CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 14 de marzo de 2002 [1]

I. Introducción

1. Este asunto versa fundamentalmente sobre si unas trabajadoras, que, tras una licitación pública del órgano adjudicador en el que estaban empleadas, han pasado a trabajar para los empresarios a los que se adjudicó la contrata, para apoyar sus reclamaciones de igual retribución de hombres y mujeres contra las actuales empresas en las que trabajan, pueden compararse como término de referencia con personas masculinas que trabajan para su antiguo empresario.

II. Marco jurídico

A. *El Derecho comunitario*

2. El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos está enunciado en el artículo 141 CE. La primera frase del artículo 141 CE, apartado 2, dispone:

«Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.»

3. La primera frase del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, [2] establece:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y feme-

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

ninos que figura en el artículo 119 [3] 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.»

4. La Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, [4] modificada por la Directiva 98/50/CE, [5] es aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión. El artículo 3, apartado 1, establece que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

El artículo 3, apartado 2, tiene el siguiente tenor:

«Después [de la transmisión] en el sentido del apartado 1 del artículo 1, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.»

B. *El Derecho nacional*

5. En el Reino Unido, el principio de igualdad de retribución está establecido en la Equal Pay Act 1970 (Ley de igualdad de retribución; en lo sucesivo, «Ley de 1970»). El artículo 1.2 dispone que una mujer que realiza el mismo trabajo que un hombre «en el mismo empleo» o un trabajo calificado como de igual valor que el de un hombre, tiene derecho a la modificación de cualquier pacto de su contrato de trabajo que sea o llegue a ser menos favorable que un pacto comparable del contrato de trabajo del sujeto masculino de comparación.

6. Con arreglo al artículo 1.3, el empresario puede oponerse a la reclamación si demuestra que la diferencia entre los contratos de la mujer y del hombre se debe realmente a otro factor material que no sea la diferencia de sexo.

3 — Actualmente artículo 141 CE, tras su modificación.

4 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

5 — Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad (DO L 201, p. 88).

7. En el artículo 1.6.c), se describe qué debe entenderse por la expresión «en el mismo empleo» de la siguiente forma:

«Se considerará asociados a dos empresarios si uno de ellos es una sociedad que el otro controla (directa o indirectamente) o si ambas sociedades son controladas (directa o indirectamente) por una tercera persona, y se considerará que los hombres ejercen el mismo empleo que una mujer si trabajan para el mismo empresario de la mujer, o para cualquier empresario asociado, en el mismo establecimiento o en establecimientos en Gran Bretaña de los que forme parte el primero, y en el cual se apliquen condiciones comunes de trabajo, bien generales o bien para los empleados de las categorías relevantes.»

III. Hechos y procedimiento

8. Regent Office Care Ltd, Commercial-Catering Group y Mitie Secure Services, partes demandadas en el litigio principal, sirven comidas y realizan trabajos de limpieza en escuelas y centros docentes dependientes del North Yorkshire County Council (en lo sucesivo, «Council»).

9. Hasta finales de los años ochenta, el servicio de comidas para los escolares y la limpieza de los edificios eran efectuados por trabajadoras al servicio del Council. Sin embargo, como consecuencia de la Local Government Act 1988, el Council se vio obligado a convocar una licitación pública para la adjudicación de dichos servicios.

10. Para que sus «propios» servicios también pudieran participar en la licitación, se creó una organización interna autónoma, la «direct service organisation» (DSO), que pudo participar en la licitación en igualdad de condiciones que las empresas privadas de restauración y de limpieza.

11. Para que DSO tuviera alguna posibilidad de que se le adjudicara la contrata, el Council, que seguía siendo empresario, redujo los salarios de los trabajadores de DSO. [6]

12. Como consecuencia de esto, las trabajadoras afectadas, invocando la Ley de 1970, presentaron una reclamación de igual retribución contra su empresario, el Council. Para ello, utilizaron como término de referencia a los trabajadores masculinos del Council. En un estudio de evaluación de las condiciones de trabajo, realizado en 1987, aceptado asimismo por el Council, se puso de relieve, en particular, que el trabajo

6 — Los competidores sólo empleaban mujeres y con una retribución inferior.

efectuado por las demandantes era de valor igual a las diversas tareas realizadas por los hombres, como por ejemplo, el cuidado de los jardines o la recogida de basura y el mantenimiento del alcantarillado.

13. La demanda de las referidas trabajadoras fue finalmente estimada por el órgano jurisdiccional de última instancia.[7] La House of Lords rechazó la alegación del Council de que era necesario pagar una retribución menor a las trabajadoras afectadas para poder competir con sociedades mercantiles en un procedimiento de licitación pública, en condiciones de libre mercado. La House of Lords consideró que era imposible alegar que la diferencia de retribución se debiera realmente a otro factor material distinto de la diferencia de sexo. Las trabajadoras tenían derecho a comparar sus condiciones de trabajo con las de los trabajadores masculinos empleados en otras unidades del Council y que, como se expuso en el estudio de evaluación de las condiciones de trabajo, realizaban un trabajo de igual valor.

