

# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS

presentadas el 16 de diciembre de 1999 \*

1. En el presente asunto, el Arbetsdomstolen (Tribunal de lo Social) de Suecia ha planteado en esencia la cuestión de si al comparar la retribución de un hombre y de una mujer que efectúan un trabajo del mismo valor, a efectos del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y de la Directiva de igualdad de retribución,<sup>1</sup> se debe tener en cuenta el hecho de que quienes se ven obligados a trabajar en un horario incómodo reciben un complemento salarial y trabajan menos horas.

nas al pagarles durante determinado período un salario base mensual inferior al de un ingeniero clínico, pese a que aquéllas efectúan un trabajo del mismo valor.

3. El salario base mensual de las comadronas es de 17.400 SEK en un caso y de 16.600 SEK en otro, mientras que el salario base mensual del ingeniero clínico es de 19.650 SEK. Tanto las comadronas como el ingeniero clínico trabajan en el hospital regional de Örebro, como empleados del landsting. Todas las comadronas que trabajan en dicho hospital son mujeres; aproximadamente el 90 % de los ingenieros clínicos que trabajan allí son hombres.

## Hechos y procedimiento principal

2. En el procedimiento principal, el Jämställdhetsombudsman (Defensor del pueblo en materia de igualdad de sexos; en lo sucesivo, «JämO») solicita que se condene al Örebro läns landsting (Diputación provincial de Örebro; en lo sucesivo, «landsting») a abonar una indemnización de daños y perjuicios a dos comadronas, Kristina Ellmén y Kia Wetterberg, alegando que el landsting discriminó a las comadro-

4. Las comadronas en cuestión trabajan generalmente en un sistema de rotación de tres turnos, en el que dichos turnos cubren, solapándose en parte, las veinticuatro horas del día, pero a veces siguen regímenes de trabajo diferentes, a saber, una rotación de dos turnos (de mañana y de tarde), un horario nocturno o un horario de día. Durante el período pertinente las comadronas trabajaron la mayor parte del tiempo en un régimen de tres o de dos turnos; en

\* Lengua original: inglés.

<sup>1</sup> — Directivo 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 (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

ocasiones trabajaron también en horario de noche.

5. A las comadronas y al ingeniero clínico se les aplica el mismo convenio colectivo.<sup>2</sup> Dicho convenio establece que la duración en promedio de una semana de trabajo a tiempo completo es de 40 horas, excepto a) cuando se trabaje también en domingo o en días festivos, en cuyo caso la jornada semanal media es de 38 horas y 15 minutos (en lo sucesivo, «la semana de 38 horas») y b) cuando se hayan acordado sistemas como el régimen de turnos antes mencionado, en cuyo caso la jornada de trabajo semanal es de 34 horas y 20 minutos (en lo sucesivo, «la semana de 34 horas»).<sup>3</sup>

6. La retribución mensual de base de una persona dada no varía según trabaje en semanas de 40, de 38 o de 34 horas. Así pues, las comadronas reciben el mismo salario base mensual tanto si trabajan en semana de 38 horas como de 34 horas (o en semana de 40 horas, como puede también ocurrir).

7. El convenio colectivo que se aplica a las comadronas y al ingeniero clínico dispone también que los trabajadores que trabajen en horarios incómodos (fines de semana, días festivos, horario nocturno o sistema de rotación de tres turnos) sin que se trate de horas extraordinarias tendrán derecho a un

complemento salarial por horarios incómodos.<sup>4</sup> Dicho complemento es una cantidad fija por hora, y no depende de las demás retribuciones del trabajador sino que varía en función de la hora del día en la que se desarrolla el trabajo (es mayor, por ejemplo, para el trabajo nocturno que para el trabajo en horario de tarde) y de si el trabajador presta sus servicios un fin de semana o un día festivo. El convenio colectivo aplicable determina el importe por hora y las horas que se consideran incómodas.<sup>5</sup>

8. El convenio colectivo dispone que la retribución del trabajador comprende el salario, tal como se define en los artículos 14 a 18 del mismo, diversos componentes de la paga de vacaciones y algunos otros complementos, incluido el complemento por horarios incómodos.<sup>6</sup> Las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional muestran que el convenio dispone además que este último complemento y algunas otras gratificaciones abonadas a los trabajadores deben tomarse en cuenta a la hora de calcular el subsidio por enfermedad, las pensiones, las indemnizaciones de daños y perjuicios<sup>7</sup> y otras prestaciones cuyo importe se determina en función de las retribuciones.

