CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN PIERRE WARNER, presentadas el 28 de enero de 1981 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Este asunto llega ante el Tribunal de Justicia por una petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Appeal Tribunal, con sede en Londres. El asunto suscita cuestiones de interpretación del artículo 119 del Tratado CEE respecto a los derechos de los trabajadores a tiempo parcial. Desde otro punto de vista, plantea, también respecto a los derechos de dichos trabajadores, cuestiones de interpretación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, la «Directiva sobre igualdad de retribución».

La parte demandante en el procedimiento ante el Employment Appeal Tribunal es la Sra. Jeanette Pauline Jenkins. El demandado es su empresario, Kingsgate (Clothing Productions) Limited.

La empresa desarrolla en Harlow, Essex, y en Milton Constable, Norfolk, la actividad de fabricación de vestidos y de abrigos para mujer. La Sra. Jenkins está empleada en la fábrica de Harlow como maquinista a tiempo parcial. Trabaja alrededor de 30 horas por semana. Es una trabajadora con experiencia, capaz de hacer funcionar y que hace, de hecho, funcionar diversas máquinas, como máquinas para hacer ojales, máquinas para hilvanar, etc.

En este asunto, la situación en la fábrica de la empresa demandada en Milton Constable donde, al parecer, no hay trabajadores a tiempo parcial, no nos interesa.

En su fábrica de Harlow, el demandado da trabajo a unas 90 personas. Según las informaciones que proporcionó al Industrial Tribunal, ante el que se planteó el asunto en primera instancia, el personal de esta fábrica comprendía, en esa época, 83 trabajadores a tiempo completo: 34 hombres y 49 mujeres, cuya jornada normal de trabajo era de 40 horas semanales. Comprendía también 6 trabajadores a tiempo parcial: 5 mujeres (entre ellas la Sra. Jenkins) y un hombre, el Sr. A. Kreitzmann. Este último era considerado un caso excepcional. Se había jubilado recientemente y excepcionalmente se le había autorizado a seguir trabajando, pasada la edad normal de jubilación. Era un trabajador con experiencia capaz de desarrollar

* Lengua original: inglés.

casi todos los trabajos en la fábrica. El acuerdo celebrado entre él y el demandado estipulaba que, durante un período de prueba, trabajaría 16 horas por semana. No disponemos de informaciones sobre lo que haya ocurrido al término de ese período de prueba.

Antes de noviembre de 1975, el demandado pagaba a su personal masculino y femenino retribuciones diferentes, pero no se establecía diferencia alguna en el salario por hora de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, hombres o mujeres. La legislación británica sobre igualdad de trato de trabajadores masculinos y femeninos (integrada esencialmente por la Equal Pay Act 1970, en su texto modificado, y por una parte de la Sex Discrimination Act 1975) entró en vigor el 29 de diciembre de 1975. En el curso del mes de noviembre, después de negociaciones con el comité de empresa y con el sindicato del sector, el National Union of Tailors and Garment Workers, el demandado estableció nuevas tablas de salarios, en virtud de las cuales los trabajadores a tiempo completo de uno y de otro sexo eran remunerados con el mismo salario por hora, como sucedía con los trabajadores a tiempo parcial de uno y otro sexo. No obstante, en virtud de esas tablas salariales, los trabajadores a tiempo parcial –es decir, los que trabajaban menos de 40 horas por semana– percibían un 10 % menos por hora que los trabajadores a tiempo completo. Este salario por hora inferior era igualmente aplicable a todo trabajador que, aunque contratado como trabajador a tiempo completo, no alcanzara regularmente 40 horas de trabajo por semana. Los sábados por la mañana, se ofrecían horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, retribuidos con una prima.

Finalmente, desde noviembre de 1975, todos los trabajadores del demandado, hombres o mujeres, percibían el mismo salario por hora, con la salvedad de que los trabajadores a tiempo parcial percibían el 10 % menos por hora. Este trato se aplicó a la Sra. Jenkins y a las otras trabajadoras a tiempo parcial de la fábrica de Harlow, y también al Sr. Kreitzmann.

