CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 5 de febrero de 2002 [1]

1. Mediante resolución de 3 de mayo de 2000, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el día 19 siguiente, el Arbeitsgericht Hamburg (República Federal de Alemania) planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las Directivas 76/207/CEE [2] y 79/7/CEE [3] en el marco de un litigio que opone a una trabajadora que ha alcanzado la edad de jubilación (60 años) y a su empleador en el sector público. En particular, dicha trabajadora se queja de no haber sido admitida por razones de edad al régimen alemán de prejubilación, cuando un trabajador de sexo masculino de la misma edad tendría derecho a acogerse a dicho régimen.

I. Marco jurídico

A. *Normativa comunitaria*

2. Con arreglo al artículo 1 de la Directiva 76/207:

«1. La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".

2. Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.»

1 — Lengua original: italiano.

2 — 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; en lo sucesivo, «Directiva 76/207»).

3 — Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174; en lo sucesivo; «Directiva 79/7»).

3. En el artículo 2 de la Directiva 76/207 se dispone lo siguiente:

«1. 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.

2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

4. En virtud del artículo 5 de la Directiva 76/207:

«1. 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.

2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;

c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; que, para las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las revisiones que sean convenientes.»

5. Con arreglo al artículo 6 de la Directiva 76/207:

«Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

6. La Directiva 79/7 fue adoptada con base en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 76/207[4] con el fin de aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social.

7. En el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7 se dispone:

«La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

— enfermedad,

— invalidez,

— vejez,

— accidente laboral y enfermedad profesional,

— desempleo;

4 — Véase el primer considerando de la Directiva 79/7.

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos.»

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.»

8. Con arreglo al artículo 4 de la Directiva 79/7:

9. En virtud del artículo 5 de la Directiva 79/7:

«1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.»

— el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

10. En el artículo 6 de la Directiva 79/7 se dispone:

— la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

«Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

— el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

11. En el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7 se dispone:

«La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones.»

B. *Normativa nacional*

12. Los requisitos para la adquisición del derecho a la pensión de vejez se definen en el Sozialgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland, 6. Buch (Código de seguridad social de la República Federal de Alemania, Libro VI; en lo sucesivo, «SGB VI»), el cual, en función de una serie de variables, [5] fija diferentes edades de jubilación, si bien todas ellas comprendidas entre los 60 y los 65 años (artículos 35 a 40). En particular, se establece que los trabajadores de ambos sexos adquieren dicho derecho a más tardar al cumplir los 65 años de edad (artículo 35 del SGB VI); pero lo adquieren a los 63 años si se trata de trabajadores con un período de cotización mínimo de 35 años (artículo 36 del SGB VI); o bien incluso a los 60 años si, durante un período de veinticuatro meses, han disfrutado del régimen de prejubilación al que me referiré ampliamente más adelante (artículo 38 del SGB VI). Además, asimismo a los 60 años, aunque sólo en el caso de las trabajadoras, el derecho a la pensión puede adquirirse también cuando concurran otros requisitos, por lo demás especialmente favorables para los interesados (por ejemplo, una antigüedad mínima como asegurado de tan sólo quince años; artículo 39 del SGB VI). [6] Naturalmente, para poder acogerse a la jubilación anticipada el interesado debe presentar una solicitud, pudiendo también optar por continuar trabajando. A este respecto, durante el presente procedimiento se puso de manifiesto que, una vez alcanzada la edad de jubilación, y como alternativa a la pensión de vejez, en la República Federal de Alemania los trabajadores de sexo femenino que hayan alcanzado los 60 años de edad y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 del SGB VI pueden continuar trabajando tanto a jornada completa como a tiempo parcial, pero en este último caso, obviamente, con una retribución proporcional a su jornada de trabajo efectiva.

13. Como acabo de indicar, la adquisición del derecho a la pensión puede anticiparse si el trabajador ha disfrutado del régimen de trabajo a tiempo parcial en razón de la edad (el denominado régimen de prejubilación; artículo 38 del SGB VI). Este régimen está regulado por la Altersteilzeitgesetz (Ley relativa al trabajo a tiempo parcial por razón de la edad; en lo sucesivo, «ATG») de 23 de julio de 1996, que tiene el doble objetivo de facilitar a los trabajadores de una determinada edad la transición gradual de la vida activa a la jubilación y de contribuir a reducir la tasa de desempleo (artículo 1 de la ATG), ya que

5 — Como la antigüedad como asegurado, el pago de cotizaciones obligatorias de seguridad social durante determinado número de años, determinadas condiciones sicofísicas (el sexo, una grave invalidez o una incapacidad profesional), la condición de desempleado, o el ejercicio de una determinada actividad laboral (en el caso de los mineros).

6 — La misma edad de jubilación se aplica a los inválidos graves y a quienes se hayan visto afectados por una incapacidad profesional, así como a los desempleados y a los mineros, dada la especial dureza de dicho trabajo (artículos 37, 38 y 40 del SGB VI).

simultáneamente el empresario está obligado a contratar a un desempleado que debe compartir el puesto de trabajo con el trabajador en régimen de prejubilación (artículo 3, apartado 1, número 2, de la ATG).[7] La admisión a dicho régimen está supeditada a que se reúnan dos requisitos: que el trabajador o la trabajadora hayan alcanzado los 55 años de edad y que haya un acuerdo de prejubilación (individual, colectivo o de empresa) entre el empresario y el trabajador (artículo 2, apartado 1, de la ATG). El recurso a la prejubilación se incentiva, por un lado, mediante la concesión de una retribución más elevada, equivalente al 70 % del salario neto a jornada completa, aun cuando se trabaje sólo con una jornada laboral reducida a la mitad (véase el artículo 3, apartado 1, número 1, de la ATG); por otro, mediante una intervención financiera del Bundesanstalt für Arbeit (Oficina Federal de Empleo; en lo sucesivo, «Bundesanstalt») cuyo objeto es reembolsar al empresario (con cargo a fondos públicos destinados a la lucha contra el desempleo)[8] el 20 % de la retribución básica neta y las cotizaciones sociales correspondientes (artículo 4 de la ATG). No obstante, la intervención del Bundesanstalt está sujeta a algunos límites: en particular, no puede prolongarse durante más de cinco años (artículo 4, apartado 1, de la ATG) y finaliza en el momento en que el trabajador adquiere el derecho a la jubilación y, en todo caso, como máximo cuando cumple los 65 años de edad (artículo 5, apartado 1, números 1 y 2, de la ATG). Las partes pueden acordar asimismo que, al adquirir el derecho a la jubilación, se extinga también el contrato de prejubilación (artículo 8, apartado 3, de la ATG).

14. Según el convenio colectivo aplicable en materia de prejubilación vigente en el momento de producirse los hechos objeto del procedimiento principal (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit de 5 de mayo de 1995; en lo sucesivo, «convenio colectivo»), el empresario puede conceder, en condiciones análogas a las previstas en la ATG, el beneficio de la prejubilación a los trabajadores a tiempo completo de ambos sexos que hayan cumplido los 55 años de edad (artículo 2, apartado 1, del convenio colectivo). Para aquellos que hayan alcanzado ya los 60 años de edad y cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 2, apartado 1, la prejubilación se convierte en un derecho (artículo 2, apartado 2), a no ser que se opongan a ello graves motivos de servicio o de organización de la empresa. La prejubilación, que debe prolongarse como mínimo durante dos años (artículo 2, apartado 3),[9] puede consistir en un trabajo a jornada completa realizado durante la mitad de la duración normalmente establecida («Blockmodell» o modalidad en bloque) o bien en una actividad laboral a tiempo parcial efectuada durante los años de duración de la relación laboral («Teilzeitmodell» o modalidad a tiempo parcial; artículo 3, apartado 2).

15. En virtud del artículo 9, apartado 1, del convenio colectivo, la relación laboral de prejubilación se extingue en la fecha de expiración acordada en cada caso en el respectivo contrato individual. No obstante, en el apartado 2, letra a), del mismo

7 — Esta obligación se impone también cuando, como en el caso de la demandante en el procedimiento principal, el trabajador opte por la fórmula de prejubilación «en bloque» (actividad laboral a jornada completa durante un período equivalente a la mitad del período durante el cual, de otro modo, hubiera trabajado a tiempo parcial); en este caso, la contratación del desempleado debe seguir a la jubilación del trabajador (artículo 3, apartado 3, de la ATG).