9. El ingeniero clínico trabaja a tiempo completo en una jornada normal de 40 horas de lunes a viernes, sin horarios incómodos. Sin embargo, si las condiciones

2 — Allmänna Bestämmelser 95 (Disposiciones generales del 95).

3 — Artículo 8.

4 — Artículo 32.

5 — Anexo A.

6 — Artículo 13.

7 — Presumiblemente en los casos de despido o de reducción de personal.

de trabajo le obligaran a trabajar en un régimen de rotación de tres turnos, tendría derecho al complemento por horarios incómodos en las mismas condiciones que las comadronas, y su jornada de trabajo semanal a tiempo completo sería tan sólo de 34 horas y 20 minutos, sin que su salario base mensual se viera modificado. El convenio colectivo exige que los trabajadores estén dispuestos en caso de necesidad a modificar su horario de trabajo previsto, ajustar su tiempo de trabajo, hacer horas extraordinarias y efectuar guardias.<sup>8</sup>

concentrarse primero en una cuestión distinta, la de si existe o no una diferencia de retribución. A fin de pronunciarse sobre este punto, resulta claramente esencial para el Arbetsdomstolen determinar qué retribuciones deben compararse. Dicho órgano jurisdiccional solicita por tanto la ayuda del Tribunal de Justicia en las siguientes cuestiones:

«1) Con arreglo al artículo 119 del Tratado de Roma y a la Directiva 75/117/CEE del Consejo, 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, ¿debe incluirse en la base utilizada para comparar retribuciones en los casos de denuncia de discriminación salarial un complemento por horarios incómodos? ¿Qué importancia tiene el hecho de que el complemento por horarios incómodos varíe de un mes a otro en función de la planificación del trabajo?

10. El landsting reconoce que el salario base mensual que perciben las comadronas es inferior al del ingeniero clínico, pero alega que el complemento por horarios incómodos y el valor de la reducción de la jornada de trabajo deben incluirse en la base utilizada para comparar las retribuciones y que, de hacerlo así, no existe discriminación en perjuicio de las comadronas.

11. La resolución de remisión muestra que las partes discuten también la cuestión de si el trabajo que efectúa el ingeniero clínico es de igual valor que el efectuado por las comadronas, y la de si, en caso de que así sea, la eventual diferencia en las retribuciones tiene alguna relación directa o indirecta con el sexo de los trabajadores. El JämO solicitó sin embargo que se dictara una resolución interlocutoria que declarase que el landsting había establecido para las comadronas una retribución inferior a la del ingeniero clínico, y el Arbetsdomstolen decidió, con el acuerdo de las partes,

2) Para resolver la primera cuestión, ¿es relevante el hecho de que las comadronas trabajen, por regla general, en un horario que da derecho al complemento por horarios incómodos, mientras que el ingeniero clínico normalmente no trabaja en horas que den derecho a tal complemento?

3) El hecho de que, de conformidad con la legislación nacional, el complemento

por horarios incómodos forme parte de la retribución de base a efectos de calcular las pensiones, el subsidio por enfermedad, las indemnizaciones de daños y perjuicios y otras indemnizaciones relacionadas con la retribución ¿es relevante a la hora de dilucidar si dicho complemento por horarios incómodos debe incluirse en la base utilizada para comparar retribuciones en los casos de denuncia de discriminación salarial?

5) Para resolver la cuarta cuestión, ¿es relevante el hecho de que las comadronas, a diferencia del ingeniero clínico, realicen un trabajo a turnos que, con arreglo al convenio colectivo, da derecho a una reducción de la jornada de trabajo?»

12. Estas cuestiones pueden reducirse a la cuestión de si al comparar las retribuciones deben tenerse en cuenta el complemento por horarios incómodos y la reducción de la jornada de trabajo y, de ser así, de qué manera.

