CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 8 de julio de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Un caso de discriminación por razón del sexo un tanto atípico ha motivado que el Employment Appeal Tribunal de Londres planteara ante este Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales.

El demandante en el asunto principal, que alega haber sido objeto de trato discriminatorio por parte de su empresario por razón del sexo, es esta vez un hombre, el Sr. G. N. Newstead, de 58 años de edad, funcionario titular desde 1970, actualmente empleado en el Servicio de prensa del Ministerio británico de Transportes.

El litigio tiene su origen en una reforma establecida en 1974, del sistema nacional de pensiones para la función pública (Principal Civil Service Pension Scheme 1974, régimen principal de pensiones en la función pública; en lo sucesivo, «régimen principal»), particularmente en lo que se refiere al régimen de pensiones de viudedad. Se trata de un régimen profesional de pensiones de jubilación elaborado en aplicación de la «Superannuation Act 1972» (Ley de 1972 sobre las jubilaciones por razón de edad) y acorde, en su versión modificada, con la «Social Security Pensions Act 1975» (Ley de 1975 sobre las pensiones de seguridad social).

El Abogado General Sr. Warner, en sus conclusiones en el asunto 69/80 (sentencia de 11 de marzo de 1981, Worringham y Humphrey/Lloyds Bank, Rec. 1981, pp. 767 y ss., especialmente pp. 798 y 799) describió con toda precisión el funcionamiento de dicho régimen. Hay que distinguir, en el sistema británico, dos componentes de las pensiones de jubilación: el componente de base, idéntico para todos, cuya financiación está garantizada por el Estado y el relacionado con el salario, variable en proporción al mismo, en función del cual se fijan tanto el importe de las cotizaciones del empresario y del asalariado, como el de la prestación que se pagará en el momento de la jubilación. Bajo algunas condiciones legales de fondo —que se refieren principalmente a las normas que regulan las pensiones de viudedad— o de forma —aprobación por un organismo oficial— se pueden establecer regímenes independientes de jubilación para la aplicación del segundo componente, que queda así exluído del régimen legal. Ésta es la razón por la que estos regímenes se denominan «contracted-out» en el sentido de que los afiliados están «excluidos mediante convenio» del régimen legal en lo que se refiere al componente de la pensión de jubilación relacionado con el salario. El régimen independiente sustituye así parcialmente al régimen legal. En este caso, empresario y asalariado cotizan en menor medida en el régimen nacional para la constitución de la pensión de base, ya que las cantidades aportadas al régimen independiente son las únicas fuentes de financiación de este último. En virtud del «Social Security Pensions Act 1975», para que un régimen independiente pueda ser calificado de «contracted-out», deberá prever una pensión para la viuda, sin que se exija idéntica obligación en lo que se refiere al viudo.

Con anterioridad, los funcionarios eran libres de cotizar o no a este régimen y el Sr. Newstead prefirió no afiliarse al mismo.

* Traducido del francés.

Pero, en aplicación del «régimen principal», su retribución bruta fue sometida, desde el 1 de junio de 1973, como la de todos los funcionarios de sexo masculino, casados o no, a una deducción obligatoria en forma de cotización, del 1,5 % de su retribución bruta para la constitución de una pensión de viudedad.

En cambio, aparte algunos casos específicos, que además sólo generan una facultad y no una obligación de contribuir, los funcionarios de sexo femenino no están obligados, ni siquiera autorizados a pagar cotizaciones similares para la constitución de una pensión para el viudo.

Verdad es que estas cantidades deducidas de las retribuciones de los funcionarios de sexo masculino, que no estén casados en el momento del cese de su actividad, son objeto de reembolso, incrementadas por el interés compuesto al 4 % con vencimiento anual, a los interesados al principio de su jubilación o a sus causahabientes en caso de fallecimiento. Sin embargo, el Sr. Newstead, que se declara «soltero pertinaz», sin ninguna intención de contraer matrimonio, estima que se le priva del goce inmediato de una parte de su remuneración mientras que sus colegas de sexo femenino, con las mismas situación e intenciones, no sufren este inconveniente: considera pues que es víctima de un trato discriminatorio por razón de sexo.

