1. El subsidio concedido al trabajador por el empleador con motivo de la extinción de la relación laboral es una forma de retribución diferida, a la que el trabajador tiene derecho en razón de su relación de trabajo, pero que se le paga al cesar ésta con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de ello. Por este motivo, dicho subsidio está comprendido en el concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado.

2. El artículo 119 del Tratado prohíbe la aplicación de una disposición de un convenio colectivo para la Administración pública nacional, que permite a los empleadores excluir del pago de un subsidio transitorio en caso de extinción de la relación laboral a los trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la citada disposición está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

3. En el caso de una discriminación indirecta contenida en una disposición de un convenio colectivo, los miembros del grupo perjudicado, ya sean hombres o mujeres, deben ser tratados de la misma forma y debe aplicárseles el mismo régimen que a los demás trabajadores, en proporción a su jornada de trabajo, régimen que, a falta de una correcta adaptación del ordenamiento jurídico nacional al artículo 119 del Tratado CEE, sigue siendo el único sistema de referencia válido.

INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-33/89 *

I. Hechos y procedimiento

La Sra. Maria Kowalska, parte demandante en el asunto principal (en lo sucesivo, «la demandante»), trabajó a tiempo parcial como empleada de la Administración de Justicia de la demandada en el asunto principal, a saber, la ciudad libre y hanseática de Hamburgo (en lo sucesivo, «la demandada»), desde el 1 de octubre de 1974 al 31 de julio de 1987. Su último sueldo mensual bruto ascendía a 1 477,01 DM. La relación laboral se regía por las disposiciones del Convenio colectivo federal del personal laboral de la Administración pública (Bundesangestelltentarifvertrag, en lo sucesivo, «BAT»). A tenor de su artículo 62, los trabajadores con los que se hubiera convenido una duración normal del trabajo tienen derecho, con motivo de su cese, a un subsidio transitorio, siempre que reúnan algunos otros requisitos adicionales. No se discute por las partes que la demandante reúne todos los requisitos para la concesión de este subsidio transitorio, con excepción del que prevé que el mencionado subsidio sólo se

* Lengua de procedimiento: alemán.

concederá a los trabajadores con jornada de al menos 38 horas semanales. Además, las partes están de acuerdo en que la cuantía del subsidio transitorio, en el supuesto de que la demandante tuviera derecho a él, ascendería a 4 431,03 DM (brutos), a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del BAT.

El subsidio transitorio, que se concede como una especie de ayuda temporal en virtud del deber de asistencia del empleador en caso de extinción de la relación laboral en el servicio público por causas no imputables al interesado (por ejemplo, cuando se alcanza el límite de edad, cuando se ejercita el derecho a pensión o en caso de incapacidad laboral), siempre ha estado reservado a los trabajadores a jornada completa porque está basado en una normativa de la función pública que sólo conocía el trabajo a jornada completa. El subsidio transitorio se incluyó en 1961 en el Convenio colectivo del personal laboral de la Administración pública federal, después de numerosas modificaciones; en esta ocasión, se suprimió la discriminación manifiesta contra los trabajadores del sexo femenino y se adoptó la normativa que aún se halla hoy en vigor.

Entre el personal laboral de la Administración pública en la República Federal de Alemania, la proporción de personal femenino que trabaja a tiempo parcial es muy superior a la del personal femenino a jornada completa. En 1987, las mujeres representaban el 55,5 % del personal laboral a jornada completa en la Administración pública propiamente dicha; en los demás servicios, esta proporción era del 52,5 %. En la Administración pública propiamente dicha, las mujeres representaban el 77,3 % del personal laboral a tiempo parcial y el 97,8 % en los demás servicios. Entre el personal laboral a tiempo parcial con jornada de 20 horas y más por semana, la proporción de personal femenino ascendía al 90,2 %.

Al cumplir la edad de 60 años, el 10 de julio de 1987, la demandante, con fecha 31 de julio de 1987, dejó su trabajo con la demandada. A continuación, solicitó el pago del subsidio transitorio con arreglo al artículo 62 del BAT, que le fue denegado. Mediante recurso interpuesto ante el Arbeitsgericht Hamburg, la Sra. Kowalska pretendió conseguir que la demandada le pagara este subsidio. En particular, afirma que la limitación del derecho a percibir este subsidio a los trabajadores a jornada completa constituye una discriminación indirecta para la mujer, por lo cual resulta contraria al artículo 119 del Tratado CEE así como a 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. La diferenciación que se realiza en el convenio colectivo entre el personal a jornada completa y el personal a tiempo parcial no se fundamenta en ninguna justificación objetiva. Por el contrario, la demandada estima que la diferencia de trato entre el personal a jornada completa y el personal a tiempo parcial se ve objetivamente justificada por el hecho que los trabajadores a tiempo parcial no ponen a disposición del empleador toda su capacidad de trabajo.