4). Con arreglo al artículo 119 del Tratado de Roma y a la Directiva 75/117/CEE del Consejo, 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, ¿debe tenerse en cuenta, al comparar las retribuciones en los casos de denuncia de discriminación salarial, la reducción de la jornada de trabajo, con respecto a la jornada normal diurna, prevista en un régimen de tres turnos en rotación continua? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿qué relevancia tiene el hecho de que el convenio colectivo considere trabajo a tiempo completo la jornada reducida del régimen de tres turnos en rotación continua? Si ha de atribuirse un determinado valor a la reducción de la jornada de trabajo, ¿debe considerarse dicho valor comprendido en el salario mensual fijo o constituye un complemento específico que debe tenerse en cuenta al comparar las retribuciones?

13. Han presentado observaciones escritas el JämO, el landsting, la Comisión y el Gobierno finlandés, todos los cuales estuvieron representados en la vista.

#### Disposiciones comunitarias pertinentes

14. El artículo 119 del Tratado CE sienta el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo. El segundo párrafo define la «retribución» como «el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

15. El párrafo primero del artículo 1 de la Directiva sobre igualdad de retribuciones dispone lo siguiente:

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

16. Una trabajadora (por tomar el caso más corriente) que intente demostrar que se ha infringido el principio de igualdad de retribución para un trabajo al que se atribuye un mismo valor tendrá que resolver dos problemas distintos y puede verse obligada a ocuparse de un tercero. En el caso de que se alegue una discriminación indirecta, como ocurre aquí, dichas cuestiones pueden expresarse como sigue. En primer lugar, la trabajadora debe formar parte de un grupo en el que predominen las trabajadoras y que efectúe un trabajo del mismo valor que el efectuado por un grupo en el que predominen los trabajadores. En segundo lugar, el primer grupo debe recibir una remuneración inferior a la del grupo con el que se compara. Cuando la trabajadora haya acreditado que concurren ambas circunstancias, existirá a primera vista un caso de discriminación. En tercer lugar, sin embargo, el empresario podrá desvirtuar

dicha presunción mostrando que la diferencia de retribución se justifica por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.<sup>9</sup>

17. Pese a que normalmente lo apropiado será, a mi juicio, ocuparse de estos tres problemas en el orden en que se acaban de plantear, puede haber casos en los que por una razón u otra resulte conveniente analizarlos en un orden diferente. En tal caso, el órgano jurisdiccional nacional puede estar interesado en obtener una orientación del Tribunal de Justicia sobre, por ejemplo, el segundo o tercer problema antes de haber resuelto el primero. Así ocurrió en el asunto Enderby,<sup>10</sup> en el que la Court of Appeal of England and Wales planteó tres cuestiones que se referían esencialmente al tercero de los puntos formulados más arriba, concretamente al alcance de la justificación, partiendo de la suposición explícita, a efectos del procedimiento, de que los dos trabajos cuyas retribuciones se comparaban tenían el mismo valor. El Gobierno alemán sostuvo en dicho asunto que el Tribunal de Justicia no podía pronunciarse sobre dichas cuestiones sin determinar previamente si los trabajos de que se trataba eran equivalentes. El Tribunal de Justicia declaró que correspondía exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que planteaba al Tribunal de Justicia. Cuando el Tribunal de Justicia recibe una

9 — Véanse las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 36, y de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartado 19, y, más recientemente, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DO 1998, L 14, p. 6).

10 — Citado en la nota 9.

petición de interpretación del Derecho comunitario que no está manifiestamente desprovista de relación con la realidad o con el objeto del litigio del procedimiento principal, como ocurría en aquel caso, debe responder a la misma sin cuestionarse sobre la validez de una hipótesis que posteriormente corresponderá verificar al órgano jurisdiccional de remisión si resultase necesario.<sup>11</sup>

