CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. FRANCESCO CAPOTORTI
presentadas el 28 de febrero de 1980 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Este asunto permite al Tribunal de Justicia volver sobre el importante principio de la igualdad de retribución entre los trabajadores y trabajadoras, establecido por el artículo 119 del Tratado de Roma; principio que ya examinó el Tribunal en la célebre sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, ↔ Rec. p. 455).

Los hechos son claros. La sociedad inglesa Macarthys, dedicada a la comercialización al por mayor de productos farmacéuticos, pagó durante el período 1974/1975 un salario semanal de 60 UKL esterlinas al Sr. McCullough, responsable de uno de sus almacenes. El 1 de marzo de 1976, después de que este puesto de almacenista permaneciera vacante durante más de cuatro meses, se contrató para el mismo a la Sra. Wendy Smith, con un salario de 50 UKL esterlinas semanales. Más tarde, la Sra. Smith formuló demanda ante el Industrial Tribunal de Londres alegando la Ley inglesa sobre Igualdad de Retribuciones (Equal Pay Act de 1970) y solicitando, en base a la misma, que se le reconociera el derecho a percibir una retribución igual a la que percibía su predecesor.

Mediante sentencia de 27 de junio de 1977, dicho órgano jurisdiccional, aun reconociendo que las funciones confiadas a la demandante no eran exactamente iguales a las de su predecesor (en particular, y a diferencia de este último, no era responsable del mantenimiento de los vehículos), consideró que las funciones de la Sra. Smith eran «muy similares», a efectos del apartado 4 del artículo 1 de la Equal Pay Act, a las que desempeñaba anteriormente el Sr. McCullough. Por consiguiente, decidió que la retribución de la Sra. Smith debía calcularse del mismo modo que se había calculado en su momento la del Sr. McCullough más aún cuando la demandante no disponía de la colaboración de dos almacenistas adjuntos con la que había contado su predecesor.

El órgano jurisdiccional de apelación competente para los litigios en materia laboral (el Employment Appeal Tribunal) confirmó dicha decisión, aunque reconoció que para ello era necesario ir más allá del tenor literal de la Equal Pay Act, que limita el derecho a

* Lengua original: italiano.

la igualdad de trato a los casos de empleo simultáneo dentro de una misma empresa de trabajadores y trabajadoras, cuyas funciones efectivamente realizadas (y no sólo la cualificación abstracta del empleo ocupado) hay que comparar. Según el órgano jurisdiccional de apelación, se imponía superar el tenor literal de la Ley británica para evitar tanto los resultados injustos que de él se derivarían como la incompatibilidad con el principio comunitario de igualdad de retribución entre los trabajadores de ambos sexos para «un mismo trabajo», establecido por el artículo 119 del Tratado de Roma.

Tras recurrir nuevamente ante la Court of Appeal, la sociedad Macarthys alegó el tenor literal de la Equal Pay Act, mientras que los defensores de la Sra. Smith se basaron en la necesidad de interpretar la disposición nacional conforme al Derecho comunitario, refiriéndose no solo al artículo 119 antes citado del Tratado, sino también al 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. A tenor de esta última disposición, «el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado [...] 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».

Mediante resolución de 6 de agosto de 1979, la Court of Appeal de Londres sometió al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones relativas a la interpretación de la normativa comunitaria, con el fin de determinar si el principio de igualdad de retribución debe aplicarse a una situación como aquella en que se encuentra la Sra. Smith.

2. En primer lugar, la Court of Appeal pregunta si el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de ambos sexos «para un mismo trabajo», que figura en el artículo 119 del Tratado CEE y en el artículo 1 de la Directiva 75/117 del Consejo, se limita a aquellas situaciones en que los trabajadores de ambos sexos de que se trate efectúen simultáneamente el mismo trabajo para la misma empresa.

