CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO

presentadas el 14 de marzo de 2000 *

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial el Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunal Superior de Trabajo de Hamburgo) pide al Tribunal de Justicia que interprete la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 [1] (en lo sucesivo, «Directiva»), sobre la aplicación, en los Estados miembros, del principio de la 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. En particular, el órgano jurisdiccional de remisión solicita la interpretación del artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva en relación con la Ley alemana sobre protección contra el despido que, como está interpretada por la jurisprudencia nacional predominante, excluye, al elegir al empleado que ha de despedirse con arreglo a la denominada «selección social», la comparación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial.

La normativa comunitaria pertinente

2. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva define el principio de igualdad de trato. Señala: «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.» El artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva se refiere a la aplicación de dicho principio a todas las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido. Establece: «La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.»

3. El artículo 2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que no es aplicable al caso de autos *ratione temporis*, dispone, en el apartado 1: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta.» El mismo artículo, en su apartado 2, establece: «A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.»

La normativa nacional pertinente

4. La normativa nacional pertinente en el caso de autos está contenida en la Kündigungsschutzgesetz (Ley sobre protección contra el despido; en lo sucesivo, «KSchG»). El artículo 1, apartados 1 y 2, de dicha Ley establece que el despido de un trabajador por cuenta ajena que haya trabajado durante más de seis meses ininterrumpidos en la misma empresa será inoperante si no está justificado por causas sociales, es decir, cuando no esté motivado en razones personales o relacionadas con el comportamiento del trabajador o por obligaciones imperiosas que limiten en gran medida la libertad de acción de la empresa y que hagan necesaria la supresión de un determinado puesto de trabajo. En este último caso, se trata del denominado «despido por causas económicas».

El apartado 3 del mismo artículo establece que el despido por causas económicas será igualmente injustificado si el empresario, al seleccionar al empleado que ha de despedir, no ha tenido en cuenta los aspectos sociales o no lo ha hecho suficientemente. Dicho apartado ha sido comúnmente interpretado en el sentido de que el empresario no puede decidir libremente a quién ha de despedir, sino que debe optar, entre todos sus empleados que ocupan puestos de trabajo comparables al que ha de suprimirse, por el trabajador que sufrirá el perjuicio menor como consecuencia de la pérdida de su empleo (la denominada «selección social»).

5. La KSchG no determina qué debe entenderse por puestos de trabajo comparables a efectos de una selección social. Sin embargo, según la resolución de remisión, de la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de Trabajo; en lo sucesivo, «BAG») se deduce que, por lo general, la posibilidad de comparar dos empleos debe valorarse a la luz del contenido material del contrato de trabajo y, por tanto, de las características de la actividad desarrollada. Para ello, no es necesario que exista una perfecta identidad, sino que basta con que las funciones, aun siendo diferentes, no obstante sean equivalentes. De ello deriva que se considera que dos empleos son comparables cuando el empresario, con arreglo a su derecho a organizar la actividad de la empresa, puede atribuir a cualquiera de los dos empleados el otro empleo sin modificar sus respectivos contratos de trabajo. Además, de la jurisprudencia del BAG se deduce como consecuencia que es imposible considerar comparables los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, puesto que la transformación de la relación laboral a tiempo parcial en tiempo completo (y viceversa) implica, en todo caso, una modificación del contrato de trabajo.

6. Hasta la fecha de la resolución de remisión, el BAG nunca se había pronunciado sobre el carácter comparable de los empleos a tiempo parcial y de los empleos a tiempo completo a efectos de la selección social. Sin embargo, en la vista, la demandante afirmó, sin que se la contradijera,

que, recientemente, el BAG había dictado dos sentencias sobre esta cuestión, de las que resultaba que, en caso de supresión de un puesto de trabajo a tiempo parcial, los trabajadores a tiempo completo debían ser tomados en consideración a efectos de la selección social si el único objetivo perseguido por el empresario mediante la supresión de dicho puesto era reducir el número global de horas de trabajo cumplidas, y que, por el contrario, los mismos empleados no debían incluirse en la selección si dicha supresión era la consecuencia de una decisión del empresario de utilizar, para determinadas tareas, exclusivamente trabajadores a tiempo completo, es decir, una decisión referida a la organización de dicha empresa dictada, como tal, por criterios económicos. En este último caso, debe considerarse que la decisión del empresario es la expresión de su derecho a organizar la empresa y, por lo tanto, no puede estar sujeta a ningún tipo de control, salvo que resulte ser manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria.