8 — Según lo explicado en la vista por el Gobierno alemán.

9 — Evidentemente, estas estipulaciones dependen de lo dispuesto en el ya citado artículo 38 del SGB VI, que permite la jubilación anticipada a condición de haber trabajado en régimen de prejubilación durante veinticuatro meses.

artículo 9, se establece, en particular, que dicha relación se extinguirá en todo caso al concluir el mes anterior a aquel en el cual el trabajador adquiera el derecho a una pensión de vejez. De este modo, tal como señalaron el Gobierno alemán y la parte demandada en el procedimiento principal, la relación se extingue en el mismo momento en el que, con arreglo al citado artículo 5, apartado 1, número 2, de la ATG, cesa la financiación pública del Bundesanstalt. Con esto se pretende evitar que el empresario deba asumir las mayores cargas derivadas del empleo en régimen de prejubilación de trabajadores que ya han alcanzado la edad de jubilación.

16. Este es el complejo marco legal y convencional alemán, que he intentado reconstruir con base en los documentos aportados por las partes. Si es correcto, creo que del mismo puede deducirse a los presentes efectos, en síntesis, que el régimen de prejubilación supone el acceso a la jubilación anticipada del trabajador que se acoge al mismo tras haber cumplido los 55 años de edad y hasta la adquisición del derecho a la jubilación, teniendo presente que dicho derecho, pese a adquirirse por regla general a los 60 años en el caso de las trabajadoras y a los 65 años en el caso de los trabajadores de sexo masculino, también puede nacer, en algunos casos, para las primeras más tarde, aunque nunca después de los 65 años, y para los segundos ya a los 60 años. Por otro lado, el régimen de que se trata no se agota en sí mismo, sino que está vinculado, en virtud de la finalidad de lucha contra el desempleo que persigue, a la obligación del empresario de contratar a un desempleado. Ahora bien, subrayo que, a efectos de la adquisición del derecho a la jubilación anticipada la duración mínima del régimen de prejubilación debe ser de veinticuatro meses, lo que tiene como consecuencia que, si el trabajador de cualquiera de ambos sexos opta por dicho régimen al aproximarse a los 60 años o después de alcanzada esta edad, transcurridos los veinticuatro meses deberá jubilarse de manera automática, ya que, como se ha visto, la relación de prejubilación se extingue tan pronto como se adquiere el derecho a la jubilación [véase el artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo]. Por último, recuérdese que en el convenio colectivo se establece que, al adquirir el derecho a la jubilación, se extingue en todo caso el contrato de trabajo eventualmente existente [artículo 9, apartado 2, letra a), de conformidad con el artículo 8, apartado 3, de la ATG]. Esto implica que el trabajador, sea cual sea su sexo, no puede acceder al régimen de prejubilación si ya ha adquirido el derecho a la jubilación.

II. Hechos y cuestiones prejudiciales

17. Nacida el 21 de agosto de 1939, la Sra. Helga Kutz-Bauer, demandante en el procedimiento principal, trabaja para la Freie und Hansestadt Hamburg, parte demandada, como directora de la Landeszentrale für Politische Bildung (Oficina central del Land para la formación política). Convencida de la posibilidad de aumentar sus derechos de pensión mediante el pago de cotizaciones complementarias una vez cumplidos los 60 años de edad, entre octubre y noviembre de 1998, la Sra. Kutz-Bauer solicitó a su empleador la celebración de un contrato de prejubilación que la permitiera efectuar, entre el 1 de septiembre de 1999 (a la edad de 60 años cumplidos) y el 31 de agosto de 2004, una actividad laboral a tiempo parcial por razón de la edad (es decir, en régimen de prejubilación) de acuerdo con la modalidad «en bloque», es decir, trabajando a jornada completa entre el 1 de septiembre de 1999 y el 28 de febrero de 2002, y absteniéndose posteriormente de cualquier actividad labo-

ral entre el 1 de marzo de 2002 y el 31 de agosto de 2004.

18. El 21 de diciembre de 1998, la demandada denegó dicha solicitud, proponiendo en cambio un empleo ordinario a tiempo parcial, con una remuneración proporcional a la actividad efectivamente desarrollada, empleo que, sin embargo, no interesaba a la Sra. Kutz-Bauer. La demandada motivó su denegación subrayando que, si bien al alcanzar los 60 años de edad la Sra. Kutz-Bauer había adquirido en principio el derecho a un contrato de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, [10] habida cuenta de los límites establecidos por el artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo su relación laboral debería en todo caso extinguirse inmediatamente antes del inicio de la relación laboral en régimen de prejubilación. En efecto, en la medida en que satisfacía los requisitos establecidos en el citado artículo 39 del SGB VI, la interesada ya había adquirido el derecho a la jubilación a la edad de 60 años.

19. Por considerarse víctima de una discriminación injusta por razón de sexo, la Sra. Kutz-Bauer interpuso un recurso ante el Arbeitsgericht Hamburg en el que denunciaba el hecho de haber sido excluida del derecho a desarrollar una actividad laboral a tiempo parcial por razón de la edad durante el período comprendido entre los 60 y los 65 años de edad, mientras que los trabajadores de sexo masculino de la misma edad disfrutan de dicho derecho, ya que durante ese espacio de tiempo pueden optar por la fórmula de la prejubilación en lugar de continuar ejerciendo una actividad laboral a tiempo completo. Ello se debe al hecho de que, según la demandante, la mayor parte de las mujeres adquieren el derecho a la jubilación ya a los 60 años, mientras que los hombres lo adquieren por regla general a los 65 años.

20. Mostrando cierta comprensión hacia las alegaciones de la demandante y tras precisar que los trabajadores afectados por el límite previsto en el artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo son, a igualdad de edad, casi exclusivamente de sexo femenino, el Juez que conoció del recurso planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Infringe los artículos 2, apartado 1, 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, una disposición de un convenio colectivo aplicable a la función pública que permite a los trabajadores de ambos sexos acogerse al trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, cuando dicha disposición sólo admite el trabajo a tiempo parcial por razón de la edad hasta la fecha en que el trabajador puede invocar por primera vez sus derechos a una pensión de jubilación completa abonada por el régimen legal del seguro de pensiones y cuando, paralelamente, la categoría de personas que pueden obtener una pensión completa desde los 60 años está constituida casi exclusivamente por mujeres, mientras que la categoría de personas que no pueden obtener una pensión de jubilación completa hasta los 65 años está constituida casi exclusivamente por hombres?

10 — Véase el artículo 2, apartado 2, del convenio colectivo.

2) En el supuesto de que determinadas disposiciones legales o de convenios colectivos sean contrarias a las Directivas 76/207/CEE y 79/7/CEE, ¿están facultados los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar dichas disposiciones en favor de la categoría perjudicada, sin tener en cuenta las restricciones contrarias al Derecho comunitario, hasta que las partes sociales o el legislador adopten una normativa no discriminatoria?»

III. Análisis jurídico

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

1. Alegaciones de las partes

21. La Sra. Kutz-Bauer y la Comisión sostienen, en primer lugar, que los hechos de que se trata están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 y, en particular, según la Comisión, del artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva, en la medida en que el régimen de prejubilación afecta a las condiciones de trabajo, que son precisamente el objeto de la citada disposición. [11] Dicho esto, ambas consideran que, a la luz de esa disposición, la normativa alemana de que se trata, incluido por tanto el convenio colectivo, debe considerarse discriminatoria, ya que diferencia la concesión de la prejubilación en función de la edad de jubilación, que sin embargo es diferente dependiendo del sexo del trabajador. En particular, según la Comisión se trata de una discriminación «indirecta» en perjuicio de las trabajadoras, es decir, de una discriminación que «a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres». [12] Como tal, recuérdese que, salvo que no se reúnan los requisitos para las excepciones autorizadas por la propia Directiva (artículo 2, apartados 2 a 4), [13] la discriminación podría estar justificada por razones objetivas y ajenas a una discriminación basada en el sexo. [14]

22. En cambio, la Sra. Kutz-Bauer es de la opinión de que estamos en presencia de una discriminación directa, aunque sea encubierta o disimulada. En efecto, a su juicio, si bien es cierto que el convenio colectivo contiene una normativa neutra, no lo es menos que se remite a disposiciones que establecen una clara distinción por lo que respecta a la edad de jubilación en función del sexo del trabajador. Por este motivo, no

11 — Véase la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723).

