado de manera ininterrumpida durante tres años, el empleado tendrá derecho, en caso de resolución de la relación de trabajo, a una indemnización por despido. Esta indemnización ascenderá al doble de la retribución que corresponda al empleado por el último mes de trabajo, y se elevará a tres veces la retribución mensual tras cinco años de antigüedad, a cuatro veces tras diez años de antigüedad, a seis veces tras quince años de antigüedad, a nueve veces tras veinte años de antigüedad y a doce veces tras veinticinco años de antigüedad. Para la determinación de la cuantía de la indemnización por despido deberán tenerse en cuenta todos los períodos que el empleado haya cubierto en el marco de la relación de trabajo directamente precedente como trabajador o como aprendiz para el mismo empresario; sin embargo, los períodos cubiertos en el marco de un contrato de formación sólo se computarán si la relación de trabajo se ha prolongado de manera ininterrumpida durante al menos siete años, incluido el período de aprendizaje. Los períodos cubiertos con arreglo a un contrato de formación, por sí solos, no dan derecho a una indemnización por despido.

[...]

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23a el empleado no tendrá derecho a indemnización cuando sea él quien resuelva el contrato de trabajo,

abandone anticipadamente su puesto de trabajo sin causa justa o cuando el despido anticipado le sea imputable.»

7. Puesto que, en virtud del artículo 23 AngG, apartado 1, el importe de la indemnización por despido depende de la duración de la relación de trabajo, al realizar el cálculo puede darse el caso de períodos en los que, pese a subsistir la relación de trabajo, la prestación de trabajo se haya interrumpido. Las disposiciones de Derecho austriacas pertinentes no regulan de manera uniforme si dichos períodos deben ser tenidos en cuenta y, en su caso, en qué medida.

2. El cómputo de los períodos de servicio militar y prestación civil

8. Por lo que respecta al servicio en las fuerzas armadas austriacas, tanto el servicio militar obligatorio para los hombres —el denominado servicio de presencia— como el servicio de formación militar voluntario para mujeres se computan en su totalidad. Lo mismo cabe afirmar de la prestación civil sustitutoria que pueden realizar los objetores de conciencia («zivildienst»). Para ello, se exige que, mientras se presta el servicio militar o se realiza la prestación civil sustitutoria, haya existido una relación de trabajo, es decir, que el trabajador haya sido convocado a prestar el servicio o realizar la prestación en el transcurso de una relación de trabajo existente. En tal caso, se computan los períodos de servicio militar o de prestación civil sustitutoria para el cálculo de los derechos de indemnización por despido en virtud del artículo 8 de la Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz⁴ (Ley austriaca de mante-

3 — Bundesgesetz über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) (Ley federal de 12 de mayo de 1921 sobre el contrato de los empleados del sector privado), BGBl 292/1921, en su versión modificada por la Ley federal BGBl I 100/2002).

4 — Bundesgesetz über die Sicherung des Arbeitsplatzes für zum Präsenz- oder Ausbildungsdienst einberufene oder zum Zivildienst zugewiesene Arbeitnehmer (Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991 — AP5G) (Ley federal relativa al mantenimiento del puesto de trabajo para los trabajadores llamados al servicio militar o de formación o destinados al servicio civil), BGBl 683/1991, en la versión modificada por la Ley federal BGBl I 30/1998.

nimiento del puesto de trabajo; en lo sucesivo, «APSG»), que establece:

«En la medida en que los derechos de un trabajador se rijan por la duración del período de empleo, los períodos de prescripción:

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],

2. del servicio militar como soldado temporal con arreglo al artículo 27, apartado 1, número 5, de la Wehrgesetz 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.»

3. El cómputo de los períodos de baja por maternidad

9. Del mismo modo, según la jurisprudencia del órgano jurisdiccional remitente,⁵ pueden computarse aquellos períodos en los que las embarazadas, con arreglo a las disposiciones relativas a la baja por maternidad, están sujetas a una prohibición de trabajar, es decir, por lo general, las últimas ocho semanas del embarazo [artículo 3, apartado 1, de la Mutterschutzgesetz (Ley austriaca de protección de la maternidad);⁶ en lo sucesivo, «MSchG») y el período de las ocho semanas posteriores al parto (artículo 5 MSchG, apartado 1).

4. La exclusión de la excedencia por cuidado de hijos según la normativa vigente

10. Por el contrario, no pueden computarse, según la normativa vigente en Austria, los períodos de excedencia por cuidado de hijos (la denominada «Karenzurlaub»). Se trata, en este caso, de una posibilidad que se ofrece a los progenitores de acogerse a una excedencia sin percepción de los emolumentos de su trabajo como mínimo durante tres meses y como máximo hasta que su hijo alcance los dos años de edad.

5 — Véase la sentencia del Oberster Gerichtshof austriaco, asunto 9 ObA 199/00f.

6 — Mutterschutzgesetz 1979, BGBl 221/1979, en la versión modificada por la Ley federal BGBl I 100/2002.

11. Respecto a las mujeres, esta exclusión de la excedencia por cuidado de los hijos del cómputo se desprende hasta ahora del artículo 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero:

«En la medida en que no se acuerde otra cosa, el período de excedencia no se computará a efectos de los derechos de la trabajadora que se rijan por la duración del período de empleo.»

12. En el caso de que sean los trabajadores de sexo masculino quienes se acojan a la excedencia por cuidado de hijos, el artículo 7c de la Väter-Karenzgesetz (Ley austriaca sobre la excedencia del padre por cuidado de hijos; en lo sucesivo, «VKG»)⁷ establece la misma exclusión del cómputo a través de una remisión a la disposición vigente para la madre, el artículo 15f MSchG, apartado 1:

«En relación con el derecho a otras retribuciones, en particular las gratificaciones de carácter extraordinario [...] y en relación con los derechos del trabajador que se rijan por la duración del período de empleo, se aplicará el artículo 15f MSchG, apartado 1 [...]»

13. Desde 2001, la citada normativa sustituye a la Eltern-Karenzurlaubsgesetz de 1989 (Ley austriaca sobre la excedencia parental por cuidado de los hijos; en lo sucesivo, «EKUG»),⁸ que el órgano jurisdiccional

remitente menciona exclusivamente en su resolución de remisión. En virtud de una disposición transitoria contenida en su artículo 14, apartado 8, la VKG únicamente es aplicable, sin embargo, a aquellos trabajadores cuyos hijos hayan nacido después del 31 de diciembre de 2001. Por consiguiente, la EKUG continúa siendo la única normativa relevante respecto a los trabajadores cuyos hijos hayan nacido con anterioridad a dicha fecha. El artículo 7c EKUG, que a diferencia del artículo 7c VKG no contiene *ninguna* remisión expresa al artículo 15f MSchG, apartado 1, establece, en particular, lo siguiente:

«En relación con el derecho a otras retribuciones, en particular las gratificaciones de carácter extraordinario [...] y en relación con los derechos del trabajador que se rijan por la duración del período de empleo, se aplicará el artículo 15, apartado 1, de la MSchG. [...]»

5. La inclusión de la excedencia parental por cuidado de hijos en la normativa posterior

14. En el año 2002, el sistema hasta entonces vigente de indemnizaciones por despido en Austria fue sustituido, mediante la Betriebliche Mitarbeiterversorgungsgesetz (Ley de protección de los trabajadores en la empresa; en lo sucesivo, «BMVG»),⁹ por un sistema de

⁷ — BGBl I 103/2001.

⁸ — BGBl 651/1989. La EKUG fue redominada mediante la Ley federal BGBl 103/2001 «Bundesgesetz, mit dem Karenz für Väter geschaffen wird — Väter-Karenzgesetz (VKG)» (Ley federal por la que se crea la excedencia del padre por cuidado de hijos) y parcialmente modificada en 2001.