Hechos y cuestión prejudicial

7. La Sra. Kachelmann (en lo sucesivo, «demandante») trabajó durante más de cinco años con un contrato a tiempo parcial (76,92 %) en la sucursal de Hamburgo de Bankhaus Hermann Lampe KG (en lo sucesivo, «Bankhaus») en calidad de empleada de banca diplomada con formación de secretariado bilingüe alemán/inglés, y estaba encargada de la gestión de expedientes en el departamento de cobro de créditos. Está divorciada y tiene tres hijos a cargo, uno de ellos seriamente discapacitado.

8. Debido a una reducción del volumen de sus actividades internacionales, Bankhaus decidió unir el sector en el que trabajaba la demandante al más amplio sector de las operaciones relativas a los créditos documentarios. A causa de ello, consideró necesario reducir el número de empleados y, por consiguiente, mediante escrito de 21 de junio de 1996, notificó a la demandante su despido por causas económicas con efectos al 30 de septiembre de 1996.

9. Por aquel entonces, la sucursal de Hamburgo de Bankhaus contaba con cinco empleados a tiempo parcial, de los cuales tres eran hombres y dos mujeres, y veintidós empleados a tiempo completo, de los cuales diez eran hombres y doce mujeres. Entre estas últimas, estaba comprendida la Sra. Grabbert, empleada desde hacía cinco meses también en el departamento de créditos.

10. En contra del despido, la demandante presentó un recurso ante el Arbeitsgericht Hamburg (Tribunal de Trabajo de Hamburgo), sosteniendo que Bankhaus, al adoptar la decisión relativa a la supresión de su puesto de trabajo, no había efectuado la selección social prevista en la Ley en la medida en que no había comparado su situación con la de la Sra. Grabbert, que desempeñaba una actividad equivalente. Según la demandante, tal comportamiento debía ser considerado ilegal también a la luz del hecho de que ella había declarado estar dispuesta a ampliar su jornada de trabajo.

11. El Arbeitsgericht desestimó el recurso el 18 de febrero de 1997, declarando que, aunque no cabía duda de que la demandante se hallaba en una situación social más débil respecto a la de la Sra. Grabbert, la comparación entre las dos trabajadoras no era posible porque la Sra. Grabbert estaba empleada a tiempo completo y porque, debido a esta circunstancia, el empresario no podía trasladar a la demandante al puesto de trabajo de la Sra. Grabbert basándose simplemente en su facultad de dirección y sin aportar modificación alguna al contrato de trabajo.

12. Contra la sentencia del Arbeitsgericht, la demandante interpuso un recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Trabajo de Hamburgo). Este órgano jurisdiccional se mostró de acuerdo con la sentencia impugnada, que reconocía que Bankhaus tiene una trabajadora a tiempo completo, que no es la demandante, a la cual se le confían funciones comparables a las de la demandante, y declaró que, según los criterios de la selección social establecida en la KSchG, debía considerarse que la demandante necesitaba una mayor protección que la trabajadora a tiempo completo. Además, el Landesarbeitsgericht insistió en que, a la luz de la jurisprudencia predominante, [2] quedaba excluido que los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial pudiesen ser comparados en el ámbito de la selección social, debido a que la transformación de una de las dos relaciones laborales presupone la modificación del contrato de trabajo. No obstante, el Landesarbeitsgericht añadió que, si se llegase a considerar que la demandante no es comparable con la Sra. Grabbert exclusivamente a causa del hecho de que, hasta la fecha, ésta trabajaba a tiempo parcial, su despido podría configurar una discriminación indirecta por razón del sexo, que está prohibida por el Derecho comunitario.