12 — Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann (C-322/98, Rec p. I-7505), apartado 23.

13 — Cuya aplicabilidad excluye la Comisión, por lo demás, en el presente caso.

14 — En este sentido, véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185), apartado 32; de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartado 34, con otras referencias, y Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 25; de 6 de abril de 2000, Jørgensen (C-226/98, Rec. p. I-2447), apartado 41, con otras referencias, y Kachelmann, citada en la nota 12 *supra*, apartado 23. Obsérvese que el mismo principio se aplica a los supuestos de discriminación indirecta a los que se opone el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, que se corresponde con el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (véanse, por ejemplo, las sentencias de 11 de junio de 1987, Teuling, 30/85, Rec. p. 2497, apartado 13; de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink, 102/88, Rec. p. 4311, apartado 17; de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica, C-229/89, Rec. p. I-2205, apartados 19 y 26; de 24 de febrero de 1994, Roks y otros, C-343/92, Rec. p. I-571, apartado 33, y de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, C-444/93, Rec. p. I-4741, apartado 24).

es necesario llevar a cabo una comparación de tipo estadístico entre distintas categorías de trabajadores para comprobar el carácter discriminatorio de las disposiciones de que se trata. También por este motivo, según la demandante en el procedimiento principal, la discriminación tampoco puede justificarse por el hecho de que, por un lado, la diferencia entre los límites de la edad de jubilación favorezca a los trabajadores de sexo femenino y, por otro, dicha diferencia sea lícita en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7, que autoriza a los Estados miembros a mantener distintos límites de edad para la adquisición del derecho a la pensión de vejez y de jubilación. Por lo que respecta, por otro lado, a las eventuales justificaciones de carácter objetivo, al tratarse de una discriminación directa carecen aquí de toda pertinencia. En cualquier caso, la Sra. Kutz-Bauer excluye que haya razones objetivas y no relacionadas con el sexo que puedan justificar la discriminación de que se trata. En particular, esto se aplica al argumento relativo a la citada diferencia de trato entre trabajadores de uno y otro sexo por lo que respecta a la edad de jubilación, ya que dicha diferencia está relacionada precisamente con el sexo. Por último, la demandante objeta que la discriminación de que se trata fue establecida mediante el convenio colectivo de 1995; por consiguiente, es posterior al artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7, es decir, a la disposición que mantuvo la facultad de los Estados miembros de fijar un límite diferente para la edad de jubilación.

23. Vuelvo ahora sobre las observaciones de la Comisión para señalar que las que he resumido antes son las tesis que formuló en la fase escrita del procedimiento. Como he dicho, en esa fase la Comisión partió de la base de que el régimen de prejubilación se refiere a las condiciones de trabajo de los trabajadores que han alcanzado una determinada edad y, por consiguiente, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Por otra parte, a su juicio dicho régimen no podía considerarse como una «prestación» de seguridad social atribuible al régimen de seguro de vejez, por lo que debía excluirse que concurrieran en el presente caso los requisitos para la aplicación de la Directiva 79/7, cuyo ámbito de aplicación se limita precisamente al campo de la seguridad social.

24. Sin embargo, en la vista celebrada ante este Tribunal de Justicia, y a la luz de las ulteriores explicaciones proporcionadas en la misma por el Gobierno alemán, la Comisión modificó su postura al respecto en el sentido de considerar que, pese a no estar comprendida dentro del régimen de seguro de vejez, la prejubilación puede estar sujeta de todas formas a las disposiciones de la Directiva 79/7 y ser calificada, en particular, como «otras prestaciones» a efectos del artículo 7, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, por tratarse de una prestación de seguridad social vinculada al riesgo de desempleo [véase el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7]. En consecuencia, también la excepción prevista en el propio artículo 7, apartado 1, letra a), podría, en principio, invocarse en el presente caso.

25. No obstante, la Comisión concretamente llegó también a este respecto a una conclusión negativa, pues consideró que, en el presente caso, no se reúnen los requisitos, enunciados por el Tribunal de Justicia en la

sentencia Thomas y otros,[15] para la aplicación de la excepción de que se trata. Recuérdese que, en aquella sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que «las discriminaciones previstas en regímenes de prestaciones distintos de los regímenes de pensiones de vejez y jubilación sólo pueden estar justificadas, por ser consecuencia de la fijación de una edad de jubilación diferente según el sexo, si tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones» (apartado 12). Ahora bien, según la Comisión, la concesión del régimen de prejubilación a las trabajadoras que han cumplido los 60 años de edad no tiene repercusiones significativas para el equilibrio financiero del régimen de pensiones, pero tampoco las tiene para la coherencia del sistema de seguridad social alemán, ya que no existe un vínculo necesario e indisociable entre los diferentes límites de edad de jubilación autorizados por el artículo 7, apartado 1, letra a), que favorecen a las mujeres, y el régimen de prejubilación, que no las favorece. En efecto, es cierto que admitir a dicho régimen a una trabajadora de la edad de la Sra. Kutz-Bauer podría afectar negativamente a la eficacia del sistema, en la medida en que, aunque fuera parcialmente, se mantendría en todo caso ocupado un puesto de trabajo que podría destinarse, en cambio, a un desempleado, pero permanece el hecho, confirmado precisamente en la vista tanto por la demandada en el procedimiento principal como por el Gobierno alemán, de que, en la República Federal de Alemania, las trabajadoras que han adquirido el derecho a la jubilación al cumplir los 60 años de edad tienen la posibilidad, en lugar de jubilarse, de continuar trabajando a jornada completa o a tiempo parcial (si bien, en este último caso, con una remuneración que no incluye un incentivo financiado mediante fondos públicos). Por tanto, no se entiende de qué modo el hecho de admitir a dichos trabajadores al régimen de la prejubilación puede perjudicar gravemente al objetivo de la reducción del desempleo.

26. En definitiva, pues, tanto la Sra. Kutz-Bauer como la Comisión consideran que debe responderse de manera afirmativa a la primera cuestión.

27. La Freie und Hansestadt Hamburg, parte demandada en el procedimiento principal, afirma, en cambio, que, en el presente caso, no existe ninguna discriminación de las mujeres, ni directa ni indirecta, ya que, por un lado, no es cierto que los trabajadores de ambos sexos sean tratados de modo diferente y, por otro, tampoco es cierto que el vínculo entre la extinción del régimen de prejubilación y las disposiciones relativas a la adquisición del derecho a la jubilación perjudique a las trabajadoras, ya que dichas disposiciones, al permitir a las mujeres obtener la jubilación ya a los 60 años, pretenden favorecer su situación en el marco de un régimen normativo destinado precisamente a la protección de las mujeres.

28. En particular, la demandada en el procedimiento principal subraya, en relación con el primer aspecto, que la resolución de remisión no contiene ningún elemento ni dato estadístico que demuestre que los trabajadores afectados por el límite establecido en el artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo sean fundamentalmente los trabajadores de sexo femenino. Por otro lado, prosigue la

15 — Sentencia de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros (C-328/91, Rec. p. I-1247); en el mismo sentido, véase la sentencia de 23 de mayo de 2000, Hepple y otros (C-196/98, Rec. p. I-3701).

demandada, el Juez *a quo* llevó a cabo una comparación entre la situación de los trabajadores de ambos sexos teniendo en cuenta exclusivamente la edad como requisito para la adquisición del derecho a la jubilación, mientras que el Sozialgesetzbuch supedita el nacimiento del derecho a la jubilación de las trabajadoras ya a la edad de 60 años también a otros factores, como por ejemplo el haber cubierto un período mínimo de cotización. Por otro lado, la resolución de remisión parte de la premisa de que las personas afectadas por dicho límite del convenio colectivo son casi exclusivamente mujeres, sin tener en cuenta, por tanto, ni a todos aquellos trabajadores que se jubilan (anticipadamente) a edades diferentes como consecuencia de una grave invalidez o de una incapacidad profesional, ni a los trabajadores de sexo masculino que adquieren el derecho a la jubilación antes de cumplir los 65 años de edad en virtud de disposiciones aplicables a los trabajadores de ambos sexos. [16] En conclusión, según la demandada, es inexacta la afirmación contenida en la resolución de remisión según la cual los trabajadores que adquieren el derecho a la jubilación a los 60 años son casi exclusivamente de sexo femenino, mientras que aquellos que lo adquieren a los 65 años son casi exclusivamente de sexo masculino. [17]

29. Por lo que respecta, por otro lado, al trato más favorable dispensado en conjunto a las mujeres, según la demandada se ve confirmado también a nivel normativo por el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 (véase el punto 3 *supra*), y se explica a causa de la doble ocupación de las mujeres, como trabajadoras y como amas de casa, que produce en ellas un desgaste más rápido de sus fuerzas y, por tanto, una incapacidad profesional anticipada.

