

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. CARL OTTO LENZ
presentadas el 14 de julio de 1993 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

miento, se supone que son del mismo valor en relación con las exigencias que imponen a sus titulares.

A. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial presentada por la Court of Appeal en este asunto versa sobre la interpretación y aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos consagrado en el artículo 119 del Tratado CEE. El órgano jurisdiccional de remisión resumió del siguiente modo las circunstancias de hecho relevantes:

«1. La demandante es una mujer que desempeña la función A en una profesión (la logopedia) en la que el personal contratado por el empleador X está compuesto casi exclusivamente por mujeres y en la que la práctica totalidad de los titulares de empleos A son mujeres.

2. La persona que se toma como referencia de comparación es un hombre que desempeña la función B en una profesión (la farmacia) en la que la mayoría del personal contratado por el empleador X está compuesta por mujeres, si bien la mayoría de los titulares de empleos B son hombres.

3. La función A y la función B son diferentes, pero, a efectos del presente procedi-

4. Los empleados que desempeñan la función B perciben una retribución superior a la de los empleados que desempeñan la función A.

5. Los niveles retributivos de ambas profesiones (incluidos los niveles retributivos de las funciones A y B) se fijan, desde siempre, mediante negociación colectiva entre el empleador y los sindicatos representativos.

6. Ambas profesiones están representadas por el mismo sindicato (y el mismo representante sindical), y la negociación colectiva sobre la retribución de los logopedas (incluidos los que ejercen la función A) se lleva a cabo de forma separada e independiente de la relativa a los farmacéuticos (incluidos los que ejercen la función B).

7. El Tribunal de instancia ha declarado probado que no existió discriminación por razón de sexo, ni directa ni indirecta, ni intencional ni involuntaria, en la forma en que se llevaron a cabo las negociaciones colectivas (consideradas por separado) ni en relación con los acuerdos en materia de

* Lengua original: alemán.

acceso, traslado o promoción alcanzados en cualquiera de las dos profesiones.

8. A pesar de la inexistencia de discriminación por razón de sexo en el sentido expuesto en el apartado 7, el sistema de negociaciones colectivas separadas para ambas profesiones ha tenido, en la práctica, efectos negativos para las mujeres, por cuanto los titulares de un empleo A (casi todos mujeres) perciben una retribución inferior a la de los titulares de un empleo B (mayoritariamente hombres), aunque el trabajo correspondiente a la función A sea del mismo valor que el correspondiente a la función B.

9. El empleador acreditó que una parte (no insignificante) de la diferencia de retribución entre las funciones A y B, aunque no toda ella, está justificada objetivamente por la escasez de farmacéuticos adecuadamente cualificados.»

2. A continuación, el órgano jurisdiccional de remisión somete a este Tribunal las siguientes cuestiones:

«1) ¿Exige el principio de igualdad de retribución, establecido en el artículo 119 del Tratado de Roma, que el empleador justifique objetivamente la diferencia de retribución entre la función A y la función B?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede alegar el empleador, para justificar de manera suficiente la diferencia de retribución, el hecho de que las retribuciones de las funciones A y B se fijaran, respectivamente, mediante procesos diferentes de negociación colectiva, procesos que (conside-

rados por separado) no suponen una discriminación por razón de sexo ni producen el efecto de desfavorecer a las mujeres a causa de su sexo?

3) Si el empleador pudiera demostrar que, en determinadas ocasiones, existen graves escaseces de candidatos idóneos para la función B y que paga una retribución superior a los titulares de empleos B con el fin de atraerlos a la función B, pero pudiera asimismo demostrarse que sólo una parte de la diferencia de retribución entre la función B y la función A se debe a la necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B,

a) ¿está objetivamente justificada la diferencia de retribución en su totalidad? o

b) ¿está objetivamente justificada la parte de la diferencia debida a la necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B, y sólo esa parte? o

c) ¿debe el empleador equiparar las retribuciones de las funciones A y B por no haber logrado demostrar que la totalidad de la diferencia está objetivamente justificada?»

3. Las partes formularon —como consta en el informe para la vista— sus observaciones al respecto.¹ En lo sucesivo, sólo se hará referencia a los detalles de los hechos que se desprenden de la exposición de las partes y a las observaciones de éstas en la medida exigida por la argumentación.

1 — Véase el informe para la vista, pp. I-5540 y ss.