⁹ — Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeiterversorgung (Betriebliches Mitarbeiterversorgungsgesetz — BMVG) (Ley federal sobre la protección de los trabajadores en la empresa), BGBl I 100/2002.

cobertura social financiado a través de cotizaciones (la llamada «nueva indemnización por despido»). De este modo, un Fondo de previsión social de los trabajadores asume el pago de la indemnización por despido. Si bien actualmente se toma en consideración la excedencia por cuidado de hijos para calcular las indemnizaciones de despido¹⁰ es un fondo de compensación de cargas familiares quien abona las cotizaciones en lugar del empresario. En virtud de una disposición transitoria¹¹ la normativa descrita anteriormente sigue siendo aplicable con carácter general a las relaciones de trabajo regidas por contratos celebrados antes del 31 de diciembre de 2002 y, por tanto, no se computa la excedencia por cuidado de hijos.

mite a las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores facultadas para celebrar convenios colectivos presentar ante el Oberster Gerichtshof, en el marco de su ámbito de actuación, una petición con el fin de que se declare la existencia o inexistencia de derechos o relaciones jurídicas, incluso con independencia de un hecho concreto. Tal petición debe tener por objeto una cuestión de Derecho material en el ámbito del Derecho laboral, que afecte al menos a tres empresarios o trabajadores. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en tal procedimiento el órgano jurisdiccional remitente debe ser considerado órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.¹³

III. Fundamentos de hecho y litigio principal

15. En el litigio principal de que conoce el órgano jurisdiccional remitente se enfrentan el Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (en lo sucesivo, «parte solicitante») y la Wirtschaftskammer Österreich (en lo sucesivo, «parte oponente») en un litigio incoado con arreglo al artículo 54, apartado 2, de la Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (Ley austriaca de Tribunales de lo Social; en lo sucesivo, «ASGG»)¹². Esta disposición per-

16. Los hechos expuestos por la parte solicitante poseen carácter vinculante para el órgano jurisdiccional remitente en virtud del artículo 54 ASGG, apartado 4. Según estos hechos, en Austria hacen uso de la posibilidad de acogerse a la excedencia por cuidado de hijos una media anual de 57.030 mujeres, frente a sólo 1.014 hombres que se encontraban o se encuentran en una relación de trabajo. Esto significa que, entre quienes se acogen a la excedencia por cuidado de hijos, el 98,253 % son mujeres y únicamente el 1,747 % son hombres. Además, debido a la falta de posibilidades de servicios de cuidado para los niños de menos de tres años, a muchas trabajadoras no les queda otra alternativa que cuidar por sí mismas a sus hijos acogiéndose a una excedencia por cuidado de hijos. En la mayoría de los casos, para calcular la indemnización por despido por resolución

10 — Artículo 7 BMVG. Ya antes se computaba también la primera excedencia por cuidado de hijos en la relación laboral para calcular el plazo de preaviso, la duración de la remuneración en caso de enfermedad o accidente y la duración de las vacaciones, si bien limitado a un total de diez meses (artículo 15 MSchG, apartado 1, párrafo cuarto).

11 — Artículo 1 BMVG, apartado 46, párrafo 1, frase primera, en relación con el artículo 1 BMVG, apartado 47.

12 — [Bundesgesetz über die Arbeits- und Sozialgerichtbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz)], (Ley de 7 de marzo de 1985 sobre la jurisdicción de lo social), BGBl 104/1985, en su versión modificada en BGBl 624/1994.

13 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Rec. p. I-10497, apartados 21 a 32).

de la relación de trabajo es aplicable la normativa legal, es decir, que no se computan los períodos de excedencia por cuidado de hijos. Sólo una minoría de convenios colectivos establecen una normativa más favorable, en particular el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos.

17. Por el contrario, respecto al servicio en las fuerzas armadas, en el año 2000, en Austria, sólo cien mujeres prestaron el servicio de formación militar voluntario. A cambio, 122.905 cumplieron el servicio militar obligatorio de ocho meses (servicio de presencia) en el ejército durante los últimos cuatro años, de los cuales 110.067 (es decir, el 90 %) lo hicieron en un solo período continuado; los restantes, mediante una combinación de instrucción militar y de maniobras posteriores. El servicio en las fuerzas armadas y la prestación civil sustitutoria, tal como se ha descrito,¹⁴ se computan, con arreglo a la Ley, para el cálculo de la indemnización por despido en caso de resolución de la relación de trabajo.

18. En el litigio principal, la parte solicitante alegó que la normativa austriaca vigente hasta el momento perjudicaba a aquellos trabajadores que se acogen a la excedencia por cuidado de hijos, frente a los trabajadores que cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria. En su opinión, este perjuicio afecta a muchos menos hombres que mujeres y no está justificado.

19. Por ello, la parte solicitante pide al órgano jurisdiccional remitente que declare que la excedencia por cuidado de hijos de las madres debe computarse, a efectos de calcular el importe de la indemnización de despido en una relación de trabajo, del mismo modo que el servicio militar o la prestación civil sustitutoria, es decir, como un período de hasta ocho meses.

IV. Resolución de remisión y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. Mediante resolución de 22 de mayo de 2002, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento y planteó 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

¹⁴ — Véase el punto 8 de las presentes conclusiones.

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?

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,

- 2) ¿Deben interpretarse el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE [...] en el sentido de que,

es comparable

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 APStG (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

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/CEE [...] 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”,

2. 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,

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

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?»

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

21. La parte solicitante, la parte oponente, el Gobierno austriaco y la Comisión han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia.

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

V. Sobre la primera cuestión

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

22. Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el concepto de retribución en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117 también comprende las indemnizaciones por despido debidas a la resolución de la relación de trabajo, en la medida en que en su cálculo se computan períodos durante los cuales normalmente los trabajadores no pueden cumplir sus funciones por causa de otras obligaciones legales, como la obligación de prestar el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria. Efectivamente, sólo si se computan tales períodos puede establecerse una com-

1. 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

paración entre la excedencia por cuidado de hijos y el servicio militar o la prestación civil sustitutoria en el marco del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117.

25. El Gobierno austriaco y la Comisión tan sólo señalan, remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Gruber,¹⁵ que la «indemnización por despido» está comprendida en el concepto de retribución en el sentido del artículo 141 CE.

B. *Apreciación*

A. Resumen de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

23. La parte solicitante considera que un aumento del derecho a la indemnización por despido que se deriva de disposiciones legales como el artículo 8 APSG, debe considerarse retribución en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117, del mismo modo que la propia indemnización.

24. Según la parte oponente existen, por el contrario, buenas razones para apoyar la tesis de que el concepto de retribución no comprende ninguna prestación obligatoria soportada por los empresarios privados por razones de interés público. La parte oponente considera, más bien, que el cómputo de los períodos de prestación del servicio militar para calcular las indemnizaciones por despido constituye una ventaja establecida legalmente que persigue un objetivo concreto de política social.

1. Consideraciones previas

26. Los conceptos de retribución utilizados en el artículo 141 CE y en el artículo 1 de la Directiva 75/117 tienen el mismo significado. El Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que la Directiva tiene la finalidad esencial de facilitar la aplicación del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 141 CE y no afecta en absoluto al contenido ni al alcance de dicho principio, tal como lo define esta disposición.¹⁶

27. Se entiende por retribución en el sentido de ambas disposiciones el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o

15 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 1999, Gruber (C-249/97, Rec. p. I-5295).