Nos ha sido proporcionada una abundante documentación para mostrar que, en el conjunto de la Comunidad, alrededor del 90 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, la mayoría de ellas casadas y con responsabilidades familiares. Esta documentación comprende principalmente un dictamen del Comité Económico y Social de 1 de junio de 1978 sobre el trabajo a tiempo parcial y sus efectos (DO 1978 C 269, p. 56), un artículo titulado «Part-time employment in the European Community», publicado por la Organización Internacional del Trabajo en la *International Labour Review* de mayo-junio 1979 (vol. 118, nº 3, p. 299), un artículo titulado «Part-time working in Great Britain», publicado en la *Gazette* del Ministerio de Trabajo británico de julio de 1979 (p. 671) y una comunicación de la Comisión al Grupo Permanente del Empleo de 17 de julio de 1980, titulada «El trabajo voluntario a tiempo parcial» [COM(80) 405 final]. La proporción de mujeres entre los trabajadores a tiempo parcial varía de un Estado miembro a otro. Si se toman por ejemplo las cifras resultantes de «Encuestas por sondeos sobre la

mano de obra» (cuadro 3 anexo a la comunicación de la Comisión), la proporción más elevada se daba en Alemania y en el Reino Unido (93 %), era mediana en Dinamarca y en Bélgica (91 % y 88 %, respectivamente), más baja en Francia y en los Países Bajos (81 %) y la inferior se daba en Irlanda y en Italia (68 % y 67 %, respectivamente). No existen datos estadísticos de Luxemburgo. Las cifras inferiores de Irlanda y de Italia parecen debidas a que el trabajo a tiempo parcial está menos extendido en los países en los que la tasa de empleo de las mujeres es baja (véase la comunicación de la Comisión, pp. 3 y 4). La proporción varía también de una actividad a otra, siendo al parecer más baja en la agricultura y más elevada en el sector de los servicios. En general, los trabajadores masculinos a tiempo parcial son estudiantes, hombres de cierta edad, o parcialmente inválidos.

Al final de la fase escrita del procedimiento, el Tribunal de Justicia planteó a la Comisión una pregunta para comprobar si existía en los Estados miembros una legislación que exigiera que el salario de los trabajadores a tiempo parcial fuera proporcional al de los trabajadores a tiempo completo. La respuesta de la Comisión, basada en las respuestas a ciertas encuestas que había llevado a cabo ante los Gobiernos, las organizaciones empresariales y los sindicatos de los Estados miembros, mostró que ningún Estado miembro disponía de una legislación de ese carácter, aunque el Gobierno francés había aprobado un proyecto de ley en ese sentido en septiembre de 1980. No obstante, la respuesta mostró también que, en numerosos Estados miembros, los convenios colectivos habían alcanzado ese objetivo en general. En Italia, se ha llegado incluso, en ciertos casos, a la situación de que el salario del trabajo a tiempo parcial es proporcionalmente más elevado que el del trabajo a tiempo completo. Tan sólo en el Reino Unido se reconoció que era frecuente que el trabajo a tiempo parcial fuera retribuido con un salario por hora inferior.

El presente litigio se inició mediante una demanda presentada por la Sra. Jenkins ante el Industrial Tribunal el 3 de octubre de 1978.

Al parecer, el Derecho comunitario no fue invocado en el procedimiento ante dicho Tribunal. La Sra. Jenkins fundó en ese momento su acción en la legislación británica. Alegó que había sido contratada para prestar el mismo trabajo que un maquinista masculino de la misma categoría a tiempo completo, y que el hecho de no percibir el mismo salario base por hora infringía dicha legislación. El demandado reconoció que la Sra. Jenkins había sido contratada para el mismo trabajo que el hombre. En su defensa, invocó una disposición de la legislación británica, el apartado 3 del artículo 1 de la Equal Pay Act 1970, modificado por la Sex Discrimination Act 1975, que exceptúa de la aplicación de dicha legislación «una diferencia entre el contrato de la mujer y el del hombre si el empresario demuestra que la diferencia obedece efectivamente a una diferencia relevante (distinta de la diferencia de sexo) entre uno y otro caso». El demandado mantenía que la razón por la que pagaba a los trabajadores a tiempo parcial un salario por hora inferior al de los trabajadores a tiempo completo no tenía

nada que ver con el sexo sino que intentaba desalentar el absentismo en su fábrica e incitar a todo su personal, incluida la Sra. Jenkins, a trabajar una jornada semanal de 40 horas, de manera que las máquinas fueran utilizadas cada día durante el mayor número de horas posible.