B. Definición de postura

Consideraciones preliminares

4. El órgano jurisdiccional de remisión excluyó expresamente la existencia de discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta. En sus observaciones, las partes parecen situarse en el marco jurídico de una discriminación indirecta. Con arreglo a la exposición de los hechos pertinentes que realiza la Court of Appeal en su resolución de remisión, el Tribunal de instancia no consideró probada la existencia de discriminación alguna, ni directa ni indirecta, fuese intencional o involuntaria. No es posible determinar con certeza si el hecho de que la demandante en el procedimiento principal interpusiera un recurso ante el órgano jurisdiccional de remisión provoca una limitación del objeto del litigio a determinadas formas de discriminación. Para la apreciación del asunto, procede partir de la base de la descripción de los hechos efectuada por el órgano jurisdiccional de remisión, determinante para el Tribunal de Justicia.

Sobre la suposición de que los trabajos tienen el mismo valor

5. Este Tribunal debe partir también de la afirmación del órgano jurisdiccional de remisión según la cual, a efectos del procedimiento, se supone que la función A y la función B tienen el mismo valor. Para acreditar una discriminación salarial por razón de sexo, tiene una importancia primordial la existencia de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuya un mismo valor a efectos del artículo 1 de la Directiva 75/117,² que concreta a este respecto el principio de

igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado.³

6. El hecho de que la existencia de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuya un mismo valor sea una parte esencial de la carga de la prueba que recae sobre toda demandante que alegue una discriminación salarial está seguramente también en el origen de las dudas expresadas por el Gobierno de la República Federal de Alemania acerca del supuesto valor idéntico de las funciones que deben compararse.

7. El hecho de que tanto el órgano jurisdiccional de remisión como todas las instancias jurisdiccionales que han conocido del asunto partieran de la hipótesis de identidad de valor de las actividades comparadas se debe a las posibilidades procesales que ofrece el ordenamiento jurídico del Estado miembro. El examen de la igualdad del valor de dos actividades diferentes puede exigir, llegado el caso, un dictamen pericial complejo y costoso. Conforme al Derecho procesal del Estado miembro, la práctica de la prueba sobre esta cuestión de hecho puede posponerse al examen de las cuestiones jurídicas.

Comparabilidad de las funciones

8. En el marco del presente procedimiento, se ha señalado que el ordenamiento jurídico del Estado miembro admite la posibilidad de ordenar la verificación de la igualdad del valor de diferentes funciones desempeñadas para la misma empresa o, en todo caso, para el mismo empleador. El órgano jurisdiccional sólo puede denegar dicho examen de la igualdad del valor en caso de manifiesta incomparabilidad de las funciones.

2 — Directiva 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 (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

3 — Véase la sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate (96/80, Rec. p. 911), apartado 22.

9. Las reservas del Gobierno alemán en el sentido de que sólo pueden y deben compararse las situaciones comparables deben ser tenidas en cuenta tanto para la autorización del estudio comparativo como en el marco de la realización del propio examen comparativo.

10. En las circunstancias del presente caso, no puede partirse de la base de una manifiesta incomparabilidad de las funciones. En el procedimiento principal no se trata tampoco de una comparación abstracta entre las funciones de personas pertenecientes a dos grupos profesionales, a saber, los logopedas por un lado y los farmacéuticos por otro, sino de la comparación de determinadas funciones especificadas mediante la designación de personas concretas, que son las que ejercen dichas funciones. A este respecto, las funciones que deben compararse se caracterizan, además de por la pertenencia a un determinado grupo profesional, por otras características esenciales, como la posición jerárquica, la condición de superior, la responsabilidad, etc., en la medida en que se trata precisamente de la *comparación de determinados puestos de dirección*. Por otra parte, este tipo de comparaciones son habituales para las clasificaciones en la función pública, sea en la administración civil o en la militar.

11. En estas circunstancias, no puede considerarse abusiva la suposición de hechos efectuada. Esta suposición no constituye en modo alguno una manifestación de negligencia en el examen de los elementos de hecho constitutivos de discriminación salarial, que deben ser objeto de la máxima atención.