Así lo admitió, en efecto, el órgano jurisdiccional al que se sometió el asunto en primera instancia en relación con las disposiciones nacionales aplicables en la materia, la «Equal Pay Act 1970» (en lo sucesivo, «EPA 1970») y la «Sex Discrimination Act 1975» (en lo sucesivo, «SDA 1975»). El Tribunal de Trabajo consideró en efecto que, en relación con el primero de dichos textos, el Sr. Newstead había sido perjudicado en su retribución y que, a partir del segundo, existía una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, el Juez nacional de primera instancia declaró que podían aplicarse las disposiciones que preveían excepciones incluidas en los mismos textos, relativas a los casos de fallecimiento o de jubilación (letra A del apartado 1 del artículo 6 de la «EPA 1970» y apartado 4 del artículo 6 de la «SDA 1975»).

El Sr. Newstead apeló contra esta sentencia ante el Juez que nos remite este asunto y alegó que la obligación que se le imponía era contraria al artículo 199 del Tratado y a una o varias Directivas comunitarias.

Las cuestiones del Juez *a quo*, formuladas de acuerdo con las partes, pueden resumirse así:

— Ante semejante deducción obligatoria sobre el salario bruto aplicada exclusivamente a los varones, ¿existe infracción

  — del artículo 119, bien separadamente, bien en combinación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo, dictada para su aplicación, 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» (DO L 45 de 19.2.1975, p. 19; EE 05/02 p. 52),

  — o de la Directiva 76/207/CEE, 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 de 14.2.1976, p. 40, EE 05/02, p. 70)?

— En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué condiciones tiene efecto directo el Derecho comunitario, originario o derivado?

Observemos que el Juez remitente no referencia, en su tercera cuestión, más que a la Directiva 76/207, pero que se preguntaba manifiestamente, según revelan los fundamentos de la resolución de remisión, sobre los campos de aplicación respectivos del ar-

tículo 119 y de las Directivas destinadas a la aplicación del principio de igualdad de trato, lo que incluye 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 de 10.1.1979, p. 24; EE 05/02, p. 174), así como sobre las normas aplicables cuando la mencionada normativa no haya sido aplicada en absoluto, como es el caso de los regímenes profesionales de seguridad social, respecto al que sólo existe, desde el 5 de mayo de 1983, una simple propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo (DO C 134 de 21.5.1983).

2. Examinemos, en primer lugar, las observaciones de las partes en lo que se refiere a la norma comunitaria eventualmente aplicable. Según el Sr. Newstead, las partes demandadas en el asunto principal, los Ministerios británicos de Transportes y de Hacienda, negaron que, por razón de su sexo, él hubiera sido tratado menos favorablemente que una mujer que se encontrara en una situación comparable.

En el curso de una exégesis de los términos empleados por el artículo 119 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho señor mantiene que existe infracción de este texto si lo relacionamos con la Directiva 75/117 porque, en la versión inglesa del artículo 119, se habla de lo que un trabajador «percibe» («receives») y la retribución que percibe él mismo es de cuantía diferente a la que se paga a una empleada de sexo femenino que se encuentre en una situación equivalente. Hay discriminación por razón de sexo en relación con un dato y con una condición de la retribución.

El artículo 119 quedaría, en su opinión, desprovisto de gran parte de su contenido si se siguiera la interpretación, propuesta por el Juez nacional de primera instancia, de la sentencia 69/80 (Worringham, citada anteriormente), según la cual la diferencia de retribución debería apreciarse en función del salario bruto. Ello permitiría cualquier deducción o retención antes incluso de que el salario fuera «percibido».

El hecho de que se trate de cotizaciones a un régimen profesional no obsta a la aplicación del artículo 119 o de la Directiva 75/117. Lo mismo que en los asuntos Worringham (69/80, antes citado) y Liefting/Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam (sentencia de 18 de septiembre de 1984, 23/83, Rec. 1984, p. 3225), la cuestión no se plantea como un pago de prestaciones con cargo a un fondo de jubilación profesional. El artículo 119 no establece diferencias respecto a las retenciones en favor de un régimen profesional.

Subsidiariamente, la parte demandante en el asunto principal mantiene que han sido infringidos los apartados 1 del artículo 1, 1 del artículo 2 y 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, por cuanto se da una condición de trabajo discriminatoria en contra de los hombres a los que, al contrario que a sus colegas femeninos que se encuentran en una situación comparable, se les retiene el 1,5 % de su remuneración.