16 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate (96/80, Rec. p. 911), apartado 22; de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 11; de 15 de diciembre de 1994, Helmig y otros (asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. p. I-5727), apartado 19; de 30 de marzo de 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189), apartado 37, y de 26 de junio de 2001, Brunnhofer (C-381/99, Rec. p. I-4961), apartado 29; en sentido similar, sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartados 53 a 55, y de 11 de marzo 1981, Worringham y Humphreys/Lloyds Bank (69/80, Rec. p. 767), apartado 21.

indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo (artículo 141 CE, apartado 2, primera frase). Cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema debe basarse en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo (artículo 1, apartado 2, de la Directiva 75/117).

2. Planteamiento del problema

29. El órgano jurisdiccional remitente expresa sus dudas sobre si también puede considerarse retribución una «indemnización por despido» cuando para su cálculo se han computado períodos durante los cuales normalmente no es posible desempeñar una prestación de trabajo de carácter privado y, en su lugar, se ejerce una actividad por razones de interés público, en particular el servicio militar o la prestación civil sustitutoria.

28. Por lo que respecta a la indemnización por despido debida en virtud del Derecho austriaco en caso de resolución de la relación de trabajo con arreglo al artículo 23 AngG, el Tribunal de Justicia ya reconoció en la sentencia Gruber¹⁷ que una prestación de esta naturaleza constituye en principio una retribución en el sentido del artículo 141 CE. La sentencia Gruber constituye la expresión de una jurisprudencia asentada, según la cual indemnizaciones concedidas al trabajador por extinción del contrato de trabajo constituyen una forma de retribución diferida a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias derivadas de la pérdida de su empleo y que le garantiza una fuente de ingresos durante el período de búsqueda de un nuevo trabajo.¹⁸

30. El concepto de retribución en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117 constituye un concepto jurídico autónomo de Derecho comunitario, que el Tribunal de Justicia ha interpretado siempre de forma amplia.

31. En particular, las prestaciones debidas en virtud de la ley pueden presentar indirectamente un vínculo con una relación de trabajo y verse comprendidas, por tanto, en el concepto de retribución. Según reiterada jurisprudencia, además, la circunstancia de que las prestaciones se concedan en virtud de disposiciones legales vigentes no impide por sí misma que tengan carácter de retribución. Es irrelevante si un derecho nace de una fuente de Derecho distinta del contrato de trabajo, como la ley que, a su vez,

17 — Citada en la nota 15, apartado 22.

18 — Véase, en particular, la sentencia Barber (citada en la nota 16), apartados 12 a 14, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartados 9 a 11; de 17 de febrero de 1993, Comisión/Bélgica (C-173/91, Rec. p. I-673), apartados 15 a 17, y de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 25.

únicamente se basa en la existencia de un contrato de trabajo.¹⁹ Es suficiente que el empleador conceda la prestación en razón de una relación de trabajo.²⁰

32. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia pudo, en su sentencia Gruber,²¹ considerar comprendida sin más la «indemnización por despido» austriaca en el concepto de retribución. Sin embargo, en el presente asunto no se plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de si pretende confirmar la decisión adoptada en la sentencia Gruber o pronunciarse en sentido contrario, sino que se trata, más bien, de un aspecto nuevo que el Tribunal de Justicia no tuvo que examinar en el asunto Gruber: el cómputo de los períodos durante los cuales normalmente los trabajadores no pueden cumplir sus funciones por causa de otras obligaciones legales, como la obligación de cumplir el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria.

3. Toma de posición

33. La cuestión de si una prestación debida por el empresario está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 141 CE y, en su caso, en qué medida, depende única-

mente, como ha señalado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, del criterio del empleo, que resulta del propio tenor de esta disposición.²² Por consiguiente, en el presente asunto procede examinar si el pago de la «indemnización por despido» austriaca se produce al menos *indirectamente* con motivo de una relación de empleo,²³ en la medida en que se computan períodos durante los cuales normalmente el trabajador no puede cumplir sus funciones por causa de otras obligaciones legales.

34. Para responder a esta cuestión debe partirse de la idea de que, en el marco de un contrato de trabajo, la prestación y la contraprestación se hallan en una relación de reciprocidad (sinalagmática). Si bien el empresario otorga una remuneración al trabajador, ésta sólo puede calificarse de retribución cuando constituye una contraprestación por servicios prestados o un estímulo para futuros servicios del trabajador. El vínculo con la relación de trabajo debe poder hallarse, al menos, en un determinado interés de la empresa en otorgar esta prestación al trabajador.

19 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartados 3, 13 y 14; véanse, además, las sentencias Defrenne, apartado 40, y Barber, apartados 17 a 20 (citadas en la nota 16).

20 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 1999, Lewen (C-333/97, Rec. p. I-7243), apartado 20; de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye y otros (C-218/98, Rec. p. I-5723), apartado 12; de 9 de febrero de 1982, Garland/British Rail (12/81, Rec. p. 359), apartado 10, y Gillespie y otros, apartado 12 (citada en la nota 19).

21 — Citada en la nota 15.

22 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575), apartado 56; de 25 de mayo de 2000, Podesta (C-50/99, Rec. p. I-4039), apartado 26, y de 28 de septiembre de 1994, Beune, C-7/93, Rec. p. I-4471, apartado 43.

23 — Véase la redacción del artículo 141 CE, apartado 2, y las sentencias Barber (citada en la nota 16), apartado 12, Seymour-Smith y Pérez (citada en la nota 18), apartado 23, y Garland/British Rail (citada en la nota 20), apartado 5.

a) La jurisprudencia existente hasta el momento

35. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia únicamente se ha enfrentado de forma marginal a cuestiones como el cálculo de prestaciones controvertido en el presente asunto, en el que se computan determinados períodos durante los cuales, con arreglo a lo establecido en otras disposiciones legales, no se ejercieron las funciones laborales.

36. Por ejemplo, en el asunto Bötél, un miembro del comité de empresa, conforme a lo dispuesto legalmente, no ejercía las actividades previstas en su contrato de trabajo durante un período de formación.²⁴ El asunto Rinner-Kühn tenía por objeto el mantenimiento del pago del salario en caso de enfermedad.²⁵ El asunto Gillespie hacía referencia a la retribución de trabajadoras durante su baja por maternidad.²⁶

24 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 1992, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin/Bötél* (C-360/90, Rec. p. I-3589), apartados 3, 4, 14 y 15, confirmada mediante las sentencias de 6 de febrero de 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Lewark* (C-457/93, Rec. p. I-243), apartados 21 y 22, y de 7 de marzo de 1996, *Freers y Speckmann* (C-278/93, Rec. p. I-1165), apartados 18 y 19.

25 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung* (171/88, Rec. p. 2743), apartados 3 y 7.

26 — Sentencia citada en la nota 19, apartados 3, 13 y 14; véase, en el mismo sentido, la sentencia *Lewen* (citada en la nota 20), apartado 41, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1998, *Boyle y otros*: (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 38. No obstante, la aplicación del artículo 141 CE a los períodos de baja por maternidad no es pacífica. Efectivamente, el Abogado General Léger aboga, en las conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2003 en el asunto *Alabaster* (C-147/02, Rec. p. I-0000), puntos 75 a 88, por una separación de la sentencia *Gillespie* y, en su lugar, recomienda la aplicación exclusiva, en el caso de baja por maternidad, 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 (DO L 348, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva 92/85»).

37. Si bien el Tribunal de Justicia reconoció en estas tres sentencias que las prestaciones²⁷ constituían una remuneración debida por períodos durante los cuales las trabajadoras afectadas no podían cumplir sus funciones a causa de otras obligaciones legales, la prestación pecuniaria debida a las trabajadoras tenía, no obstante, en los tres ejemplos, un estrecho vínculo con una relación de trabajo, a pesar de la exención de las funciones laborales establecida legalmente.