30. De todos modos, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia llegue a la conclusión de que en el presente caso existe una discriminación, la demandada en el procedimiento principal recuerda que, según la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los Estados miembros determinar si debe perseguirse una finalidad de política social como la lucha contra el desempleo y cómo hacerlo; así, según el Tribunal de Justicia, precisamente por el hecho de que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación en la definición de su política social la Directiva 79/7 no se opone a normativas nacionales que, aunque sean indirectamente discriminatorias, están destinadas a alcanzar los objetivos de dicha política y son necesarias para ello. [18]

31. En conclusión, la Freie und Hansestadt Hamburg propone que se responda negativamente a la primera cuestión prejudicial,

16 — Véanse los artículos 36 a 38 del SGB VI y el punto 12 *supra*.

17 — Siempre con objeto de demostrar que en el presente caso no existe una discriminación, la demandada subraya que, si se excluye la especial situación existente en el Land de Hamburgo, y se considera en cambio Alemania en su conjunto, el número de mujeres que no pueden disfrutar de la prejubilación al cumplir los 60 años es mucho más reducido. En efecto, en la gran mayoría de los casos las trabajadoras sí adquieren el derecho a la jubilación al cumplir los 60 años, pero se trata de una pensión reducida. En virtud de la declaración interpretativa del artículo 9 del convenio colectivo, las trabajadoras conservan, en esa situación, el derecho a la prejubilación. La única excepción a dicha norma es el Land de Hamburgo, en virtud del régimen más favorable reconocido a las mujeres por la Hamburgisches Ruhegeldgesetz (Ley sobre las pensiones de jubilación de Hamburgo). No obstante, como queda dicho, se trata de una peculiaridad que no puede generalizarse a nivel nacional.

18 — Véanse las sentencias Roks, antes citada, y de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, Rec. p. I-4625).

en la medida en que la normativa alemana está justificada a la luz de la excepción establecida en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, además de por los fines perseguidos por el propio régimen de prejubilación.

32. Por último, por lo que respecta a las alegaciones del Gobierno alemán, recuérdese, en primer lugar que, a su entender, en el presente caso únicamente es aplicable la Directiva 79/7, a la luz de la finalidad del régimen de prejubilación y del modo en que está organizado. Dicho esto, el referido Gobierno reconoce que el problema debatido tiene su origen en los diferentes límites establecidos para la edad de jubilación, pero recuerda que tales límites, según ha confirmado el Tribunal de Justicia,[19] son legítimos en virtud del artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7. Y no sólo eso, sino que la mayoría de las mujeres se muestra favorable a dicha diferencia; por lo demás, si en el caso de la Sra. Kutz-Bauer dicha diferencia da lugar a una desventaja, ello se debe a que la interesada pretende no acogerse a la misma para poder beneficiarse del régimen de prejubilación. En el marco de una ponderación de los diversos intereses contrapuestos, debe prevalecer en todo caso la confianza legítima de la mayoría de las trabajadoras, que espera poder jubilarse antes que los hombres.

19 — Véase la sentencia de 7 de julio de 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Rec. p. I-4297). Por otro lado, el Gobierno demandado precisa que, para resolver el problema de las diferencias en la edad de jubilación, el legislador nacional ha decidido ahora que la diferencia entre hombres y mujeres se reduzca progresivamente hasta llegar a una misma edad de jubilación para todos los trabajadores, estableciendo simultáneamente un régimen transitorio que concilie el objetivo último de la igualdad de trato con la confianza legítima de la mayoría de las trabajadoras afectadas, con base en el cual las mujeres nacidas con anterioridad a 1941 adquieren el derecho a la jubilación ya al cumplir los 60 años de edad.

33. En cualquier caso, en un intento de justificar la discriminación que ahora se discute, el Gobierno alemán se detiene sobre todo en los objetivos del régimen de prejubilación ya descritos, subrayando, en particular, el de la lucha contra el desempleo. En efecto, para contribuir a dicho objetivo parece perfectamente lógico que la financiación pública de una parte de la retribución del trabajador prejubilado se interrumpa cuando el trabajador adquiere el derecho a la jubilación, ya que no se puede incentivar que se mantenga activo, con recursos destinados a la lucha contra el desempleo, un trabajador que ya ha adquirido dicho derecho y que, a pesar de ello, continúa ocupando un empleo que de lo contrario estaría disponible para un desempleado. En cambio, con el actual sistema se asegura, prosigue el Gobierno alemán, la coherencia del régimen de protección contra el desempleo del que forma parte la prejubilación (y el correspondiente apoyo financiero) con el régimen de pensiones de vejez, que fija la edad para la adquisición del derecho a la jubilación. En efecto, al excluir que los trabajadores que ya tienen derecho a una pensión de vejez completa puedan beneficiarse de las ayudas abonadas por el Bundesanstalt se evita la superposición entre los diversos regímenes de seguridad social que integran una misma política social.

34. Por lo demás, en opinión de la República Federal de Alemania todo ello es plenamente conforme con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia sobre el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7 en la sentencia Thomas y otros, antes citada, en particular cuando se precisa que las discriminaciones de que se trata sólo pueden estar justificadas, por ser consecuencia de la fijación de una edad de jubilación diferente según el sexo, «si tales

discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones». [20] Ahora bien, el Gobierno alemán recuerda que también en la sentencia Graham y otros, [21] habiendo de pronunciarse sobre la superposición entre los derechos de pensión y otras prestaciones públicas, el Tribunal de Justicia declaró que «en el caso de que, con arreglo a la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7, un Estado miembro haya fijado la edad de jubilación de las mujeres en 60 años y la de los hombres en 65 años, dicha disposición le autoriza también, por un lado, a prever que el porcentaje de la pensión de invalidez de que disfrutan las personas que se encuentren en situación de incapacidad laboral antes de llegar a la edad de jubilación se limite al porcentaje real de la pensión de jubilación a partir de la edad de 60 años para las mujeres y a partir de la edad de 65 años para los hombres y, por otro lado, a reservar la concesión de un subsidio de invalidez que se paga además de la pensión de invalidez, a las personas que tengan menos de 55 años de edad en el caso de las mujeres y menos de 60 años en el caso de los hombres en el momento en que sobrevenga la incapacidad laboral» (apartado 21).

35. Aun reconociendo, por tanto, la existencia de una diferencia de trato, el Gobierno alemán concluye que dicha diferencia está plenamente justificada a la luz de las consideraciones de carácter general antes expuestas, que afectan al sistema alemán de seguridad social en su conjunto.

2. Apreciación

36. Mediante la primera cuestión prejudicial, el Juez remitente pregunta, fundamentalmente, si resulta contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en la Directiva 76/207, un convenio colectivo que excluye del régimen de prejubilación establecido en el ordenamiento jurídico alemán a los trabajadores que hayan adquirido el derecho a la jubilación, habida cuenta de que las personas que adquieren dicho derecho ya a la edad de 60 años son casi exclusivamente mujeres, mientras que las personas que únicamente pueden jubilarse a los 65 años son casi exclusivamente hombres.

37. Como ya he dicho, más incluso que sobre el fondo de la cuestión, las partes debatieron ampliamente sobre si, en el presente caso, resulta pertinente la Directiva 76/207, relativa al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo, o si debe aplicarse más bien la Directiva 79/7, relativa a la seguridad social. No obstante, debo decir que, a pesar de las alegaciones formuladas a este respecto tanto en la fase escrita del procedimiento como en la vista, no me parece que los términos de la cuestión hayan quedado plenamente acla-

20 — Véase el punto 25 *supra*. Pero el Gobierno alemán recuerda asimismo las sentencias de 19 de octubre de 1995, Richardson (C-137/94, Rec. p. I-3407), apartados 18 y 19, y de 30 de enero de 1997, Balestra (C-139/95, Rec. p. I-549), apartados 33 y 35.