Al no tratarse ni de pagos de prestaciones, ni de una caja profesional, ni de seguridad social, no hay razón para preguntarse sobre las condiciones en las que la Directiva 76/207 es aplicable en estos casos. Poco importa el destino de la cantidad retenida —caja de pensiones—. Tenerlo en cuenta impediría que la Directiva alcanzara todos sus objetivos.

3. Ni el Gobierno del Reino Unido ni la Comisión comparten este punto de vista.

Según el *Gobierno del Reino Unido*, no existe desigualdad de remuneración. Sólo se pueden comparar las remuneraciones si se toman como base las retribuciones brutas, antes de cualquier tipo de deducción —impuestos, cotizaciones sociales, jubila-

ciones, [. . .] —, pudiendo variar considerablemente la cuantía de estas retenciones en función de la situación personal del empleado en cuestión, y uno de los datos de dicha situación es el sexo.

Debe haber igual retribución para idéntico trabajo: de la sentencia Worringham se desprende (apartados 12 a 15) que dicha igualdad no consiste en que las retribuciones netas sean iguales incluso si las retribuciones brutas no lo son. La igualdad de retribuciones brutas y netas es a menudo imposible.

El recurso tiene por objeto el pago de cotizaciones, para acogerse a un régimen de pensiones. Ahora bien, de la distinción que hace el asunto 19/81 (sentencia de 16 de febrero de 1982, Burton/British Railways Board, Rec. 1982, p. 555, apartado 8) entre prestaciones percibidas con arreglo a un régimen de jubilación y condiciones de acceso a dicho régimen, se deduce ante todo que esta materia no está regulada por el artículo 119 del Tratado ni por la Directiva 75/117, sino por la Directiva 76/207.

Si, no obstante, esta afirmación resultara ser inexacta, habría que precisar, lo que todavía no ha hecho la jurisprudencia de manera detallada y completa, si las prestaciones pagadas en función de una jubilación profesional constituyen una «retribución» en el sentido del artículo 119 del Tratado. Ahora bien, los regímenes profesionales de jubilación, tanto por garantizar una cobertura financiera como por su capacidad para cubrir otros riesgos (fallecimiento, enfermedad, accidente, etc.), entran en el campo de la seguridad social, respecto a la que los artículos 117, 118, y no el artículo 119, prevén una estrecha colaboración entre los Estados miembros. El Abogado General Sr. Warner, consideró en sus mencionadas conclusiones en el asunto Worringham, que un sistema de pensión como el de referencia, vinculado al sistema nacional de seguridad social, en el que la pensión sustituye total o parcialmente al régimen legal nacional, es ajeno al artículo 119 y al concepto de retribución. Así lo prueba el Derecho derivado, particularmente el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 79/7 sobre la seguridad social, según el cual:

«3. Para garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación»,

y la propuesta de la Directiva de 5 de marzo de 1983 en materia de regímenes profesionales de seguridad social que, según el Gobierno del Reino Unido, aún no ha sido adoptada, debido principalmente a la errónea referencia al artículo 119 que contienen sus dos primeros considerandos.

Al subrayar los aspectos específicos de la constitución de fondos de jubilación que dependen principalmente de las esperanzas de vida —diferentes para los varones y las mujeres— el Gobierno del Reino Unido mantiene que no se pueden volver a discutir, mediante una simple aplicación del artículo 119, las reglas financieras hasta ahora adoptadas en este ámbito.

Los regímenes profesionales de jubilación —según el Gobierno británico— dependen por naturaleza de los artículos 117 y 118, lo que confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha excluido del campo de aplicación del artículo 119 los regímenes legales de seguridad social. El régimen en cuestión, que reemplaza al régimen nacional legal, se regula, como ya dijo el Abogado

General Sr. Warner en el asunto Worringham, «en los términos más amplios del artículo 118» (Rec. 1981, p. 806).

Al examinar entonces, en el marco de la tercera cuestión, las Directivas 76/207, 79/7 y la propuesta de Directiva de 5 de marzo de 1983, el Gobierno del Reino Unido considera que el cuarto considerando y el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207 dejan la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social para disposiciones posteriores. El apartado 1 del artículo 5 del mismo texto no puede, en su opinión, cumplir las condiciones de un régimen de jubilación. Ahora bien, los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva 79/7, adoptada en aplicación del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207, excluyen de su ámbito de aplicación tanto los regímenes profesionales como las disposiciones relativas a las pensiones en favor del supérstite. La propuesta de Directiva de 5 de marzo de 1983, prevista por el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 79/7, se refiere precisamente a los regímenes profesionales cuyas prestaciones se «destinan a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlos, según que la afiliación a dichos regímenes sea obligatoria o facultativa». El régimen en cuestión corresponde a esta definición.

