1. No constituye un régimen de seguridad social directamente regulado por la ley y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado, sino que, por el contrario, entra dentro de esta disposición, un régimen de pensiones de empresa que, aún adoptado con arreglo a las disposiciones adoptadas por el legislador, encuentre su fuente en un acuerdo entre el empresario y una instancia representativa de los trabajadores por cuenta ajena, forme parte integrante de los contratos de trabajo y tenga como efecto completar las prestaciones sociales debidas en virtud de la legislación nacional general mediante prestaciones cuya financiación esté únicamente a cargo del empleador.
2. Una empresa que excluya a sus empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa infringe el artículo 119 del Tratado CEE cuando dicha medida afecte a un número muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

   Dichos factores pueden resultar del hecho de que la empresa pretenda emplear el menor número posible de trabajadores a tiempo parcial, cuando se demuestre que este objetivo responde a una exigencia efectiva de la empresa y que los medios elegidos para alcanzarlo son a la vez idóneos y necesarios.
3. El artículo 119 del Tratado no tiene como efecto obligar a un empresario a organizar el régimen de pensiones de empresa constituido por él para sus empleados de tal manera que deba tener en cuenta las especiales dificultades que encuentran los empleados con cargas familiares para cumplir los requisitos que dan derecho a dicha pensión.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 15 de octubre de 1985 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante resolución de 5 de junio de 1984, el Bundesarbeitsgericht ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se infringe el artículo 119 del Tratado por vía de una "discriminación indirecta" cuando una sociedad de grandes almacenes que emplea esencialmente mujeres excluye a los empleados a tiempo parcial del beneficio del régimen de pensión de la empresa, a pesar del hecho de que esta exclusión afecta de manera desproporcionada a más mujeres que a hombres?

2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1:

   a) ¿Puede la empresa justificar esta discriminación manteniendo que pretende emplear el menor número posible de empleados a tiempo parcial

* Traducción del francés.

aun cuando el interés de la empresa no impone semejante política de personal en el sector de los grandes almacenes?

b) ¿Debe organizar la empresa su régimen de jubilación teniendo debidamente en cuenta las dificultades especiales que encuentran los empleados con cargas familiares para cumplir las condiciones de concesión de una pensión de empresa?»

Este asunto llevará esencialmente al Tribunal a precisar el alcance de su sentencia 96/80 (Jenkins contra Kinsgate, 31 de marzo de 1981, Rec. 1981, p. 911), relativa al trabajo a tiempo parcial, a la que el Juez a quo y todas las partes intervinientes en el proceso se han referido ampliamente. Pero examinemos, ante todo, los hechos.

2. La firma Bilka-Kaufhaus GmbH (en lo sucesivo, Bilka), demandada en el asunto principal, recurrente en «casación», forma parte de una cadena de grandes almacenes en la República Federal de Alemania, el grupo Hertie, que emplea a varios miles de trabajadores por cuenta ajena.

La Sra. Karin Weber von Hartz, parte demandante en el asunto principal y parte recurrida en «casación», nacida en 1930, trabajó a partir del 15 de abril de 1961, en jornada completa, como vendedora en Bilka. Esta situación duró once años y medio.

A petición propia, la Sra. Weber comenzó a trabajar, a partir del 1 de octubre de 1972, a tiempo parcial, es decir, aproximadamente la mitad de las horas correspondientes a un trabajo en jornada completa. Tres años y medio más tarde, el 14 de abril de 1976, la Sra. Weber, a la edad de 46 años, dejó la empresa en la que había trabajado durante quince años.

El litigio se refiere al régimen de pensión aplicado a los trabajadores a tiempo parcial en la sociedad recurrida en «casación». El régimen de pensión en el grupo de grandes almacenes, de los que forma parte Bilka, tiene la forma jurídica de un convenio de empresa que impone a esta sociedad el pago de prestaciones suplementarias de jubilación. Durante el período de actividad laboral de la demandante, dicho régimen fue modificado de la manera siguiente:

— Según un convenio de 31 de diciembre de 1962, se concedía el beneficio de estas prestaciones a los trabajadores por cuenta ajena que hubieran trabajado sin interrupción durante veinticinco años en la empresa y que no se hubieran jubilado a los sesenta y cinco años cumplidos.