12. Como, por lo demás, es en principio competencia del órgano jurisdiccional de remisión examinar la pertinencia de la cuestión prejudicial para la solución del litigio

pendiente⁴ y no existe indicación alguna de un ejercicio abusivo de esta competencia,⁵ este Tribunal no puede ignorar las informaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional de remisión en la petición de decisión prejudicial, que delimitan el marco fáctico y jurídico de las cuestiones a las que debe responder.⁶

Sobre la primera cuestión⁷

Consideraciones preliminares

13. La primera cuestión de la petición de decisión prejudicial versa sobre la atribución de la carga de la prueba en un litigio por una alegada discriminación salarial. En los litigios sobre discriminación salarial por razón de sexo, la carga de la prueba de las partes puede tener distinto alcance según se trate de un caso de discriminación directa o indirecta. Por lo que respecta a los criterios básicos de diferenciación entre ambas formas de discriminación sexual y los respectivos requisitos de prueba, me remito a mis conclusiones en el asunto 109/88.⁸

14. La descripción de los hechos del litigio no permite determinar claramente si se trata,

4 — Sentencias de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board/Redmond (83/78, Rec. p. 2347); de 6 de octubre de 1982, Cifit/Ministero della Sanità (283/81, Rec. p. 3415).

5 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Gmuryńska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartados 15 y ss.

6 — Sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 26.

7 — Véase el informe para la vista, p. I-5540.

8 — Conclusiones de 31 de mayo de 1989, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss (109/88, Rec. 1989, pp. 3199 y ss, en especial p. 3209), puntos 25 y ss.

en el procedimiento principal, de un caso de discriminación directa o de discriminación indirecta. El marco jurídico de partida estriba en que el artículo 119 del Tratado y las disposiciones de las Directivas aprobadas para su ejecución,⁹ tal como han sido entendidas y aplicadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, prohíben cualquier forma de discriminación salarial por razón de sexo.¹⁰ La discriminación salarial por razón de sexo puede revestir diversas formas cuya identificación podría plantear un problema jurídico. Para clasificarlas en categorías jurídicas, la jurisprudencia se sirve de las figuras de la discriminación directa y la discriminación indirecta. Esta elaboración conceptual no debe entenderse en modo alguno en el sentido de que excluye toda forma posible de discriminación sexual. Ello se confirma considerando los conceptos del Derecho británico utilizados en el presente procedimiento. Cuando se hace referencia a una discriminación directa intencional o involuntaria y a una discriminación indirecta intencional o involuntaria, se pone de manifiesto que existen cuatro posibilidades de calificación jurídica del mismo fenómeno.

15. El objetivo de la elaboración conceptual 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. Siguiendo la orientación adoptada hasta ahora por este Tribunal en su jurisprudencia, centrada en el resultado,¹¹ debe adoptarse un criterio pragmático.

16. Así por ejemplo, en la sentencia en el asunto 109/88, Danfoss, el Tribunal no se basó expresamente en ninguno de los conceptos de discriminación por razón de sexo utilizados en la jurisprudencia anterior, sino que dio una respuesta formulada en términos generales a la cuestión planteada en relación con la carga de la prueba, a pesar de que aquel caso suscitaba bastantes dudas sobre si se trataba de una discriminación por razón de sexo directa o indirecta.

17. El caso presente es un ejemplo ilustrativo de las dificultades que plantea la clasificación de un fenómeno real en alguno de los conceptos elaborados, aun cuando, en orden al resultado, puede apreciarse claramente que se retribuye a una mujer peor que a un hombre por un trabajo del mismo valor realizado para un mismo empleador.

18. Con todo, en el examen que sigue procede partir de la elaboración conceptual desarrollada hasta ahora por el Tribunal de Justicia.

⁹ — Véanse, en particular, el artículo 1 de la Directiva 75/117 y el artículo 2 de la Directiva 76/207 del Consejo, de 2 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 L39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

¹⁰ — En la jurisprudencia anterior de este Tribunal, era cuando menos dudoso si tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta estaban comprendidas en el ámbito de aplicación directa del artículo 119 del Tratado. Véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Rec. p. 455), apartado 23, y de 27 de marzo de 1980, Macarthys/Smith (129/79, Rec. p. 1275), apartado 15. Desde las sentencias de 11 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada, y de 31 de marzo de 1981, Humphreys/Lloyds Bank (69/80, Rec. p. 767), apartado 23, y de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada, apartado 17, el Tribunal considera que la discriminación indirecta también está comprendida expresamente dentro del ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.

¹¹ — En relación con la obligación de resultado del artículo 119 Tratado, véanse las sentencias de 8 de abril 1976, Defrenne/Sabena, antes citada; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung (171/88, Rec. p. 2743), apartado 9, así como también la jurisprudencia relativa a la discriminación indirecta: sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada; de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607); de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591); de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), y de 4 de junio de 1992, Bötzel (C-360/90, Rec. p. I-3591).