Puesto que el Arbeitsgericht de Hamburgo albergaba algunas dudas sobre la compatibilidad de la normativa controvertida con el Derecho comunitario, así como sobre las consecuencias jurídicas que podrían derivar de la posible incompatibilidad del convenio colectivo con el Derecho comunitario, habida cuenta de la autonomía normativa de las partes de los convenios colectivos, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un convenio colectivo para la Administración pública en la República Federal de Alemania, que prevé el pago de un subsidio transitorio por importe de hasta cuatro mensualidades —basado históricamente en el Derecho de la función pública— en caso de extinción de la relación laboral por causas no imputables al trabajador (en especial, por alcanzar el límite de edad, por jubilación, por incapacidad laboral o por disminución importante de la capacidad laboral), pero que, sin embargo, excluye de la percepción de dicho subsidio al personal laboral con el que no se ha estipulado el trabajo a jornada completa (38 horas semanales), siendo así que la proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial respecto al total del personal laboral a tiempo parcial sujeto a dicho convenio colectivo es considerablemente mayor que la proporción de mujeres respecto al total del personal laboral con jornada completa comprendido en el ámbito de aplicación de ese convenio colectivo, ¿infringe el artículo 119 del Tratado CEE de 1957, por constituir una "discriminación indirecta" de la mujer?

2) En el caso de que se responda a la primera cuestión en sentido afirmativo: conforme al artículo 119 del Tratado CEE en relación con su artículo 117 y/o la normativa de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, ¿tiene el personal laboral a tiempo parcial (proporcionalmente a la duración de su trabajo) derecho a percibir el subsidio transitorio, en contra de lo dispuesto en el convenio colectivo, o bien queda excluido tal derecho en virtud de la autonomía normativa de las partes de dicho convenio?»

El órgano jurisdiccional remitente considera que la exclusión del personal a tiempo parcial del subsidio transitorio previsto en el artículo 62 del BAT constituye una discriminación indirecta para la mujer que no tiene ninguna justificación objetiva. Considerando la gran cantidad de personal a tiempo parcial, estima que no puede existir, para el empleador público, una necesidad particular de favorecer especialmente a los trabajadores a jornada completa. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente alberga algunas dudas sobre si la existencia de una discriminación indirecta supone que los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a percibir tal subsidio o si la autonomía de que gozan las partes en los convenios colectivos impide que se colme el vacío legal que podría resultar de la incompatibilidad del convenio colectivo con el Derecho comunitario.

La resolución de remisión del Arbeitsgericht de Hamburgo se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de febrero de 1989.

A tenor del artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, presentaron observaciones escritas la parte demandante en el asunto principal, representada por el Sr. Klaus Bertelsmann, Abogado de Hamburgo, y por el Profesor Heide Pfarr, la parte demandada en el asunto principal, representada por los Sres. Wolfgang Scheer y Rolf Stahmer, Abogados de Hamburgo, y la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Bernhard Jansen, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. Mediante decisión del Tri-

bunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, se acordó atribuir el asunto a la Sala Sexta.

II. Observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia

Primera cuestión

A juicio de la *parte demandante*, el subsidio transitorio previsto por un convenio colectivo constituye indudablemente una retribución, en el sentido del artículo 119 del Tratado. El perjuicio ocasionado en materia de retribución a los trabajadores a tiempo parcial por las disposiciones del artículo 62 del BAT en relación con los trabajadores a tiempo completo constituye una discriminación indirecta de la mujer que infringe el artículo 119 del Tratado CEE y la Directiva 75/117/CEE. La exclusión del personal a tiempo parcial del subsidio transitorio no puede justificarse por circunstancias que no supongan una discriminación por razón de sexo, habida cuenta de las dificultades que encuentran las trabajadoras para desempeñar una actividad a jornada completa. No existe ninguna justificación objetiva para excluir al colectivo de trabajadores a tiempo parcial del disfrute del subsidio transitorio previsto en el artículo 62 del BAT.

La exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del subsidio transitorio constituye un trato discriminatorio con respecto al que proporcionalmente les correspondería; la valoración de la diferencia entre el trabajo a jornada completa y el trabajo a tiempo parcial no debe adoptar una forma que prive de toda prestación al personal que trabaja a tiempo parcial, sino que sólo debe afectar de forma proporcional al importe de la prestación. De esta forma, a juicio de la demandante, el personal a tiempo parcial cuya jornada de trabajo sea igual a la mitad de la jornada del personal a jornada completa no debería percibir más que la midad del subsidio transitorio a que tiene derecho el personal a jornada completa. Sólo así se garantizaría un trato proporcional a los trabajadores a tiempo parcial y se evitaría cualquier discriminación indirecta de la mujer en la que se incurriría en caso contrario.

Estima *la demandada* que el subsidio transitorio, en el sentido del artículo 62 del BAT, no está comprendido en el concepto de retribución del apartado 2 del artículo 119 del Tratado, puesto que no se paga directamente como contrapartida del trabajo o de los servicios prestados, sino que pretende asegurar al trabajador que se haya visto obligado a abandonar su puesto de trabajo, por determinados motivos, la transición a otro puesto de trabajo, la obtención de otra fuente de ingresos o el paso a la situación de jubilado. Además, señala el origen legal del subsidio transitorio, puesto que, antes de la adopción del BAT de 23 de febrero de 1961, el pago del subsidio transitorio se efectuaba en virtud de un reglamento, un decreto o del Derecho en materia de negociación colectiva.

Con carácter subsidiario, alega la demandada que no existe discriminación alguna respecto a los trabajadores femeninos a tiempo parcial cuando una disposición en la que se reconoce un derecho resulta aún más favorable, en su ámbito de aplicación, para las trabajadoras de sexo femenino que para los trabajadores del sexo masculino o comprende supuestos que generan derechos específicamente vinculados al sexo exclusivamente en favor de las mujeres. Esto es lo que ocurre con el artículo 62 del BAT. Se remite, en particular, a las leyes reguladoras de las pensiones que prevén exclusivamente en favor de las trabajadoras la posibilidad de que éstas comiencen a percibir la pensión de jubilación cuando cumplan 60 años; en

este supuesto, el BAT permite que el personal femenino perciba el subsidio transitorio. El derecho a percibir el subsidio transitorio en caso de resolución voluntaria del contrato de trabajo por el nacimiento de un hijo también favorece exclusivamente a las mujeres.

Por el contrario, la *Comisión* insiste en que el subsidio transitorio constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado CEE, ya que se trata de una gratificación en metálico pagada directamente por el empresario al trabajador, cuya concesión e importe están en función de la duración de la relación laboral y de la cuantía de la retribución mensual que se haya pactado. A este respecto, se remite a las sentencias de 25 de mayo de 1971 (Defrenne I, 80/70, Rec. 1971, p. 445), y de 9 de febrero de 1982 (Garland, 12/81, Rec. 1982, p. 359). También se remite a la sentencia de 8 de abril de 1975 (Defrenne II, 43/75, Rec. 1975, p. 455), en apoyo de su tesis, según la cual la prohibición de discriminación contenida en el artículo 119 del Tratado CEE se aplica también a los convenios colectivos. Dado el carácter fundamental de esta prohibición, las partes firmantes de los convenios colectivos no están facultadas para conculcarla.

De las estadísticas existentes tanto a nivel comunitario como nacional se deduce que en la Administración pública de la República Federal de Alemania la proporción de personal femenino que trabaja a jornada completa es mucho menor que la de personal femenino que trabaja a tiempo parcial, puesto que esta última categoría cuenta con más del 75 % de mujeres. Además, la Comisión considera que la argumentación expuesta por las partes ante el órgano jurisdiccional remitente no contiene ningún dato en favor de la tesis según la cual la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, consistente en excluirles de la concesión del citado subsidio, pueda estar objetivamente justificada. A este respecto, resulta reveladora la génesis de la cláusula contenida en el convenio colectivo que se cuestiona, ya que, en su versión original, esta disposición preveía incluso una discriminación directa en detrimento de las mujeres. La consideración según la cual los trabajadores a tiempo parcial no ponen a disposición del empleador público toda su capacidad de trabajo, contrariamente a los trabajadores a jornada completa, podía, en todo caso, justificar la aplicación de una norma de proporcionalidad, pero en modo alguno puede suponer la privación completa de una prestación. La circunstancia de que el subsidio transitorio haya sido establecido tomando como modelo un Reglamento sobre la función pública que sólo contempla a los trabajadores a jornada completa tampoco constituye una justificación suficiente a este respecto. Para terminar, habida cuenta de la importancia del trabajo a tiempo parcial en el mercado laboral, no cabe afirmar que el empleador público no tenga un deber de asistencia y protección respecto a los trabajadores a tiempo parcial como el que tiene frente a los trabajadores a jornada completa. Por consiguiente, no ve la existencia de ningún motivo válido de justificación.