Además, el apartado 1 del artículo 9 de la misma propuesta prevé —siempre según el Gobierno británico— que los Estados miembros tengan la facultad de aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de pensión a favor del cónyuge supérstite. En consecuencia, la discriminación de la que se queja el Sr. Newstead no está prohibida por el Derecho comunitario.

4. Según la *Comisión*, sería preciso determinar si se trata de un problema de retribución o de condiciones de trabajo. Ahora bien, la deducción de las cotizaciones en cuestión no puede beneficiar nunca al empresario, para quien, a igualdad de empleo, el coste es el mismo, ya se trate de un hombre o de una mujer. En consecuencia, no está en causa el objetivo económico del artículo 119, que no es otro sino evitar la aparición de distorsiones de competencia entre Estados miembros por respetar o no el principio de igualdad de retribución.

La Comisión subraya, por otro lado, que el trabajador masculino o sus herederos no pierden los fondos deducidos del sueldo, lo que refuerza la idea de que en ningún caso el empresario puede beneficiarse de ello y de que no existe discriminación entre funcionarios de uno u otro sexo en cuanto a retribución.

La Comisión añade que se podría uno preguntar incluso sobre la existencia de una discriminación entre hombres y mujeres. La discriminación se daría más bien entre hombres casados y solteros, por más que, en este caso, no se puede excluir, sean cuales fueren las intenciones definitivas expresadas, que un soltero termine pese a todo por casarse.

Para determinar si hay igualdad de retribución, no basta con comparar las retribuciones brutas sin hacer lo mismo con las netas, ya que algunas deducciones se derivan, al menos en parte, como sucede en el caso de autos, de una decisión del empresario. Sin embargo, no se trata, en realidad, de una desigualdad en cuanto a una ventaja pecuniaria que concede al empresario, sino de una diferencia en una condición de empleo con consecuencias pecuniarias. En la sentencia de 15 de junio de 1978 (Defrenne III, 149/77, Rec. 1978, p. 1365, apartado 21), el Tribunal de Justicia precisó que el hecho de que algunas condiciones de empleo puedan tener consecuencias pecuniarias no es

razón suficiente para que entren en el ámbito de aplicación del artículo 119.

La Comisión considera, en consecuencia, que el problema se recoge en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, relativo a la «aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo». Desde este punto de vista, admite que, aun cuando la verdadera desigualdad de trato se refiere más bien a los funcionarios masculinos solteros en relación con sus colegas casados, se puede reconocer que existe igualmente una discriminación entre funcionarios masculinos y femeninos: el funcionario soltero varón no puede, en efecto, gozar de su sueldo en las mismas condiciones que su colega femenino.

Sin embargo, no se puede disociar la retención efectuada de la razón en que se funda: la cotización obligatoria se justifica por una prestación de un régimen de seguridad social, siendo ambas inseparables. Se hace, pues, preciso establecer, al tratarse de una pensión a favor del supérsiste, qué disposiciones del Derecho comunitario le son aplicables. Su análisis del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 76/207, artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva 79/7 y artículo 9 de la propuesta de Directiva del 5 de marzo de 1983 lleva a la Comisión, como al Gobierno del Reino Unido, a deducir que no hay todavía base en el Derecho comunitario que prevea la igualdad de trato en lo que se refiere a los regímenes profesionales de seguridad social y que, incluso si el texto que hay actualmente propuesto llegara a promulgarse, no se deduciría de él necesariamente la obligación de los Estados miembros de garantizar la igualdad en el caso de pensiones de viudedad.

5. Lo que en el presente asunto está en juego es, una vez más, la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 119. Mientras que la parte demandante considera que la disposición que se impugna en el asunto principal ha de analizarse como una condición de remuneración, diferente según el sexo, el Gobierno del Reino Unido considera que el recurso se refiere a una condición de acceso a un régimen profesional, en tanto que la Comisión pretende que en este caso se trata de una condición de trabajo con consecuencia pecuniaria, vinculada a una cuestión de seguridad social. Tiene, pues, importancia la ubicación precisa del problema de interpretación que se somete al Tribunal de Justicia.