— Acuerdos celebrados el 3 de septiembre de 1966 y el 17 de enero de 1969 modificaron dicho régimen de la manera siguiente: para poder beneficiarse del derecho a pensión complementaria, a partir de ese momento los trabajadores deberían haber trabajado en la empresa al menos veinte años en *jornada completa* y haberse jubilado a los sesenta y cinco años cumplidos. Los trabajadores femeninos podían beneficiarse de una jubilación complementaria anticipada a los sesenta años. Este régimen era aplicable a todos los trabajadores y excluía del derecho a pensión complementaria a los empleados que trabajaran a tiempo parcial. El régimen de 1969 formaba parte integrante, como se declaró expresamente, del nuevo contrato de trabajo celebrado en 1972 entre la Sra. Weber y Bilka.

— Por último, el convenio de 26 de octubre de 1973 ofrecía de nuevo a los empleados a tiempo parcial la posibilidad de beneficiarse de una pensión de vejez cuando hubieran trabajado al menos durante veinte años en la empresa, de los cuales quince en jornada completa. Solamente los trabajadores que tuvieran ya, antes del 30 de septiembre de 1966, un contrato de trabajo a tiempo parcial no tendrían que cumplir el requisito de un período de quince años de trabajo en jornada completa.

A la Sra. Weber se le denegó el derecho a pensión porque no cumplía los requisitos relativos al trabajo en jornada completa convencionalmente establecidos.

3. La cuestión de una «discriminación indirecta» de los trabajadores femeninos con relación a los trabajadores masculinos fue planteada por el Bundesarbeitsgericht en un primer recurso de «casación». El órgano jurisdiccional competente en materia social en grado de apelación que remitió el asunto había estimado fundado el recurso de la demandante, pero a raíz de que el convenio de 26 de octubre de 1973 había reintegrado de manera limitada a los empleados a tiempo parcial en su régimen de pensión y de que habría sido arbitrario establecer una fecha de referencia —el 30 de septiembre de 1966— que implicara una disminución respecto a los empleados en jornada completa, cuyo empleo sólo posteriormente se transformó en trabajo a tiempo parcial. Por el contrario, no había admitido la existencia de una infracción del principio de igualdad de trato o del de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos.

Con motivo del segundo recurso de «casación», el Bundesarbeitsgericht, criticando la motivación en la que se basó el juez del asunto principal, sometió el asunto a la consideración del Tribunal de Justicia.

4. Según el Bundesarbeitsgericht, resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia Worringham y Humphreys contra Lloyd Bank Ltd (asunto 69/80, sentencia de 11 de marzo de 1981, Rec. 1981, p. 767) que las prestaciones de vejez constituyen una retribución tal como se define en el párrafo 2 del artículo 119 del Tratado CEE. El Bundesarbeitsgericht procedió después a un análisis de los hechos en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia Jenkins, cuyo punto 13 citó en primer lugar. La redacción de este punto es la siguiente:

«[...] si resulta que un porcentaje considerablemente inferior de trabajadores femeninos respecto a los trabajadores masculinos realiza el mínimo de horas de trabajo semanales necesario para poder pretender el salario horario de tipo pleno, la desigualdad de retribución será contraria al artículo 119 del Tratado cuando, teniendo en cuenta las dificultades que encuentran los trabajadores femeninos para poder realizar este número mínimo de horas semanales, el sistema salarial de la empresa en cuestión no pueda justificarse con factores que excluyan una discriminación por razón de sexo» (Rec. 1981, pp. 925 y 926) (traducción provisional; en lo sucesivo: **).

De los datos suministrados al Juez nacional resultaría que, durante nueve años, Bilka había tenido un 72 % de empleados femeninos y un 28 % de empleados masculinos; el 90 % de los trabajadores masculinos trabajaban en régimen de jornada completa y el 10 % a tiempo parcial, mientras que el 61,5 % de las mujeres trabajaban en régimen de jornada completa y el 38,5 % a tiempo parcial. De ello resultaría, con relación al número total, que trabajaban a tiempo parcial el 2,8 % de los trabajadores masculinos y el 27,7 % de los trabajadores femeninos, es decir, una relación de un hombre por diez mujeres.

El Juez remitente considera que este régimen de pensión perjudica, pues, diez veces más a las mujeres que a los hombres. Estima que los principios enunciados «hasta el momento» por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no le permiten resolver el litigio que se ha sometido a su consideración y que sería conveniente que el Tribunal de Justicia dé a este respecto algunas «indicaciones complementarias».