38. De este modo, los miembros de comités de empresa ostentan necesariamente la condición de trabajador por cuenta ajena de la empresa y asumen la tarea de velar por los intereses del personal, favoreciendo de ese modo la existencia de relaciones laborales armoniosas en su seno; su actividad se basa en el interés general de la empresa.²⁸ También el mantenimiento del pago del salario en caso de enfermedad se basa, en último término, en el interés de la empresa, dado que facilita al trabajador la recuperación de su capacidad de trabajo. Por lo que respecta a la baja por maternidad, es decir, el período de prohibición legal de trabajo inmediatamente antes y después del parto, también se persigue la protección de la salud de la trabajadora embarazada y con ello, en último término, el mantenimiento de su capacidad de trabajo.²⁹

27 — En los asuntos *Bötél* y *Rinner-Kühn*, el pago se realizaba sobre una base legal, y en el asunto *Gillespie*, sobre la base de un convenio colectivo.

28 — En el mismo sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia *Bötél* (citada en la nota 24), apartado 14; véanse, asimismo, las sentencias *Lewark* (citada en la nota 24), apartado 22, y *Freers y Speckman* (citada en la nota 24), apartado 19.

29 — Véase, asimismo, los considerandos octavo y noveno de la Directiva 92/85 (citada en la nota 26).

39. Por tanto, en los tres casos el cómputo de los períodos sin trabajo efectivo persigue, en definitiva, objetivos como los que se desprenden del artículo 136 CE, apartado 1, de la Carta Social Europea,³⁰ de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales³¹ y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:³² por un lado, el derecho de información y consulta de los trabajadores y trabajadoras en la empresa y, por otro lado, el derecho a unas condiciones de trabajo que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. Por consiguiente, en todos los casos existe un claro vínculo con la relación de trabajo y un claro interés de la empresa en el cumplimiento de la prestación.

prestando servicios para otro empleador, que por norma general también le otorga una contraprestación y una cobertura social. La actividad del trabajador en dicho período no posee ningún vínculo con la relación de trabajo, ahora en suspenso, con su antiguo empleador, sino que resulta exclusivamente del interés público. La empresa, de la que el trabajador es «separado» en cierta medida durante dicho período, no obtiene ningún provecho de ello, más bien al contrario sufrirá, en la mayoría de los casos, cargas suplementarias de organización.

b) La problemática del incumplimiento de la prestación de trabajo a causa de otras obligaciones legales

40. Por el contrario, la problemática es diferente cuando el trabajador se ve imposibilitado para prestar su trabajo a causa de otras obligaciones legales, por ejemplo porque en dicho período de tiempo ejerce una actividad como el servicio militar o la prestación civil sustitutiva: durante la suspensión de su relación de trabajo, el trabajador no está *inactivo*, sino por el contrario

41. La indemnización por despido pierde también su doble función clásica *en la medida en que* para ello se computan períodos en los que el trabajador no pudo ejercer sus funciones a causa de otras obligaciones legales. Efectivamente, por lo general la indemnización constituye, por un lado, una recompensa por los servicios prestados y por la fidelidad a la empresa y, por otro lado, una retribución transitoria para financiar la búsqueda de un nuevo empleo. Si, por el contrario, el trabajador no pudo ejercer sus funciones en la empresa por causa de otras obligaciones legales, el elemento de recompensa pasa completamente a un segundo plano, pues durante dicho período el trabajador prestaba sus servicios en aras del interés público, no del de la empresa. De este modo, la indemnización por despido pierde, en lo que respecta a este período su carácter de «retribución diferida»

30 — Firmada el 18 de octubre de 1961 en Turín (véase, en particular, la Parte I, apartados 2 y 3, así como la Parte II, artículo 3, apartado 1, y artículo 6, apartado 1).

31 — Aprobada el 9 de diciembre de 1989 por el Consejo Europeo en Estrasburgo (véanse, en particular, la Parte I, epígrafes 2 y 3, así como los artículos 3, apartado 1, y 6, apartado 1).

32 — Firmada y proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza (DO C 364, p. 1); véanse, en particular, los artículos 27 y 31, apartado 1.

en el sentido de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia.³³

la relación de trabajo derivada de estas circunstancias, en particular un interés específico de la empresa en conceder una contraprestación más alta.

42. No obstante, si el legislador nacional prevé, por consideraciones de carácter social, el cómputo de períodos de prestación de un servicio público para calcular las indemnizaciones por despido, traslada la carga de la sociedad a un grupo determinado, en este caso el empresario. La normativa pretende evitar que un trabajador llamado por el Estado a cumplir el servicio militar o a realizar la prestación civil sustitutoria en el transcurso de una relación de trabajo existente y que, por consiguiente, presta un servicio a la sociedad, sufra desventajas económicas en comparación con otro trabajador que durante el mismo período de tiempo continúa trabajando en la empresa y cuyo derecho a indemnización por despido aumenta proporcionalmente.

43. El único vínculo con una relación de trabajo, en tal caso, consiste en la imposición por parte del Estado, al empresario de la obligación legal³⁴ de computar los períodos de prestación del servicio militar y civil en el cálculo de la indemnización por despido y de garantizar al trabajador, en el momento de su despido, una contraprestación proporcionalmente mayor a la que le correspondería por el tiempo trabajado en la empresa. No puede reconocerse la existencia de un vínculo con

c) Consideración final

44. Si el único vínculo con la relación de trabajo consiste en la obligación impuesta al empresario por el legislador, no se cumple el criterio del empleo en el que se basa el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117. En la medida en que, en su cálculo, se computan períodos durante los cuales normalmente el trabajador no pudo ejercer sus funciones a causa de obligaciones legales frente a otro empleador, como por ejemplo la obligación de cumplir el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria, el pago de la indemnización por despido no se deriva directa ni indirectamente de la relación de trabajo, como exigiría el artículo 141 CE. Se trata más bien de un traslado, por parte del legislador, de las cargas de la sociedad al empleador.

45. Por tanto, procede concluir que el concepto de retribución debe interpretarse en el sentido de que no comprende una prestación como la «indemnización por despido» debida en Austria en caso de resolución de una relación de trabajo, en la medida en que en su cálculo se computan períodos durante los cuales el trabajador no puede por lo general ejercer sus funciones a causa de obligaciones legales frente a otro

33 — Véase, al respecto, el punto 28 de las presentes conclusiones.

34 — En el caso de Austria, la disposición legal se halla en el artículo 8 APSG (véase el punto 8 de las presentes conclusiones).

empleador, como por ejemplo la obligación de cumplir el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria.³⁵

ciaré a continuación, a mayor abundamiento, sobre los problemas legales planteados por el órgano jurisdiccional remitente en las cuestiones segunda y tercera.

VI. Sobre las cuestiones segunda y tercera

A. Resumen de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

46. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 se oponen, desde el punto de vista de la discriminación indirecta, a una normativa nacional como la Ley austriaca de protección de la maternidad, en virtud de la cual no se computan los períodos de excedencia por cuidado de hijos para calcular la indemnización por despido al finalizar la relación de trabajo.

1. Gobierno austriaco

48. Respecto a lo dispuesto en el artículo 7c VKG, el Gobierno austriaco niega la existencia de una discriminación directa, dado que para calcular la indemnización por despido no se computan los períodos de excedencia por cuidado de hijos ni a los hombres ni a las mujeres.

47. Si el concepto de retribución se interpreta en el sentido que he propuesto,³⁶ no hay necesidad de responder a las cuestiones segunda y tercera, puesto que los artículos 141 CE y 1 de la Directiva 75/117 no son aplicables. No obstante, me pronun-

49. Además, el Gobierno austriaco considera que los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y quienes cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria no se encuentran en una situación comparable. Por tanto, la diferente consideración de los correspondientes períodos en el cálculo del derecho de indemnización por despido se basa en razones objetivas y no puede reducirse a factores de sexo.