13. Por estimar que la solución de la controversia depende de la interpretación de la Directiva, el Landesarbeitsgericht suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE en el sentido de que, al aplicar el artículo 1, apartado 3, de la Kündigungsschutzgesetz (Ley sobre protección contra el despido) —en el presente caso, en la versión vigente hasta el 30 de septiembre de 1996—, las trabajadoras empleadas a tiempo parcial deben ser consideradas, en el marco de la determinación del orden de despido en función de criterios sociales (selección social), comparables a los trabajadores de uno y otro sexo empleados a jornada completa, cuando en un sector existan muchas más mujeres que hombres empleados a tiempo parcial?»

Sobre la admisibilidad

14. Al Gobierno alemán le suscita dudas la admisibilidad de la petición prejudicial y alega que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva, relativo a la aplicación del prin-

2 — Véase el punto 6 de las presentes conclusiones.

cipio de la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, no es pertinente para la solución del litigio principal en la medida en que, en este caso, la selección social establecida en el artículo 1, apartado 3, de la KSchG se refiere a dos trabajadores del mismo sexo y, más precisamente, a dos trabajadores de sexo femenino.

15. Esta tesis no tiene fundamento. Ante todo, hay que considerar, en términos generales, que la remisión prejudicial tiene por finalidad «proporcionar a todo órgano jurisdiccional de la Comunidad los elementos de interpretación del Derecho comunitario necesarios para resolver los litigios reales que se le sometan» [3] y que, para que esta cooperación entre los Jueces nacionales y el Tribunal de la Comunidad funcione, es necesaria una separación de las tareas entre estas dos categorías de Jueces, la cual, según reiterada jurisprudencia, implica que «corresponde sólo al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio, que debe asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en particular, la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia». A partir de estas premisas, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que «sólo puede declarar la inadmisibilidad de una petición presentada por tal órgano jurisdiccional [nacional] cuando resulta *evidente* que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o también cuando no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas». [4]

16. No creo que, aplicando estos criterios, se pueda afirmar que en el presente asunto la respuesta a la cuestión planteada es manifiestamente irrelevante para la resolución de la controversia pendiente ante el Juez nacional. Realmente hay que considerar que la cuestión tiene por objeto examinar los posibles efectos discriminatorios derivados, en general, de la aplicación de la Ley alemana sobre protección contra el despido. Pues bien, como antes se ha visto, la Directiva tiene por objeto aplicar a las relaciones laborales, en los Estados miembros, precisamente el principio fundamental de no discriminación por razón de sexo. En consecuencia, me resulta evidente que el respeto de este principio ha de condicionar la correcta aplicación de la normativa nacional pertinente y, por lo tanto, que una sentencia sobre el alcance del principio comunitario relativo a la igualdad de trato de los trabajadores sin distinción de sexo en el momento del despido ha de ser considerada útil para la apreciación del Juez nacional.

17. El Gobierno alemán también alega que los elementos fácticos mencionados por el Juez nacional en la resolución de remisión

3 — Sentencia de 11 de marzo de 1980, Foglia/Novello I (104/79, Rec. p. 745), apartado 11.

4 — Sentencia de 29 de junio de 1999, Butterfly (C-60/98, Rec. p. I-3939), apartado 13 (la cursiva es mía). Véanse además, como más recientes, las sentencias de 28 de noviembre de 1991, Durighello (C-186/90, Rec. p. I-5773), apartados 8 y 9; de 26 de octubre de 1995, Furlanis (C-143/94, Rec. p. I-3633), apartado 12; de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61, y de 5 de junio de 1997, Celestini (C-105/94, Rec. p. 2971), apartados 21 y 22.

son insuficientes para permitir al Tribunal de Justicia pronunciarse. En mi opinión, también esta observación carece de fundamento. En realidad, como observó la Comisión, si bien la resolución está formulada en forma sucinta y aunque no precisa la categoría de trabajadores a los que es preciso referirse para establecer si existe discriminación por razón de sexo, no obstante contiene información suficiente sobre el contexto jurídico y sobre los hechos para permitir que este Tribunal decida de manera útil.

18. Por último, se observó en la vista que la petición prejudicial había dejado de tener sentido como consecuencia de una reciente sentencia del BAG que define los criterios para efectuar la comparación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial a efectos de la selección social.[5] También esta observación carece de fundamento. En efecto, hay que recordar, como afirmó la Comisión, que la exigencia de garantizar la seguridad jurídica basta, en principio, para justificar la intervención del Tribunal de Justicia,[6] aparte del hecho de que, si el Juez nacional, cuyo conocimiento de la nueva jurisprudencia alemana se supone, no ha retirado su petición, es razonable deducir que todavía considera necesaria la respuesta para poder resolver el litigio principal.