El Sr. Newstead se queja de que no puede disponer de una parte de su salario neto en las mismas condiciones que sus colegas de sexo femenino. Su acción se dirige pues a la supresión de esta diferencia de trato. Ésta desaparecería:

— ya si las mujeres hubieran también de contribuir, con el mismo motivo que los hombres, para la constitución de una pensión de viudedad,

— ya si se suprimiera la obligación de cotizar de los funcionarios varones solteros, solución que debe preferir el Sr. Newstead.

El problema de interpretación que se somete al Tribunal de Justicia se refiere a una *obligación de cotizar* a un régimen profesional para la constitución de una pensión de viudedad, que no se impone, salvo excepción, más que a los hombres, casados o no. Ésta es la obligación que motiva la medida calificada por el Sr. Newstead de discriminatoria, que no es sino su consecuencia.

En el asunto 19/81 (Burton, anteriormente mencionado), el demandante afirmó que había sido tratado menos favorablemente que un trabajador de sexo femenino por cuanto, aunque tenía 58 años, no podía acogerse a una prima por jubilación voluntaria, mientras que una mujer de la misma edad podía reclamarla. Este Tribunal buscó la causa de ello yendo más allá del efecto, y comprobó que las cuestiones planteadas no se referían al subsidio en cuanto tal, sino, sustancialmente, a si las condiciones de edad, diferentes según el sexo de los trabajadores, que

determinan el derecho a beneficiarse del subsidio en cuestión, constituían una discriminación prohibida por el Derecho comunitario. La diferencia de trato tenía su origen en las condiciones de edad; la imposibilidad de beneficiarse de un subsidio en las mismas condiciones que las mujeres sólo era su efecto.

En el caso de autos, la causa es la obligación de cotizar que únicamente se impone a los funcionarios de sexo masculino y el efecto, una diferencia con sus colegas de sexo femenino, en cuanto a la disponibilidad inmediata de una parte del salario.

Si, como pretende el demandante, nos limitamos únicamente al efecto, habría de plantearse la cuestión de si verdaderamente se trata de una discriminación por razón de sexo. ¿No se trataría más bien, como por otra parte recordó la Comisión, de un problema de discriminación que consiste en imponer injustamente la misma obligación a todos los hombres, sin tomar en consideración su situación matrimonial? En efecto, ya que no hay en principio —salvo en casos excepcionales— pensiones para el viudo, es dudoso que se pueda mantener que hay discriminación de retribución entre hombres y mujeres, ya que los hombres se benefician de una ventaja futura, una garantía financiera en favor de sus esposas, que las mujeres no obtienen en favor de sus esposos. Desde el punto de vista del progreso social, se puede incluso afirmar que son las mujeres en realidad las que, por este hecho, están profesionalmente discriminadas. En la vista, el representante del Sr. Newstead admitió por otro lado que el demandante sin duda había considerado menos injusta la situación si hubiera estado casado, justamente porque entonces su esposa habría podido aspirar a una pensión de supervivencia. Por otro lado, de las propias observaciones orales se desprende que el Sr. Newstead querría situarse en la misma situación que las mujeres solteras, es decir, que como ellas los hombres solteros estén dispensados de cotizar. Están actualmente en curso negociaciones entre gobierno y sindicatos de la función pública para someter a todos los funcionarios, cualquiera que sea su sexo y su situación matrimonial, a la misma retención sobre las retribuciones. No es esto lo que desea el Sr. Newstead que, en realidad, no quiere cotizar en beneficio de una esposa que, según él, nunca tendrá, pero que, si lo hemos comprendido bien, estaría a pesar de todo menos insatisfecho en el caso de que las mujeres solteras que como él quieren seguir siéndolo fueran tratadas de forma tan desfavorable como él.

Este tipo de reivindicación no puede encontrar apoyo en los artículos 117 a 119 del Tratado y, si la cuestión hubiere de limitar a este aspecto, habría que decir que ninguna de las normas mencionadas es aplicable.

No es menos cierto que este asunto plantea un problema real que es, ya lo hemos dicho, el de saber en qué medida se aplica el principio de igualdad de trato a la obligación de cotizar para la constitución de una pensión de viudedad, lo que plantea nuevamente la cuestión de la naturaleza de dicha obligación.