18. El Abogado General Sr. Lenz indicó que las reservas del Gobierno alemán en relación con la suposición de que los trabajos eran de igual valor se debió probablemente al hecho de que la cuestión si los trabajos son idénticos o de igual valor constituía la parte esencial de la carga de la prueba que pesa sobre el demandante que alega una discriminación salarial. El Abogado General adujo sin embargo que el hecho de que tanto la Court of Appeal como los tribunales inferiores que habían conocido del asunto hubieran partido de la hipótesis de que las actividades que debían compararse eran de igual valor se debía a las posibilidades procesales que ofrecía el ordenamiento jurídico del Estado miembro. El examen de la igualdad de valor de dos actividades diferentes podía exigir a veces un dictamen pericial complejo y costoso, y la normativa procesal nacional permitía posponer la práctica de la prueba mientras se analizaban las cuestiones jurídicas.<sup>12</sup>

19. En el presente asunto, las observaciones escritas y orales del landsting se centran principalmente en la cuestión de si las comadronas y el ingeniero clínico realizan un trabajo del mismo valor a efectos del principio de igualdad de retribución; la

opinión inequívoca del landsting es que el trabajo que realizan las comadronas, por una parte, y el que realizan los ingenieros clínicos, por otra, no son de igual valor. Pese a que el Gobierno finlandés y la Comisión expresan también ciertas dudas sobre la cuestión de si el trabajo tiene el mismo valor, ambos reconocen que el órgano jurisdiccional nacional puede plantear cuestiones relativas al problema de la igualdad de retribución partiendo de la hipótesis de que el trabajo es de igual valor. Dado que, como señalé más arriba, la resolución de remisión muestra claramente que el órgano jurisdiccional nacional parte de la hipótesis de que el trabajo es de igual valor a efectos de plantear la cuestión prejudicial (y en efecto así lo revelan implícitamente las preguntas que formula), y habida cuenta de que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Enderby indica claramente que este enfoque es aceptable, considero innecesario analizar en el presente caso la cuestión de si el trabajo tiene el mismo valor.

20. La hipótesis de que se parte en el presente asunto al considerar que el trabajo de los dos grupos que se comparan es «del mismo valor» debe entenderse en el sentido de que 40 horas de trabajo de una comadrona tienen el mismo valor que 40 horas de trabajo de un ingeniero clínico, y no en el sentido de que, por ejemplo, 34 horas de un trabajo equivalen a 40 horas del otro. Solamente partiendo de esta base podrá plantearse la cuestión de si puede tomarse en consideración la menor duración de la jornada semanal de trabajo de las comadronas (considero por tanto que no procede tomar en consideración el hecho de que el convenio colectivo parezca atribuir «el mismo valor» a unas jornadas de trabajo de duración diferente).

11 — Apartados 10 y 12 de la sentencia.

12 — Puntos 6 y 7 de las conclusiones.

## Pertinencia de la cuestión de la negociación colectiva

21. En la vista, el JämO dio a entender que en Suecia los acuerdos nacidos de la negociación colectiva no se consideran sujetos al Derecho comunitario, en el sentido, sin duda, de que el hecho de que el salario haya sido establecido en un convenio colectivo se considera una defensa contra las alegaciones de desigualdad de retribución. Evidentemente, tal opinión no se ajusta al Derecho comunitario: el Tribunal de Justicia ha dejado claro que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras es aplicable cuando los componentes de la retribución se fijan a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local, sin que ello impida no obstante al órgano jurisdiccional nacional tomar en consideración dicha circunstancia a la hora de apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.<sup>13</sup>

## El complemento por horarios incómodos

### *El alcance del concepto de «retribución»*

22. Deseo comenzar por señalar que este complemento es claramente una retribución en el sentido del artículo 119, y que

por tanto existiría discriminación si, por ejemplo, a un grupo en el que predominaran los trabajadores de sexo masculino y que efectuara un trabajo del mismo valor que el de las comadronas se le denegara el complemento si trabajaran en horarios incómodos. Esta observación no nos ayuda sin embargo a responder a la cuestión a la que ahora se enfrenta el Tribunal de Justicia: ¿debe tenerse en cuenta dicho complemento al aplicar el principio de igualdad de retribución a las circunstancias del presente asunto?

23. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no me parece necesario examinar cierto número de alegaciones formuladas por el landsting a fin de demostrar que, por tratarse de una «retribución», el complemento por horarios incómodos debe considerarse incluido en el salario base mensual de las comadronas a efectos de comparación.