19. Sobre la base de estas apreciaciones, estimo que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional ha de ser considerada admisible y que el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre el fondo.

Sobre el fondo

20. El órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide si los artículos 2 y 5, apartado 1, de la Directiva, que prohíben cualquier discriminación directa o indirecta de las condiciones de trabajo, se oponen a que el artículo 1, apartado 3, de la citada Ley alemana sobre protección contra el despido, reciba una interpretación según la cual los trabajadores a tiempo completo no son comparables con los trabajadores a tiempo parcial a efectos de la denominada selección social que el empresario debe efectuar en caso de supresión de un empleo a tiempo parcial por causas económicas.

21. Es indudable que la mencionada normativa alemana no da lugar a ninguna forma de discriminación directa entre los trabajadores por la simple razón de que los criterios de comparación que contempla no se adoptan basándose en distinciones fundadas en el sexo. Evidentemente, ello no excluye, por lo menos en abstracto, que pueda dar lugar a una forma de discriminación indirecta. Esto es lo que pregunta esencialmente el Juez de remisión.

5 — Véase el punto 7 de las presentes conclusiones.

6 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (146/73, Rec. p. 139), apartado 3.

22. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado en repetidas ocasiones que «una normativa nacional discrimina indirectamente a los trabajadores femeninos cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a toda discriminación basada en el sexo». [7]

23. Ahora bien, en lo que respecta a la categoría de los trabajadores a tiempo parcial, puede indicarse que, en principio, se caracteriza por una clara preponderancia de mujeres, con la consecuencia de que un posible trato desfavorable de esta categoría desemboca en realidad, casi automáticamente, en una discriminación basada en el sexo. El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos en los que el trato desfavorable de las mujeres derivaba de una normativa que discriminaba directamente el trabajo a tiempo parcial, [8] y ha considerado que las disposiciones nacionales daban lugar a una discriminación indirecta de las mujeres y directa del trabajo a tiempo parcial.

En cambio, en el caso de autos, la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial es, también, indirecta, puesto que el trato que perjudica a dicha categoría no está expresamente previsto en el régimen nacional, aunque la aplicación de este régimen podría tener efectos discriminatorios.

24. En la sentencia Bötel, [9] el Tribunal de Justicia examinó una normativa similar a la que aquí se discute, es decir, un caso acerca de los efectos discriminatorios derivados de la aplicación de una normativa nacional formalmente neutra a situaciones específicas, y declaró que tales efectos son incompatibles con el principio de igualdad cuando dan lugar a un trato que diferencia y perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, trato que a su vez contiene, al menos en principio, una discriminación basada en el sexo. En el asunto examinado por el Tribunal de Justicia se trataba de una normativa nacional según la cual los miembros de una comisión interna que participaban en cursos de formación necesarios para desarrollar las actividades propias de la comisión debían estar dispensados de sus obligaciones de trabajo sin reducción de la retribución. El Tribunal de Justicia estimó que dicha normativa contenía una discriminación de los trabajadores a tiempo parcial (y por lo tanto, de las mujeres) porque los cursos de formación tenían una duración que excedía del horario individual de trabajo a tiempo parcial, con la consecuencia de que los trabajadores recibían por las horas dedicadas al curso un importe inferior al de la compensación por las horas no trabajadas correspondiente, por la misma razón, a los trabajadores a tiempo completo.

7 — Sentencia de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185), apartado 22. Véanse, además, las sentencias de 2 de octubre de 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 30; de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 52, y de 10 de febrero de 2000, Deutsche Telekom (C-50/96, Rec. p. I-743), apartado 28.

8 — Véanse, especialmente en materia de igualdad de remuneraciones, las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607); de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), y de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297).

9 — Sentencia de 4 de junio de 1992, Bötel (C-360/90, Rec. p. I-3589). Véanse, además, las sentencias de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), y de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann (C-278/93, Rec. p. I-1165).