21 — Sentencia de 11 de agosto de 1995 (C-92/84, Rec. p. I-2521).

rados, bien debido a que el ya de por sí complejo marco jurídico alemán fue descrito sobre todo verbalmente y, por tanto, de forma forzosamente sumaria, bien debido a que, como ya señalé en su momento, el régimen de prejubilación de que se trata presenta unas características verdaderamente peculiares.

38. Dicho esto, debo reconocer que, antes de las aclaraciones sobre el régimen de prejubilación efectuadas en la vista por el Gobierno alemán, también a mí me parecían más convincentes las alegaciones formuladas por la Comisión en sus observaciones escritas a las que me he remitido antes (véase el punto 21 *supra*), favorables a incluir los hechos examinados dentro del concepto de condiciones de trabajo del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207. Sin embargo, las precisiones efectuadas en la vista por el Gobierno alemán, especialmente por lo que respecta a los objetivos del régimen de prejubilación de que se trata y a la intervención financiera del Bundesanstalt, me llevan a considerar, al igual que sucedió con la propia Comisión, que el régimen de prejubilación es una prestación a caballo entre los regímenes de vejez y de desempleo, según se haga hincapié en una u otra de las finalidades de la prejubilación, y que, por consiguiente, tanto en uno como en otro caso dicho régimen debe incluirse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 [véase el artículo 3, apartado 1, letra a)], a la que se refiere asimismo el Juez remitente y que es objeto expresamente de la segunda cuestión prejudicial. En consecuencia, también yo considero que las cuestiones que se nos han planteado deben ser examinadas desde el punto de vista de la prohibición de discriminación del artículo 4, apartado 1, de esta última Directiva (disposición por lo demás equivalente al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207), el cual, no se olvide, refiere dicha prohibición, en particular, al «ámbito de aplicación de los regímenes [de seguridad social] y las condiciones de acceso a los mismos».

39. Como ya he recordado en varias ocasiones, la cuestión decisiva en el presente procedimiento tiene su origen precisamente en el hecho de que el artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo vincula de manera expresa, de conformidad con lo dispuesto en la ATG, el límite a partir del cual ya no es posible mantener o establecer la relación laboral en régimen de prejubilación con el momento en el que el trabajador adquiere el derecho a la jubilación. El Juez remitente y la Sra. Kutz-Bauer, pero en última instancia también la Comisión, partiendo de la premisa de que quienes adquieren el derecho de pensión a la edad de 60 años son sobre todo las mujeres, mientras que los hombres lo adquieren por regla general a los 65 años, deducen de ello que la remisión a la edad de jubilación que se hace en el convenio colectivo es discriminatoria, en la medida en que, en el caso de los trabajadores con edades comprendidas entre los 60 y los 65 años, penaliza casi exclusivamente a las mujeres. En cambio, por otra parte dicha discriminación es cuestionada con base en la observación de que, como se ha visto (véase el punto 12 *supra*), el SGB VI fija el momento de la adquisición del derecho a la

jubilación a edades diferentes en función de diversos parámetros, entre los cuales se encuentra el sexo, si bien no es el único.

40. La Freie und Hansestadt Hamburg añade, por otro lado, que en la resolución de remisión no hay ninguna indicación de datos estadísticos o de otros elementos de hecho que puedan sustentar la afirmación del Arbeitsgericht Hamburg según la cual los trabajadores que al cumplir los 60 años de edad no son admitidos al régimen de prejubilación en virtud del artículo 9, apartado 2, letra a), del convenio colectivo son sobre todo de sexo femenino. Sobre este particular, me limito a observar, por lo demás, que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, no corresponde al Tribunal de Justicia, sino al Juez remitente, apreciar, con base en los elementos de hecho de que dispone, si la citada disposición del convenio colectivo afecta o no a un porcentaje de mujeres considerablemente superior que de hombres. [22] Por otra parte, lo que interesa en el presente procedimiento es si la remisión que se hace en el convenio colectivo a la edad de jubilación para determinar el momento a partir del cual ya no es posible disfrutar del régimen de que se trata tiene o no repercusiones diferentes dependiendo del sexo del trabajador, independientemente del número (mucho) mayor o (mucho) menor de personas de una u otra categoría afectadas por semejante normativa.

41. En cualquier caso, al margen de este último aspecto debo señalar que no se da una verdadera discrepancia entre las partes sobre la existencia de una diferencia de trato de los trabajadores en función del sexo. La discrepancia versa más bien sobre otros aspectos de la cuestión, que paso a examinar a continuación.

42. En primer lugar, las partes debatieron, como se ha visto, sobre si la discriminación de que se trata debe calificarse de directa o de indirecta. Sin embargo, a mí me parece evidente que estamos en presencia de una discriminación indirecta, ya que —como observó la Comisión—, si bien es cierto que, al fijar los límites dentro de los cuales es posible celebrar los contratos de prejubilación, el convenio colectivo se remite de manera expresa a las diferentes edades establecidas por el SGB VI para la adquisición del derecho a la jubilación, dicho convenio colectivo no establece directamente distinciones en función del sexo. Añado que esta solución me parece acorde asimismo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha calificado recientemente de indirecta un supuesto de discriminación en el que, si bien la diferencia de trato no se basaba directamente en el sexo de los trabajadores, la distinción se establecía, sin embargo, con base en criterios que, a su vez, estaban estrecha y directamente vinculados a dicho factor. [23]

22 — En este sentido, véase la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), precisamente en relación con el problema de la determinación de la existencia o no de una discriminación indirecta por razón del sexo; véanse también la sentencia Jorgensen, antes citada, apartados 33 a 35.

23 — Me refiero, en particular, a la reciente sentencia Schnorbus, en la que el Tribunal de Justicia estimó que una normativa nacional que supeditaba a la realización del servicio militar o civil (que en aquel caso únicamente estaban obligados a prestar los hombres) el acceso prioritario a las prácticas preparatorias para el ejercicio de las profesiones jurídicas constituye una discriminación indirecta (sentencia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus, C-79/99, Rec. p. I-10997, apartado 32).

43. Así pues, dado que en el presente caso existe una discriminación indirecta basada en el sexo y, por tanto, contraria en principio a la prohibición establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, procede comprobar ahora si dicha discriminación puede estar justificada con base en las razones invocadas por algunas de las partes que intervinieron en el presente procedimiento.

44. A este respecto, recuérdese, en primer lugar, que durante el procedimiento se invocaron las excepciones establecidas en el artículo 2, apartados 2 a 4, de la Directiva 76/207, considerada aplicable, como se ha visto, por algunas de las partes. Ahora bien, mientras que tanto la Sra. Kutz-Bauer como la Comisión, pese a recordarlas, excluyen, aunque por razones diferentes, la pertinencia de las excepciones del artículo 2, apartados 2 a 4, la Freie und Hansestadt Hamburg, en cambio, parece considerar aplicable en el presente caso la excepción establecida en el apartado 3 de dicho artículo. Y ello con base en la observación según la cual la diferencia en el límite de la edad de jubilación obedece a las exigencias de protección de la mujer a que se refiere dicha disposición.

45. Pues bien, teniendo en cuenta que considero aplicable a los presente hechos la Directiva 79/7 y no la Directiva 76/207, podría abstenerme de examinar la aplicabilidad de dichas excepciones. Con todo, me propongo examinarlas, tanto para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi apreciación como por el hecho de que la excepción a que me he referido en último lugar presenta afinidades evidentes con la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7.

46. Ahora bien, me parece evidente que las excepciones a que se refiere el artículo 2, apartados 2 y 4, de la Directiva 76/207 no tienen ninguna relación con el caso que nos ocupa: la primera porque se refiere a las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante; y la segunda porque se refiere a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero tampoco guarda ninguna relación, en mi opinión, la excepción del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 (y, por ende, la excepción similar establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha precisado que dicha excepción no está relacionada, como pretende la Freie und Hansestadt Hamburg, con razones de carácter social vinculadas a la condición de la mujer, obligada a menudo a ejercer la doble actividad de trabajadora y ama de casa, sino que tiene únicamente por objeto, en cambio, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, así como de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo. [24]

24 — Entre otras muchas, véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartados 25 y 26; de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315), apartado 13; de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), apartado 13; de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 25, y de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros (C-66/96, Rec. p. I-7327), apartado 54.