En razón de lo antedicho, la Comisión propone que el Tribunal de Justicia responda de la siguiente forma a la primera de las cuestiones planteadas:

«Una disposición de un convenio colectivo que excluye a los trabajadores a tiempo parcial de la percepción de un subsidio transitorio concedido en caso de extinción de la relación laboral por razones no imputables al trabajador debe considerarse, en las circunstancias del caso de autos, como una discriminación respecto a la mujer y, por consiguiente, como una infracción del artículo 119 del Tratado CEE, a menos que el empleador acredite, a satisfacción del órgano jurisdiccional remitente, que esta disposición se basa en factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón del sexo.»

Segunda cuestión

A juicio de la *demandante en el asunto principal,* hay que responder a la segunda cuestión que el personal a tiempo parcial, al que, en virtud del BAT, no puede concedérsele el subsidio transitorio, tiene derecho —contrariamente a las disposiciones del convenio colectivo— al pago de este subsidio, en proporción a su jornada de trabajo. En apoyo de esta tesis, se remite a las sentencias de 8 de abril de 1976, antes citada, de 4 de diciembre de 1986 (Federatie Nederlandse Vakbeweging, 71/85, Rec. 1986, p. 3855), y de 24 de junio de 1987 (Borrie Clarke, 384/85, Rec. 1987, p. 2865).

La parte demandante en el procedimiento principal considera que, cuando una normativa colectiva, como es el caso de los convenios colectivos, resulta contraria al Derecho comunitario, no puede ponerse fin a la discriminación más que concediendo al grupo de personas discriminadas el derecho a las prestaciones de las que deberían disfrutar de no existir discriminaciones respecto a las personas más favorecidas. No resulta conciliable con el «derecho fundamental» reconocido por el artículo 117 del Tratado CEE que, en el supuesto de discriminaciones contenidas en los convenios colectivos, la defensa de los intereses del grupo de personas discriminadas pueda dar lugar a que los beneficios no se compensen mediante la elevación de las retribuciones más bajas para un mismo trabajo, sino mediante la adopción de disposiciones de distinto tipo. Sin embargo, las partes firmantes del convenio colectivo quedan en libertad para adoptar, en un futuro, en otro convenio colectivo, otras disposiciones que no resulten discriminatorias.

A juicio de *la parte demandada en el asunto principal,* la segunda cuestión ha dejado de tener objeto. Sin embargo, en el supuesto de que se respondiera afirmativamente a la primera, considera que la cuestión de cuáles son los efectos de la violación de las normas jurídicas comunitarias mediante las disposiciones contenidas en un convenio colectivo corresponde, en cualquier caso, al Derecho nacional, por cuanto en él existen medios suficientes para garantizar el efecto directo de las disposiciones comunitarias. Esto es lo que ocurre con los convenios colectivos celebrados en la República Federal de Alemania, país en el cual el artículo 134 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil; en lo sucesivo, «BGB») prevé que todos los actos jurídicos (incluidos los convenios colectivos) que resulten contrarios a una norma prohibitiva son nulos, salvo en los casos en que la propia ley disponga otra cosa. También se remite a los artículos 139 y 140 del BGB, que se aplican igualmente en principio a los convenios colectivos. La violación de las prohibiciones establecidas en el Tratado CEE tiene el mismo carácter que la violación de una prohibición legal en el sentido del artículo 134 del BGB. Por consiguiente, en esta medida, el ordenamiento jurídico nacional garantiza la aplicación directa de las normas comunitarias. Incumbe a los tribunales nacionales decidir, en cada caso concreto, si una disposición convencional que resulte contraria a la prohibición de discriminación debe anularse total o parcialmente o si debe convertirse en un acto válido.

Con carácter subsidiario, afirma la demandada que, si se acepta que el artículo 62 del BAT se refiere efectivamente a una retribución y, además, resultase ser discriminatorio, la disposición sería nula en su totalidad. No cabe la nulidad parcial de la limitación a los trabajadores a jornada completa. Esto se desprende del hecho de que las partes del convenio no hubieran deseado el mantenimiento del artículo 62 del BAT si hubieran conocido la nulidad de tal limitación.