14. Por tanto, el Council tuvo que pagar a las trabajadoras afectadas la parte del salario no percibida durante el período en que habían trabajado para la referida DSO.

15. Cuando todavía no había concluido el procedimiento seguido contra el Council, en una segunda serie de licitaciones que tuvo lugar en 1993, DSO perdió la mayor parte de las contratas de comidas y de limpieza que fueron adjudicadas a las demandadas mencionadas en el punto 8. Dos de las tres demandadas no reconocieron que esta operación podría estar regulada por el Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, mediante el cual el Reino Unido había dado cumplimiento a la Directiva 77/187. En estas circunstancias, el Council despidió a las trabajadoras afectadas que, a continuación, fueron contratadas por las referidas empresas privadas. Dichas trabajadoras tuvieron que conformarse con condiciones de trabajo menos favorables que aquellas que la DSO les había ofrecido hasta ese momento (condiciones de trabajo que, a su vez, ya eran menos favorables que las de los trabajadores «ordinarios» del Council; todavía no se había pronunciado la sentencia definitiva en el asunto North Yorkshire County Council/Ratcliffe).

16. Únicamente Commercial-Catering Group estimó que sí había una transmisión de empresa. Por tanto, tomó a su servicio a las referidas trabajadoras sin que hubiera un despido anticipado.

17. Una gran parte de las trabajadoras de las empresas privadas recurrió contra las condiciones de trabajo que se les impusieron y que eran claramente menos favora-

7 — North Yorkshire County Council/Ratcliffe [1995] ICR 833.

bles que las que aplicaba —y aplica— el Council para un trabajo de igual valor. Con este fin, invocaron el artículo 141 CE.

18. *Grosso modo* se puede clasificar a las demandantes en el litigio principal en cuatro grupos:

— trabajadoras que anteriormente habían sido empleadas del Council y que, a continuación, habían sido contratadas directamente por una parte demandada;

— trabajadoras que estaban empleadas en el Council y que no fueron contratadas por una parte demandada o que sí fueron contratadas por una parte demandada, pero que ya habían dejado el empleo más de seis meses antes de interponer el recurso en el litigio principal;

— trabajadoras que habían sido contratadas por una parte demandada, pero que nunca habían trabajado para el Council;

— trabajadoras que anteriormente habían estado empleadas en el Council y posteriormente pasaron al servicio de una parte demandada, pero no inmediatamente después del traspaso de las actividades.

19. La primera categoría mencionada de trabajadoras sólo invoca en el litigio principal, con carácter subsidiario, el artículo 141 CE. En primer término, se amparan en la Directiva 77/187, tal como ésta está recogida en el Derecho británico mediante el Transfer of Undertakings Regulations.

20. Sin embargo, en el presente asunto prejudicial el litigio no versa, en ningún aspecto, sobre la interpretación y la aplicación de dicha Directiva y, en su caso, del Transfer of Undertakings Regulations.

21. Además, las partes en el litigio principal se pusieron de acuerdo en que había que partir de la idea de que existe una diferencia negativa entre las condiciones de

trabajo de las demandantes y las condiciones de trabajo de las personas de referencia. Asimismo, parten de las siguientes suposiciones:

a) La adjudicación de los referidos contratos de comidas y de limpieza a la parte demandada deben ser calificados de traspaso de una actividad.

b) El trabajo realizado por las demandantes en las correspondientes fechas de transmisión era de valor igual al de las personas de referencia escogidas.

c) El trabajo realizado por las demandantes en las correspondientes fechas en que se presentaron las demandas seguía siendo de igual valor que el de las personas de referencia escogidas.

d) Durante el período considerado, las personas de referencia trabajaban para el North Yorkshire County Council.

22. Sin embargo, el 16 de abril de 1997, fue desestimada la demanda entablada por las demandantes ante el Employment Tribunal [8] contra su empresario. En fase de apelación, el Employment Appeal Tribunal confirmó la resolución del Employment Tribunal y el 5 de noviembre de 1998 desestimó el recurso de las demandantes. Por último, se autorizó a las demandantes a recurrir ante la Court of Appeal. Las demandantes alegan que, en las especiales circunstancias del presente caso, el artículo 141 CE les confiere directamente el derecho a reclamar, en el curso de su relación laboral con las partes demandadas, una retribución igual a la de los trabajadores masculinos empleados por el Council.