### *El alcance del criterio formulado en la sentencia Barber*

24. En la sentencia Barber,<sup>14</sup> el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«[...] el órgano jurisdiccional nacional desea saber si la igualdad de retribución

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275), apartado 47.

14 — Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889).

debe garantizarse en cada elemento constitutivo de la retribución o sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores.

[...]

Respecto a la manera de verificar el respeto del principio de igualdad de retribución, procede declarar que, si los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran obligados a proceder a una valoración y a una comparación del conjunto de las gratificaciones de distinto carácter concedidas, según los casos, a los trabajadores masculinos o femeninos, el control jurisdiccional sería difícil de realizar y la eficacia del artículo 119 se vería disminuida en la misma medida. De ello se sigue que una verdadera transparencia, que permita un control eficaz, sólo se garantiza si el principio de igualdad de retribución se aplica a cada uno de los elementos de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos.»<sup>15</sup>

25. El JámO y la Comisión se basan principalmente en esta declaración para apoyar su tesis de que debe garantizarse la igualdad en el salario base mensual sin tomar en consideración el complemento por horarios incómodos.

26. El JámO considera que supondría una violación del principio de transparencia exigir que el órgano jurisdiccional nacional llevara a cabo un complicado análisis de los complementos que recibe cada trabajador. Las comadronas trabajan en horarios incómodos y perciben un complemento por dicha razón; el ingeniero clínico no trabaja en horarios incómodos y no percibe por tanto ningún complemento. El sentido común y la lógica apoyan la tesis de que la comparación justa es la que se limita a comparar los salarios base mensuales.

27. La Comisión considera que este complemento sólo puede ser comparado con el complemento al que tendría derecho el ingeniero clínico si su horario de trabajo fuera idéntico al de las comadronas, y que, en consecuencia, la comparación apropiada consiste en comparar únicamente los salarios base mensuales.

28. Por otra parte, el landsting considera que el criterio formulado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Barber no es pertinente en el caso de autos. La sentencia Barber se refería esencialmente a la transparencia y a una retribución a la que tanto los hombres como las mujeres tenían derecho, aunque a diferentes edades; el Tribunal de Justicia declaró, en efecto, que el hecho de que el Sr. Barber, despedido por causas económicas a los 52 años, tuviera derecho a una indemnización de despido superior a la de una mujer a la que se hubiera despedido a la misma edad no eliminaba la discriminación inherente al hecho de que una mujer de esa edad habría tenido derecho además a una pensión de jubilación inmediata, mientras que aquél solamente había tenido derecho a una

<sup>15</sup> — Apartados 31 y 34 de la sentencia.



pensión de pago diferido. En el caso de autos, en cambio, las comadronas, que trabajan en un régimen de rotación de tres turnos, tienen derecho al complemento por horarios incómodos, mientras que el ingeniero clínico, que trabaja en un horario normal, no lo tiene.

29. El Gobierno finlandés alude igualmente al criterio formulado en la sentencia Barber. Señala así que, cuando los dos trabajadores de que se trata (el que invoca una discriminación y aquél con el que se le compara) efectúan un trabajo idéntico o similar en las mismas condiciones y con horarios similares, resulta fácil comparar cada componente de sus retribuciones aplicando el mencionado criterio. Sin embargo, también es preciso garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución cuando no se trata de un mismo trabajo, sino de un trabajo del mismo valor. No obstante, cuanto más diferentes son los trabajos más difícil resulta, no sólo comparar los diferentes componentes en la retribución, sino también analizar la equivalencia de los trabajos. Cuando se ha llegado a la conclusión de que el trabajo es del mismo valor analizando las exigencias del mismo o las dificultades que implica, resulta imposible hacer caso omiso de los datos en que se basa dicho análisis al comparar las retribuciones. Así pues, cuando se han tenido en cuenta las condiciones de contratación (tales como la obligación de trabajar en horarios incómodos) para determinar si los dos trabajos que se comparan son del mismo valor, la parte de la retribución que compensa tales condiciones de trabajo debe incluirse en la comparación de retribuciones. Es preciso, por tanto, decidir en cada caso qué componentes de la retribución deben compararse a efectos de garantizar el respeto del principio de igualdad.