El tenor del artículo 119 no justifica una limitación de la aplicabilidad del citado principio en el sentido indicado por esta cuestión; en efecto, dicho artículo se limita a señalar, como requisito para su aplicación, la identidad de la prestación laboral sin utilizar de ningún modo el criterio de la simultaneidad. La sentencia Defrenne, antes mencionada, de 8 de abril de 1976, al afirmar la aplicabilidad directa del artículo 119, se refiere igualmente a los casos de «una retribución dispar a favor de trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo, realizado en un mismo establecimiento» (apartado 22), sin exigir la simultaneidad del trabajo considerado.

Tampoco puede justificarse dicha restricción a la luz de los objetivos del artículo 119. Tal como aclaró el Tribunal de Justicia en el asunto Defrenne (apartados 7 al 15), «el artículo 119 apunta a un doble objetivo. Por una parte, habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución, no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina. Por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado».

La Comisión señala con razón que si una empresa pudiera, a través de la sustitución de su personal masculino por personal femenino, pagar por este solo hecho retribuciones inferiores, de ello se derivaría una ventaja desleal en el terreno de la competencia frente a las empresas que emplearan al mismo tiempo personal masculino y femenino para la realización de los trabajos de que se tratara. Además, si la única razón para la diferencia del nivel retributivo para un mismo trabajo efectuado para la misma empresa en distintos momentos fuera la diferencia de sexo, las trabajadoras se encontrarían injustamente discriminadas y penalizadas frente a los trabajadores, lo que sería manifiestamente contrario a las finalidades sociales de la disposición controvertida.

El Gobierno del Reino Unido ha alegado en el curso del procedimiento que, para poder aplicar el citado principio del artículo 119 a un mismo trabajo, efectuado en épocas diferentes, habría que definir por ley los criterios de limitación temporal y el período de referencia apropiado para la comparación. Al no existir estas precisiones, el artículo 119 no puede aplicarse a los trabajos efectuados en momentos diferentes. En apoyo de esta tesis, el Gobierno del Reino Unido se ha referido a la distinción efectuada por el Tribunal de Justicia, también en la citada sentencia Defrenne, entre «las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo (artículo 119) y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional» (apartado 18). Pero lo que llevó al Tribunal a hacer esta distinción y a considerar que, para las discriminaciones del segundo grupo, el principio del artículo 119 no podía aplicarse directamente, fue sobre todo la existencia de casos en los que resulta imposible comparar las prestaciones de trabajo de trabajadores y trabajadoras, como sucede, por ejemplo, cuando la discriminación se verifica no sólo dentro de una empresa sino respecto a sectores industriales enteros caracterizados por

una mano de obra exclusiva o predominantemente femenina; y ello aparte de las discriminaciones encubiertas que se traducen en restricciones al acceso de las mujeres a determinados niveles o puestos de trabajo. Por el contrario, el hecho de que las prestaciones de trabajo se desarrollen en distintos momentos no impide comparar directamente las funciones desempeñadas por trabajadores de ambos sexos dentro de una misma empresa; y desde luego no es necesaria ninguna disposición legislativa que permita al Juez determinar si se trata de un «mismo trabajo» a efectos del párrafo primero del artículo 119.

Para valorar esta situación basta con verificar, caso por caso, los hechos, es decir, si son comparables las funciones desempeñadas por los trabajadores de ambos sexos. Ello entra manifiestamente en el ámbito de aplicación directa del artículo 119 como se desprende de la citada sentencia Deffrene (apartado 18).

Pueden aparecer dificultades en el caso de que el tiempo transcurrido entre los dos períodos de trabajo de que se trate sea tal que impida razonablemente la comparación entre las dos retribuciones, habida cuenta de la evolución de las condiciones económicas generales y, sobre todo, de las particulares de la empresa empleadora. Asimismo, la adopción de una política salarial más estricta podría incidir, de un día para otro, en las retribuciones. Pero en estos casos, la diferencia de trato encontraría una justificación objetiva en el cambio señalado de las condiciones económicas generales o particulares, de manera que no podría hablarse ya de una discriminación injustificada y arbitraria desde el punto de vista de la retribución entre trabajadores y trabajadoras. También aquí dependerá de la apreciación de las circunstancias que haga el Juez nacional; de este modo, puede pensarse que, por ejemplo, una empresa que quiera demostrar que las condiciones económicas le han forzado a pagar un salario inferior a una mujer que al hombre que le precedió en el mismo puesto, alegará los datos relativos al nivel general de los salarios dentro o, en su caso, fuera de esta misma empresa. Hay que señalar aquí que el órgano jurisdiccional remitente sólo ha estimado relevante el hecho de que la retribución abonada a la Sra. Smith era inferior a la de su predecesor y la identidad casi total de las funciones que desempeñaban.