47. Pasando ahora a las excepciones establecidas en la Directiva 79/7, debe recordarse que la atención de todas las partes que han intervenido en el presente procedimiento se centró lógicamente en el artículo 7, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, que, como se ha visto, establece una excepción al principio de igualdad de trato por lo que respecta a «la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones».

48. A este respecto, considero que debe refutarse, en primer lugar, la afirmación de la Sra. Kutz-Bauer según la cual la citada excepción no es aplicable en el presente caso, ya que el convenio colectivo no fue celebrado hasta 1995 y, por consiguiente, es posterior a la normativa que, basándose precisamente en dicha excepción, diferencia en función del sexo la edad para obtener una pensión de vejez. En efecto, si se considera que la prejubilación constituye una prestación social incluida dentro de alguno de los regímenes de seguridad social enumerados en el artículo 3 de la Directiva 79/7, es el propio artículo 7, apartado 1, letra a), el que dispone que la reserva relativa a la fijación de límites de edad diferentes para la jubilación también puede aplicarse, en principio, a las consecuencias que se deriven de ellas para otras prestaciones. Por otro lado, el hecho de que el convenio colectivo se celebrara con posterioridad a las disposiciones que fijan dichos límites y, en particular, después de la entrada en vigor de la Directiva, no tiene en sí mismo ninguna pertinencia. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «el mantenimiento [...] de un requisito de edad de jubilación diferente según el sexo puede exigir *la adopción ulterior, una vez expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva,* de medidas que son indisociables de tal régimen excepcional, así como la modificación de dichas medidas», [25] aun cuando las mismas no estén comprendidas dentro del régimen de seguro de vejez. [26] «En efecto —explicó el Tribunal de Justicia—, prohibir a un Estado miembro, que ha establecido un requisito de edad de jubilación diferente para hombres y mujeres, la adopción o modificación, con posterioridad a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno, de medidas vinculadas a dicha diferencia de edad supondría privar a la excepción prevista en el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva, de su efecto útil.» [27]

49. Así pues, teniendo en cuenta que la prejubilación, además de estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, puede constituir, en principio, «otra prestación» a efectos del artículo 7, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, veamos si el régimen de que se trata puede efectivamente estar justificado con base en dicha disposición. Para ello, debo recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «en el caso de que, con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva [79/7], un Estado miembro tenga establecida una edad de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres a efectos de la

25 — Sentencia Hepple y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 23 (el subrayado es mío); en el mismo sentido, véase la sentencia de 23 de mayo de 2000, Buchner y otros (C-104/98, Rec. p. I-3625), apartado 23.

26 — Sentencia Hepple y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 20.

27 — Sentencia Hepple y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 24.

concesión de pensiones de vejez y jubilación, el ámbito de la excepción permitida, definido por la expresión "consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones", que figura en el artículo 7, apartado 1, letra a), se limita a las discriminaciones existentes en otros regímenes de prestaciones que estén necesaria y objetivamente vinculadas a esta diferencia de edad». [28] En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia precisó asimismo que este último requisito puede cumplirse cuando «tales discriminaciones [sean] objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones». [29]

50. Lo cierto es que ninguna de las partes que han intervenido en el presente procedimiento sostuvo que el régimen de prejubilación de que se trata pueda justificarse en razón de la primera finalidad señalada por el Tribunal de Justicia, es decir, para evitar que se rompa el equilibrio financiero del sistema de seguridad social alemán. En cambio, la Freie und Hansestadt Hamburg y el Gobierno alemán invocaron, como ya he referido con detalle antes, la otra finalidad, insistiendo en el hecho de que dicho régimen tiene por objeto precisamente garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen contra el riesgo de desempleo. En particular, invocando los objetivos del sistema de que se trata y la intervención pública para la financiación de parte de la retribución de los trabajadores admitidos a dicho régimen, sostuvieron que excluir de la prejubilación a las trabajadoras de más de 60 años que ya hayan adquirido el derecho a la jubilación es objetivamente necesario para evitar poner en peligro el régimen de seguro de desempleo, que asimismo es uno de los regímenes objeto de la Directiva 79/7 [véase el artículo 3, apartado 1, letra a)], y cuestionar la coherencia entre dicho régimen y el régimen de pensiones.

51. Por su parte, la Comisión cuestiona, sin embargo, que exista tal relación entre los dos regímenes en cuestión. En particular, como ya he señalado, en la vista observó que, en el estado actual del ordenamiento jurídico alemán, las trabajadoras que alcancen los 60 años de edad, es decir, la edad de jubilación, [30] pueden optar, en todo caso, en lugar de la jubilación, por continuar trabajando a jornada completa o a tiempo parcial (si bien, en este último caso, con una retribución normalmente vinculada a la jornada laboral). Ahora bien, si ello es así no veo de qué modo el hecho de permitir a dichas trabajadoras trabajar después de los 60 años de edad *incluso* acogiéndose al régimen de prejubilación podría cuestionar la coherencia entre los dos regímenes de que se trata y perjudicar, en particular, a la lucha contra el desempleo, habida cuenta de que, de todos modos, aun cuando no se aplique el régimen de prejubilación, las trabajadoras

28 — Sentencia Hepple y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 25, con otras referencias.

29 — Sentencia Hepple y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 26, con otras referencias, entre las que se encuentra la sentencia Thomas y otros, citada en varias ocasiones.

30 — Naturalmente, en el caso de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 del SGB VI.

pueden continuar trabajando y, por consiguiente, ocupando el puesto de trabajo.

52. No obstante, debo decir que las cosas no son tan sencillas. En efecto, en primer lugar no creo que se puedan poner en el mismo plano situaciones en realidad muy diferentes: por un lado, una actividad laboral a jornada completa o a tiempo parcial, por así decir de tipo ordinario, y, por otro, el régimen de prejubilación, que se caracteriza, como se ha visto, por presentar unas particularidades significativas y sustanciales, al menos por lo que respecta a los objetivos que persigue, a su funcionamiento y a su financiación. Baste pensar únicamente que, en los dos supuestos a que acabo de referirme, no son iguales ni la retribución (que es más elevada en el caso del régimen de prejubilación) ni las cargas para el Bundesanstalt (que debe abonar íntegramente al empresario la mayor retribución). En consecuencia, permitir que una trabajadora que haya adquirido el derecho a la jubilación ya a la edad de 60 años opte por el régimen de prejubilación significaría incentivarla a continuar ejerciendo su actividad laboral debido a las condiciones más favorables que ofrece dicho régimen. De este modo, tal como subrayaron la demandada y el Gobierno alemán, por un lado el régimen de seguridad social soportaría cargas adicionales, detrayendo recursos de sus demás finalidades, y por otro se mantendría ocupado un puesto de trabajo que el régimen de que se trata pretende destinar, en cambio, a un trabajador en busca de empleo. Con ello, se obtendría un resultado opuesto al perseguido por el legislador alemán, cuya intención, precisamente desde el punto de vista de la lucha contra el desempleo, era anticipar al máximo la jubilación de los trabajadores que todavía no han adquirido dicho derecho.

53. Así pues, precisamente esta última observación nos da, a mi entender, la clave de lectura de la cuestión que estamos examinando, planteándola en sus correctos términos, que habían quedado un tanto oscurecidos en parte por cierta confusión del debate y en parte por la propia complejidad objetiva de la normativa alemana pertinente, que precisamente por este motivo me propuse en su momento describir de manera detallada. En efecto, procede subrayar que, si bien en el debate se hizo hincapié únicamente en la edad de los trabajadores y en las consiguientes diferenciaciones entre hombres y mujeres derivadas de la diferencia en el requisito de la edad de jubilación, el régimen de prejubilación está vinculado, en realidad, con el momento en que los trabajadores adquieren el derecho a la jubilación y, por consiguiente, está organizado y concebido de un modo bastante articulado en relación con la multiplicidad de supuestos que la legislación alemana permite contemplar a este respecto (véase el punto 12 *supra).* Tales supuestos, ciertamente, pueden referirse a los diferentes requisitos de edad de jubilación establecidos para los hombres y para las mujeres, pero se refieren también a otros aspectos, como son, respectivamente, y para ambos sexos, la situación sicofísica del trabajador (invalidez grave e incapacidad profesional), el tipo de trabajo (el caso de los mineros), la antigüedad mínima como asegurado, el pago de cotizaciones obligatorias durante un determinado número de años y la condición de desempleado.