30. Comparto la opinión del Gobierno finlandés de que no es posible establecer una regla fija sobre los diferentes componentes de la retribución que deben o no tenerse en cuenta al efectuar una comparación de retribuciones. No obstante, mientras que el Gobierno finlandés opina que la regla variará en función de los factores puestos de manifiesto al analizar la cuestión de la equivalencia de los trabajos, yo considero que es más bien la naturaleza del sistema de retribución que se discuta la que determinará cómo debe apreciarse la igualdad de retribución.

31. Al comparar las retribuciones, el único modo correcto de garantizar la igualdad será en general ocuparse por separado de cada uno de los componentes de la retribución. Éste es además el único modo de obtener transparencia y de garantizar un control judicial efectivo: como el Tribunal de Justicia confirmó en la sentencia Danfoss<sup>16</sup> y repitió en la sentencia Barber,<sup>17</sup> la falta de transparencia haría imposible cualquier tipo de control por parte de los tribunales nacionales. Considero por consiguiente que, como principio general y conforme al criterio sentado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Barber, el principio de igualdad de retribución debe aplicarse a cada uno de los componentes de la retribución que perciben los trabajadores y las trabajadoras.

32. No obstante, cuando por razones históricas o de otro tipo la estructura de la retribución sea compleja, y ello haga difícil

16 — Sentencia de 17 de octubre de 1989 (C-109/88, Rec. p. I-3199), apartado 12.

17 — Apartado 34 de la sentencia, citada en el punto 24 *supra*.

o imposible identificar sus componentes individuales o los criterios de atribución de los mismos, puede resultar al mismo tiempo poco realista e inútil considerar aisladamente cada componente individual de la retribución global. Más aún, actuar de este modo puede dar lugar a una discriminación contra el otro sexo. En tales casos, una apreciación global puede ser el único método válido —o incluso el único factible— hasta que se produzca una reestructuración del sistema. Son indudablemente estas circunstancias las que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta cuando declaró en su sentencia *Royal Copenhagen*<sup>18</sup> que ciertos sistemas de retribución son tan complejos que para determinar si existe violación del artículo 119 es necesario recurrir a un «análisis global».<sup>19</sup>

33. Esto no significa sin embargo que cualquier componente individual de la retribución global pueda siempre ser compensado por otro. Así, en el propio asunto *Barber*, en el que los hombres despedidos por motivos económicos tenían derecho a una pensión inmediata si habían alcanzado la edad de 55 años, mientras que las mujeres despedidas por motivos económicos tenían derecho a una pensión inmediata si había alcanzado la edad de 50 años, es comprensible que el Tribunal de Justicia considerara inapropiado el intento de contrarrestar la discriminación en los derechos de pensión tomando en consideración las eventuales diferencias en las indemnizaciones de despido.

34. ¿Cuál es por tanto la situación en el caso de autos? Me parece oportuno recordar<sup>20</sup> que una trabajadora acredita que existe a primera vista una infracción del principio de igualdad de retribución por un trabajo del mismo valor cuando prueba, primero, que forma parte de un grupo en el que predominan las mujeres y que efectúa un trabajo de igual valor que el efectuado por un grupo en el que predominan los hombres y, en segundo lugar, que el primer grupo recibe una retribución inferior a la del grupo de referencia. No obstante, el empresario tiene a continuación la posibilidad de refutar dicha presunción probando que la diferencia de retribución se justifica por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

35. En el presente asunto es posible separar el salario base de las comadronas y el complemento, y comparar así su salario base con el que sirve de referencia. A mi juicio, la manera correcta de proceder en este asunto y en otros similares consiste en reconocer que el grupo que percibe una retribución de base inferior, en el presente caso las comadronas, está peor pagado, por lo que se debe responder en sentido afirmativo a la segunda cuestión planteada anteriormente, a saber, la de si la retribución de los dos grupos es desigual. Considero oportuno añadir que este enfoque aseguraría una mayor transparencia en este asunto y en asuntos similares: el hecho de que el complemento varíe cada mes en función de las horas y de los días en que se

18 — Citada en la nota 13 *supra*, apartado 43.