23. La cuestión que ahora se suscita ante la Court of Appeal es si las demandantes, en apoyo de sus pretensiones de igualdad de retribución frente a las tres demandadas, pueden utilizar como criterio de referencia las condiciones de trabajo de los trabajadores masculinos del Council, aunque estas personas de referencia no trabajan para ninguna de las demandadas.

IV. Las cuestiones prejudiciales

24. La Court of Appeal (England & Wales), mediante resolución de 20 de julio de 2000, recibida en la Secretaría del

8 — Todavía denominado, a la sazón, Industrial Tribunal.

Tribunal de Justicia el 22 de agosto de 2000, solicitó una decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

«1) ¿Es directamente aplicable el artículo 141 [9] en las circunstancias del presente asunto (expuestas en esta resolución), de modo que puede ser invocado por las demandantes en el litigio nacional para poder comparar su retribución con la de los trabajadores de sexo masculino empleados por el North Yorkshire County Council y que ejecutan un trabajo de igual valor que el de las demandantes?

2) ¿Puede una demandante invocar el efecto directo del artículo 141 únicamente si el empresario demandado dispone de la posibilidad de explicar por qué el empresario de las personas de referencia elegidas paga a éstas determinado salario?»

V. Apreciación

Observaciones preliminares

25. Los hechos que han dado lugar al litigio principal son un ejemplo de las reorganizaciones que se llevaron a cabo en los años ochenta y noventa en numerosos servicios públicos. Se sacaron a licitación y se privatizaron aquellas actividades de las que se pensaba que también podían ser efectuadas por operadores económicos. Con la introducción de condiciones de mercado se esperaba ahorrar costes y conseguir mayor eficiencia. La medida en que esto se llevó a cabo difiere, además, de un Estado miembro a otro. En el Reino Unido, las autoridades descentralizadas, los Counties, se vieron obligados a contratar un gran número de actividades que anteriormente realizaban por sí mismos.

26. Para los trabajadores afectados todo esto implica que pasan de una relación laboral de Derecho público a una relación de Derecho privado lo cual, por regla general, afecta a sus condiciones de trabajo. La posición jurídica, la retribución y las condiciones de trabajo secundarias en el sector público suelen ser distintas de lo que es usual en el sector privado. Ello entraña que el paso de un empresario público a un empresario privado acarrea consecuencias sociales para los trabajadores afectados, sean hombres o mujeres.

27. Tanto en la legislación nacional del trabajo como en la normativa comunitaria se han tomado medidas de cara a las consecuencias sociales de tal cambio. En el presente caso, está claro que hay trans-

9 — Del Tratado CE.

misión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187. En el litigio principal también se invoca esta Directiva. De los autos se desprende que las partes discrepan sobre su aplicabilidad y que, además, mantienen puntos de vista diferentes sobre su aplicabilidad a las distintas categorías de trabajadores. Sin embargo, en el procedimiento sobre el fondo se han separado esta cuestión y otras posibles cuestiones relacionadas con ella. Las partes en el procedimiento principal se han puesto de acuerdo en que el órgano jurisdiccional remitente plantee exclusivamente al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que se limite a la interpretación del artículo 141 CE. Dado que el órgano jurisdiccional remitente, en su resolución de remisión, excluye expresamente posibles cuestiones sobre la aplicabilidad de la Directiva, no deberán abordarse dichas cuestiones.

28. En el presente caso, la contratación tiene casualmente por objeto un servicio en el que están empleadas numerosas trabajadoras. Sobre todo, de las posturas y alegaciones de las demandantes en el litigio principal cabe deducir que en el hecho de que las actividades o servicios contratados sean realizados primordialmente por trabajadores femeninos hallan un motivo para que se examine si en el caso de autos es aplicable el artículo 141 CE. Un motivo para ello se halla probablemente en el hecho de que la Directiva 77/187 seguramente no es aplicable a todas las demandantes.

Alegaciones de las demandantes

29. Las demandantes sostienen que el artículo 141 CE siempre tiene efecto directo si, sobre la base de los hechos del caso específico, valiéndose de los criterios de igualdad de trabajo y de igualdad de retribución puede acreditarse la existencia de discriminación salarial por razón de sexo. La normativa nacional no puede oponer a ello obstáculos artificiales. A este respecto, se remiten a lo dispuesto en el artículo 1.6 de la Ley de 1970.

30. Estiman que, vistas las circunstancias especiales de este caso, deben poder compararse con los trabajadores masculinos del Council. Lo único que cambia es la identidad del empresario. Sin embargo, aún siguen trabajando en «el mismo servicio» y siguen realizando el mismo trabajo, trabajo que debe considerarse de valor igual al que realizan los trabajadores masculinos del Council. Estiman que del apartado 23 de la sentencia Worringham y Humphreys [10] pueden deducir que personas que trabajan en el mismo servicio pueden tener empresarios distintos. Ciertamente, en el presente caso hay demandantes que han cambiado de empresario, pero, no obstante, esto no puede tener efecto alguno en la posibilidad de comparar su trabajo y condiciones de trabajo con los de los trabajadores que quedaron al servicio del Council. De ser así, se produciría una laguna en la protección que el artículo 141 CE se propone ofrecer.