Estas consideraciones me llevan a excluir la posibilidad de que el principio de igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, para un mismo trabajo dentro de la misma empresa (que figura en el artículo 119 del Tratado CEE), deba limitarse a los casos en los que el trabajo se efectúe simultáneamente por trabajadores y por trabajadoras.

3. Mediante su segunda cuestión, subordinada a una respuesta negativa a la primera,

la Court of Appeal pregunta si el principio de igualdad de retribución puede ser alegado por una trabajadora que demuestre que la retribución que percibe es inferior a la que se habría abonado a un trabajador encargado de las mismas funciones dentro de la misma empresa, en el caso de que ocupara su puesto, o bien a aquella que ha sido percibida efectivamente por un trabajador que haya trabajado durante un período precedente asumiendo las mismas funciones dentro de la misma empresa.

En mi opinión, una respuesta afirmativa constituye la consecuencia lógica y necesaria a la solución dada a la anterior cuestión. Se ha discutido en el curso del procedimiento la posibilidad de aplicar el método de comparación hipotética entre la retribución pagada a la trabajadora y aquella otra que *se habría pagado* a un trabajador de haber éste ocupado su puesto. Pero es sin duda posible establecer dicha comparación si se conoce la retribución pagada u ofrecida habitualmente a los trabajadores masculinos por el mismo trabajo dentro de la misma empresa.

He señalado ya que puede invocarse el artículo 119 siempre que la diferencia de salario se deba a la diferencia de sexo. Ello significa que la mera comprobación de una diferencia de salario en perjuicio de la trabajadora en comparación con la retribución que haya percibido anteriormente o que hubiera podido percibir un trabajador por el mismo trabajo en la misma empresa puede representar como mucho la simple presunción de una discriminación prohibida.

Aparte de la posibilidad ya mencionada de que la diferencia de salario se deba a un cambio de la situación económica general o particular, puede ser también que el diferente nivel de retribuciones, en el caso de una trabajadora que ha ocupado efectivamente el puesto de un trabajador, se deba a circunstancias personales del trabajador de que se trate, como las que pueden presentarse cuando el trabajador que se toma como elemento de comparación tuviera una antigüedad en el servicio superior a la de la trabajadora de que se trate. De hecho, esta situación justificaría la percepción de diferentes salarios aun en el caso de que los empleos fueran simultáneos.

Otra posibilidad es que la dirección de la empresa considere justificado calificar de modo diferente determinadas funciones realizadas anteriormente por un trabajador que habían sido sobrestimadas desde el punto de vista de su nivel. También aquí corresponderá al Juez que conozca del asunto comprobar si existía efectivamente una sobrestimación, y para ello deberá utilizar criterios objetivos (como la situación en las demás empresas del mismo sector o el nivel de cualificación previsto en los convenios colectivos). Lo que importa es que la retribución inferior se deba a circunstancias ajenas al sexo de los trabajadores. Corresponde a la empresa acusada de discriminación salarial el demostrar que ello se debe a circunstancias de esta naturaleza; y por supuesto se presentará la prueba más convincente demostrando que la disminución de salario habría sido aplicada igualmente a un trabajador que hubiera sido

contratado en lugar de una trabajadora para suceder a otro trabajador.

4. Mediante la tercera cuestión –que presupone a su vez una respuesta afirmativa a la que acabamos de examinar– el órgano jurisdiccional nacional pregunta si dicha respuesta depende de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 75/117 del Consejo.