6. Pensamos que la respuesta se encuentra simplemente en la Directiva 79/7, que se aplica a los regímenes legales que dispensan protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo. El artículo 4 de dicho texto prohíbe, en efecto, cualquier discriminación por razón de sexo, en especial con relación a la situación matrimonial y particularmente en lo relativo a «la *obligación de cotizar* y el cálculo de las cotizaciones» (la cursiva es nuestra).

Pero, según el apartado 2 de su artículo 3, la Directiva «no se aplicará a las disposiciones relativas a las prestaciones en favor de

los supervivientes» y el apartado 3 del mimo artículo confía la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales a las disposiciones que el Consejo adopte a propuesta de la Comisión. Ya he señalado que tal proyecto fue presentado por la Comisión al Consejo el 5 de marzo de 1983. Este Tribunal ha sido informado de que su adopción corre el riesgo de retrasarse mucho tiempo.

Según el apartado 1 del artículo 2 de esta propuesta,

«1. Se considerarán como regímenes profesionales los regímenes que tengan como objeto proporcionar a los trabajadores, por cuenta propia o por cuenta ajena, agrupados en el marco de una empresa, o de un grupo de empresas o de un sector profesional o interprofesional, las prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales o a sustituirlas, según que la afiliación a los respectivos regímenes sea obligatoria o facultativa.»

El régimen de pensiones en cuestión a favor de los sobrevivientes presenta estas características ya que, en su componente vinculado a la retribución, sustituye parcialmente al régimen legal.

El artículo 5 de la propuesta, al igual que el artículo 4 de la Directiva 79/7, prohíbe toda discriminación por razón de sexo en especial con relación con la situación matrimonial, particularmente en lo relativo a «la obligación de cotizar».

Una cosa hay que precisar: la obligación de cotizar a un régimen de seguridad social, que la parte demandante considera que afecta a sus condiciones de retribución y que, por esta razón, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 75/117, se escapa sin embargo, según la Directiva 79/7 del Consejo y las disposiciones de la propuesta, del sector regulado por el artículo 119 y por la Directiva adoptada para su aplicación, para entrar en el de los artículos 117 y 118, al regular expresamente este último las materias relativas a la seguridad social.

El Abogado General Sr. Capotorti, en sus conclusiones en el asunto 149/77 (Defrenne III, anteriormente mencionado, Rec. 1978, pp. 1365 y ss., especialmente p. 1383), precisó que la retribución figura ciertamente entre las condiciones de trabajo, contempladas de manera más general en los artículos 177 y 118. En consecuencia, dichos textos, a través de las condiciones laborales, pueden incidir en las modalidades de retribución. Sucede lo mismo muy especialmente con las materias relativas a la seguridad social, cuyos estrechos vínculos con las políticas estatales de protección social apenas es preciso recordar.

De ello se deduce que las retenciones del salario, efectuadas en virtud de una obligación de cotizar a un régimen de seguridad social, dependen de las condiciones laborales a las que no se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres más que cuando éste ha sido aplicado por una Directiva del Consejo. Ahora bien, por más que la Directiva 76/207 se refiera a «las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones» (primer considerando), ha excluido de su ámbito de aplicación, mediante remisión a una Directiva que deberá adoptar el Consejo, las que se refieren a la seguridad social (apartado 2 del artículo 1), reguladas después parcialmente por la Directiva 79/7.

En consecuencia, el artículo 119 no resulta aplicable a una situación como la planteada en el caso de autos, ya que dicho precepto «en contraste con las disposiciones de carácter esencialmente programático de los artículos 117 y 118», se «limita al problema de las discriminaciones en materia salarial entre trabajadores masculinos y femeninos (y) constituye una regla especial, cuya aplica-

ción se vincula a datos precisos» (apartado 19 del asunto Defrenne III, anteriormente mencionado).

El artículo 119 se «basa en el vínculo estrecho que existe entre la naturaleza de la prestación de trabajo y la *cuantía* de la retribución» (apartado 21 de la misma sentencia; la cursiva es nuestra). Este Tribunal, al reconocerle una aplicabilidad directa en el ámbito que le es propio, ha declarado que «no se pueden ampliar los términos [del artículo] [...] hasta el punto [...] de intervenir en un sector que los artículos 117 y 118 reservan a la discrecionalidad de las autoridades a que en ellos se alude» (apartado 23).