19 — Apartado 18 de la sentencia.

20 — Véase el punto 16 *supra*.

efectuaron los correspondientes turnos haría difícil una comparación que tuviera sentido entre el conjunto compuesto por el salario y el complemento de las comadronas, por una parte, y el salario base de referencia, por otra.

36. Opino por consiguiente que las trabajadoras que se encuentren en una situación similar a la de las comadronas en el presente asunto podrán acreditar que existe a primera vista una violación del principio de igualdad de retribución. No me parece sin embargo que con esto quede siempre zanjada la cuestión: como indiqué anteriormente, una vez que un trabajador ha demostrado que existe a primera vista una desigualdad de retribución, el empresario tiene la posibilidad de demostrar en la tercera fase que la diferencia de retribución se debe a factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Si el empresario consigue aportar tal justificación, no podrá declararse que se ha producido una violación del principio de igualdad de retribución.

37. El enfoque que he sugerido aquí se ajusta a la jurisprudencia recogida en la sentencia Royal Copenhagen,<sup>21</sup> en la que se había preguntado al Tribunal de Justicia qué importancia había de concederse, al verificar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución, a factores como, entre otros, las diferencias entre el trabajo de los dos grupos en lo relativo a los períodos de descanso retribuidos, a la libertad para organizar su trabajo y a los

inconvenientes del propio trabajo,<sup>22</sup> tales como el ruido, la temperatura y el carácter intensivo, repetitivo o monótono de las tareas (el asunto se refería a un grupo de operadores de máquinas automáticas y otro de pintores de porcelana que trabajaban en una fábrica de cerámica).<sup>23</sup> El Tribunal de Justicia declaró que el órgano jurisdiccional nacional debía determinar si, teniendo en cuenta los elementos de hecho relativos a las condiciones en que se llevaban a cabo los trabajos, podía atribuírseles el mismo valor o si tales elementos podían considerarse factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo capaces de justificar eventuales diferencias de retribución.<sup>24</sup>

38. En el presente asunto parece bastante difícil que el empleador pueda basarse en el complemento por horarios incómodos para justificar la desigualdad en la retribución de base, dado que dicho complemento parece querer compensar los inconvenientes y perturbaciones en la vida social y familiar y en el ritmo del sueño provocados por la variación de turnos que da derecho a percibir el complemento. El landsting ha señalado en sus observaciones escritas que el nivel del salario negociado para las enfermeras y comadronas se estableció teniendo en cuenta el hecho de que dichos grupos trabajaban en un régimen de turnos, por lo que recibían el complemento por horarios incómodos. Si esto fuera así, ello equivaldría a negar los efectos compensatorios del complemento. No obstante, de ser éste el caso, el landsting puede llegar a refutar la presunción de violación del principio de igualdad de retribución que

22 — Apartado 39 de la sentencia.

23 — Véase la cuestión 4, i), recogida en el apartado 10 de la sentencia.

24 — Apartado 42 de la sentencia.

21 — Citada en la nota 13 *supra*.

se deduce de la desigualdad en el salario base. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si dicho complemento desempeña en efecto un papel compensatorio y, de ser así, en qué medida.

39. Opino por consiguiente que cuando la estructura de la retribución tiene unas características tales que permiten en principio extraer y comparar los componentes individuales de la misma, esto es precisamente lo que debe hacerse, sin perjuicio de reconocer al empresario la posibilidad de demostrar que la desigualdad detectada no es una desigualdad por razón de sexo. En cambio, cuando la estructura de la retribución sea menos comprensible, la única posibilidad será efectuar una apreciación global. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si es posible, en un caso dado, efectuar una comparación elemento por elemento o si todo lo que puede hacerse es una apreciación global.

40. En este último tipo de casos, el mero hecho de que la estructura carezca (por hipótesis) de transparencia significa que la carga de probar la inexistencia de discriminación recae en el empresario. Dicha conclusión se deduce de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Danfoss,<sup>25</sup> en la que éste declaró que cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, si una trabajadora demuestra, a partir de un número relativamente importante de empleados, que la retribu-

ción media de las mujeres es inferior a la de los hombres. Considero igualmente aplicable dicho principio cuando un trabajador denuncia una discriminación derivada de un sistema de complementos u otros componentes salariales carente de transparencia, incluso en el supuesto de que no pueda acreditarse una diferencia en la retribución media.