Tras la deposición de varios testigos, el Industrial Tribunal consideró que la alegación del demandado era fundada y, en consecuencia, estimó su motivo de oposición a la demanda. El Tribunal estimó que, dado que la Sra. Jenkins sólo trabajaba el 75 % del número de horas que el demandado deseaba que se alcanzaran, existía una diferencia relevante, distinta del sexo, entre su caso y el del hombre y que la diferencia de salario por hora estaba, en consecuencia, justificada. No obstante, el Tribunal señaló que, aunque esa era su conclusión en el plano jurídico, si bien era legal que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo cobraran un diferente salario por hora, «ello traslucía un cierto resabio de desigualdad entre los sexos, ya que, por la naturaleza misma de las cosas, la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son necesariamente mujeres».

Contra esta decisión recurrió la Sra. Jenkins ante el Employment Appeal Tribunal.

Ante dicho órgano jurisdiccional, el Abogado de la Sra. Jenkins reconoció que, habida cuenta de los hechos reseñados por el Industrial Tribunal, así como de algunas decisiones anteriores del mismo Employment Appeal Tribunal, no podría prosperar ante este último órgano jurisdiccional su pretensión fundada tan sólo en la legislación británica. En lugar de ésta, invocó argumentos basados en el artículo 119 del Tratado y en el artículo 1 de la Directiva sobre igualdad de retribución.

Estas son las circunstancias en las que el Employment Appeal Tribunal planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) ¿Exige el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado CEE y en el artículo 1 de la Directiva del Consejo de 10 de febrero de 1975 que la retribución de un trabajo remunerado por unidad de tiempo sea la misma, con independencia:

a) del número de horas trabajadas por semana, o

b) del hecho de que el empresario tenga interés económico en incentivar [a sus empleados] a prestar un número de horas de trabajo por semana lo más elevado posible, y por tanto esté interesado en pagar una retribución más elevada a los trabajadores que trabajan 40 horas por semana que a los que trabajan menos de 40 horas por semana?

2) Si la respuesta a las letras a) o b) de la primera cuestión es negativa,

¿qué criterios deben seguirse para determinar si el principio de igualdad de retribución se aplica o no cuando existe una diferencia en los salarios por hora vinculada al número total de horas trabajadas por semana?

3) ¿Sería diferente la respuesta a las letras a) o b) de la primera cuestión o a la segunda cuestión, y en tal caso, en qué sentido, si se comprobara que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos está en condiciones de trabajar el número mínimo de horas por semana necesario para poder cobrar el salario por hora en su cuantía más elevada?

4) ¿Son directamente aplicables en los Estados miembros las disposiciones del artículo 119 del Tratado CEE o del artículo 1 de la Directiva antes citada que son aplicables en la materia, según los casos?»

La parte demandada en el litigio principal no presentó observaciones. Tenemos conocimiento de sus informes de gestión y sus cuentas respecto al período que terminó el 30 de noviembre de 1978; revelan que se trata de una sociedad relativamente pequeña que no se halla en una situación financiera sólida. Es, probablemente, una sociedad representativa de muchas empresas de confección. Consideró que, de no concedérsele el beneficio de justicia gratuita no podría permitirse comparecer ante el Tribunal de Justicia. No obstante, una solicitud del beneficio de justicia gratuita presentada en su nombre fue desestimada por la Sala Primera.

Por otra parte, la Sra. Jenkins fue apoyada en el curso de su litigio por su sindicato, el National Union of Taylors and Garment Workers, y por la Equal Opportunities Commission que, como el Tribunal de Justicia sabe, es un organismo público creado en Gran Bretaña por la Sex Discrimination Act 1975, facultado para intervenir como coadyuvante en los procedimientos judiciales dirigidos a suprimir las discriminaciones entre hombres y mujeres. Las observaciones que nos presentó eran, por tanto, muy completas.

Además, han presentado observaciones escritas los Gobiernos belga y británico, y la Comisión ha formulado observaciones escritas y orales. Las observaciones del Gobierno belga fueron muy breves y se limitaron a los hechos relativos a la situación jurídica de los trabajadores a tiempo parcial en Bélgica. En términos generales, las del Gobierno británico apoyaban al demandado, mientras que las de la Comisión apoyaban a la Sra. Jenkins.

Me propongo tratar en primer lugar, como los Abogados en sus observaciones, de las cuestiones del Employment Appeal Tribunal en la medida en que se refieren al artículo 119 del Tratado, y considerar posteriormente la posible relevancia del artículo 1 de la Directiva sobre igualdad de retribución.