25. La normativa alemana que hoy se examina establece que, cuando el empresario decide suprimir un puesto de trabajo por causas económicas, tiene la obligación de seleccionar al trabajador que ha de despedir basándose en criterios sociales y de efectuar dicha selección entre trabajadores comparables. Para ello, deberá actuar de modo que la selección recaiga sobre el trabajador que, con el despido, sufra, comparativamente, el menor perjuicio. Ello exige identificar entre qué categorías de trabajadores debe efectuarse la comparación.

Como se ha indicado anteriormente, los Jueces alemanes, al interpretar el concepto de carácter comparable, han afirmado que éste sólo se da cuando el empresario puede trasladar a los trabajadores de un puesto de trabajo a otro sin tener que modificar su contrato de trabajo. Evidentemente, ello supone que la esencia de la relación laboral sea la misma y, por lo tanto, que quede excluida la comparación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. En efecto, los mismos Jueces observaron que el cambio de un trabajador de un puesto de trabajo a tiempo parcial a un puesto de trabajo a tiempo completo (y viceversa) implica la modificación del contrato de trabajo, por lo que estas dos categorías de trabajadores no son comparables.

En mi opinión, de ello se deduce que, en caso de supresión de un empleo a tiempo parcial, las situaciones que pueden ser tomadas en consideración y comparadas a efectos de la selección social son solamente las de los trabajadores a tiempo parcial y que, por consiguiente, sólo son ellos quienes sufren las consecuencias desfavorables de la supresión del puesto: la situación social de estos trabajadores, aun cuando se trate de trabajadores más desfavorecidos que los trabajadores a tiempo completo, será apreciada únicamente con referencia a los trabajadores a tiempo parcial, limitándose las garantías atribuidas a los trabajadores por la Ley alemana. De ello se deduce que, si entre los trabajadores empleados a tiempo parcial la proporción de mujeres es considerablemente superior a la de hombres, el número de trabajadores de sexo masculino tomados en consideración para la selección social será necesariamente reducido, con la consecuencia de que no se garantizará una protección adecuada a efectos del mantenimiento del puesto de trabajo a las trabajadoras que se encuentren en condiciones particularmente desfavorables y que, por tanto, tengan necesidad de esta protección especial.

26. Bankhaus discute este análisis. Sostiene que, en realidad, en el presente asunto, la aplicación de la normativa nacional no tiene ninguna consecuencia desfavorable para los trabajadores a tiempo completo ni para los trabajadores a tiempo parcial, puesto que, por una parte, en caso de supresión de un puesto de trabajo a tiempo parcial, los trabajadores a tiempo completo quedan excluidos de la selección social y, por consiguiente, no corren el peligro de que se los despida y, por otra parte, en caso de supresión de un puesto de trabajo a tiempo completo, los trabajadores a tiempo parcial no están comprendidos entre aquellos que pueden ser despedidos. Ello demuestra, también según Bankhaus, que, en realidad, no sólo la normativa sino también su aplicación resultan, en conjunto, neutras, puesto que las diversas situaciones de desventaja que se originan según que la supresión se refiera a un empleo a tiempo parcial o a uno a tiempo

completo se compensan entre sí. Este razonamiento no me convence. En efecto, no es correcto considerar que una posible situación de desventaja suscitada por la aplicación de una normativa nacional pueda ser considerada legal y, en lo que atañe al presente asunto, compatible con la Directiva, si está «compensada» por los efectos de la aplicación de esa normativa a una situación diferente.

27. Una vez reconocido que la normativa alemana de que se trata da lugar a una desigualdad de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial, ahora se debe determinar si tal desigualdad, ocasiona, aunque sea potencialmente, una discriminación basada en el sexo, y en qué condiciones. Para ello es necesario identificar la categoría de trabajadores de referencia, es decir, la categoría de trabajadores que ha de tomarse en consideración para verificar si existe una desproporción entre el número de empleados de sexo femenino y el de empleados de sexo masculino. Sobre este extremo las partes aducen tesis opuestas.