35 — Tampoco cabe considerar que una indemnización por despido, en la medida en que en su cálculo se computan dichos períodos, constituya una condición de despido en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), modificada por la Directiva 2002/73/CE (DO L 269, p. 15). Del mismo modo, tampoco existiría, por las razones indicadas, un vínculo con la relación de trabajo.

36 — Véase el punto 45 de las presentes conclusiones.

50. Para el Gobierno austriaco, con arreglo a la MSchG y a la VKG, el hecho de acogerse a una excedencia por cuidado de hijos depende únicamente de la voluntad del trabajador, a quien se reconoce la posibilidad de organizarse libremente. No existe ninguna obligación legal de acogerse a una excedencia por cuidado de hijos. El derecho a dicha excedencia sólo pretende reforzar la posición jurídica del trabajador frente al empresario.

51. Según dicho Gobierno, la relación de reciprocidad establecida en el contrato de trabajo (carácter sinalagmático) conduce, en caso de duda, a la exclusión del cómputo de aquellos períodos durante los cuales se suspende la relación de trabajo por la decisión libre del trabajador y no realiza prestación laboral alguna.

52. Por el contrario, el Gobierno austriaco considera que el artículo 8 APSG, relativo a quienes cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria, constituye una ruptura justificada de la relación de reciprocidad. De este modo, el servicio militar obligatorio, recogido en el Derecho constitucional, es una obligación jurídica impuesta en aras del interés general, a la que no puede sustraerse el trabajador.³⁷ El ordenamiento jurídico establece imperativamente esta obligación para los particulares y, para garantizar su cumplimiento, regula al mismo tiempo la suspensión de la relación de trabajo. Dado que el trabajador no tiene ninguna posibilidad de influir en esta cuestión, sería injusto

no computar estos períodos al calcular el derecho a indemnización por despido. Este principio se mantiene en sustancia al extender parcialmente la normativa a quienes prestan el servicio voluntariamente. Del mismo modo, los elementos de voluntariedad en el servicio en las fuerzas armadas se supeditan, en su opinión, a los intereses militares imperativos y, por tanto, al interés público.

53. El Gobierno austriaco considera que las prohibiciones de trabajar previstas en las normas de protección de la maternidad (artículos 3 MSchG, apartado 1, y 5 MSchG, apartado 1), es decir, particularmente en las ocho semanas anteriores a la fecha prevista de parto y las ocho semanas posteriores al mismo, son disposiciones legales imperativas y de aplicación directa comparables a las anteriores, que no permiten organizarse libremente, pero no el caso de la excedencia por cuidado de hijos.

2. Comisión

54. La Comisión recuerda que, según reiterada jurisprudencia,³⁸ el órgano jurisdiccional nacional es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional. En último término corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si está justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por

37 — Respecto a los objetores de conciencia, el Gobierno austriaco se remite a la obligación de prestar el servicio civil sustitutorio.

38 — La Comisión cita la sentencia Seymour-Smith y Pérez (citada en la nota 18), apartados 67 y 68, y la jurisprudencia allí citada.

razón de sexo, una disposición legal cuyo ámbito de aplicación, aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres. No obstante, dado que el Tribunal de Justicia está llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución.

55. La Comisión señala que, al no computarse los períodos de excedencia por cuidado de hijos para calcular las indemnizaciones por despido en virtud del artículo 15f MSchG, el grupo de trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos se ve perjudicado frente a otros trabajadores que no hacen uso de este derecho. De las afirmaciones del órgano jurisdiccional remitente deduce que la exclusión del cómputo de la excedencia por cuidado de hijos afecta fundamentalmente a las mujeres. Por consiguiente, parece existir una discriminación indirecta, a menos que existan razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo, que justifiquen esta diferencia de trato.

56. Por lo que respecta a la justificación objetiva, la Comisión se remite, en primer lugar, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en virtud de la cual el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje mucho mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede considerarse una violación del artículo 141 CE.³⁹ A continuación, hace referencia al amplio margen de

apreciación que el Tribunal de Justicia deja a los Estados miembros para elegir las medidas necesarias para alcanzar el objetivo de su política social y de empleo.⁴⁰

57. No obstante, esta circunstancia no puede abocar a que se prive de sustancia a la aplicación de un principio fundamental del Derecho comunitario, como el de igualdad de retribución entre los trabajadores y las trabajadoras; meras afirmaciones generales no bastan para justificar una diferencia de trato.⁴¹ Según la Comisión, corresponde al Gobierno austriaco demostrar ante el órgano jurisdiccional nacional que el hecho de no computar los períodos de excedencia por cuidado de hijos en virtud del artículo 15f MSchG en el cálculo de la indemnización por despido con arreglo al artículo 23 AngG está justificado por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo. No consta si las autoridades austriacas han formulado o no tales argumentos.

58. La Comisión duda que exista una finalidad de política social digna de protección que pueda justificar de forma objetiva la diferencia de trato existente, que afecta en mayor medida a las mujeres.

40 — La Comisión cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625), apartado 33.

41 — La Comisión cita la sentencia Seymour-Smith y Pérez (citada en la nota 18), apartados 73 a 76.

39 — La Comisión cita la sentencia Seymour-Smith y Pérez (citada en la nota 18), apartado 69, y la jurisprudencia allí citada.

59. De la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Roks⁴² se desprende que consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos, con independencia de que el Estado miembro de que se trate soporte él mismo la carga o la traslade al empresario. En ambos casos se trata de consideraciones de carácter puramente económico, que el Tribunal de Justicia no admite como motivos de justificación.

60. Asimismo, la Comisión considera que, con arreglo a la jurisprudencia del órgano jurisdiccional remitente, también son computables los períodos sin trabajo efectivo, como por ejemplo los períodos de incapacidad laboral, de vacaciones anuales o de baja por maternidad. No cabe alegar, frente a esta afirmación, que se trata de períodos en los que existe un vínculo con una relación de trabajo concreta, pues también los períodos de excedencia por cuidado de hijos forman parte de una relación de trabajo efectiva, suspendiéndose durante dichos períodos las obligaciones principales.

61. Por lo que respecta a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Gruber,⁴³ las consideraciones que el Tribunal de Justicia formuló en la sentencia no pueden, según la Comisión, trasladarse sin más a supuestos de hecho como los del presente asunto. En el asunto Gruber, la trabajadora

comunicó, antes de finalizar la excedencia por cuidado de hijos, que no iba a volver a su puesto de trabajo. En cambio, en el caso de autos se trata de un despido por el empresario o de una denuncia del contrato de trabajo por parte del trabajador por una causa justificada, es decir, en ambos casos se trata de razones para poner fin al contrato que se justifican únicamente desde la esfera del empresario.

62. Por último, la Comisión considera dudoso que la paternidad sólo esté guiada realmente por un interés privado y se plantea si no tiene más bien una extraordinaria importancia social. En este sentido, la Comisión se remite al asunto Hill y Stapleton,⁴⁴ en el que el Tribunal de Justicia consideró que la protección de la mujer en la vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional es, como la del hombre, un principio reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y en el Derecho comunitario y resaltó la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares.

63. Según la Comisión, no parece existir ningún factor objetivo, ajeno a toda discriminación por razón de sexo, que justifique la diferencia de trato de las mujeres creada por el artículo 15f MSchG.

⁴² — Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de febrero de 1994, Roks (C-343/92, Rec. p. I-571), apartados 35 y 36.

⁴³ — Citada en la nota 15.

⁴⁴ — Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1998, Hill y Stapleton (C-243/95, Rec. p. I-3739), apartado 42.

3. Parte solicitante

64. La parte solicitante afirma que, ciertamente, no existe ninguna discriminación directa, puesto que ni a los hombres ni a las mujeres se les computan los períodos de excedencia por cuidado de hijos para calcular las indemnizaciones por despido; no obstante, considera que el hecho de que, para calcular las indemnizaciones, la excedencia por cuidado de hijos no se compute del mismo modo que la prestación del servicio en las fuerzas armadas constituye una discriminación indirecta de las trabajadoras.