La primera cuestión del Employment Appeal Tribunal pone de manifiesto lo que podríamos denominar un argumento con dos partes, ocupa un lugar fundamental en la tesis de la Sra. Jenkins y fue apoyada por la Comisión. El sentido de este argumento era, en primer, lugar que los términos mismos del artículo 119 exigen que el salario para un trabajo pagado por unidad de tiempo sea el mismo con independencia del número de horas trabajadas cada semana, y, en segundo lugar, que, con arreglo al artículo 119, cualquier beneficio económico que un empresario pueda obtener de incentivar el trabajo a tiempo completo mediante su retribución en una cuantía más elevada carece de relevancia.

Según lo hemos entendido el primer componente del argumento se fundaba en los términos del párrafo tercero del artículo 119 que son los siguientes:

«La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

El argumento descansa en el supuesto de que esta expresión «un mismo puesto de trabajo», en la letra b) del párrafo tercero, significa que un «puesto de trabajo» es el mismo, tanto si se trata de trabajo a tiempo parcial como de trabajo a tiempo completo. No obstante, aceptar este supuesto equivale a mi juicio a tratar la expresión «mismo puesto de trabajo», de la letra b) del tercer párrafo, como si tuviera el mismo significado que la expresión «un mismo trabajo», del primer párrafo del artículo 119 y de la letra a) del tercer párrafo del mismo artículo.

Está fuera de duda que la Sra. Jenkins realizaba el «mismo trabajo» que los trabajadores a tiempo completo de su categoría. De hecho, si no hubiera sido así, su caso no se habría planteado. En estas circunstancias, afirmar que, aunque fueran trabajadores a tiempo completo y ella solamente a tiempo parcial, sus «trabajos» eran los mismos implica a mi juicio que el artículo 119 emplea como sinónimos los términos «un mismo trabajo» y «un mismo puesto de trabajo».

A mi entender, el cambio de «equal work» en el primer párrafo del artículo 119 por «the same work» en la letra a) del tercer párrafo, carece de relevancia, ya que esta modificación sólo se produce en los textos inglés e irlandés del Tratado. Pero el cambio de «equal» (o «the same») «work» por «the same job» se produce en todos los textos del Tratado y parece haber sido intencionado. El Tribunal considerará tal vez oportuno examinar los equivalentes en las otras lenguas. Son los siguientes:

– Danés : «samme arbejde» y «samme slags arbejde»;

– Alemán: «gleiche Arbeit» y «gleicher Arbeitsplatz»;

– Griego: «omoia ergasia» y «omoia thesi»;

– Francés: «même travail» y «même poste de travail»;

– Irlandés: «obair chomhionann» y «ceann oibre céanna»;

– Italiano: «stesso lavoro» y «posto di lavoro uguale»;

– Neerlandés: «gelijke arbeid» y «zelfde functie».

En mi opinión, no cabe considerar que el texto del artículo 119 obliga a aceptar la conclusión mantenida por la Sra. Jenkins y por la Comisión. Dichos términos son cuando menos compatibles con la opinión de que un trabajador a tiempo parcial y un trabajador a tiempo completo no ocupan «el mismo puesto de trabajo», a pesar de que realicen «un mismo trabajo».

Las razones expuestas en nombre de la Sra. Jenkins y de la Comisión en apoyo de la segunda parte del argumento eran diferentes.

El Abogado de la Sra. Jenkins se basó en lo que denominó el «Clay Cross approach», inspirado en la decisión de la Court of Appeal of England and Wales en el asunto Clay Cross (Quarry Services) Ltd/Fletcher (1979) I.C.R., p. 1. En dicho asunto, una mujer contratada como agente de ventas reclamaba la igualdad de retribución con un hombre que había sido contratado después que ella para realizar el mismo trabajo. De hecho, ella tuvo que enseñarle cómo desarrollar su trabajo. El hombre percibía una retribución semanal superior a la de la mujer, porque, cuando el puesto que ocupaba quedó vacante, fue el único candidato adecuado para ocuparlo y porque había solicitado percibir la misma retribución que obtenía en su puesto de trabajo anterior. Para el empresario, era indiferente contratar a un hombre o a una mujer, y mantenía, que, con arreglo al apartado 3 del artículo 1 de la Equal Pay Act 1970 en su texto modificado, la diferencia entre el contrato de la mujer y el del hombre obedecía a una diferencia relevante, distinta del sexo, entre uno y otro caso. La Court of Appeal no acogió esta tesis, por motivos que Lord Denning enunció de la siguiente forma:

«El empresario puede no tener la intención de discriminar a la mujer al pagarle una retribución inferior; pero si el resultado de su acción es que ella resulta víctima de una discriminación, en ese caso la conducta del empresario es ilegal, sea o no deliberada.