31. Ponen de relieve que en caso de contratación pública de actividades, como en el

10 — Sentencia de 11 de marzo de 1981, Worringham y Humphreys (69/80, Rec. p. 767).

presente caso, los trabajadores que realizan efectivamente dichas actividades generalmente, por razones prácticas, siguen siendo los mismos, si como consecuencia de la contratación un concesionario es sustituido por otro. Los requisitos de hecho que deben reunir las actividades siguen siendo los mismos. Estos están fijados, en parte, en la normativa que impone el procedimiento de contratación pública. La fuente con la que se financian las actividades sigue siendo también la misma, a saber, los recursos públicos aportados por los contribuyentes de North Yorkshire. En estas circunstancias, se puede sostener que la relación, en virtud de la cual trabajan las demandantes, de hecho sigue siendo la misma y que éstas, por lo que se refiere a sus condiciones de trabajo, pueden seguir comparándose con los trabajadores masculinos que permanecieron al servicio del Council.

32. Las demandantes recuerdan que el Tribunal de Justicia, a la luz de la doble finalidad —económica y social— del artículo 141 CE, tal como se aclara en la sentencia Defrenne II, [11] siempre ha rechazado todo intento de poner obstáculos artificiales a la realización del principio de igualdad de retribución. Las demandantes invocan, entre otras, la sentencia Macarthys, [12] en la que el Tribunal de Justicia consideró que el requisito legal de simultaneidad era una restricción ilícita del alcance del artículo 141 CE.

33. Por otra parte, las demandantes se remiten a las conclusiones del Abogado General Sr. Verloren van Themaat en el asunto Comisión/Dinamarca. [13] En dichas conclusiones, el Abogado General abordó la cuestión de si la legislación danesa, según la cual el principio de igualdad de retribución sólo era aplicable a un trabajo igual en un mismo lugar, era compatible con el artículo 119 del Tratado (actualmente artículo 141 CE, tras su modificación) y con la Directiva 75/117. El Abogado General estimó que limitar a «un mismo lugar de trabajo» la posibilidad de comparar las relaciones salariales era contrario al Tratado:

«— [...] una comparación de las funciones dentro de un mismo establecimiento de una empresa o incluso dentro de una única empresa, sin embargo, no siempre es suficiente. Llegado el caso, también habría que proceder a una comparación con un trabajo del mismo valor en otras empresas que estén dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo de trabajo.

— Sería necesario establecer una comparación entre otros sectores y los que tradicionalmente emplean mano de obra femenina [...];

— En algunos casos, el criterio complementario de comparación del "mismo

11 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455).

12 — Sentencia de 27 de marzo de 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275).

13 — Sentencia de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83, Rec. p. 427).

lugar de trabajo" para un trabajo del mismo valor, puede, pues, tener como efecto la restricción del principio de igualdad de retribución para un trabajo del mismo valor, como establece el artículo 141 CE y precisa la Directiva. Del mero hecho de añadir dicho requisito complementario a la igualdad de retribución, que no se basa ni en el artículo 141 ni en la Directiva, debe en todo caso ser considerado como una violación del Tratado.»

Las demandantes deducen de esto la alegación de que el principio de igualdad de retribución puede hacer necesario efectuar comparaciones fuera de una empresa, en especial en sectores en los que primordialmente trabajan mujeres, como el de la limpieza y el de la restauración, y que, en principio, es inadmisible que se puedan establecer restricciones al derecho a una retribución igual.

34. Según las demandantes, también el Abogado General Sr. Lenz rechazó un planteamiento formalista. Se remiten a las conclusiones presentadas en el asunto Enderby, [14] en el punto 15 de las cuales el Abogado General afirma: «El objetivo de la elaboración conceptual [discriminación directa e indirecta] es tipificar los métodos mediante los cuales se desfavorece a las mujeres en la vida profesional, y no, por ejemplo, poner obstáculos adicionales a las acciones judiciales contra la discriminación salarial. Por esta razón, no debe adoptarse un criterio formalista en la calificación de las formas efectivas en que se manifieste la discriminación de las mujeres en la vida profesional.»