65. En su opinión, la normativa austriaca contenida en el artículo 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero, y en el artículo 7c VKG, perjudica a aquellos trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, frente a aquellos que, por su ocupación activa, acumulan más períodos computables, o frente a los trabajadores a quienes se les computa el servicio en las fuerzas armadas en virtud del artículo 8 APSG. La parte solicitante deduce del hecho de que el 98,253 % de quienes se acogen a la excedencia por cuidado de hijos sean mujeres y el 99,5 % de quienes prestan servicio en las fuerzas armadas sean hombres que el tratamiento desfavorable de la excedencia por cuidado de hijos en el cálculo de indemnizaciones afecta fundamentalmente a las mujeres, mientras que el cómputo de los períodos de servicio militar y de prestación civil sustitutoria beneficia en mayor medida a los hombres.

66. La parte solicitante subraya la importancia del cuidado de los hijos en la sociedad y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y discute la tesis de que el hecho de optar por una excedencia por cuidado de hijos constituye una decisión libre y que el servicio militar o la prestación civil sustitutoria constituye una función obligatoria en aras del interés público. En su opinión, la decisión de cuidar de un hijo incluso después de la baja por maternidad, acogiéndose a una excedencia por cuidado de hijos, no es realmente libre, sino que las mujeres se ven más bien forzadas, de hecho, a acogerse a una excedencia por cuidado de hijos debido a la falta de guarderías para niños menores de dos años. A ello se añaden las obligaciones legales sobre la guarda y cuidado de niños; la atención insuficiente en este ámbito está incluso sancionada penalmente.⁴⁵ Por lo demás, la parte solicitante considera irrelevante, a efectos de la aplicación del Derecho comunitario, si la obligación que impide al trabajador ejercer sus funciones durante un período de tiempo determinado es de carácter civil o de Derecho público.

67. Frente a esta posición, la parte solicitante subraya algunos aspectos del servicio militar que, en su opinión, tienen en cuenta intereses privados más que públicos, como

45 — La parte solicitante se remite, por un lado, a la normativa contenida en los artículos 137 y 144 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco) y, por otro, a la normativa prevista en el artículo 82 del Strafgesetzbuch (Código Penal austriaco). Además, alega el Derecho en materia de protección de niños y jóvenes y se remite a la jurisprudencia austriaca, con arreglo a la cual el cuidado parental constituye una obligación legal impuesta personalmente a los padres.

la posibilidad de aplazamiento o suspensión a petición del interesado.

68. La parte solicitante considera que la excedencia por cuidado de hijos y el servicio militar o la prestación civil sustitutoria son comparables en la medida en que, si bien en ambos casos es teóricamente posible desempeñar al mismo tiempo una actividad laboral reducida, tal situación raramente se da en la práctica.

69. En su opinión, no hay ningún motivo que justifique la diferencia de trato. En particular, el peligro de imponer al empresario una carga indebida no puede invocarse únicamente en el caso de la excedencia por cuidado de hijos: el propio legislador austriaco ha considerado entretanto que la diferencia de trato entre quienes prestan el servicio militar y los progenitores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos no está socialmente justificada,⁴⁶ aunque únicamente la ha eliminado de cara al futuro, pero sin efectos retroactivos.⁴⁷

46 — La parte solicitante se remite a los trabajos preparatorios de la *arbeitsrechtliche Begleitgesetz 1992* (Ley de acompañamiento en materia de Derecho laboral de 1992; BGBl 833/1992), en la que se establece que «la diferencia de trato entre los soldados de reemplazo que hacen el servicio en filas y los progenitores que se acogen a la excedencia por cuidado de hijos no está justificada desde el punto de vista de la política social».

47 — La parte solicitante hace referencia a la normativa introducida en 2002 en el artículo 7 BMVG («nueva indemnización por despido»); tal como se ha señalado anteriormente (véase el punto 14 de estas conclusiones), a las relaciones de trabajo iniciadas, según lo estipulado en el contrato, antes del 31 de diciembre de 2002 no se les computa por lo general la excedencia por cuidado de hijos.

4. Parte oponente

70. Por el contrario, la parte oponente subraya que ambos grupos (quienes se hallan en excedencia por cuidado de hijos y quienes prestan el servicio militar) no son comparables. A este respecto, alega que la excedencia por cuidado de hijos representa una posibilidad en interés del trabajador, mientras que en el caso de la prestación del servicio militar se trata de una obligación en aras del interés público. Debido al distinto objetivo de las normas que afectan a varios grupos, no puede considerarse que dichos supuestos de hecho sean comparables.⁴⁸

71. Además, la parte oponente señala que el servicio militar obligatorio afecta únicamente a los hombres, que se hallan por ello en desventaja frente a las trabajadoras. De la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Schnorbus⁴⁹ se desprende, en su opinión, que las disposiciones favorables dirigidas a compensar el retraso sufrido a causa del servicio militar obligatorio están objetivamente justificadas.

B. *Apreciación*

1. Consideraciones previas

72. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de

48 — Respecto a la imposibilidad de comparar ambos supuestos de hecho, la parte oponente se remite también a la sentencia Lewen (citada en la nota 20), que considera trasladable al presente asunto.

49 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997).

Justicia que compare y valore las diferencias existentes entre dos categorías de personas, a saber, quienes cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria, por un lado, y quienes se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, por otro,⁵⁰ debe señalarse lo siguiente: el juez nacional es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional; por ello, según reiterada jurisprudencia, corresponde en último término al órgano jurisdiccional remitente determinar si una normativa formulada en términos neutros cuyo ámbito de aplicación afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores de un determinado sexo, está justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo.⁵¹

73. No obstante, dado que el Tribunal de Justicia debe facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar su resolución.⁵²

2. Inexistencia de discriminación directa

74. Existe una discriminación directa si una normativa nacional prevé una diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras respecto al cálculo de las indemnizaciones por despido en función directa de su sexo.

75. Por lo que respecta a la nueva normativa austriaca (la llamada «nueva indemnización por despido»), el artículo 7 BMVG, apartado 4, prevé el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos tanto para los hombres como para las mujeres, de forma no discriminatoria.⁵³

76. Del mismo modo, la normativa vigente hasta el momento, que sigue siendo aplicable a un gran número de contratos de trabajo,⁵⁴ prevé, en los artículos 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero, y 7c VKG, la misma norma para ambos sexos, si bien en términos contrarios: se excluye en ambos casos el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos.

77. Únicamente podrían surgir dudas respecto al artículo 7c EKUG, disposición que precedió al artículo 7c VKG. Esta disposición, que continúa siendo aplicable a determinados casos antiguos,⁵⁵ no prevé, en el caso de trabajadores de sexo masculino,

50 — Véase la redacción de las cuestiones segunda y tercera (incluidas en el punto 20 de estas conclusiones), en las que el órgano jurisdiccional remitente diferencia entre un grupo A y un grupo B y nombra las diferencias esenciales que, en su opinión, existen entre ambos.

51 — Sentencia *Schönheit y Becker* (citada en la nota 22, apartado 82); véanse, además, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2003, *Steinicke* (C-77/02, Rec. p. I-9027), apartados 57 y 58; *Rinner-Kühn* (citada en la nota 25), apartado 15, y *Seymour-Smith y Pérez* (citada en la nota 18), apartado 67.

52 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer* (C-187/00, Rec. p. I-2741), apartado 52; sentencias *Schönheit y Becker* (citada en la nota 22), apartado 83, *Steinicke* (citada en la nota 51), apartado 59, *Seymour-Smith y Pérez* (citada en la nota 18), apartado 68, y *Freers y Speckmann* (citada en la nota 24), apartado 24.