Hemos recordado ya anteriormente el contenido de dicho artículo. Es evidente su estrecha vinculación con el artículo 119 del Tratado de Roma: más en concreto, sirve para aplicarlo, pero también para complementarlo superando la hipótesis del «mismo trabajo», a la que se le añade la del trabajo «del mismo valor» (tomadas de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio nº 100 de la Organización Internacional del Trabajo). Pues bien, sólo respecto a esta innovación del artículo 1 citado de la Directiva 75/117 puede ser útil preguntarse si la solución al problema planteado en la segunda cuestión depende de dicho artículo y no únicamente del artículo 119. Me parece claro que la respuesta ha de ser negativa: en efecto, únicamente en base al artículo 119 he considerado que se debe excluir que el principio de igualdad de retribución se limite a los trabajos efectuados simultáneamente por un trabajador y una trabajadora en la misma empresa. En otras palabras, dicho punto de vista no resulta en absoluto afectado por el hecho de que hoy en día, en virtud de la citada Directiva, el principio de igualdad de retribución se aplique también a los trabajos del mismo valor; con independencia de esta extensión del ámbito de aplicación, es decir, aun si la misma no se hubiera producido, podría mantenerse la tesis que he expuesto (y que, en mi opinión, está fundada).

En el presente caso, el órgano jurisdiccional inglés de primera instancia, así como –por lo menos implícitamente– el de segunda instancia, han considerado el trabajo efectuado por la Sra. Smith como muy similar («broadly similar») –y las tareas que se le confiaban como muy comparables («broadly comparable»)– respecto a las del anterior almacenista. Ello ha llevado a dichos órganos jurisdiccionales a considerar aplicable el apartado 4 del artículo 1 de la Equal Pay Act, superando así, como he recordado al principio, la restricción legislativa que considera comparables únicamente dos trabajos desarrollados de manera simultánea; y ello explica también la formulación de la primera cuestión de la Court of Appeal, a la que se vincula la segunda. Queda claro que corresponde al Juez que conozca del fondo del asunto apreciar la identidad o la similitud de los dos trabajos comparados. Creo poder añadir tan sólo, en términos generales, que la orientación manifestada por la Directiva 75/117 del Consejo, en el sentido de una interpretación y de una aplicación extensiva del artículo 119 del Tratado de Roma, justifica una interpretación no restrictiva de la expresión «mismo trabajo» utilizada en dicho artículo. En mi opinión, el mismo debe por tanto interpretarse de modo que incluya dos trabajos que presenten un grado elevado de similitud, aunque no sean totalmente idénticos.

De este modo, la respuesta negativa que propongo para la tercera cuestión deja sin objeto la cuarta y última cuestión, que fue formulada por los Jueces británicos sólo para el caso de que la tercera cuestión recibiera una respuesta afirmativa.

5. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las cuestiones que le han sido planteadas por la Court of Appeal de Londres, mediante resolución de 6 de agosto de 1979, declarando que:

1) La aplicación del principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo, sin discriminación por razón de sexo, que figura en el artículo 119 del Tratado CEE, no se limita únicamente a los casos en que los trabajadores y trabajadoras, que trabajen para una misma empresa, estén empleados en la misma simultáneamente.

2) Por consiguiente, dicho principio se aplica igualmente a los casos en que una trabajadora pueda demostrar que la retribución que percibe del empleador es inferior a la que había percibido con anterioridad un trabajador, o a la que habría podido percibir si se hubiera contratado a éste simultáneamente en la misma empresa y para el mismo trabajo, a condición de que la diferencia de trato no tenga una justificación objetiva por razones ajenas a la diferencia de sexo.

3) En el caso de «un mismo trabajo» –que incluye dos trabajos que sean sensiblemente parecidos–, la respuesta afirmativa a las cuestiones que anteceden se basa en el artículo 119 del Tratado de Roma y no está en función de lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 75/117 del Consejo.