En lo que se refiere a la sentencia Jenkins, el Juez remitente se pregunta si esta sentencia se refiere en sustancia a una discriminación «disfrazada», es decir, intencional, o si se refiere a una discriminación «indirecta», es decir, simplemente objetiva. En este caso, existiría una discriminación cuando las mujeres, a causa de las obligaciones familiares

que tradicionalmente asumen, estuvieran *de hecho* excluidas de la adquisición de un derecho.

Como el propio Tribunal de Justicia ha insistido, en la sentencia Jenkins, en el carácter determinante del «porcentaje considerablemente inferior de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos [que realizan] el mínimo de horas de trabajo [...] requeridas» ** (punto 13, anteriormente citado), el Juez remitente quisiera saber cuál es el alcance que conviene atribuir a esta circunstancia. La primera cuestión prejudicial está dirigida a esclarecer este punto.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha dicho en la misma sentencia que:

«11) [...] El hecho de conceder, por el trabajo pagado en virtud del tiempo de trabajo, una retribución por hora de trabajo diferente según el número de horas realizadas por semana no contradice el principio de igualdad de retribución enunciado en el artículo 119 del Tratado, siempre que la diferencia de retribución entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo en jornada completa se deba a la intervención de factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

12) Esto puede suceder cuando el empresario, al conceder respecto al trabajo a tiempo parcial una retribución por hora de trabajo inferior a la concedida por el trabajo en jornada completa, trate de incentivar, por razones económicas objetivamente justificadas, el trabajo en jornada completa con independencia del sexo del trabajador.» **

Por ello, el Juez remitente pregunta: ¿se puede tomar en consideración una política de personal que consista en incentivar el trabajo en régimen de jornada completa o se debe, además, tener en cuenta que semejante política sólo estará justificada cuando se base en motivos económicos? Éste es el sentido de la cuestión 2, letra a).

Por último, el Juez remitente se pregunta si, en todo caso, no correspondería al empresario la organización del régimen de pensiones de manera que se previeran los efectos negativos que podrían resultar respecto a los empleados con cargas familiares, es decir, de hecho, las mujeres. Por ello ha planteado la cuestión 2, letra b).

5. Las observaciones escritas y orales del Gobierno del Reino Unido plantean una cuestión preliminar. En efecto, dicho Gobierno ha mantenido que ni las condiciones de acceso a un régimen de jubilación ni las prestaciones que de él resultan entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 119.

Por ello esta disposición no sería aplicable en el caso de autos.

La primera cuestión prejudicial se refiere al *acceso* a un régimen de jubilación. La sentencia Defrenne III del Tribunal de Justicia (asunto 149/77, 15 de junio de 1978, Rec. 1978, p. 1365) corroboraría la tesis mantenida por el Gobierno del Reino Unido que cita íntegramente sus puntos 19 a 22 (Rec. 1978, pp. 1377 y 1378). El Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia mediante la sentencia Burton (asunto 19/81, 16 de febrero de 1982, Rec. 1982, p. 555). El Gobierno del Reino Unido se refiere a los puntos 7 y 8 de esta decisión, mediante los cuales el Tribunal de Justicia considera que la diferencia de edad mínima —sesenta años respecto a los hombres, cincuenta y cinco respecto a las mujeres— para beneficiarse de una indemnización de jubilación voluntaria no planteaba un problema de interpretación del artículo 119, ya que esta materia —la existencia o no de una discriminación en lo que se refiere a las condiciones de acceso al régimen de jubilación voluntaria— está regulada por la Directiva 76/207 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).

Aunque el Tribunal de Justicia considerase que la cuestión que se le ha planteado se refiere, no a las condiciones de acceso, sino a las prestaciones, sería conveniente, estima el Gobierno del Reino Unido, considerar que esta materia no está regulada por el artículo 119. Esta última disposición se aplicaría, en efecto, únicamente a las retribuciones, y no a las pensiones de jubilación, que entrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 117. Por lo demás, la existencia de una propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (presentada el 5 de mayo de 1983 por la Comisión al Consejo, DO C 134 de 21.5.1983, p. 7) probaría —si fuera necesario— que esta materia queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 119.

Además, cualquier otra solución basada sobre la eficacia directa en la materia del artículo 119 alteraría el equilibrio de las empresas, imponiendo a estas últimas cargas financieras imprevistas. Éste sería el sentido de las disposiciones del artículo 10 de la propuesta de Directiva anteriormente citada.