54. Todo esto demuestra que la lógica del régimen de que se trata, tal como subrayó asimismo la Freie und Hansestadt Hamburg, es plenamente funcional para la consecución de la legítima finalidad de política social que dicho régimen persigue, consistente en anticipar en la medida de lo posible la jubilación de los trabajadores que todavía no han adquirido dicho derecho, con el fin de permitir el acceso de desempleados a los puestos de trabajo así liberados. Desde esta lógica, el punto de referencia no puede ser otro que el momento en el que el interesado adquiere el derecho a la jubilación, con todas las consecuencias que ello comporta, también en términos de posibles discriminaciones ulteriores de una opción como ésa: discriminaciones por razón del sexo pero, como se ha visto, también por razón de otras situaciones a las que acabo de referirme. Ahora bien, así las cosas, tales discriminaciones no pueden tildarse de arbitrarias, sino que, por el contrario, deben considerarse, habida cuenta de lo que se ha dicho anteriormente y de conformidad con la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia Hepple y otros «objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones».

55. En consecuencia, considero que puedo concluir en el sentido de que una discriminación como la que es objeto del procedimiento principal está objetiva y necesariamente vinculada a la diferencia en la edad de jubilación fijada para los hombres y para las mujeres, y puede por tanto estar justificada en virtud de la excepción del artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7, así como, más en general, por la finalidad del régimen de prejubilación y por las exigencias objetivas que éste impone.

56. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, no se opone a un convenio colectivo para la función pública que permita a los trabajadores de ambos sexos acogerse a la jubilación a tiempo parcial por razón de la edad sólo hasta el momento en el que se adquiera el derecho a una pensión completa con base en el régimen legal de seguro de vejez, si la categoría de personas que pueden obtener ya una pensión completa a la edad de 60 años está constituida casi exclusivamente por mujeres, mientras que la categoría de personas que únicamente pueden obtener una pensión completa a la edad de 65 años está constituida casi exclusivamente por hombres.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

57. Habida cuenta de las conclusiones a las que he llegado en relación con la primera cuestión, no sería necesario detenerse sobre la segunda, ya que, a pesar de haberla formulado en términos abstractos, está claro que el Juez remitente planteó dicha

cuestión únicamente para el supuesto de que se diera una respuesta afirmativa a la anterior. De todos modos, procederé a su examen para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mis conclusiones sobre la primera cuestión.

58. Recuérdese que, mediante la segunda cuestión prejudicial, el Juez remitente pregunta, fundamentalmente, si los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de dejar sin aplicar disposiciones legales o de convenios colectivos incompatibles, por ser discriminatorias, con las Directivas 76/207 y 79/7, hasta que se hayan adoptado disposiciones que respeten el principio de igualdad de trato.

1. Alegaciones de las partes

59. Partiendo de la base inicial según la cual a los hechos del presente caso se les puede aplicar la Directiva 76/207 (véase el punto 21 *supra),* y sin que en la vista volviera sobre este particular, a pesar de haber centrado toda la atención en la Directiva 79/7, la Comisión sostuvo, en la fase escrita, que la solución a la segunda cuestión debería encontrarse normalmente en las normas nacionales de adaptación del Derecho interno (en particular, en las disposiciones mediante las cuales se dio cumplimiento al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 76/207), mediante las cuales, a lo que se le alcanza a la Comisión, la República Federal de Alemania adaptó el Derecho nacional a las dos Directivas de que se trata. Por otro lado, obsérvese que ni el Juez remitente, ni el Gobierno alemán, ni la Comisión indicaron cuáles son, en su caso, las medidas que la República Federal de Alemania adoptó para adaptar su Derecho interno al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 76/207.

60. Más concretamente, partiendo de la premisa de que la prejubilación está regulada en lo fundamental únicamente por el convenio colectivo,[31] la Comisión precisó que, en el supuesto de que el legislador alemán hubiera optado por la primera de las tres soluciones indicadas en la letra b) de la mencionada disposición, es decir, por la nulidad de pleno Derecho de las disposiciones (a los efectos que aquí interesan) de los convenios colectivos contrarias al principio de igualdad de trato, el problema suscitado mediante la segunda cuestión prejudicial tampoco se plantearía. En cambio, si el legislador nacional hubiera optado por alguna de las otras dos soluciones, es decir, la posibilidad de declarar nulas o de modificar las disposiciones discriminatorias contenidas en dichos convenios colectivos, la plena e inmediata eficacia de la normativa comunitaria pertinente podría verse afectada, debido a las dificultades que el interesado podría encontrar para obtener la declaración de nulidad o la modificación de dichas disposiciones. Ahora bien, en el presente caso dichas dificultades no deberían ser especialmente graves, ya que la Sra. Kutz-Bauer es una funcionaria pública. En efecto, en ese caso el legislador nacional debería, en virtud del principio del efecto

31 — Y esto con base en las indicaciones, un tanto limitadas, contenidas en la resolución de remisión, en la que no se hace ninguna mención de la ATG.

útil de las Directivas, atribuir efecto retroactivo a la declaración de nulidad o a la modificación de las disposiciones discriminatorias, al menos por lo que respecta a los casos en los cuales ya se haya ejercitado una acción judicial. En efecto, según observa la Comisión, cualquier acción para ejercer por vía judicial frente al Estado, en su calidad de empresario, los derechos consagrados en la Directiva 76/207 carecería de eficacia si la declaración de nulidad o la modificación no pudieran producir sus efectos *ex tunc* (véase el artículo 6 de la Directiva 76/207). Además, la Comisión añade que si, por razones prácticas, no fuera posible atribuir efecto retroactivo a la declaración de nulidad o a la modificación de las disposiciones discriminatorias el legislador debería contemplar la posibilidad de una reparación, por ejemplo bajo la forma del cómputo de anualidades de cotizaciones complementarias, de tal modo que en el caso concreto se satisficieran las pretensiones de la interesada.

61. En cambio, según la Comisión, si el legislador alemán no hubiera dado pleno cumplimiento a la Directiva 76/207, las disposiciones nacionales contrarias al principio de igualdad de trato deberían dejarse sin aplicar, conforme a lo establecido en la jurisprudencia Marshall, mediante la cual el Tribunal de Justicia reconoció el efecto directo de la Directiva de que se trata en el caso de que el trabajador haga valer sus derechos frente al Estado en su calidad de empresario. Tampoco reviste ninguna pertinencia el hecho de que las disposiciones discriminatorias fueran adoptadas sólo en parte por el Estado, y en parte también de acuerdo con los sindicatos (el convenio colectivo), ya que a los sindicatos les corresponde la misión de proteger los derechos de los trabajadores. Por tanto, observa la Comisión, si los sindicatos defendieran cláusulas de convenios colectivos contrarias a disposiciones fundamentales del Derecho del trabajo, actuarían de un modo no conforme con su misión.

62. El Gobierno alemán no se pronunció sobre la segunda cuestión prejudicial, mientras que la Freie und Hansestadt Hamburg se limitó a recordar de forma genérica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, por lo que respecta a la cuestión de los convenios colectivos incompatibles con el Derecho comunitario, recordó la sentencia Nimz, [32] en la que el Tribunal de Justicia extendió al caso de autos la aplicación de la jurisprudencia Simmenthal, [33] en virtud de la cual el Juez nacional tiene la obligación, al aplicar las normas de Derecho comunitario, de garantizar su plena eficacia, en caso necesario incluso dejando sin aplicar cualquier disposición contraria de la legislación nacional.

32 — Sentencia de 7 de febrero de 1991 (C-184/89, Rec. p. I-297).

33 — Sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77, Rec. p. 629).