Las demandantes ilustran el hecho de que este planteamiento «pragmático» no carece de importancia señalando que, después de más de veinticinco años desde la entrada en vigor de la normativa en materia de igualdad de retribución, el salario horario medio de las mujeres en el Reino Unido es el 82 % del de los hombres y que el salario semanal medio de las trabajadoras a tiempo completo es el 74,5 % del de los hombres. Esto se debe, en gran medida, al hecho de que numerosas mujeres realizan trabajos poco retribuidos en sectores en los que desde antiguo predominan las mujeres, como es la limpieza y la cocina. En dichos sectores es difícil encontrar una persona de referencia masculina.

35. Por último, las demandantes invocan el principio de efectividad y el derecho de acceso a la justicia. Los Estados miembros están obligados a tomar las medidas adecuadas para que pueda hacerse valer ante los tribunales el derecho a una retribución igual. Una disposición como el artículo 1.6 de la Ley de 1970, según la cual una trabajadora sólo puede compararse con una persona de referencia masculina que realice el mismo trabajo, tiene como consecuencia que, si la trabajadora no puede encontrar tal persona de referencia, se ve

14 — Sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535).

privada de la posibilidad de hacer valer su derecho a una retribución igual. Las demandantes estiman que tal disposición impide ejercitar los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva 75/115 y que, asimismo, es contraria al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Alegaciones de las demandadas, de la Comisión y del Reino Unido

36. Tanto Mitie Secure Services Ltd (en lo sucesivo, «Mitie»), una de las partes demandadas en el litigio principal, como la Comisión y el Gobierno del Reino Unido estiman que en el presente caso las demandantes no pueden invocar el artículo 141 CE. La Comisión no excluye, en principio, una comparación con trabajadores de otros empresarios. Remitiéndose al punto 60 de las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas en el asunto Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, [15] estima que es inherente al concepto de discriminación el que un mismo particular o entidad debe responder de la diferencia de retribución. El Gobierno del Reino Unido y Mitie tampoco rechazan como tal una comparación con trabajadores empleados por otros empresarios, sin embargo, sí debe haber una fuente común de la que se deduzcan las condiciones de trabajo establecidas *in concreto*, como es el caso cuando distintos empresarios deben aplicar el mismo convenio colectivo, cuando existe un grupo de empresas o de organismos públicos bajo control común o cuando las condiciones de trabajo son establecidas por ley o reglamento. Naturalmente, en tales casos cabe hacer «comparaciones cruzadas» en las que se tengan en cuenta las situaciones de trabajadores de más de un establecimiento o empresa. También interpretan en este sentido las conclusiones del Abogado General Sr. Verloren van Themaat. Sin embargo, no coinciden en que, en el presente caso, las diferencias de condiciones salariales no pueden reducirse a una «fuente» común.

37. El Gobierno del Reino Unido también se remite a la sentencia Defrenne II. [16] De esta sentencia se deduce, en su opinión, que el efecto directo del artículo 141 CE está limitado a aquellos casos en los que el juez puede comprobar la discriminación sobre la base de un análisis jurídico. Esta discriminación puede ser directa o indirecta, pero es crucial que haya un marco de referencia que permita al juez comprobar que existe discriminación por razón de sexo. Según el Gobierno del Reino Unido, si las condiciones salariales de distintos empresarios no pueden reducirse a una fuente, no puede declararse la existencia de discriminación salarial por razón de sexo sobre la base de un análisis puramente jurídico. El Gobierno del Reino Unido señala como ejemplo la situación en la que un empresario paga mayores salarios

15 — Sentencia de 11 de mayo de 1999 (C-309/97, Rec. p. I-2865). La Comisión se remite al pasaje en el que observa que «el destinatario del principio de igualdad de retribución es el autor de la normativa controvertida».

16 — Citada en la nota 11 *supra*. El Gobierno del Reino Unido se refiere aquí a los apartados 19 a 22.

que otro. Los trabajadores de este último empresario no pueden deducir de ello derecho alguno a los mismos salarios que paga el primer empresario. Asimismo, si el último empresario mencionado emplea principalmente a trabajadoras, esto no basta para concluir que haya discriminación salarial por razón de sexo. Lo único que se puede afirmar en tal situación es que dos empresarios pagan retribuciones diferentes. En tal caso, el juez no tiene ningún punto de referencia para determinar qué deben pagar los referidos empresarios sobre la base de una comparación. Si en algunas empresas o sectores que emplean principalmente a trabajadoras existen condiciones de trabajo menos favorables que en empresas o sectores que emplean trabajadores, se requieren normas nacionales o comunitarias para conseguir la igualdad de dichos trabajadores.