Esta tesis estaría, además, de acuerdo con el espíritu de la sentencia Defrenne I (asunto 80/70, G. Defrenne contra Estado belga, sentencia de 25 de mayo de 1971, Rec. 1971, p. 445). El presente caso podría dar al Tribunal de Justicia la posibilidad de poner fin a las incertidumbres que subsisten, excluyendo expresamente del ámbito de aplicación del artículo 119 los regímenes de jubilación en materia de empleo.

6. Solamente la Comisión ha expuesto una tesis motivada con relación a los problemas que plantean las condiciones de acceso a las prestaciones de pensión de vejez, de que se trata, y la naturaleza jurídica de las mismas.

A su juicio, la decisión del Tribunal de Justicia en el asunto Burton no puede extenderse al presente caso. Dicho asunto se refería a una diferencia de edad para la *percepción* de una prestación. Ahora bien, en el caso de autos, se trataría de saber no *cuándo*, sino *si* la Sra. Weber puede, como trabajadora a tiempo parcial, obtener una pensión de jubilación. El Bundesarbeitsgericht consideraba que en virtud de la ley alemana de 19 de diciembre de 1974, relativa a la mejora de los regímenes de jubilación, la Sra. Weber sería titular de una expectativa de pensión que sólo se vería obstaculizada por la condición relativa a la duración del trabajo en jornada completa establecida en el convenio de 1973.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la prestación de que se trata, la Comisión estima que el Juez remitente hace referencia oportunamente a la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Worringham y Humphreys. Cierto que en el caso de autos no nos encontramos como en el asunto 69/80, en presencia de una «cotización a un régimen de pensión pagada por el empresario en nombre de los empleados mediante un importe complementario del salario bruto y que (al contribuir), por lo tanto, a determinar el importe de dicho salario, constituye una "retribución" con arreglo al artículo 119, párrafo 2, del Tratado CEE» (punto 17, Rec. 1981, p. 790). Sin embargo, a juicio de la Comisión, el principio establecido en dicha sentencia debería extenderse al presente asunto.

En efecto, resultaría de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el concepto de retribución debe entenderse en sentido amplio. La Comisión cita, a este respecto, el punto 7 de la sentencia Defrenne I (Rec. 1971, p. 452), en la que se afirma lo siguiente:

«que, aunque en principio los beneficios que tienen el carácter de prestaciones de seguridad social no son [...] ajenos a la noción de retribución, no pueden, sin embargo, incluirse en esta noción, tal como está definida en el artículo 119, los regímenes o prestaciones de seguridad social, especialmente las pensiones de jubilación, directamente regulados por la ley, con exclusión de todo elemento de concertación en el ámbito de la empresa o de la rama profesional interesada, obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores».**

El sistema de pensiones de jubilación de Bilka no reúne ninguno de los requisitos que pueden excluir la aplicación del artículo 119. Esto estaría de acuerdo con los criterios enumerados por el Abogado General Dutheillet de Lamothe, en las conclusiones presentadas con motivo del asunto Defrenne I, para entrar en el ámbito de aplicación de este texto. Por último, la discriminación objeto de litigio no forma parte de los casos en los que la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres está subordinada a la adopción de la propuesta de Directiva anteriormente citada relativa a los regímenes profesionales de seguridad social.

7. Exposición de nuestro criterio sobre esta cuestión previa.

Con la Comisión, y ante todo por las razones que ésta indica, estimamos que la sentencia Burton del Tribunal de Justicia no sirve de base para resolver el presente asunto. El *derecho* del Sr. Burton a beneficiarse de la posibilidad de jubilación anticipada no se cuestionaba, sino únicamente el *momento* a partir del cual podía pretender este derecho. Aquí, lo que se niega a la Sra. Weber es el *propio derecho* a la pensión de jubilación.

Aún más, el Tribunal de Justicia establece claramente en esta sentencia la razón por la cual considera que la fijación de una edad mínima para la jubilación en el ámbito de la seguridad social, diferente para hombres y mujeres, no constituye, en este caso, una discriminación prohibida por el Derecho comunitario.