— La carga de la prueba en caso de discriminación directa

19. En los casos de discriminación directa, es necesario y suficiente efectuar una comparación concreta de la retribución de una trabajadora y de un trabajador con un trabajo idéntico o equivalente realizado para un mismo empleador. La demandante debe acreditar en el proceso el caso de una persona de sexo masculino de la misma empresa que sirva de comparación por efectuar un mismo trabajo o un trabajo del mismo valor y estar mejor retribuido.¹²

20. Como quiera que, por definición, en caso de discriminación directa la pertenencia a un sexo es la causa del peor trato o retribución, debe existir también una relación causal entre la pertenencia a dicho sexo y la menor retribución.

21. Es dudoso que la demandante esté obligada asimismo a probar la existencia de dicha relación causal. Tal como muestra la figura de la discriminación directa involuntaria o inconsciente, es perfectamente posible concebir formas de discriminación directa por razón de sexo en las que no se mencione expresamente la pertenencia a un sexo determinado como criterio para una mejor o peor retribución en el contrato laboral, la tabla salarial o el convenio colectivo. La elaboración conceptual de esta categoría pone de manifiesto que la discriminación no tiene por qué haber sido deliberada.

12 — En los casos de discriminación directa por razón de sexo, puede prescindirse incluso de la exigencia de acreditar la existencia de una persona de sexo masculino que sirva de comparación. Véase la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartados 17 y ss.

22. La asignación de determinados niveles salariales a determinadas funciones puede tener efectos directamente discriminatorios. Citaré aquí únicamente el clásico ejemplo de un trabajo físico pesado que exige aplicar mucha fuerza, en comparación con un trabajo que exige una gran habilidad manual.¹³ Este tipo de criterios de diferenciación de las retribuciones puede dar lugar a una discriminación *directa* por razón de sexo. Para impedirlo, se incluyó expresamente en el artículo 1 de la Directiva 75/117 el criterio del *trabajo del mismo valor*.¹⁴ Esa es la razón por la cual la Comisión atribuyó una gran importancia, en la supervisión de la ejecución de la Directiva en el Derecho nacional, a que se incorporase el criterio del trabajo del mismo valor a las disposiciones jurídicas de los Estados miembros, recibiendo para ello todo el apoyo del Tribunal de Justicia.¹⁵

23. El hecho de que esta forma de discriminación salarial directa no se base expresamente en el sexo del trabajador hace que una empleada que reclame igual retribución tenga dificultades para aportar la prueba a la hora de demostrar la relación causal entre su sexo y el salario inferior.

24. Tampoco puede aportarse la prueba demostrando la inexistencia de otros motivos para la desigualdad de trato. Ello equivaldría a una prueba negativa que, por principio, no puede exigirse. Por estas razones, en la determinación de los diferentes elementos

13 — Véase, sobre las diferenciaciones admitidas de los niveles salariales y la configuración de un sistema de clasificación salarial no discriminatorio, la sentencia de 1 de julio de 1986, Rummler/Dato-Druck (237/85, Rec. p. 2101), apartados 24 y ss.

14 — Véase la sentencia de 1 de julio de 1986, Rummler/Dato-Druck, antes citada, apartados 11 y ss.

15 — Sentencias de 6 de julio de 1982, Comisión/Reino Unido (61/81, Rec. p. 2601), y de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83, Rec. p. 427).

objetivos de una discriminación salarial (mis-
mo trabajo o trabajo del mismo valor, retri-
bución inferior para una mujer que para un
hombre en la misma empresa), debe presu-
mirse la existencia de una discriminación por
razón de sexo, salvo prueba en contrario.

25. En consecuencia, basta, como ya se ha
indicado anteriormente,¹⁶ con que la deman-
dante acredite un ejemplo en que un mismo
trabajo (o un trabajo del mismo valor) está
mejor retribuido si lo realizan hombres que
si lo realizan mujeres. En tal caso, incumbe al
empleador aportar la prueba en contrario,
por ejemplo, alegando razones objetivas no
relacionadas con el sexo que justifican la des-
igualdad de retribución.

26. En consecuencia, como conclusión preli-
minar cabe afirmar que, en los casos de dis-
criminación directa, el empleador debe justi-
ficar objetivamente las diferencias
retributivas.

La discriminación indirecta

27. La discriminación indirecta es una figura
jurídica que permite calificar también como
hechos constitutivos de discriminación pro-
hibida por razón de sexo las desigualdades de
trato objetivamente justificadas pero cuyo
resultado conduce a una situación desfavora-
ble para la mujer.

