

Igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, STJCE de 8 de junio de 2004. Asunto C-220/02

Dra. Raquel Serrano Olivares, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona

1. Hechos

Se trata de una petición al TJCE de 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, en el marco de un litigio entre el Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (Sindicato de Empleados del Sector Privado –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.

En las observaciones presentadas ante el TJCE, el Gewerkschaftsbund, demandante del procedimiento principal, alega que 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 (Mutterschutzgesetz 1979 –Ley de protección de la maternidad–), 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 (Angestelltengesetz –Ley de los empleados–), contrariamente a los períodos en que se cumple el servicio militar o civil.

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.

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.

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 al tratarse de situaciones comparables. En apoyo del carácter comparable de ambas situaciones, aduce que 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 está supeditada exclusivamente al interés privado del afectado o de la afectada. Y ello porque, de un lado, el servicio militar puede ser prologando voluntariamente, y, de otro, 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. A ello se añade que ambas categorías se encuentran en la misma situación respecto a su posibilidad de trabajar durante el período de que se trata.

El Oberster Gerichtshof indica en su resolución de remisión al TJCE 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.

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 (Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz –Ley de mantenimiento del puesto de trabajo–). 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.

El Oberster Gerichtshof opina que en tales circunstancias la desigualdad de trato entre las categorías A (quienes prestan el servicio militar) y B (quienes se hallan en excedencia por cuidado de hijos) es conforme con el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117.

En las observaciones presentadas ante el TJCE por el Gobierno austriaco –la Wirtschaftskammer Österreich–, éste empieza sosteniendo que las categorías A y la B 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. A continuación, añade que el principal motivo por el cual no se pueden comparar tales categorías está relacionado con el hecho de que las

personas que prestan el servicio militar sufren 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 (TJCE 2000\ 320; Schnorbus (asunto C-79/99), y de 11 de marzo de 2003 (TJCE 2001\ 316; Dory (asunto C-186/01), se admitió que las ventajas otorgadas a los hombres para compensar la referida desigualdad son compatibles con el Derecho comunitario.

Asimismo, el Gobierno austriaco considera que los trabajadores femeninos que se acogen a una excedencia por cuidado de hijos y quienes cumplen el servicio militar no se encuentran en una situación comparable. Razones objetivas explican que aquellos períodos, en que las obligaciones nacidas de un contrato laboral se suspenden, 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.

Por su parte, la Comisión opina 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.

Con respecto a la duda formulada por el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión sostiene que 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, no debe contestarse. 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.

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.

2. Cuestiones prejudiciales

En el marco del litigio principal, y al considerar que la resolución del mismo dependía de la interpretación de las normas comunitarias en cuestión, el órgano jurisdiccional –el Oberster Gerichtshof– decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Mediante la primera cuestión se pide que se determine 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.
- 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.

3. Fundamentos de derecho

3.1 Sobre la primera cuestión

El TJCE sostiene que la duración de la relación de trabajo con un empresario y el régimen de las indemnizaciones por despido corresponden al ámbito de aplicación del art.141 CE, o, en otras palabras, quedan comprendidos en el concepto de retribución.

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.

Así pues, se concluye 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.

3.2. Sobre las cuestiones segunda y tercera

Por lo que se refiere a la discriminación directa alegada por la Comisión, el TJCE sostiene que tal alegación 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.

Por lo que se refiere a la cuestión formulada por el órgano jurisdiccional remitente, el TJCE empieza recordando 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.

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.

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.

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.

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 una decisión voluntaria, tal prolongación tiene que satisfacer imperativamente una necesidad pública dado que la normativa aplicable establece que la movilización adicional es posible siempre que sea requerida por las necesidades militares.

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.

A la vista de lo expuesto, el TJCE concluye 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.

4. Valoración

La normativa de que se trata constituye, a mi juicio, y en línea con el planteamiento de la Comisión, una discriminación indirecta por razón de sexo, sin necesidad de entrar a comparar dicha regulación con la que se establece en relación con el servicio militar obligatorio. Y ello porque, habida cuenta de la innegable realidad de que la excedencia para el cuidado de hijos, aún siendo de titularidad individual para la madre y para el padre, afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, tal regulación ofrece un tratamiento peyorativo a las trabajadoras que se acogen a la excedencia frente a los hombres que, dadas las circunstancias, pueden conciliar su vida laboral con sus responsabilidades familiares sin necesidad de acceder a dicha excedencia.

Podría señalarse que no se trata de situaciones comparables –la de las trabajadoras que acceden a tal excedencia y la de los hombres con responsabilidades familiares que, aun siendo titulares de tal derecho, no acceden a dicha excedencia–, pues, en el primer caso, hay cesación temporal de la prestación de servicios, y, en el segundo, se siguen prestando servicios. Sin embargo, y aun reconociendo tal diferencia desde una perspectiva jurídico-laboral, es lo cierto que, en estos supuestos, la suspensión del contrato de trabajo únicamente justificaría que durante la excedencia no se tuviera derecho ni al salario ni al pago de las correspondientes cotizaciones sociales, pero no así

a otros derechos o efectos de la relación laboral –antigüedad– cuya falta de toma en consideración penalizaría excesivamente la situación de las trabajadoras que acceden a esa excedencia frente a la situación de los hombres que –se insiste–, precisamente porque en la mayoría de ocasiones son las mujeres las que todavía asumen el rol de cuidar a la familia, no están expuestos, o lo están en menor medida, a sufrir similares consecuencias en su relación laboral.

Y ello máxime cuando el cuidado de la familia no constituye únicamente un interés privado sino que trasciende tal ámbito para alcanzar al interés público, lo que justifica que este tipo de excedencia no reciba el mismo tratamiento que la excedencia voluntaria en sentido propio. No es éste, sin embargo, el parecer del TJCE, que justifica la diferencia de trato entre la excedencia para el cuidado de hijos y la excedencia para el servicio militar en la distinta finalidad de una y otra excedencia y, por tanto, en el hecho de que los trabajadores afectados no se encuentran en una situación comparable, pues, *“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”*.

Aunque no parece posible defender que nos situamos ante una excedencia forzosa o ante una suspensión del contrato de trabajo por imperativo legal, es lo cierto que tampoco nos situamos ante una excedencia voluntaria típica sino ante una excedencia para la atención de familiares en la que concurre un interés mixto –privado y público–, y cuyo ejercicio sigue siendo asumido mayoritariamente por mujeres. De ahí, pues, que, en estos casos, resulte imperativo limitar las consecuencias laborales de la suspensión del contrato de trabajo a los efectos típicos de tal figura como son la suspensión de las prestaciones laborales básicas (la de prestar servicios y la de retribuir el trabajo prestado), sin que puedan añadirse otros efectos colaterales que penalicen o tengan un efecto multiplicador de las consecuencias negativas de no prestar servicios durante la excedencia y que sitúen a las mujeres en clara desventaja profesional frente a los hombres.

Afortunadamente, el Derecho español ya reconoce que el período en que el trabajador permanece en situación de excedencia para el cuidado de hijos y otros familiares sea computable a efectos de antigüedad (art. 46.3 TRLET).