El punto 13 precisa, en efecto, que la «Directiva 79/7 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), [...] prevé en su artículo 7 que no obstaría la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación la fijación de la edad de la jubilación para la concesión de pensiones de vejez y de jubilación [...]» (Rec. 1982, p. 576). Por consiguiente, existía en ese caso una disposición comunitaria expresa, que autorizaba la medida impugnada.

Queda, por tanto, el problema de si una pensión de jubilación debe ser considerada como una retribución con arreglo al artículo 119. Aquí, de nuevo, con la Comisión, estimamos que conviene entender en sentido amplio el concepto de retribución.

Procede, pues, hacer referencia a la sentencia Defrenne I del Tribunal de Justicia y, especialmente, al punto 7 que cita la Comisión y cuyo análisis compartimos.

Mediante esta decisión, el Tribunal de Justicia, recordémoslo, excluyó del ámbito de aplicación del artículo 119 los regímenes legales de pensiones de jubilación, precisando (punto 8) que la contribución financiera que a éstos aportan trabajadores, empresarios y eventualmente poderes públicos «está menos en función de la relación de empleo entre empresario y trabajador que de consideraciones de política social».**

En esta perspectiva, se debe poder considerar que el régimen de pensión de vejez de que se trata, de carácter esencialmente convencional, no puede ser excluido del ámbito de aplicación del artículo 119.

En las conclusiones presentadas con motivo de este asunto, el Abogado General Dutheillet de Lamothe indicaba que en su opinión una de las razones de la conexión con el artículo 119 de las jubilaciones complementarias de este tipo resultaba del «vínculo necesario entre el beneficio, el empresario, el trabajador por cuenta ajena y el empleo» inherente a este texto (Rec. 1971, p. 460).** Este vínculo existe indudablemente en el caso de autos. Recordemos que se trata de un régimen voluntario, que se añade, para mejorarlo, al régimen legal, aun cuando haya estado inspirado o propuesto por los poderes públicos y cuya aplicación está subordinada a su integración en la relación de trabajo, previas negociaciones entre el empresario y los trabajadores.

Por último, aunque es cierto que los regímenes legales de jubilación entran, en principio, dentro del ámbito de aplicación del artículo 117 del Tratado CEE, relativo especialmente a la armonización de los sistemas sociales, procede, como lo ha hecho la Comisión, establecer caso por caso, en función de cada legislación nacional, si un régimen de jubilación responde o no a los criterios expuestos en la sentencia Defrenne I del Tribunal de Justicia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia es suficientemente flexible para permitir respetar la diversidad de los sistemas nacionales. Por ello, en nuestra opinión, el Juez remitente ha situado muy oportunamente las cuestiones en el ámbito del artículo 119 del Tratado.

Examinemos, pues, los argumentos que tales cuestiones han suscitado.

8. Para la Sra. Weber, de la sentencia Jenkins resulta que no procede hacer una distinción entre discriminación directa y discriminación «indirecta». En el caso de autos, la estructura del personal de la empresa basta para indicar que nos encontramos en presencia de una discriminación. El trabajo a tiempo parcial consolida el reparto tradicional de las funciones entre hombre y mujer, sin garantizar la independencia económica de esta última. Refleja así el conflicto inherente a su situación: familia y casa, por una parte, actividad profesional, por otra. Además, en las condiciones económicas actuales, favorece el empleo de los hombres en los trabajos de jornada completa.

El objetivo que alega Bilka —luchar contra el trabajo a tiempo parcial— no puede justificar la disminución de que se trata. El empresario que quiera realizar una política que favorezca la actividad en régimen de jornada completa puede siempre renunciar a contratar trabajadores a tiempo parcial. Pero, sin embargo, no puede, sin infringir las disposiciones del artículo 119, agravar la situación de esta categoría de trabajadores que, ya con desventajas en sus derechos de jubilación, a causa de las modalidades de su trabajo, no pueden, además, quedar excluidos del beneficio de una jubilación complementaria. Cualquier otra solución sería discriminatoria. Ahora bien, la prohibición de discriminación no puede ser objeto de transacción. Es preciso, pues, aplicar normas de compensación, como las que propone el Bundesarbeitsgericht.

9. Bilka alega que antes de 1977 existía una penuria de mano de obra, especialmente en el comercio al por menor, en el que los horarios de trabajo, sobre todo los de tarde o de sábado, no atraían a los candidatos. Había sido, por lo tanto, necesario favorecer la contratación de empleados en jornada completa. Esta preferencia, con independencia del sexo de los trabajadores, debía considerarse como una razón económica objetivamente justificada con arreglo al punto 12 de la sentencia Jenkins.