28. El argumento de que, para acreditar una
discriminación indirecta, es necesario que se
compruebe la existencia de un requisito o un
obstáculo¹⁷ de difícil cumplimiento o supe-
ración por las mujeres que, por ello mismo,
conduzca a una situación desfavorable para
ellas, capta sólo en parte la esencia de la dis-
criminación indirecta. El hecho de que la

aplicación de un criterio objetivo tenga como
resultado una situación desfavorable para la
mujer obliga, para poner remedio a la misma,
a considerar la propia aplicación del criterio
objetivo como parte integrante de la con-
ducta ilegal. En los casos en que se haya
demostrado la discriminación del grupo de
mujeres con respecto al grupo de trabajado-
res masculinos que sirve de comparación
(con el mismo trabajo o un trabajo del
mismo valor en la misma explotación o
empresa), no es preciso exigir ningún otro
elemento adicional a través del cual se opere
la desigualdad de trato.

29. En los casos de discriminación indirecta
de los que ha conocido hasta ahora el Tribu-
nal de Justicia,¹⁸ la discriminación de los tra-
bajadores de sexo femenino se produjo
mediante la aplicación de un criterio obje-
tivo.

30. La desventaja resultante se debía al
hecho de que las mujeres resultaban más per-
judicadas por dicho criterio. Como causas
explicativas de este perjuicio, este Tribunal
aceptó razones relacionadas con el papel
social de la mujer. Así por ejemplo, cuando el
Tribunal considera posible la discriminación
indirecta de las mujeres a través de la defini-
ción de las condiciones laborales del trabajo
a tiempo parcial, «teniendo en cuenta las difi-
cultades que encuentran las trabajadoras para
trabajar en jornada completa»,¹⁹ reconoce
que normalmente las mujeres deben afrontar
dificultades considerables para poder ejercer
un empleo a tiempo completo debido a su

18 — Sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada; de 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada; de 27 de julio de 1990, Kowalska, antes citada; de 7 de febrero de 1991, Nimz, antes citada, y de 4 de julio de 1992, Bötzel, antes citada.

19 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada, apartado 29; con un contenido similar ya anteriormente en la sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada, apartado 13; véase también la sentencia de 4 de junio de 1992, Bötzel, antes citada, apartado 18, que se remite a la sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada.

16 — Véase el punto 19.

17 — Este es el punto de vista que defendieron, en el marco del presente procedimiento, el Gobierno del Reino Unido y las demandadas.

función en la familia y en la educación de los hijos. Si, en estas circunstancias, las mujeres se ven obligadas a trabajar a tiempo parcial, la definición de las condiciones laborales del trabajo a tiempo parcial afectan de manera específica a las mujeres.

31. Los hechos que dieron origen a la petición de decisión prejudicial no permiten apreciar a primera vista la aplicación de un criterio objetivo que produzca la discriminación. Sin embargo, el caso sometido a la apreciación de este Tribunal se caracteriza por la particularidad de que el grupo profesional al que pertenece la demandante es una «profesión estrictamente femenina». Cuando el 98 % de las personas que ejercen esa profesión son mujeres, las normas relacionadas con la pertenencia a dicho grupo profesional pueden considerarse un régimen específico para las mujeres.

32. En esta medida, hay que adherirse a la opinión del defensor de la demandante de que, en el caso de una profesión estrictamente femenina, las condiciones laborales relacionadas con la pertenencia a la profesión pueden tener el mismo efecto que las relacionadas con un trabajo a tiempo parcial. Con arreglo a las informaciones proporcionadas al Tribunal de Justicia, el hecho de que los logopedas sean casi exclusivamente mujeres se debe, al menos en parte, a la compatibilización del papel social de la mujer con su vida profesional. La posibilidad de trabajar a tiempo parcial y de disponer de una jornada flexible resulta especialmente atractiva para las mujeres.

33. En estas circunstancias, un convenio colectivo que contemple normas que afectan exclusivamente a dicho grupo profesional puede constituir asimismo un régimen específico para las mujeres.

34. En la medida en que, en el marco del examen de una discriminación indirecta, se exija, desde un punto de vista estrictamente formal, la existencia de un criterio de definición de las condiciones laborales que afecte a las mujeres como colectivo de manera especial, en el caso de una «profesión estrictamente femenina» puede consistir tanto en las condiciones definidas en función de la pertenencia al grupo profesional como en el convenio colectivo que se aplique a dicho grupo.