38. El segundo problema señalado es que un empresario al que se le acusa de discriminación salarial por razón de sexo, porque paga a su personal salarios inferiores a los que perciben de otro empresario las personas de referencia, no puede explicar esta diferencia o no puede explicar por qué la diferencia de retribución está justificada objetivamente. Por esta razón, la Comisión, Mitie y el Gobierno del Reino Unido estiman que una diferencia de retribución debe poder reducirse a una fuente. Consideran que esto se ve confirmado en las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz. [17]

39. El Gobierno del Reino Unido se pregunta, asimismo, dónde se debe trazar el límite. ¿Tienen derecho las demandantes, sin límite de tiempo, a compararse con los trabajadores masculinos empleados por el Council? Esto significaría que, en caso de aumento de los salarios de las personas de referencia, las demandantes también tendrían derecho al mismo aumento. La dificultad práctica es que un empresario no está o puede estar informado de que otro empresario ha aumentado los salarios. Los baremos salariales y las especificaciones del trabajo pueden ser distintos, pero aunque nada cambie la equivalencia del trabajo, las condiciones de trabajo que aplican ambos empresarios pueden diferir por razones que no tienen nada que ver con el sexo. El Gobierno del Reino Unido también pone de relieve que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Macarthys, [18] rechazó el «hipotético empresario masculino». Este Gobierno también se remite al punto 65 de las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en el asunto Coloroll. [19]

40. El Gobierno del Reino Unido tampoco puede compartir las alegaciones de las demandantes acerca de la eficacia y del

17 — Citadas en la nota 14 *supra*.

18 — Citada en la nota 12 *supra*.

19 — Sentencia de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389).

acceso a la justicia. Según este Gobierno, se trata de saber si pueden invocar un derecho directamente aplicable. La exigencia de que para hacer una comparación debe haber una persona masculina de referencia no es un obstáculo, sino un requisito esencial para poder ejercitar el derecho a la igualdad de retribución. Por tanto, se trata de un requisito previo a la existencia de un derecho. Por lo que respecta al «mismo servicio», el Gobierno del Reino Unido observa que el Tribunal de Justicia nunca ha definido este concepto, pero que de la formulación utilizada por este Tribunal en varias sentencias cabe decir que se trata de una sola empresa, al menos en el sector privado. Mitie señala que, aunque las demandantes realizan el mismo trabajo que hacían anteriormente en el Council, esto no es suficiente para afirmar que se trate de un trabajo en el mismo servicio, en el sentido empleado en Defrenne II[20] y Macarthys.[21] Por tanto, según Mitie, en contra de lo que afirman las demandantes, lo fundamental no es el tipo de trabajo, sino la identidad del empresario.

41. A mayor abundamiento, la Comisión añade que una parte del problema suscitado se solucionaría aplicando el Transfer of Undertakings Regulations. Sin embargo, también señala que en el momento de la transmisión de la empresa los salarios quedan congelados a ese nivel. No obstante, los derechos y obligaciones que se transfieren al nuevo empresario no comprenden el derecho a la misma retribución que las personas de referencia empleadas por el empresario anterior o el derecho a poder seguir comparándose con estas personas.

20 — Citada en la nota 11 *supra*.

21 — Citada en la nota 12 *supra*.

Apreciación

42. La cuestión de Derecho se refiere, por su naturaleza, a un caso clásico de discriminación directa, a saber, condiciones de trabajo menos favorables para actividades realizadas principalmente por trabajadoras que las condiciones de trabajo de los trabajadores que realizan actividades comparables. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en una reiterada jurisprudencia, que va desde Defrenne II,[22] Macarthys[23] y más recientemente Worringham y Humphreys[24] y Brunnhofer,[25] que el artículo 141 tiene efecto directo.

43. No cabe duda de que, según esta jurisprudencia, la pretensión de las demandantes en el litigio principal prosperaría si siguieran trabajando para el Council o para DSO. La sentencia North Yorkshire County Council/Ratcliffe es, desde este punto de vista, inequívoca y totalmente acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

22 — Citada en la nota 11 *supra*.

23 — Citada en la nota 12 *supra*.

24 — Citada en la nota 10 *supra*.

25 — Sentencia de 26 de junio de 2001 (C-381/99, Rec. p. I-4961).

44. Sin embargo, el hecho de que ya no trabajen en el Council o DSO, sino en una empresa que se ha hecho cargo de los servicios que ellas prestan, hace que, para apoyar su tesis de que existe discriminación, deben referirse a un «hombre comparable» que trabaje en otra organización o servicio (en el presente caso, el Council) distinto de aquel en el que ellas mismas trabajan.

45. En consecuencia, el punto esencial que suscita la cuestión planteada es si, para acreditar que existe una discriminación directa en el sentido del artículo 141 CE, se pueden comparar las condiciones de trabajo de hombres y mujeres que desempeñen actividades comparables para distintos empresarios. La cuestión de con quién y en qué circunstancias se debe hacer la comparación ya ha sido tratada varias veces en la jurisprudencia.[26] Sin embargo, en la jurisprudencia nunca se ha respondido a la cuestión aquí planteada.