La parte recurrida en casación entiende que la primera cuestión prejudicial debería recibir una respuesta negativa. En la vista, añadió que también debería darse la misma respuesta a la cuestión 2, letra b), basada en una evidente confusión entre las funciones que corresponden respectivamente a un Estado miembro y a una empresa.

10. Tratando con carácter subsidiario en la vista la cuestión de una eventual discriminación «indirecta», el representante del Reino Unido sostuvo que en la sentencia Jenkins el Tribunal de Justicia afirmaba claramente que la aplicación de las disposiciones del artículo 119 dependía de la existencia de un elemento intencional. La intención resultaría de la ausencia de cualquier otra razón verosímil que pudiera justificar la medida impugnada. No podría deducirse del hecho de que el resultado esperado no se había conseguido, ni siquiera de la existencia de otro medio para obtenerlo. En efecto, el Juez no debe poder substituir al empresario en lo que se refiere a la apreciación de la elección de su política comercial.

Más generalmente, el artículo 119 no puede aplicarse en materia de «discriminación indirecta». En particular, no podría constituir el fundamento jurídico para una compensación como aquella a que se refiere el Juez remitente en su cuestión prejudicial 2, letra b).

11. Refiriéndose a los puntos 10 y 11 de la sentencia Jenkins, la Comisión estima que las nociones de «discriminación encubierta», por una parte, y de «discriminación indirecta», por otra, que utiliza el Bundesarbeitsgericht, no son idóneas para precisar el alcance de los principios enunciados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En la sentencia Defrenne II (asunto 43/75, G. Defrenne contra Sabena, 8 de abril de 1976, Rec. 1976, p. 455, punto 18, p. 474), el Tribunal de Justicia hizo una distinción entre las discriminaciones «directas y manifiestas» y las discriminaciones «indirectas y encubiertas», y declaró:

«[...] que la realización íntegra del objetivo perseguido por el artículo 119, mediante la eliminación de cualquier discriminación entre trabajadores femeninos y trabajadores masculinos, tanto directa como indirecta, [...] puede requerir, en determinados casos, la determinación de criterios cuya aplicación necesita la intervención de medidas comunitarias y nacionales adecuadas» (punto 19).**

El punto 17 de los motivos de la sentencia Jenkins del Tribunal de Justicia (Rec. 1981, p. 926) parece añadir una distinción entre las discriminaciones que pueden ser constatadas por el Juez «sin más» y las que sólo podrían serlo recurriendo a criterios más precisos establecidos por el Derecho comunitario o nacional.

El Bundesarbeitsgericht ha interpretado, en su resolución de remisión, de manera demasiado restrictiva la noción de discriminación encubierta, considerándola limitada a las discriminaciones específicamente por razón de sexo. Según la Comisión, la sentencia Jenkins permite pensar que el artículo 119 es directamente aplicable a las disposiciones que realizan discriminaciones sobre la base de un criterio diferente al del sexo, cuando su aplicación conduzca *de hecho* al mismo resultado y no exista para ello ninguna justificación objetiva. A juicio de la Comisión, el Tribunal de Justicia no ha limitado, como parece haber supuesto el Bundesarbeitsgericht y el Juez remitente inglés tras la sentencia Jenkins, los casos de infracción del artículo 119 a las discriminaciones intencionales ni ha excluido esta infracción por el simple hecho de que el empresario haya demostrado que persigue un objetivo diferente

de la discriminación de los trabajadores femeninos. A este respecto, sería conveniente examinar las conclusiones del Abogado General Warner (véase Rec. 1981, pp. 936 y 937), referentes a una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Griggs contra Duke Power, con relación a los puntos 11 y 12 de la sentencia Jenkins. De esta comparación resultaría que el Tribunal de Justicia ha querido afirmar que la falta de intención discriminatoria por parte del empresario no es suficiente para poder declarar compatible con el principio de no discriminación una disposición que efectivamente perjudica a las mujeres. La discriminación intencional de los trabajadores femeninos constituye sólo uno de los casos de aplicación del artículo 119.