Igual sería el resultado, caso de referirse a la ya citada sentencia de 8 de abril de 1976.

En el caso a que se refiere esta sentencia, el derecho del grupo favorecido a percibir un salario más elevado no resulta afectado por la nulidad de las disposiciones aplicables al grupo perjudicado, y un Estado miembro no pretende compensar esta ventaja mediante la elevación de los salarios más bajos para el mismo trabajo, sino mediante las disposiciones de otra índole. En el caso de autos, por el contrario, la ventaja de una categoría y el perjuicio de la otra se hallan estrechamente relacionados entre sí.

El subsidio transitorio constituye una prestación especial pagada por el empleador, de carácter excepcional, pero corriente en la vida laboral y de una naturaleza jurídica específica, de forma que su mantenimiento no resulta indispensable para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.

Para terminar, la demandada pone de manifiesto la autonomía de que disponen las partes de los convenios colectivos en la República Federal de Alemania. El Tratado de Roma presupone la existencia de tales convenios; esto se deduce del artículo 118 del Tratado CEE, que pretende favorecer la colaboración entre los Estados miembros en el ámbito del Derecho sindical y de la negociación colectiva. Sería contrario a esta autonomía que el Tribunal de Justicia se pronunciara en favor de una «cláusula de la categoría más favorecida» en el sentido de que la ventaja discriminatoria de que disfruta una categoría en relación con la otra no debería dar lugar a la anulación de la disposición que la establece, sino al reconocimiento, en favor de la categoría perjudicada, de un derecho a disfrutar plenamente de la misma ventaja.

A juicio de la demandada, a tal solución sólo podrían reconocérsele eventualmente efectos retroactivos respecto a aquellos trabajadores que hubieran interpuesto previamente un recurso o una reclamación. Por otra parte, el reconocimiento de un derecho con efectos retroactivos sólo sería posible en el supuesto de que las partes del convenio no tuvieran más posibilidad que la de anular la desigualdad de trato prevista en el pasado. Sin embargo, de cara al futuro, debería reconocerse a las partes de los convenios colectivos su libertad para decidir de qué forma pretenden sustituir o completar una disposición convencional nula por otra que sea válida. En la medida en que las partes del convenio no hayan adoptado nuevas disposiciones, la citada prestación ya no podría ser pagada a los trabajadores de uno y otro sexo. De esta forma, se respetaría el principio de igualdad de retribución entre el personal masculino y el femenino, sin producir un vacío jurídico en el convenio, es decir, la necesidad de adoptar nuevas disposiciones.

A juicio de la *Comisión,* es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la autonomía de que gozan las partes de los convenios colectivos tiene su límite en la prohibición de efectuar discriminaciones. No es menos cierto que las partes del convenio colectivo pueden eliminar la discriminación existente de varias formas y, por ejemplo, en el caso de autos, ampliando la normativa relativa al subsidio transitorio a los trabajadores a tiempo parcial o suprimiendo esta ventaja; y en el primero de los dos casos se puede modificar también el importe de este subsidio. Sin embargo, mientras esto no se haga, la normativa aplicable en la actualidad a los trabajadores a jornada completa sigue siendo el único punto de referencia válido. En las circunstancias del caso de autos, esto significa, en concreto, para los trabajadores a tiempo parcial, que tienen también derecho al subsidio transitorio, siempre que reúnan los demás requisitos para su concesión, al estar ya asegurada la aplicación del principio de proporcionalidad por el hecho de que el subsidio se calcula según el último sueldo. A este respecto, se remite a la sentencia de 8 de abril de 1976, antes citada,

así como a las sentencias de 24 de mayo de 1987 (McDermott y Cotter, 286/85, Rec. 1987, p. 1453), y de 24 de junio de 1987, antes citada.

Por consiguiente, la Comisión propone responder como sigue a la segunda de las cuestiones planteadas:

«En el supuesto de que una disposición de un convenio colectivo resulte contraria al artículo 119 del Tratado CEE, los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto tienen el derecho y la obligación de eliminar esta infracción, aplicando a los trabajadores perjudicados el régimen más favorable aplicable a los trabajadores que no sean objeto de esta discriminación, teniendo en cuenta, en su caso, el principio de proporcionalidad.»

T. F. O'Higgins
Juez Ponente