46. De la redacción del artículo 141 CE no se deduce que la comparación deba limitarse a un mismo empresario. Según resulta de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia siempre se ha aferrado a la exigencia de que para declarar la existencia de discriminación directa debe constar una diferencia de retribución con trabajadores masculinos que estén empleados en «un mismo establecimiento o servicio» (véase, entre otras, la sentencia Defrenne II, apartado 22) o que dicha diferencia de retribución es consecuencia de disposiciones de naturaleza legislativa o de convenios colectivos de trabajo (sentencia Defrenne II, apartado 21).[27]

47. En el asunto Macarthys,[28] el Tribunal de Justicia declaró que el efecto directo del artículo 141 CE no puede quedar limitado por la exigencia de simultaneidad. Por tanto, en un litigio sobre discriminación salarial, una trabajadora puede compararse con el trabajador masculino que la precedió. Sin embargo, en la misma sentencia el Tribunal de Justicia rechazó expresamente un intento de construir la discriminación por razón se sexo valiéndose de un «hipotético trabajador masculino». El Tribunal de Justicia confirmó una vez más esta jurisprudencia en la sentencia Coloroll Pension Trustees.[29]

48. Las demandantes, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión coinciden en que no cabe sostener que no se pueda hacer una comparación con trabajadores de fuera de una y misma empresa. Comparto esta opinión.

49. Por tanto, se trata de tres categorías. La primera categoría comprende aquellos casos en los que una normativa legal es aplicable a las condiciones de trabajo y de retribución en más de una empresa, establecimiento o servicio. Aquí cabe pensar, por ejemplo, en los salarios de los auxilia-

26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Defrenne II, Macarthys, Comisión/Dinamarca, Enderby y Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, citadas respectivamente en las notas 11, 12, 13, 14 y 15 *supra*.

27 — Citada en la nota 11 *supra*.

28 — Citada en la nota 12 *supra*.

29 — Citada en la nota 19 *supra*; véanse los apartados 102 y 103.

res médicos que trabajan en un servicio como el National Health Service. A continuación están aquellos casos en los que es aplicable un convenio colectivo de trabajo o un régimen de condiciones de trabajo para varias empresas o establecimientos. Por último, la tercera categoría comprende aquellos casos en los que las condiciones de trabajo de más de un establecimiento o empresa son fijadas dentro de un holding o grupo de empresas.

50. En todos estos casos, más allá de los límites de la empresa o servicio individual, puede hacerse una comparación entre los trabajadores masculinos y femeninos, para averiguar si existe una discriminación prohibida por el artículo 141 CE.

51. La característica común de estas tres categorías es que el régimen de las condiciones de trabajo aplicadas realmente puede reducirse a una fuente, a saber, el legislador, las partes de un convenio colectivo de trabajo o la dirección de un holding.

52. Los Abogados Generales Sr. Cosmas y Sr. Lenz y, ahora, también el Gobierno del Reino Unido han puesto esto de relieve, acertadamente, como un criterio esencial. ¿Por qué? El artículo 141 CE va dirigido a quienes pueden ser hechos responsables de diferencias ilícitas en las condiciones de trabajo. Estos son, en los casos mencionados, el legislador, las partes de un convenio colectivo de trabajo y la dirección de un holding. Se les puede acusar de ello. Pero, si existen diferencias salariales entre empresas o establecimientos en los que cada uno de los empresarios es individualmente responsable de las condiciones de trabajo existentes en su propia empresa o establecimiento, es imposible hacerles responsables individualmente de las diferencias de condiciones de trabajo que existen entre dichas empresas.

53. Hasta la fecha, la jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, porque el artículo 141 CE opera para todas las formas de discriminación cuya existencia puede declarar el juez basándose en un análisis puramente jurídico.

54. De lo anterior se desprende que el efecto directo del artículo 141 CE no ha de limitarse a trabajadores que desarrollan su actividad para la misma persona jurídica o grupo de personas jurídicas o en organismos públicos que se hallan bajo control común o para aquellos casos en los que, en materia de clasificación de trabajo y de retribución, es aplicable un convenio colec-

tivo o normativa legal vinculante. En todos los casos, se puede reducir esto a una fuente común.

55. Las diferencias salariales entre trabajadores masculinos y femeninos, las cuales constituyen el objeto del litigio principal, no pueden, sin embargo, reducirse a una fuente a la que se pueda hacer responsable de dichas diferencias. El único dato de que las condiciones de trabajo para actividades comparables son distintas en el Council y en los nuevos empresarios de las demandantes es, pues, insuficiente para concluir que los actuales empresarios han incurrido en una discriminación directa prohibida por el artículo 141 CE. La jurisprudencia coherente del Tribunal de Justicia sobre el criterio de «un mismo establecimiento o servicio» no deja lugar para otra conclusión.