Quizá con mayor razón que en otros sectores, debe respetarse en materia de seguridad social la estrecha colaboración entre instituciones comunitarias y los Estados miembros a que se refiere el artículo 118. Desde luego, las dificultades financieras que sufren los Estados miembros de las Comunidades (véase, a este respecto, el Dr. Leo Crijns, «Les pensions de vieillesse et les problèmes y afférents dans les dix États membres de la Communauté européenne», *Droit social*, 9-10, septiembre-octubre 1984, p. 573) no facilitan mucho la actuación del Consejo para hacer progresar rápidamente la supresión de las discriminacines por razón de sexo en lo que respeta a los regímenes de pensiones profesionales. La Comisión expresó oficialmente su profunda contrariedad por ello (véase DO C 314 de 26.11.1984, p. 22, respuesta dada el 11 de octubre de 1984 a un parlamentario europeo por el Sr. Richard en nombre de la Comisión). Sin embargo, aunque entiendo que dicho retraso es efectivamente muy lamentable, me veo obligado a reconocer que el régimen en cuestión presenta las características de los regímenes profesionales a los que aún no se ha aplicado el principio de la igualdad de trato. Además, al tratarse de una obligación de cotizar con vistas a la constitución de una pensión a favor del supérstite, si en estas condiciones entrara en vigor el texto propuesto por la Comisión en 1983, todavía incluiría una excepción aplicable a un caso del tipo del que se ha planteado ante este Tribunal. En efecto, aunque la letra b) de su artículo 4, expresamente prevé que es aplicable a los «regímenes profesionales que prevean [...] principalmente pensiones a favor de los supérstites [...], si tales prestaciones se destinan a trabajadores por cuenta ajena y por consiguiente constituyen ventajas pagadas por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último», los Estados miembros aún podrían aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a dichas pensiones [letra b) del apartado 1 del artículo 9 de la propuesta de la Directiva], salvo que esta igualdad se hubiera alcanzado ya en los regímenes legales de seguridad social.

En el estado actual del Derecho comunitario, no hay obligación por parte de un Estado miembro de aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a una obligación de cotizar con vistas a la constitución de una pensión a favor del supérstite.

7. Queda aún por comprobar, sin embargo, si este resultado es compatible con la jurisprudencia de este Tribunal, a cuyo tenor se plantea la cuestión de si una cotización debida por un trabajador a un régimen de seguridad social, incluso si es legal, puede considerarse como una retribución en los términos del artículo 119.

En efecto, conviene aquí recordar que este Tribunal ha declarado:

«[...] deberán considerarse como retribución en el sentido del artículo 119 las cantidades que las autoridades públicas están obligadas a pagar a título de cotizaciones de seguridad social debidas por personas que trabajan en la Administración y que son tenidas en cuenta para el cálculo de la retribución bruta de los funcionarios, siempre que influyan directamente en el cálculo de otras ventajas vinculadas a las retribuciones»

(sentencia de 18 de septiembre de 1984, Liefting/Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam, 23/83, Rec. 1984, pp. 3225 y ss., especialmente p. 3239, apartado 13).

Se reitera así una doctrina establecida ya en el asunto 69/80 (Worringham, anteriormente mencionado, Rec. 1981, p. 790, apartados 14 a 17).

En realidad, el problema se aclara en cuanto se hace referencia, como este Tribunal ha hecho en su sentencia Defrenne III, siguiendo las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti, a la distinción que debe operarse entre los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 117 y 118 del Tratado, por una parte, y 119, por otra.

Los artículos 117 y 118 son textos de alcance general que subrayan «la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, para conseguir su equiparación por la vía del progreso» (párrafo 1 del artículo 117) y que atribuyen a la Comisión la «misión de promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social», particularmente en materia de seguridad social (párrafo 1 del artículo 118).

Hemos recordado que dichas disposiciones tienen naturaleza programática y que necesitan para su ejecución la promulgación de disposiciones comunitarias derivadas. En tal sentido dictó el Consejo las Directivas 76/207 y 79/7. Su promulgación no bastó para garantizar la completa aplicación de los dos artículos anteriormente mencionados.