[...]

Un empresario no puede eludir las obligaciones que le impone la ley afirmando:

"Pago más al hombre porque me ha pedido más" o bien "pago menos a la mujer porque ella deseaba trabajar por menos". Si se acogiera una excusa de este tipo, la Ley sería letra muerta. Estas son precisamente las razones por las cuales existía una desigualdad de retribución antes de esta Ley. Estas son precisamente las circunstancias en que esta Ley está destinada a ser aplicada.»

En mi opinión, estas consideraciones son aplicables por igual en el contexto del artículo 119 del Tratado y en de la legislación británica de la que trataba Lord Denning. Pero no veo apoyo alguno en el asunto Clay Cross en favor de la transcendental tesis que el Abogado de la Sra. Jenkins ha intentado deducir, a saber, que carece de relevancia cualquier beneficio económico que un empresario pueda obtener al establecer una diferencia entre categorías de trabajadores. A nuestro entender, el asunto Clay Cross, cuyo fallo debe ser leído a la luz de los hechos, no debe ser tomado en consideración en el presente asunto. No sería así si se pudiera concluir que la verdadera razón por la que el demandado remuneraba a sus trabajadores a tiempo parcial con un salario por hora inferior al de los trabajadores a tiempo completo era que los trabajadores a tiempo parcial son generalmente mujeres, cuya posición en el mercado de trabajo es más débil que la de los hombres, o que esta diferenciación era una reminiscencia de la época en que el demandado remuneraba a todo su personal femenino en una cuantía inferior a la del personal masculino. No obstante, habida cuenta de los hechos reseñados por el Industrial Tribunal, dicha conclusión es improcedente.

Las afirmaciones de la Comisión en apoyo de la segunda parte de este argumento me parecen poco convincentes, en parte porque su contenido era político más que jurídico, y en parte porque parecían basarse en el supuesto de que la discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial debe siempre equipararse a una discriminación entre hombres y mujeres, con independencia de las circunstancias de cada caso singular. Además, podría presentarse un caso en el que, en razón de las características singulares de una determinada actividad, los trabajadores a tiempo parcial fueran principal o exclusivamente hombres, y ello sería igualmente posible por lo que respecta a los trabajadores a tiempo completo. En tal caso difícilmente podría producirse entre ellos una discriminación «por razón de sexo».

A mi entender, toda la argumentación formulada por la Sra. Jenkins y por la Comisión acerca de la primera cuestión ha dejado de lado el hecho de que el artículo 119 trata únicamente de la discriminación «por razón de sexo». No contempla la discriminación basada en otro tipo de criterios. El hecho es que, en la época de que se trata, el demandado empleaba en su fábrica de Harlow a más mujeres que hombres a jornada completa y que los trabajadores a tiempo completo de uno y de otro sexo percibían una retribución igual. Por lo demás, el Industrial Tribunal consideró probado, basándose en los testimonios prestados, que el demandado tenía razones fundadas para remunerar a sus trabajadores a tiempo parcial con un salario por hora inferior al de los trabajadores a tiempo completo, con independencia de su sexo.

En el asunto Macarthys Ltd (129/79, ↔ Rec. 1980, p. 1275), el Tribunal de Justicia declaró :

«Hay que admitir, sin embargo [...] que no cabe excluir que una diferencia de retribución entre dos trabajadores que ocupen un mismo puesto de trabajo, pero en diferentes períodos, pueda explicarse por la intervención de factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Se trataría en tal caso de una cuestión de hecho cuya apreciación es competencia del Juez nacional» (apartado 12).

En mi opinión, sucede lo mismo en el supuesto de una diferencia de salario por hora entre dos trabajadores que realizan el mismo trabajo durante un número diferente de horas por semana.

Tratemos sobre las cuestiones segunda y tercera del Employment Appeal Tribunal, que considero oportuno examinar a la vez.