2. Apreciación

63. A los efectos de la respuesta a la cuestión de que se trata, partiré, por las razones que ya he expuesto ampliamente antes, de la hipótesis de que, en el caso de autos, sea aplicable la Directiva 79/7. Dicha Directiva, al igual que la Directiva 76/207, impone a los Estados miembros la obligación de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato [véanse, respectivamente, el artículo 5 y el artículo 5, apartado 2, letra a)], así como de adoptar las medidas necesarias para permitir que cualquier persona que se considere discriminada por razón del sexo pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional (véase, en ambas Directivas, el artículo 6). Dado el objeto de la Directiva 79/7, en ésta no figura, en cambio, una norma equivalente al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207, que extiende dicha obligación también a las disposiciones contenidas en otros actos y, en particular, a los efectos que aquí interesan, en los convenios colectivos. No obstante, me parece que dicha disposición proporciona en todo caso criterios útiles para identificar los instrumentos idóneos para garantizar de manera eficaz el respeto del principio de igualdad de trato también por lo que respecta a la Directiva 79/7.

64. En efecto, como queda señalado, la inexistencia en esta última Directiva de disposiciones análogas al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207 se deriva, a todas luces, del hecho de que, en principio, la Directiva 79/7 se refiere, por su objeto, a los regímenes legales. Ahora bien, cuando, como en el presente caso, el contenido de dichos regímenes aparece definido, integrado o aplicado mediante un convenio colectivo, los motivos que dieron lugar a dicha disposición recuperan toda su utilidad y, por tanto, las soluciones que adopta deben tenerse en cuenta también en el presente caso como posibles instrumentos para asegurar, como pretende precisamente la Directiva 79/7, la plena observancia de los principios consagrados en las Directivas. Por lo demás, el propio Tribunal de Justicia ha precisado, en una jurisprudencia de alcance general, que «el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, lo dispuesto por el Derecho comunitario tiene la obligación de garantizar la eficacia plena de estas medidas, dejando inaplicada en caso de necesidad, en ejercicio de las competencias de decisión que le corresponden, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin que haya que solicitar o esperar la derogación de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» [34] y ello aun «en el caso de que la disposición contraria al Derecho comunitario sea consecuencia de un Convenio Colectivo de trabajo». [35] Y no sólo eso, sino que el Tribunal de Justicia también ha declarado, precisamente en relación con la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, que lo mismo se aplica también a los convenios colectivos, [36] ya que «el hecho de que el Gobierno [del Estado interesado] no participe en la

34 — Sentencia Nimz, citada en la nota 32 *supra*, apartado 19, en la que, como he dicho, se hace referencia a la sentencia Simmenthal.

35 — Sentencia Nimz, citada en la nota 32 *supra*, apartado 20.

36 — Véase la sentencia de 28 de octubre de 1999, Comisión/Grecia (C-187/98, Rec. p. I-7713), apartado 44.

negociación de los Convenios Colectivos no puede eximirlo de la obligación de adoptar las disposiciones *complementarias* necesarias para garantizar el cumplimiento de los imperativos derivados de las normas comunitarias». [37]

65. Aclarado esto, queda por comprobar ahora, en el caso concreto de que se trata, cuáles son los poderes de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales para proteger el principio de igualdad de trato en un caso como éste. Por otro lado, debo recordar una vez más, que, a falta de cualquier indicación sobre las medidas adoptadas por la República Federal de Alemania para adaptar su Derecho interno al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207, procede examinar todas las alternativas posibles a este respecto, teniendo presente que, cualquiera que sea la solución concretamente elegida por el legislador alemán, dicha solución debe garantizar la plena observancia de los principios consagrados por las Directivas.

66. Así pues, suponiendo, en primer lugar, que la elección del legislador alemán se inclinara por soluciones del tipo de las planteadas en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 76/207, en particular en el sentido de contemplar la posibilidad de anular o de modificar las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos, está claro que, como afirma la Comisión, el trabajador interesado no debe sufrir ningún perjuicio como consecuencia del tiempo necesario en ese caso para hacer valer sus derechos ante los tribunales. Esto significa que dicha anulación o dicha modificación deben poder tener efecto retroactivo. Sobre este particular, me parece importante recordar la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Grecia, en el que declaró, precisamente en relación con la Directiva 79/7, que la obligación para los Estados miembros de «garantizar, mediante las apropiadas medidas legales, reglamentarias o administrativas, que todos los trabajadores de la Comunidad puedan beneficiarse *en toda su extensión* de la protección prevista por la Directiva» (apartado 47; el subrayado es mío) comprende la de contemplar la supresión con carácter retroactivo de las discriminaciones por razón del sexo (véase el apartado 48).

67. En cambio, si la República Federal de Alemania no hubiera adaptado correctamente su Derecho interno a las Directivas de que se trata, ello no obstaría para que debiera seguir garantizando la protección de los derechos que éstas confieren. Como

37 — Sentencia Comisión/Grecia, citada *supra*, apartado 50 (el subrayado es mío).

se sabe, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «en todos los casos en que las disposiciones de una directiva se revelen, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, ya sea cuando éste se abstenga de adaptar su Derecho nacional, en el plazo establecido, a la directiva, ya cuando realice una adaptación incorrecta»;[38] y ello porque el Estado «no puede oponer a particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquélla comporta».[39] En el presente caso, recuérdese que, según jurisprudencia reiterada, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 tiene efecto directo, ya que «es suficientemente preciso e incondicional para poder ser invocado por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales para excluir la aplicación de toda disposición nacional que no se ajuste a dicho artículo».[40]

68. Es verdad que la disposición de una Directiva que tenga efecto directo sólo puede ser invocada frente a un Estado miembro,[41] pero, como se sabe, el Tribunal de Justicia también ha afirmado que «cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya *como empresario,* ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario».[42] Ahora bien, puesto que en el presente caso el empresario es la Freie und Hansestadt Hamburg, es decir, una entidad pública territorial y, por ende, en última instancia, el Estado, la Sra. Kutz-Bauer tiene derecho a invocar la prohibición de discriminación contenida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 y obtener de este modo la satisfacción de sus derechos, incluso con carácter retroactivo.[43]

69. En conclusión, considero que debe responderse afirmativamente a la segunda cuestión prejudicial.

38 — Sentencia Marshall, citada en la nota 11 *supra,* apartado 46, con otras referencias.

39 — Sentencia Marshall, citada en la nota 11 *supra,* apartado 47.

40 — Sentencia Balestra, citada en la nota 20 *supra,* apartado 32, con otras referencias; véanse también las sentencias Ruzius-Wilbrink, citada en la nota 14 *supra,* apartado 19, con otras referencias; de 1 de julio de 1993, van Cant (C-154/92, Rec. p. I-3811), apartado 17, con otras referencias, y de 27 de octubre de 1993, Van Gemert-Derks (C-337/91, Rec. p. I-5435), apartados 31 y siguientes, con otras referencias. En el mismo sentido, en relación con el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, véanse, entre otras muchas, las sentencias Marshall, citada en la nota 11 *supra,* apartado 52, y de 12 de julio de 1990, Foster (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 21.

41 — Sentencias Marshall, citada en la nota 11 *supra,* apartado 48, y de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartados 19 a 25.

42 — Sentencia Marshall, citada en la nota 11 *supra,* apartado 49 (el subrayado es mío).

43 — De acuerdo con el criterio que se deriva de la sentencia Comisión/Grecia, citada en la nota 36 *supra,* especialmente el apartado 55.

IV. Conclusión

70. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que declare lo siguiente:

«El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, no se opone a un convenio colectivo para la función pública que permita a los trabajadores de ambos sexos acogerse a la jubilación a tiempo parcial por razón de la edad sólo hasta el momento en el que se adquiera el derecho a una pensión completa con base en el régimen legal de seguro de vejez, si la categoría de personas que pueden obtener ya una pensión completa a la edad de 60 años está constituida casi exclusivamente por mujeres, mientras que la categoría de personas que únicamente pueden obtener una pensión completa a la edad de 65 años está constituida casi exclusivamente por hombres.»

71. Con carácter subsidiario, es decir, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que el régimen de prejubilación establecido en el ordenamiento jurídico alemán que se ha descrito es incompatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en relación con la segunda cuestión prejudicial, propongo al Tribunal de Justicia que declare que:

«En el supuesto de que normativas establecidas por ley o por convenio colectivo sean contrarias a las Directivas 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, y 79/7/CEE, los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para aplicar dichas normativas en favor de la categoría desfavorecida, sin tener en cuenta las restricciones contrarias al Derecho comunitario, hasta que las partes del convenio colectivo y/o el legislador hayan adoptado una normativa no discriminatoria.»