En cambio, el artículo 119 del Tratado es un texto de alcance específico, relativo a «la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo» (párrafo 1). Su ámbito de aplicación, más restringido, se inscribe en el más general de los artículos 117 y 118. El carácter fundamental del principio que en él se enuncia condujo a este Tribunal a afirmar su aplicabilidad directa frente a las «discriminaciones que puedan comprobarse con ayuda únicamente de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución contemplados por el artículo anteriormente mencionado, sin que sean necesarias disposiciones comunitarias o nacionales que precisen en estos criterios para la aplicación de los mismos» (sentencia de 9 de febrero de 1982, Garland/British Rail Engineering, 12/81, Rec. 1982, p. 359).

En este régimen general se inscriben las decisiones de este Tribunal de Justicia que alegan, tanto el Juez remitente como ante este Tribunal, las partes en el asunto principal y coadyuvantes.

Esta jurisprudencia traduce la búsqueda de un equilibrio entre:

— de una parte, el carácter fundamental del principio afirmado por el artículo 119, que requiere una garantía comunitaria de su eficacia;

— por otra parte, la observancia de las competencias respectivas que los artículos 117 y 118 reservan tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros, cuya soberanía sobre su política social y, claro está, sobre sus incidencias financieras, debe seguirse manteniendo (véase, a este respecto, L. Imbrechts, «L'égalité de rémunération entre hommes et femmes», *RTDE*, fascículo 2, abril-junio 1986, pp. 231 y ss., especialmente pp. 236 y 237).

De esta manera, tal como he dicho, la seguridad social —de la que dependen las pensiones a favor del supérstite— es una de las materias expresamente contempladas en el artículo 118.

No hay, por ello, contradicción alguna entre la solución que propongo a este Tribunal en el caso de autos y la que el mismo Tribunal adoptó en los asuntos Worringham y Liefting, donde lo que se tomó en consideración no fue la *obligación* de cotizar, condición de trabajo, sino las cantidades pagadas en dicho concepto —es decir, la *cuantía* de la misma— englobadas en la retribución bruta y que concurren para determinar el cálculo de otras ventajas vinculadas a la retribución. Con mayor claridad, no debe confundirse esta obligación con la cotización, que no es sino su consecuencia pecuniaria.

Ni que decir tiene que un trabajador soltero de sexo masculino que percibiera una retención *global*, que incluye el importe de la cotización social, inferior a la pagada a sus colegas femeninos, podría ampararse tanto en el artículo 119 como en la Directiva 75/117, adoptada para su aplicación. Pero, en la medida en que la legislación aplicable al interesado se limita a deducir, de una retribución *igual* cualquiera que sea el sexo del trabajador, una cotización en materia de seguridad social que únicamente se impone a los varones, la disposición en virtud de la cual se produce esta deducción con arreglo a los artículos 117 y 118 del Tratado y de las Directivas 76/207 y 79/7. Hemos visto que, en el estado actual del Derecho comunitario, estos textos no impiden un trato diferenciado por razón de sexo.

Es comprensible que los que sufren dicho trato se lamenten y no se puede sino desear el establecimiento, lo antes posible, de una normativa comunitaria al respecto. Sea como fuere, mientras que la propuesta de Directiva sujeta al examen del Consejo no tenga la fuerza del Derecho positivo, creo que una medida del tipo de la criticada en el asunto principal pueda considerarse incompatible con el Derecho comunitario, originario o derivado.

Añadiré, para completar, que no puede interpretarse este razonamiento en el sentido de aceptar cualquier retención sobre la retribución que se efectúe de manera discriminatoria por razón de sexo. En efecto, toda deducción de este tipo que no caiga en el ámbito de aplicación de una expresa disposición que establezca una excepción resulta contraria al artículo 5 de la Directiva 76/207, cuyo efecto directo ha sido afirmado por este Tribunal en la sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, p. 723).

En atención a las observaciones precedentes, propongo que este Tribunal responda a las cuestiones planteadas por el Employment Appeal Tribunal como sigue:

Habida cuenta de las disposiciones de los apartados 2 del artículo 1 de la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39 de 14.2.1976; EE 05/02, p. 70), y 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 (DO L 6 de 10.1.1979; EE 05/02, p. 174), no se opone al Derecho comunitario, en su estado actual, una retención, realizada únicamente sobre las retribuciones brutas de los trabajadores de sexo masculino, para la constitución de una pensión a favor del supérstite en el marco de un régimen profesional.