Dichas cuestiones, en particular la tercera, ponen de manifiesto una alegación de carácter subsidiario que fue formulada por la Sra. Jenkins para el supuesto de que su primera alegación no fuera acogida. Según esta alegación, si se demostrara que un requisito determinado exigido para obtener una retribución igual por un trabajo igual, como el hecho de trabajar un numero mínimo de horas por semana, afecta de manera desproporcionada a los trabajadores de uno de los dos sexos, la aplicación de dicho requisito sería contraria al principio de igualad de retribución, a menos que se demostrara que el requisito estaba «manifiestamente vinculado a los servicios de que se trata». En la vista, el Abogado de la Sra. Jenkins explicó que esta afirmación significaba «para decirlo claramente» que si, como sucedía de modo manifiesto en este caso, las mujeres tenían más dificultades para trabajar 40 horas por semana que los hombres, en razón de sus responsabilidades familiares, la exigencia de que un trabajador trabaje 40 horas por semana para percibir el salario por hora en su cuantía íntegra tiene que afectar evidentemente, de manera desproporcionada, a las mujeres en comparación con los hombres. Ello no significaba necesariamente que hubiera discriminación, pero sí, ciertamente, que a primera vista existía una discriminación de hecho que exigía «una justificación especial por parte del empresario». El Abogado denominó a esta tesis el «Griggs approach», refiriéndose a la decisión del Supreme Court de los Estados Unidos en el asunto Griggs/Duke Power Company (1971) 401 U.S. 424.

La Comisión rechazó categóricamente este enfoque que calificó de «etapa intermedia», y cuya adopción llevaría a un sistema «que podría ser difícil de controlar en la práctica».

No obstante, es, a mi entender, el enfoque correcto, el único que concilia la necesidad de impedir las discriminaciones en perjuicio de las mujeres bajo la cobertura de una diferenciación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial con la necesidad de evitar una injusticia respecto a un empresario que diferencia

entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial por razones fundadas, sin vínculo alguno con el sexo. No me disuade el argumento según el cual este enfoque conduce a un sistema difícil de controlar. Con él, se confía el control a los órganos jurisdiccionales nacionales, que son, a nuestro entender, quienes están mejor situados para desempeñar esa función.

Como ya se ha observado en diversas ocasiones, el Supreme Court de Estados Unidos y este Tribunal de Justicia se encuentran con frecuencia ante problemas similares. Aun cuando, por supuesto, las disposiciones del «Civil Rights Act 1964» de los Estados Unidos de las que se trataba en el asunto Griggs tienen una redacción diferente del artículo 119 del Tratado, su finalidad esencial es la misma, excepto en la medida en que la disposición de que se trataba en el asunto Griggs se refería a la discriminación racial y no a la discriminación por razón del sexo. De hecho, en el asunto Dothard/Rawlinson (1977) 433 U.S. 321, el Supreme Court aplicó el mismo razonamiento a la discriminación por razón del sexo. Encuentro un apoyo importante en el hecho de que nuestra conclusión coincide con las de aquel Tribunal en dichos asuntos.

Encuentro un apoyo similar en el hecho de que esta conclusión concuerda con una jurisprudencia perfectamente conocida de este Tribunal de Justicia [asunto Sotgiu (152/73, Rec. 1974, p. 153); asunto Comisión/Irlanda (61/77,↔ Rec. 1978, p. 417), y asunto CRAM/Toia (237/78, Rec. 1979, p. 2645)]. Ciertamente, esos asuntos se referían a la discriminación por razón de nacionalidad y no por razón de sexo. En ellos se estableció la doctrina según la cual, una norma que, a primera vista, establece una distinción entre las personas basándose en un criterio distinto de la nacionalidad infringe, no obstante, una disposición de Derecho comunitario que prohíbe esta discriminación si su aplicación lleva, de hecho, al mismo resultado, a menos que la diferenciación sea justificable por razones «objetivas». No veo razón alguna para aplicar un principio diferente a la discriminación por razón de sexo.

Con esta base, la cuarta cuestión del Employment Appeal Tribunal significa lo siguiente: ¿Tienen las disposiciones del artículo 119 del Trado efecto directo en los Estados miembros en la medida en que un empresario que paga un salario por hora diferente a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial está obligado, con arreglo a dichas disposiciones, a demostrar que la diferenciación no tiene su origen en una discriminación entre hombres y mujeres sino que está justificada por razones objetivas?