28. Bankhaus y el Gobierno alemán sostienen que el grupo de referencia para verificar la existencia de desproporción debe ser la categoría de trabajadores a tiempo parcial empleados en la empresa y que, por consiguiente, en el caso de autos, hay que excluir cualquier efecto discriminatorio en perjuicio de la demandante, dado que, en el momento de su despido, estaban empleados en Bankhaus cinco trabajadores a tiempo parcial, de los cuales tres eran mujeres y dos, hombres. Por el contrario, la demandante sostiene que, para verificar la existencia de posibles efectos discriminatorios de la normativa nacional contra las mujeres, hay que referirse a la totalidad de los trabajadores empleados a tiempo parcial en Alemania. El órgano jurisdiccional de remisión propone una tesis intermedia, es decir, que la categoría de referencia está constituida por todos los trabajadores ocupados en un sector determinado.

29. En mi opinión, debe seguirse la tesis propuesta por el Juez de remisión. En realidad, no tendría sentido referirse a los trabajadores a tiempo parcial empleados en la empresa para determinar la posible existencia de un predominio patente del trabajo femenino sobre el masculino. Es preciso considerar que la situación en una sola empresa, sobre todo si se trata de una empresa de dimensiones limitadas, puede no ser significativa para deducir, del porcentaje de mujeres existentes entre los trabajadores a tiempo parcial, una discriminación indirecta en detrimento de las mujeres como consecuencia de la selección (social) por la que se decide el despido de una mujer después de la supresión de un puesto de trabajo a tiempo parcial. Tampoco me parece razonable referirse a la totalidad de los trabajadores empleados a tiempo parcial en un Estado miembro, dado que las modalidades del trabajo y los problemas ocupacionales se presentan, en principio, con características diferentes de un sector a otro, y que tal situación no puede pasarse por alto cuando, como consecuencia de la supresión de un puesto de trabajo, el empresario debe efectuar la denominada selección social. Por el contrario, me parece razonable, precisamente por estas últimas consideraciones, referirse a los trabajadores ocupados a tiempo parcial en el sector al que pertenezca la empresa en la que se haya suprimido un puesto de trabajo a tiempo parcial. Ello supone que la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores

a tiempo completo desemboca en una discriminación basada en el sexo únicamente cuando en el sector productivo al que pertenezca la empresa en la que se haya suprimido un puesto de trabajo a tiempo parcial, los empleados a tiempo parcial de sexo femenino sean predominantemente más numerosos que los de sexo masculino. Por lo tanto, en todo caso, dicha apreciación corresponde al Juez nacional que, sobre la base de los datos que posea, deberá verificar si existe una desproporción y valorar su entidad.

30. Sin embargo, en el supuesto de que se compruebe la existencia de una situación de este tipo, también es necesario verificar un último elemento: si la desigualdad de trato entre las dos categorías de trabajadores está justificada por razones objetivas ajenas a toda discriminación basada en el sexo. En otros términos, si la aplicación de la normativa nacional persigue objetivos tales que lleguen a justificar el trato diferente y si los medios utilizados para alcanzar el mencionado objetivo resultan necesarios y no desproporcionados.

31. Para ello, es preciso dejar sentado que, según una jurisprudencia reiterada, «en último término, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el 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, «el Tribunal de Justicia, llamado a 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 pueden permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución». [10]

32. Como señala la Comisión, en la resolución de remisión no se han indicado expresamente las posibles justificaciones de la desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo resultantes de la aplicación de la normativa alemana sobre la selección social. Como antes he observado, el Juez de remisión se limita a precisar que, según la jurisprudencia del BAG, no puede considerarse, en general, que dos empleos son comparables cuando el cambio del trabajador de un empleo a otro implique una modificación del contrato de trabajo y que, a partir del momento en que la transformación de un empleo a tiempo parcial en uno a tiempo completo (y viceversa) exige la modificación del contrato, queda excluido el carácter comparable de los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en el marco de una selección social.

33. No creo que estas consideraciones sirvan para justificar una diferencia de

10 — Sentencia Seymour-Smith y Pérez, antes citada, apartados 67 y 68. Véanse también las sentencias Freers y Speckmann, antes citada, apartado 24, y de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros (C-328/91, Rec. p. I-1247), apartado 13.

trato entre las dos categorías de trabajadores.