53 — Véase, al respecto, el punto 14 de estas conclusiones.

54 — Respecto a los aspectos concretos de la normativa transitoria, véase el punto 13 de estas conclusiones.

55 — *Ibidem*.

ninguna remisión expresa a la exclusión que se aplica a las madres, en virtud del artículo 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero. De este modo, una primera lectura del tenor literal del artículo 7c EKUG permite concluir que se favorece a los trabajadores frente a las trabajadoras, puesto que la ley no les excluye en su caso el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos para el cálculo de las indemnizaciones por despido.⁵⁶ No obstante, como se desprende de los autos y como se confirmó en la vista, tanto el órgano jurisdiccional remitente como las partes del litigio principal parten de la idea de que la normativa contenida en el artículo 7c EKUG tiene los mismos efectos jurídicos para los hombres que para las mujeres, a saber, la exclusión del cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos para calcular las indemnizaciones por despido.⁵⁷ La formulación del artículo 7c EKUG no parece constituir tanto el resultado de una decisión consciente del legislador como un fallo de redacción, sin efectos discriminatorios en la aplicación práctica de la disposición y que posteriormente ha sido corregido mediante el artículo 7c VKG.⁵⁸

78. Por consiguiente, cabe concluir que ninguna de las disposiciones legales aplicables en Austria a la excedencia por cuidado de hijos conlleva una discriminación directa por razón de sexo.

3. Inexistencia de discriminación indirecta

79. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de retribución no sólo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan directamente discriminaciones por razón de sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.⁵⁹

80. Por tanto, para apreciar si, en un caso concreto, existe una discriminación indirecta, deben examinarse dos extremos: en primer lugar, procede comprobar si existe realmente una diferencia de trato entre trabajadores de ambos sexos; efectivamente, sólo puede hablarse de discriminación cuando se aplican normas distintas a situaciones comparables o se aplica la misma norma a situaciones diferentes.⁶⁰ En caso afirmativo, debe comprobarse si dicha diferencia de trato está justificada objetivamente.

56 — La Comisión se remitió al mismo hecho en el punto 57 de sus observaciones escritas y en sus observaciones orales.

57 — En su resolución de remisión (páginas 31 y 32), el órgano jurisdiccional remitente señala lo siguiente: «ahora bien, todas las partes coinciden en que las normas de que se trata en el presente asunto, que no diferencian en función del sexo, y que se aplican por igual a padres y madres [...] no constituyen una discriminación directa en el sentido del artículo 141 CE».

58 — En caso contrario, el artículo 7c EKUG debería interpretarse —en los casos en los que aún se aplique— de forma conforme al Tratado, a la luz del artículo 141 CE, en el sentido de que establezca lo mismo para hombres que para mujeres.

59 — Sentencias *Schönheit y Becker* (citada en la nota 22), apartado 67, *Seymour-Smith y Pérez* (citada en la nota 18), apartado 52, y *Gruber* (citada en la nota 15), apartado 26.

60 — Sentencia *Gillespie* (citada en la nota 19), apartado 16; sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1995, *Schumacker* (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30. Véase, asimismo, la sentencia *Brunnhofer* (citada en la nota 16), apartado 28.

81. En este sentido, caben dos planteamientos diferentes: por un lado, la comparación, propuesta por el órgano jurisdiccional remitente, entre los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos con aquellos que cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria;⁶¹ por otro lado, cabe comparar los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos con aquellos que, durante el mismo período de tiempo, continúan trabajando.

a) Comparación entre la excedencia por cuidado de hijos, por una parte, y el servicio militar o prestación civil sustitutoria, por otro

82. En cuanto a la primera comparación — por un lado, los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos en el transcurso de una relación de trabajo y, por otro lado, los que cumplen el servicio militar o realizan la prestación civil sustitutoria en el mismo período de tiempo—, el ordenamiento jurídico austriaco aplica disposiciones diferentes a ambos grupos de personas.⁶² No obstante, cabe preguntarse si los trabajadores a los que se aplican estas disposiciones se encuentran en una situación comparable.⁶³

83. En primer lugar, debe señalarse que existen paralelismos entre los efectos en la relación de trabajo producidos por la excedencia por cuidado de hijos y por el servicio militar o la prestación civil sustitutoria. En ambos casos se mantiene la relación de trabajo, y se suspenden las obligaciones principales que se derivan de ella: el trabajador no realiza prestación alguna y el empleador no paga ninguna remuneración.

84. No obstante, subsisten considerables diferencias respecto a los motivos de la suspensión de la relación de trabajo y el margen de apreciación que el trabajador de que se trata conserva a este respecto. Efectivamente, el servicio en las fuerzas armadas y la prestación civil sustitutoria se realizan en aras del interés público y en cumplimiento de una obligación ciudadana, en cuyo marco poseen gran relevancia consideraciones relativas al interés público, en particular, consideraciones de orden militar. En cambio, la decisión de acogerse o no a una excedencia por cuidado de hijos es un acto voluntario del trabajador: la ley prohíbe a los padres desatender a sus hijos, pero no les obliga a acogerse a una excedencia por cuidado de hijos.

85. Debe reconocerse, ciertamente, que en ambos casos existen otros aspectos relevantes. En efecto, los aspectos de voluntariedad y de protección de intereses privados no son ajenos por completo al servicio en las fuerzas armadas y a la prestación civil sustitutoria, pese a su carácter fundamentalmente obligatorio. Por ejemplo, el servicio de las mujeres en las fuerzas armadas austriacas (el llamado «servicio de formación») es voluntario. Además, en el caso de los

61 — En las cuestiones segunda y tercera (incluidas en el punto 20 de estas conclusiones), el órgano jurisdiccional remitente denomina ambos grupos de personas grupo A y grupo B.

62 — El artículo 8 ASPG, por una parte, y el artículo 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero, así como el artículo 7c VKG, por otra.

63 — Sentencia Abdoulaye y otros (citada en la nota 20), apartados 16 y 17; sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2001, Mouflin (C-206/00, Rec. p. I-10201), apartado 28, y de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275); véase, asimismo, la sentencia Gruber (citada en la nota 15), apartados 27 a 33, donde se utiliza la expresión de mismo significado «situación idéntica o análoga».

hombres también existe la posibilidad de aplazamiento y suspensión, a petición del interesado. Por otro lado, la decisión en principio voluntaria de acogerse a una excedencia por cuidado de hijos está sometida a la influencia de imperativos externos, como la escasez de guarderías, como describe la parte solicitante en el caso de Austria.

aquí se defiende— y, por tanto, existiera una diferencia de trato, el órgano jurisdiccional remitente debería comprobar si esta diferencia de trato está justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Correspondería al Gobierno austriaco alegar las correspondientes causas de justificación ante el órgano jurisdiccional remitente.⁶⁵ En este contexto hay que tener en cuenta lo siguiente:

86. Sin embargo, lo relevante es que la decisión de acogerse o no a una excedencia por cuidado de hijos es ante todo una cuestión que pertenece a la esfera privada del trabajador,⁶⁴ mientras que las consideraciones de carácter privado en el caso del servicio en las fuerzas armadas o la prestación civil sustitutoria pasan a un segundo plano frente al interés público y no afectan al servicio militar como tal. Por ello, la excedencia por cuidado de hijos, por un lado, y el servicio militar o la prestación civil sustitutoria, por otro, no constituyen supuestos de hecho comparables. En consecuencia, no puede hablarse de una diferencia de trato entre ambos grupos de personas.