Respecto a la cuestión 2, letra a), la Comisión, con referencia a la sentencia Defrenne II del Tribunal de Justicia, afirma que el artículo anteriormente citado persigue un doble objetivo: por una parte, económico, oponiéndose a los sistemas retributivos que tengan por efecto falsear el juego de la libre competencia, y por otra, social, promoviendo la mejora de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos de Europa. Bajo este último aspecto, el artículo 119 sólo puede tener eficacia práctica cuando la política salarial de los empresarios tenga efectivamente en cuenta las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres que trabajan a tiempo parcial. La sentencia Jenkins del Tribunal de Justicia es perfectamente coherente con esta orientación jurisprudencial. Según sus puntos 11 a 13, es necesaria, en efecto, una justificación objetiva, que excluya cualquier diferenciación por razón de sexo del trabajo a tiempo parcial y del trabajo en jornada completa.

Según la Comisión no es necesario dar una respuesta a la cuestión 2, letra b), ya que la elección de la política salarial no se ha dejado a la total discreción del empresario.

Si ésta no fuera la opinión del Tribunal de Justicia, la Comisión, con carácter subsidiario, estima que deben aplicarse los principios de necesidad y de proporcionalidad. Estos principios imponen que se tenga en cuenta la fidelidad a la empresa de los trabajadores a tiempo parcial, que son en su mayoría de sexo femenino. Esta solución, aunque no pueda ser general, debe al menos evitar los efectos discriminatorios respecto a las mujeres.

12. El Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia Defrenne II que procedía

«18) [...] hacer una distinción, dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y manifiestas, que pueden constatarse únicamente con la ayuda de criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribuciones indicados en dicho artículo, y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que sólo pueden identificarse en función de disposiciones de aplicación más explícitas, de carácter comunitario o nacional» (Rec. 1976, p. 474).**

De esta sentencia resulta que el artículo 119 sólo tiene eficacia directa respecto a las «discriminaciones directas», como lo han confirmado las sentencias Macarthys (asunto 129/79, 27 de marzo de 1980, Rec. 1980, p. 1275; véase especialmente punto 10, p. 1288) y Worringham y Humphreys, ya citada (punto 23, Rec. 1981, pp. 791 y 792), del Tribunal de Justicia.

Pero, ¿qué debe entenderse por «discriminación directa»? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia define como tal aquella que el Juez nacional puede comprobar únicamente a partir «de los criterios de identidad

de trabajo y de igualdad de retribuciones consagrados por el artículo 119» (Defrenne II, punto 18, anteriormente citado), «sin necesidad de medidas de aplicación más detalladas por parte de la Comunidad o de los Estados miembros» (Macarthys, punto 10).**

Cuando el Juez pueda valorar la situación que se le somete únicamente con la ayuda de estos criterios, el principio del artículo 119 se aplicará directamente.

Ahora se debe determinar, si en el caso de autos, el Juez remitente puede apreciar los hechos que se le han sometido únicamente con la ayuda de estos criterios. Parece ser posible, ya que se trata de una práctica salarial que da lugar, respecto a un *trabajo idéntico,* prestado con modalidades diferentes —jornada completa o tiempo parcial— a *retribuciones (lato sensu) diferentes.*

Rogamos que se nos permita aquí reclamar la atención del Tribunal de Justicia sobre la ambigüedad terminológica de la primera cuestión planteada por el Juez *a quo.* Éste pregunta, en efecto, al Tribunal de Justicia, si éste puede decidir con respecto a una «discriminación indirecta», mientras que, como acabamos de recordarlo, el Tribunal de Justicia considera que la eficacia directa del artículo 119 no se extiende a este tipo de discriminación. Pero la discriminación indirecta, tal como ha sido descrita por el Juez remitente, ¿no es, en realidad, una discriminación directa con arreglo a la sentencia Defrenne II del Tribunal de Justicia?

De cualquier forma, no es la naturaleza de la discriminación lo que debe condicionar la competencia del Juez. Como observaba el Abogado General Jean-Pierre Warner, en sus conclusiones presentadas en el asunto Jenkins, el criterio de la competencia es el del *efecto directo* del artículo 119. Este efecto no se produce, dice el Sr. Warner, «cuando un órgano jurisdiccional no pueda aplicar sus disposiciones sobre la base de los simples criterios que ellas mismas establecen y cuando, por consiguiente, sea necesaria una legislación de ejecución, comunitaria o nacional, para establecer los criterios aplicables en la materia» (Rec. 1981, pp. 911, 938).**

Esta tesis, que, con un deseo de claridad respecto al Juez nacional, da mayor importancia a la eficacia directa que a la naturaleza de la discriminación, es fiel al espíritu de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Nosotros nos identificamos con ella y rogamos al Tribunal de Justicia que la tenga en cuenta.