35. Tal como ya he indicado en mis consideraciones generales sobre la naturaleza de la discriminación indirecta, la atención debe centrarse no tanto en la existencia de un criterio o de una barrera a través de los cuales las mujeres resultan desfavorecidas como en el resultado discriminatorio.²⁰ En este contexto, la realización de una comparación *entre grupos por sexos*²¹ con el fin de comprobar el efecto discriminatorio alegado forma parte de la esencia de la discriminación indirecta. Su consecuencia en orden a la atribución de la carga de la prueba en el proceso es que la comparación concreta de dos funciones no es suficiente. Por lo tanto, debe procederse a una comparación de *grupos de trabajadores representativos* que realicen trabajos del mismo valor.

36. Esto hace necesario, en el procedimiento principal, proceder a la comparación entre determinados puestos directivos, como notoriamente se hizo. Si esta comparación pone de manifiesto una situación significativamente desfavorable para el grupo integrado fundamentalmente por mujeres con respecto al grupo masculino que sirve de comparación, ello da lugar a una presunción de discriminación indirecta por razón de sexo.

20 — Sobre la obligación de resultado, véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, antes citada, y de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada, apartado 9.

21 — Véase la sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada.

37. Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal,²² el empleador debe demostrar, para sustraerse a la imputación de discriminación por razón de sexo, que las medidas que han producido dicho resultado «se basa[n] en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo»²³ o «puede[n] explicarse con factores que excluyan una discriminación por razón de sexo».²⁴

38. Así pues, la demandante también puede, en el marco de una discriminación indirecta, alegar una presunción *iuris tantum* de discriminación por razón de sexo basada en hechos objetivos.

39. El contexto de la argumentación en relación con la práctica de la prueba es similar tanto en el caso de discriminación directa como en el de discriminación indirecta, en la medida en que, en un caso mediante comparación concreta y en el otro mediante comparación entre grupos, puede alegarse una presunción *iuris tantum* de discriminación que obliga al empleador a aportar la *prueba en contrario* o una *justificación*.

40. En consecuencia, debe responderse a la primera cuestión de la petición de decisión prejudicial que el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado CEE obliga al empleador a justificar

objetivamente la diferencia de retribución entre la función A y la función B.

Sobre la segunda cuestión

41. La segunda cuestión del órgano jurisdiccional de remisión versa sobre el medio y manera en que puede aportarse la justificación. El Tribunal remitente desea saber si la diferencia de retribución puede justificarse suficientemente por el hecho de que «las retribuciones de las funciones A y B se fijaran, respectivamente, mediante procesos diferentes de negociación colectiva, procesos que [considerados por separado] no suponen una discriminación por razón de sexo ni producen el efecto de desfavorecer a las mujeres a causa de su sexo».

42. En primer lugar, debe partirse de la base de que el principio de igualdad de retribución del artículo 119 del Tratado CEE tal como se expresa en el artículo 1 de la Directiva 75/117, en cuanto principio de rango superior, no puede ser objeto de disposición por las partes en un convenio colectivo. El principio de igualdad de retribución no sólo obliga al legislador,²⁵ sino que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, es de aplicación directa.²⁶ Por lo tanto, se trata de un principio con eficacia frente a terceros en las relaciones entre empleador y trabajador.²⁷ También los convenios colectivos deben

22 — Sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada, apartado 13, y de 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada, apartado 31, así como las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada, apartado 12; de 27 de junio de 1990, Kowalska, antes citada, apartado 13; de 7 de febrero de 1991, Nimitz, antes citada, apartado 14, y de 4 de junio de 1992, Bötel, antes citada, apartado 11.

23 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada.

24 — Sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, antes citada, apartado 13, y de 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada, apartado 29.

25 — Sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada, y de 4 de junio de 1992, Bötel, antes citada.

26 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, antes citada, apartado 39.

27 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, antes citada; sentencia de 27 de junio de 1990, Kowalska, antes citada, apartado 12. Véanse el artículo 4 de la Directiva 75/117, y el artículo 5 de la Directiva 76/207.

respetar el artículo 119 del Tratado CEE.²⁸ El hecho de que las partes en los convenios colectivos negocien de manera autónoma no las exime de observar el principio de igualdad de retribución.

43. Ahora bien, la cuestión del órgano jurisdiccional de remisión pretende saber si el hecho de que las funciones comparadas sean objeto de diferentes convenios colectivos basta por sí solo para justificar la comprobada diferencia salarial en función del sexo.