A mi entender, la respuesta a esta cuestión es evidentemente afirmativa. He indicado ya que, en mi opinión, los órganos jurisdiccionales nacionales son los que están en mejor posición para determinarlo en cada caso. Además, no es necesaria legislación nacional alguna para que dichos órganos puedan resolver esa cuestión. El criterio es perfectamente claro. Su aplicación sólo requiere tomar en consideración los hechos de cada caso.

No obstante, se presenta una dificultad al respecto, a raíz de determinadas afirmaciones del Tribunal de Justicia en el segundo asunto Defrenne (43/75,↔ Rec. 1976, p. 455), y en el asunto Macarthys Ltd, antes citado. He señalado esta dificultad en mis conclusiones en el asunto Lloyds Bank, (69/80,↔ Rec. 1981, p. 767). Dichas afirmaciones podrían ser interpretadas en el sentido de que el criterio para determinar si existe discriminación «encubierta», con el significado señalado en los asuntos Sotgiu, Comisión/Irlanda y Toia es el mismo para identificar la clase de discriminación respecto a la cual el artículo 119 no tiene efecto directo. En mi opinión, no son iguales ambos criterios, y dudo que el Tribunal de Justicia tuviera la intención de afirmar que son iguales. En respuesta a una pregunta que se le ha planteado, el Abogado de la Sra. Jenkins manifestó en la vista que pensaba que el problema era un problema de terminología y creo que tenía razón. La confusión nació principalmente de las versiones inglesas de la sentencias del Tribunal de Justicia en la materia, en las cuales, en particular los términos «overt» por una parte, y «disguised» por otra parte, son utilizados en materia de discriminación para designar conceptos en nuestra opinión diferentes. Si se examinan las versiones francesas de dichas sentencias, se advierte que el Tribunal de Justicia utilizó reiteradamente los términos «ostensibles» y «dissimulées» para expresar la dicotomía en los asuntos Sotgiu, Comisión/Irlanda y Toia, mientras que en el segundo asunto Defrenne y en el asunto Macarthys Ltd utilizó las expresiones de contraste «directes et ouvertes» y «indirectes et déguisées». Sin embargo, no creo que esta última expresión, cualquiera que sea su traducción al inglés, sea adecuada para describir los tipos de discriminación respecto a los cuales el artículo 119 no tiene efecto directo. A mi entender, es más acertado decir que el artículo 119 no tiene efecto directo cuando un órgano jurisdiccional no puede aplicar sus disposiciones basándose únicamente en los criterios establecidos por las mismas, y cuando, en consecuencia, es necesaria una legislación de ejecución, sea comunitaria o nacional, para determinar los criterios aplicables en la materia. Sería oportuno, y lo digo con todo respeto, que el Tribunal de Justicia aclarase este punto en la sentencia que dicte en este asunto, o acaso en la sentencia que dicte en el asunto Lloyds Bank.

Finalmente, he de referirme al artículo 1 de la Directiva sobre la igualdad de retribuciones. Lo haré con brevedad. El primer apartado de dicho artículo dispone lo siguiente:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.»

No creo que, por lo que respecta al presente asunto, esta norma añada nada al contenido del artículo 119. El apartado segundo se refiere a los sistemas de clasificación profesional y no tiene relevancia para el presente asunto.

En definitiva, considero que en respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia por el Employment Appeal Tribunal, procede declarar lo siguiente:

1) Ni el artículo 119 del Tratado CEE, ni el artículo 1 de la Directiva sobre igualdad de retribución, exigen que la retribución de un trabajo pagado por unidad de tiempo sea la misma con independencia del número de horas trabajadas por semana y del beneficio que el empresario puede obtener al incentivar el trabajo a tiempo completo.

2) Cuando existe una diferencia en el salario por hora en relación con el número total de horas trabajadas por semana, el artículo 119 del Tratado exige que el empresario demuestre que la diferencia está justificada por razones objetivas no vinculadas a discriminación alguna por razón de sexo.

3) En la medida en que establece esta exigencia, el artículo 119 tiene efecto directo en los Estados miembros, en el sentido de que confiere a los justiciables derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.

4) A este respecto, el artículo 1 de la Directiva sobre igualdad de retribución no modifica los efectos del artículo 119.