13. De cualquier forma, el Juez remitente deberá apreciar la medida objeto de litigio adoptada por Bilka, teniendo en cuenta las particularidades de la composición del personal que trabaja a tiempo parcial en esta empresa.

Deberá hacerlo según los siguientes principios enunciados en la sentencia Jenkins del Tribunal de Justicia:

— una desigualdad salarial, indiferentemente aplicable a los trabajadores de los dos sexos, no es, en sí, contraria a las disposiciones del artículo 119 (puntos 10 y 11); puede ser debida «en particular» a «motivos económicos objetivamente justificados» (punto 12); **

— sin embargo, si esta desigualdad afecta especialmente al personal femenino, será contraria al artículo 119, salvo cuando esté justificada por «factores que excluyan una discriminación por razón de sexo» (punto 13); **

— el *Juez nacional* es el *único competente* para apreciar «en cada caso concreto [...] si, teniendo en cuenta las *circunstancias de hecho,* los *antecedentes* y los *motivos* del empresario», la desigualdad salarial

«constituye o no, en realidad, una discriminación» por razón de sexo (punto 14, que hemos subrayado).**

El Juez remitente solicita al Tribunal de Justicia que vaya aún más lejos. Desea saber, en el supuesto de que Bilka consiga probar ante el Juez del asunto principal que su objetivo real era incentivar, mediante su régimen de jubilación, la celebración de contratos de trabajo en régimen de jornada completa, si es necesario, además, comprobar si esta decisión se debe a motivos económicos. A la vista de los motivos de la resolución, éste es el alcance de la expresión «el interés de la empresa» que figura en la cuestión 2, letra a).

En nuestra opinión, dicha cuestión requiere una respuesta negativa. A falta de una disposición expresa y en el estado actual del Derecho comunitario, no se puede, mediante la eficacia directa del artículo 119, excluir, como justificación con arreglo al punto 13 de la sentencia Jenkins del Tribunal de Justicia, un motivo que no sea de naturaleza económica. En efecto, no parece que sea posible prohibir a un empresario que aplique una política de personal que favorezca el empleo en régimen de jornada completa, cuando esta opción, con el respeto de las normas legales vigente, esté exenta de cualquier intención discriminatoria.

Las presiones socioculturales que pesan sobre las mujeres trabajadoras, que subyacen tanto en la sentencia Jenkins como en el presente asunto, no deben ser explotadas por el empresario. Pero tampoco pueden imponerle una obligación complementaria restringiendo sus opciones normales en materia de política de personal.

14. La cuestión prejudicial 2, letra b), requiere pocas consideraciones. Independientemente del mérito y de las iniciativas adoptadas a este respecto, no puede imponerse al empresario que substituya a los poderes públicos organizando un régimen de jubilación que compense las dificultades específicas que encuentran los empleados con cargas familiares. El artículo 119 sólo contiene obligaciones de hacer a cargo de los Estados miembros, y no de las empresas, a las que sólo corresponde, dentro de los límites indicados, una obligación de no discriminar.

15. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, proponemos al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por el Bundesarbeitsgericht:

1) un régimen de jubilación complementaria de empresa que favorezca a los trabajadores en régimen de jornada completa es contrario a las disposiciones del artículo 119 del Tratado CEE cuando, aunque indistintamente aplicable a los trabajadores de los dos sexos, tienda, en realidad, a reducir los derechos de las mujeres trabajadoras que, teniendo en cuenta sus obligaciones, constituyen, de manera exclusiva o preponderante, el personal que trabaja a tiempo parcial;

2) las disposiciones del artículo 119 se aplicarán directamente a esta situación cuando el Juez nacional pueda basar su decisión en criterios de identidad del trabajo y de igualdad de retribución, sin tener que recurrir a disposiciones comunitarias o nacionales;

3) el empresario puede justificar la medida impugnada aportando la prueba de que se debe a razones que excluyen una discriminación por razones de sexo;

4) en el estado actual del Derecho comunitario, el empresario no puede verse obligado a compensar, mediante la organización de regímenes de jubilación de empresa, las dificultades que los trabajadores a tiempo parcial encuentran a causa de sus cargas familiares.