44. En la vista, el Gobierno del Reino Unido hizo referencia a mis consideraciones en las conclusiones en el asunto 109/88.²⁹ En ellas, sostuve la postura de que, cuando se trata de *convenios colectivos por ramas*, el criterio objetivo de diferenciación para el caso de retribución distinta puede ser la pertenencia a cada rama.

45. El representante del Gobierno alemán se refirió durante la vista a los *convenios colectivos por sindicatos*, muy extendidos en Alemania, sosteniendo la tesis de que no cabe admitir una comparación entre dos funciones comprendidas en el ámbito de aplicación de convenios colectivos diferentes.

28 — Sentencia de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca, antes citada, apartado 8, sobre las disposiciones pertinentes de la Directiva 75/117; sentencia de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec. p. 3431), apartado 11, y sentencia de 25 de octubre de 1980, Comisión/Francia, (312/86, Rec. p. 6315), apartado 23, sobre las disposiciones pertinentes de la Directiva 76/207; sentencia de 17 de octubre de 1989, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss, antes citada; sentencia de 27 de junio de 1990, Kowalska, antes citada, y sentencia de 7 de febrero de 1991, Nimz, antes citada.

29 — Conclusiones en el asunto Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss, antes citado, punto 46.

46. En mi opinión, como ya señalé en las conclusiones en el asunto 109/88, en este tipo de convenios colectivos puede faltar la propia característica de un mismo trabajo o de un trabajo del mismo valor. Por otra parte, del desarrollo de las negociaciones del convenio colectivo o del propio convenio colectivo puede derivarse una justificación objetiva para una eventual diferencia de retribución.

47. En realidad, la justificación no puede llegar hasta el punto de sustraer de manera general de todo control a la diferencia de retribución originada en el ámbito de aplicación de dos convenios colectivos. Ello es aplicable, con mayor razón, en el caso de los *convenios colectivos de empresa*, en los que se cumple una de las peculiaridades fácticas del principio de igualdad de retribución, a saber, la existencia del *mismo empleador*.

48. Precisamente, los hechos del procedimiento principal ponen de manifiesto cómo, por medio de un convenio colectivo celebrado para un solo grupo profesional, cabe introducir un régimen especial que, en su caso, puede llegar a producir los efectos de un régimen específico para las mujeres. En la medida en que el propio convenio colectivo pueda dar lugar a una desigualdad de trato, no puede servir, al mismo tiempo, como justificación de esa misma desigualdad de trato. En estas circunstancias, la existencia del convenio colectivo no dispensa de proseguir el examen de la cuestión.

49. El hecho comprobado de que las respectivas negociaciones colectivas se desarrollaran sin discriminación y de que los conve-

nios colectivos acordados no supongan discriminación alguna no basta tampoco, por sí solo, para justificar la diferencia de retribución por un trabajo del mismo valor para el mismo empleador. Dado que se trata de justificar el resultado discriminatorio,³⁰ la explicación de las causas de la discriminación no puede ser suficiente. En particular, la referencia a razones históricas y sociales no puede admitirse en un caso como el que es objeto del procedimiento principal como factores «objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».³¹ En efecto, es muy probable que el contexto histórico y social de una «profesión estrictamente femenina» esté relacionado con el sexo. Si se admitiera como justificación la mera explicación de la discriminación, ello tendría como consecuencia la perpetuación de los roles de cada sexo en la vida profesional. En lugar de la igualdad de trato perseguida, se daría un argumento jurídico para el mantenimiento del *statu quo*.

50. En consecuencia, debe responderse a la segunda cuestión del siguiente modo: para justificar la diferencia de retribución entre sexos, no basta que el empleador *común* se remita a la existencia de diferentes convenios colectivos, aun cuando cada uno de ellos, considerado en sí mismo, no suponga una discriminación por razón de sexo.

Sobre la tercera cuestión

51. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pretende saber, por último, qué otros motivos pueden invocarse, y en qué medida, para justificar objetivamente la diferencia de retribución.

52. En primer lugar, es indiscutible que un empleador puede verse obligado por la situación del mercado de trabajo a ofrecer una mayor retribución a los miembros de un determinado grupo profesional con el fin de atraer candidatos idóneos. En la medida en que la necesidad de este complemento salarial esté justificada, debe tenerse en cuenta también para la contraposición de la retribución de las funciones A y B a efectos de la petición de decisión prejudicial. La cuestión es saber entonces en qué medida este motivo objetivo puede servir para justificar la diferencia de retribución.