88. No bastaría con una mera remisión a la relación de reciprocidad (sinalagmática) en la que se basa el contrato de trabajo, dado que tanto en el caso de la excedencia por cuidado de hijos como en el del servicio militar o la prestación civil sustitutoria se suspenden las obligaciones principales del contrato de trabajo, de forma que en ninguno de los casos se ejerce actividad laboral alguna y no se percibe en consecuencia ninguna remuneración.

87. No obstante, aun cuando se consideraran comparables la excedencia por cuidado de hijos y el servicio militar o la prestación civil sustitutoria —contrariamente a lo que

89. El Tribunal de Justicia ha declarado, además, que una discriminación por razón de sexo no puede estar justificada por el perjuicio económico que el empresario sufriría en caso de que diera el mismo trato a ambos sexos.⁶⁶

64 — La sentencia Gruber (citada en la nota 15), apartados 29 a 33, no responde directamente a esta cuestión. No obstante, se puede deducir de ella que la decisión de dejar de trabajar y, en su lugar, dedicarse al cuidado de sus hijos es libre y pertenece a la esfera privada del trabajador (véase, en particular, la argumentación contenida en el apartado 30 de la sentencia Gruber, que el Tribunal de Justicia acaba siguiendo).

65 — Sentencia Hill y Stapleton (citada en la nota 44), apartado 43.

66 — Véase —respecto a la protección de las trabajadoras embarazadas— las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12; de 3 de febrero de 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549), apartado 29, y de 4 de octubre de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Rec. p. I-6993), apartado 28. Véanse, además, las sentencias Schönheit y Becker (citada en la nota 22), apartado 85; Steinicke (citada en la nota 50), apartados 66 y 67; Kutz-Bauer (citada en la nota 52), apartados 59 y 60, y Roks (citada en la nota 42), apartados 35 y 36, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2000, Jorgensen (C-226/98, Rec. p. I-2447), apartado 39.

90. Ciertamente, una disposición nacional puede estar justificada, como ha señalado acertadamente la parte solicitante, en la medida en que únicamente contribuye a compensar el retraso ocasionado por el cumplimiento del servicio militar obligatorio o la prestación civil sustitutoria.⁶⁷ Por otra parte, no obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido una determinada compensación de las desventajas profesionales que pueden sufrir los progenitores por ausentarse de su puesto de trabajo.⁶⁸

91. En tal caso, correspondería al órgano jurisdiccional remitente la aplicación concreta de tales consideraciones en el litigio principal.

b) Comparación entre los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y aquellos que, durante el mismo período de tiempo, continúan trabajando

92. El Derecho austriaco también prevé distintas disposiciones aplicables a las otras dos situaciones comparables, que se refieren

a los trabajadores que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos, por un lado, y aquellos que, durante el mismo período de tiempo, continúan trabajando, por otro.⁶⁹

93. No obstante, el mero hecho de que el artículo 15f MSchG, apartado 1, párrafo tercero, en relación con el artículo 7c VKG, excluya el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede considerarse una violación del artículo 141 CE.⁷⁰ Es preciso preguntarse, más bien, si los trabajadores a los que se aplican estas disposiciones —por un lado, los que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y, por otro, los que continúan en activo— se encuentran en una situación comparable.⁷¹

94. Ciertamente, cabe reconocer en el Derecho comunitario la existencia de claros esfuerzos para fomentar la compatibilidad de la familia y el trabajo. Precisamente la institución de la excedencia por cuidado de hijos persigue este objetivo.⁷² Tampoco la jurisprudencia del Tribunal de Justicia des-

67 — Sentencia Schnorbus (citada en la nota 49), apartado 44.

68 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 41, y sentencia Abdoulaye y otros (citada en la nota 20), apartados 18, 20 y 22. Ambas citas se refieren a la protección de la maternidad. Sin embargo, la sentencia Griesmar (apartados 45 a 58) tampoco excluye una consideración de otras desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos, sino que únicamente exige que se regule de forma no discriminatoria.

69 — Artículo 23 AngG, en el primer caso, y artículos 15f MSchG, apartado 1, párrafo 3, y 7c VKG, en el segundo.

70 — Sentencias Freers y Speckmann (citada en la nota 24), apartado 28, y Seymour-Smith y Pérez (citada en la nota 18), apartado 69.

71 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 62.

72 — 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; véanse, en concreto, el tercer considerando de la Directiva, así como el preámbulo, el capítulo I, número 4, y el capítulo II, cláusula 1, número 1, del Acuerdo Marco).

conoce el objetivo de adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares.⁷³

95. Sin embargo, del objetivo de conciliar el trabajo y la familia no se desprende necesariamente que un trabajador que se acoge a una excedencia por cuidado de hijos deba recibir el mismo trato, en todos los aspectos, que un trabajador que se halla en una relación de empleo activo. Efectivamente, como ha declarado asimismo el Tribunal de Justicia, una de las características esenciales de la excedencia por cuidado de hijos consiste en la suspensión del contrato de trabajo y, por consiguiente, de las obligaciones respectivas del empresario y del trabajador. Por ello, el trabajador que ejerce el derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de hijos se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse necesariamente a la de un hombre o mujer que se halle en una situación de empleo activo.⁷⁴

96. Por consiguiente, no cabe criticar que esta diferencia de situaciones de hecho se refleje también en el diferente cálculo de las remuneraciones en función del tiempo trabajado. En este sentido, el Tribunal de Justicia aceptó en el asunto Lewen que no se computaran los períodos de excedencia por cuidado de hijos para calcular la gratificación de navidad, que pretende remunerar el

trabajo realizado, y que ésta se redujera proporcionalmente.⁷⁵ Si se traslada esta jurisprudencia al presente caso de una indemnización por despido que, por su naturaleza, constituye una retribución diferida por servicios prestados y lealtad a la empresa, también ha de ser posible excluir en su cálculo el cómputo de los períodos de excedencia por cuidado de hijos, durante los cuales se ha suspendido la relación de trabajo.

4. Conclusión

97. Por todo lo expuesto, considero que el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 no se oponen a una normativa nacional como la Ley austriaca de protección de la maternidad, con arreglo a la cual no se computan los períodos de excedencia parental por cuidado de hijos para calcular prestaciones económicas como la «indemnización por despido» que ha de abonarse al finalizar la relación de trabajo.

98. Ni siquiera en el caso de que, contrariamente a la respuesta que propongo a la primera cuestión, para calcular la retribución en el sentido del artículo 141 CE y del artículo de la Directiva 75/117, se computen períodos durante los cuales normalmente los

73 — Sentencia Hill y Stapleton (citada en la nota 44), apartado 42.

74 — Sentencia Lewen (citada en la nota 20), apartados 37 a 40.

75 — Sentencia Lewen (citada en la nota 20), apartados 39 y 40; véase, en particular, la expresión «[...] una gratificación, aun cuando fuera proporcionalmente reducida [...]».

trabajadores no pueden desempeñar sus funciones a causa de obligaciones legales frente a otro empleador, como la obligación de cumplir el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria, existe discriminación directa ni indirecta, debido a la imposibilidad de comparar los supuestos de hecho.

VII. Conclusión

99. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas por el Oberster Gerichtshof austriaco en el sentido de que:

- «1) El concepto de retribución en el sentido 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, no comprende una prestación como la “indemnización por despido” que ha de abonarse en Austria en caso de resolución de una relación de trabajo, en la medida en que en su cálculo se computan períodos durante los cuales el trabajador no puede desempeñar sus funciones a causa de obligaciones legales frente a otro empleador, como por ejemplo la obligación de cumplir el servicio militar o realizar la prestación civil sustitutoria.

- 2) El 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 no se oponen a una normativa nacional como la Ley austriaca de protección de la maternidad, con arreglo a la cual no se computan los períodos de excedencia parental por cuidado de hijos para calcular prestaciones económicas como la “indemnización por despido” debida en caso de resolución de la relación de trabajo.»