En primer lugar, es necesario considerar que la aplicación de la normativa nacional, a la luz de la jurisprudencia citada, implica que la exclusión de los trabajadores a tiempo completo de la selección social se produce de modo automático y generalizado, sobre la base de la presunción de que la diferencia del horario de trabajo siempre excluye la posibilidad de que un trabajador a tiempo parcial pueda ocupar el puesto de un trabajador a tiempo completo, haciendo necesaria una modificación del contrato y una transformación de la relación laboral. El Tribunal de Justicia ha declarado muchas veces que «una mera generalización relativa a ciertas categorías de trabajadores [...] no permite deducir criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación». [11] Por consiguiente, si bien en líneas generales se puede considerar que el horario de trabajo es un elemento que ha de tenerse en cuenta en el ámbito de la comparación entre dos empleos, no obstante, su peso efectivo depende necesariamente de las circunstancias del caso. Además, en el ámbito de dichas circunstancias, éste es sólo uno de los elementos que ha de considerarse conjuntamente, por ejemplo, con el tipo de tareas efectuadas o la posibilidad de repartir las funciones entre varios empleados de modo diferente, sin perjudicar la eficacia del trabajo. En consecuencia, la necesidad de modificar el contrato de trabajo debe ser apreciada, cada vez, a la luz de los hechos.

En segundo lugar, tanto en el caso de que sea inevitable una transformación del contrato de trabajo, como en el caso en que no sea necesaria ninguna modificación para permitir al trabajador a tiempo parcial ocupar el puesto del trabajador a tiempo completo, el carácter comparable de las dos categorías de trabajadores en el ámbito de la selección social siempre debe ser apreciado en relación con el conflicto de intereses que, inevitablemente, se crea entre, por un lado, el derecho del empresario a organizar el trabajo de su empresa con total libertad y, por otro, el derecho de los trabajadores a tiempo parcial (y por lo tanto de las mujeres) a no ser discriminados. Entre estos dos intereses se debe identificar, en cada caso, aquel que prevalece y que, como tal, merece una mayor protección. [12] Resulta superfluo añadir que la identificación de los intereses predominantes en los casos particulares, al estar vinculada a la comprobación de las circunstancias propias de cada caso, corresponde exclusivamente al Juez nacional.

En definitiva, pues, ha de señalarse que la desigualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo en el ámbito de una selección

11 — Sentencia de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartado 39. Véase además la sentencia Kording, antes citada, apartado 23, y la sentencia Nimz, antes citada, apartado 14.

12 — Es útil recordar que, en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, Deutsche Post (asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929), refiriéndose a la incompatibilidad de la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional de seguridad social con el principio de la igualdad de retribución de los trabajadores y de las trabajadoras, y, por lo tanto, en un contexto diferente al del caso de autos, ha declarado que «la finalidad económica perseguida por el artículo 119 del Tratado, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre empresas establecidas en distintos Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental». Considero que la afirmada ilegalidad de tomar en consideración a efectos de la selección social únicamente a los trabajadores a tiempo parcial podría basarse precisamente en este principio.

social que se efectúa como consecuencia de la decisión de suprimir un empleo a tiempo parcial puede encontrar una justificación objetiva únicamente en el caso de que el Juez nacional compruebe que, a la luz de los hechos, las dos categorías de trabajadores sólo serían comparables, si se limitase la libertad del empresario de forma desproporcionada respecto del objetivo de protección de los trabajadores a tiempo parcial, al que, en principio, se le reconoce una importancia primordial.

Conclusión

34. A la luz de las consideraciones que anteceden sugiero al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el Landesarbeitsgericht Hamburg del siguiente modo:

«Los artículos 2 y 5, apartado 1, 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, deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una disposición como la del artículo 1, apartado 3, de la Ley alemana sobre protección contra el despido, que, según la interpretación de la jurisprudencia alemana, no considera comparables los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo a efectos de la selección social que el empresario debe efectuar en caso de supresión del puesto de trabajo a tiempo parcial, siempre y cuando, en el sector productivo al que pertenezca la empresa de que se trate, la proporción de mujeres empleadas a tiempo parcial sea considerablemente superior a la de hombres empleados a tiempo parcial, y siempre que dicha aplicación no esté justificada por criterios objetivos ajenos a toda discriminación basada en el sexo.»