53. Para admitir una justificación parcial, sería necesario poder cuantificar la incidencia del criterio objetivo sobre la retribución. Tanto el Employment Appeal Tribunal como el Gobierno del Reino Unido y las demandadas han sostenido la tesis según la cual la retribución está condicionada por diversos factores, sin que sea posible atribuir una cuantía determinada a cada uno de dichos factores. Sin embargo, en otro lugar se ha afirmado que las exigencias del mercado justifican la diferencia de retribución a lo sumo en un 10 %.³² Por consiguiente, parece posible cuantificarla. Precisamente el hecho de que sean varios los factores que determinan la retribución debería permitir su asignación proporcional a cada uno de los diferentes factores.

30 — Sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, antes citada, y de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, antes citada.

31 — Sentencia de 27 de junio de 1990, Bilka, antes citada, apartado 31.

32 — Alegaciones de la demandante; esta tesis se recoge también en la sentencia del órgano jurisdiccional de remisión previa a la petición de decisión prejudicial; Anexo 2 del recurso de la demandante.

54. En mi opinión, la única solución correcta consiste en admitir la justificación de una parte proporcional de la diferencia de retribución. La imposición al empleador de una obligación ilimitada de aproximación de las retribuciones no obstante la justificación parcial de la diferencia de retribución (solución c) sería ignorar la justificación objetiva alegada, que debe ser admitida. Por el contrario, admitir una justificación global de cualquier diferencia de retribución (solución a) excedería ampliamente de la justificación admisible y reconocida. En la medida en que debe partirse de la base de que son varios los factores que determinan la retribución, una eventual justificación global encubriría también otros motivos, lo cual equivaldría, en esa medida, a renunciar al examen de la justificación objetiva que, obviamente, puede derivarse a su vez de otros factores.

55. Si se admitiera como justificación de la totalidad de la diferencia de retribución un factor que no es la causa de la totalidad de la misma, dicha aceptación abriría de nuevo la puerta a posibles discriminaciones.

56. En la medida en que la exposición de la Comisión expresa posibles dudas acerca de que la justificación parcial equivaldría a una comparación hipotética, no autorizada por el Tribunal de Justicia en otro contexto,³³ no puedo compartir tales dudas.

57. Cuando el Tribunal de Justicia deniega a la parte demandante en un litigio sobre igualdad de trato la autorización para proceder a una comparación de la retribución o de las condiciones de trabajo con una persona hipotética de referencia,³⁴ se trata de una situación materialmente distinta de otra en la que, como consecuencia de la realización de una comparación y de las pruebas aportadas al respecto, el empleador se ve obligado a aportar la prueba en contrario o a justificar su práctica salarial, de modo que debe apreciarse el alcance de un factor justificativo realmente existente.

58. Un órgano jurisdiccional al que se ha recurrido para que aprecie la justificación objetiva debe esforzarse por cuantificar los factores pertinentes. En caso de eventuales dificultades en la determinación de las proporciones numéricas, es competencia del órgano jurisdiccional determinar la proporción con arreglo a las normas que regulan la libre valoración de la prueba.

59. En consecuencia, debe responderse a la tercera cuestión como sigue: en el caso de que el empleador pueda demostrar que, en determinadas ocasiones, existe una grave escasez de candidatos idóneos para la función B y que paga una retribución superior a los titulares de empleos de esa función con el fin de atraerlos a la misma, pero pueda probarse también que sólo una parte de la diferencia de retribución entre la función A y la función B se debe a la necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B, sólo estará objetivamente justificada la parte de la diferencia debida a la referida necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B.

33 — Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Macarthys/Smith*, antes citada, apartado 15.

34 — Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Macarthys/Smith*, antes citada.

C. Conclusión

60. En consecuencia, propongo que se responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales:

- «1) El principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado CEE obliga al empleador a justificar objetivamente la diferencia de retribución entre la función A y la función B.
- 2) Para justificar la diferencia de retribución entre sexos, no basta que el empleador *común* se remita a la existencia de diferentes convenios colectivos, aun cuando cada uno de ellos, considerado en sí mismo, no suponga una discriminación por razón de sexo.
- 3) En el caso de que el empleador pueda demostrar que, en determinadas ocasiones, existe una grave escasez de candidatos idóneos para la función B y que paga una retribución superior a los titulares de empleos esa función con el fin de atraerlos a la misma, pero pueda probarse también que sólo una parte de la diferencia de retribución entre la función A y la función B se debe a la necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B, sólo estará objetivamente justificada la parte de la diferencia debida a la referida necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B.»