56. Considero que este resultado, además, está justificado. Uno de los elementos del artículo 141 CE es que al empresario le asiste «el derecho de defensa». Tiene derecho a demostrar que una diferencia manifiesta de retribución está justificada por factores objetivos que no tienen nada que ver con la discriminación por razón de sexo. Al empresario contra el que va dirigida la reclamación de igualdad de trato le es imposible examinar los motivos por los que otro empresario paga «de una forma distinta» que él actividades «comparables». Si pudiera hacerlo, tampoco es seguro de que a dicho empresario, habida cuenta de la posición económica diferente en la que él se encuentra, le fuera posible hacer lo mismo. Además: ¿en qué otra empresa habría que buscar las actividades «comparables»?

57. En sus observaciones escritas y orales, las demandantes en el litigio principal ponen de relieve que en el Reino Unido todavía existen diferencias apreciables de retribución entre sectores económicos en los que preponderantemente trabajan mujeres y sectores económicos en los que no sucede así. No veo motivo alguno para poner en duda la exactitud de los datos expuestos a este respecto. También estoy de acuerdo con las demandantes en que esta situación puede resultar contraria al alcance del artículo 141 CE. Sin embargo, no puede prosperar el intento de proceder contra tales diferencias de retribución invocando el efecto directo de este artículo. El análisis, mucho más amplio que un análisis puramente jurídico, que es necesario para corregir estas anomalías estructurales requiere la intervención de las partes de los convenios colectivos o, a falta de éstos, del legislador nacional. Deseo señalar todavía que el artículo 141 CE también ofrece una base jurídica al legislador comunitario para obligar expresamente a ello a los empresarios nacionales.

58. Los límites, antes indicados, que el Tribunal de Justicia pone al efecto directo del artículo 141 CE me llevan, no obstante, a la conclusión de que el recurso individual a este artículo no puede tener el efecto de

corregir diferencias de retribución incidentales y estructurales cuya responsabilidad ha de atribuirse a distintas fuentes.

59. Las circunstancias especiales que dieron lugar a estas cuestiones prejudiciales no ofrecen motivo alguno para afinar o diferenciar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con las mismas. Si una reorganización del servicio público lleva a que los operadores económicos se hagan cargo de algunas de las actividades existentes, ello puede acarrear consecuencias, según su naturaleza, para las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados. Bien es verdad que pueden ser protegidos contra determinadas consecuencias sociales de semejante transmisión, tal como pretende la Directiva 77/187, pero ello no es la finalidad del artículo 141 CE. Esta disposición es además inadecuada para lograr tal objetivo. ¿Perderían las trabajadoras la hipotética protección que pudieran deducir de dicho artículo, si las actividades transferidas fueran actividades «mixtas»?

60. Tampoco es convincente la alegación de que las demandantes, en el nuevo contexto, desempeñan exactamente las mismas actividades que antes y que el Council, sin reserva alguna, sigue siendo responsable de las prestaciones de restauración en las escuelas y de limpieza de los centros docentes. Esta responsabilidad pública es independiente, efectivamente, de la cuestión de quién presta realmente los servicios y quién es responsable de los trabajadores que producen dichos servicios. Esto no implica responsabilidad alguna por las condiciones de trabajo existentes en las empresas que prestan los servicios adquiridos por el Council.

61. Considero, sin más, insostenible la alegación de que en definitiva los servicios prestados por el propio Council y los servicios que le son prestados a éste son financiados desde una misma fuente. Las administraciones compran bienes y servicios a gran escala. No se puede exigir al Council que con motivo de la licitación de determinados servicios imponga a los correspondientes proveedores la obligación de que las condiciones de trabajo de las mujeres que tengan empleadas sigan siendo iguales a las de los hombres que realizan un trabajo de igual valor en el Council. *A fortiori*, con esta alegación no se puede esperar de los empresarios actuales que igualen las condiciones de trabajo de las mujeres que tengan en servicio a las de los hombres que realizan un trabajo de valor igual en el Council.

62. En consecuencia, llego a la conclusión de que, en el presente caso, el artículo 141 CE no tiene efecto directo. Teniendo en cuenta esta conclusión, no procede responder a la segunda cuestión.

VI. Conclusión

63. En consideración de cuanto precede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por la Court of Appeal (England & Wales) de la siguiente forma:

«El artículo 141 CE, en una situación como la que dio origen al litigio principal, no tiene un efecto directo que permita a las demandantes en dicho litigio invocarlo en apoyo de su pretensión de percibir de sus actuales empresarios una retribución igual a la de los trabajadores masculinos, empleados por su anterior empresario y que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.»