### El efecto del horario de trabajo reducido

41. El órgano jurisdiccional nacional pregunta además si, al efectuar una comparación de retribuciones, debe tenerse en cuenta el hecho de que a las comadronas que trabajan en un régimen de rotación de tres turnos se les exige un número de horas de trabajo inferior para completar una semana de trabajo a tiempo completo a efectos de retribución. Naturalmente, la consecuencia que se derivaría de ello sería que, para compararlo con un grupo de referencia que tenga una jornada semanal de trabajo normal de 40 horas, el salario base mensual de las comadronas debería multiplicarse por 40/34,33, y por lo tanto incrementarse. El mismo resultado podría obtenerse comparando, no el salario base mensual, sino la retribución por hora realmente trabajada.

42. El landsting alega que la comparación de retribuciones debe efectuarse partiendo de la retribución por cada hora realmente trabajada. Sostiene que si el transporte gratuito ofrecido por un empresario cons-

<sup>25</sup> — Citada en la nota 16 *supra*. Véase también la sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia (C-318/86, Rec. p. 3559).

tituye «retribución» a efectos del artículo 119, como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto Garland,<sup>26</sup> la concesión de una reducción en el tiempo de trabajo debería considerarse lógicamente del mismo modo. En consecuencia, a su juicio, el valor de la reducción de la jornada de trabajo debe ser cuantificado e incluido en la retribución mensual global a efectos de comparación. No me parece sin embargo que los asuntos del tipo del asunto Garland sean pertinentes: lo que se discutía en aquel asunto era si las ventajas en materia de transporte formaban parte de la retribución, en cuyo caso resultaba claramente discriminatorio otorgarlas a los hombres y no a las mujeres, mientras que la cuestión que se discute en el presente asunto es claramente diferente.

43. El JämO ha hecho referencia a ciertos asuntos que al parecer invocó el landsting en una fase anterior del procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional,<sup>27</sup> de los que se deducía que para determinar si existe igualdad de retribución es preciso tomar como referencia la retribución por hora trabajada cada semana. El JämO replica que los asuntos mencionados, todos ellos relativos a una posible discriminación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, no son pertinentes en el presente asunto, y que las circunstancias de este último harían poco equitativa una comparación de la retribución por horas. La razón estriba en que una comadrona que realiza una semana de trabajo normal de 40 horas recibe el mismo salario que una comadrona que trabaje una semana de

34 horas. Una reducción del tiempo de trabajo puede constituir en principio un factor objetivo que justifique una diferencia de retribución, pero no ocurre así en el presente caso.

44. A mi juicio, la regla general debe ser que, al comparar la retribución de dos trabajadores, es preciso naturalmente tomar en consideración el número de horas que trabaja cada uno de ellos, y que una diferencia en las horas justifica una diferencia en la retribución, de modo que por ejemplo, en un caso extremo, evidentemente no sería discriminatorio pagar a un hombre que trabaja a tiempo completo el doble que a una mujer que trabaja media jornada en un puesto idéntico, ni tampoco pagar más a un hombre que hace horas extraordinarias que a una mujer que no las hace. Los asuntos que menciona el JämO, que apoyan inequívocamente el criterio propuesto, no parecen sin embargo pertinentes para la cuestión que se discute ante el Tribunal de Justicia, ya que se refieren por lo general a la cuestión de la diferencia entre las tarifas horarias o las prestaciones en especie que reciben los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial. En el presente asunto, no obstante, considero imposible sostener seriamente que las comadronas, a las que su empleador trata indiscutiblemente como trabajadores que prestan una jornada de trabajo semanal a tiempo completo, no deben considerarse trabajadores que presen-ten una jornada semanal a tiempo completo. La documentación presentada ante el Tribunal de Justicia sugiere que la reducción en el horario de trabajo compensa el hecho de trabajar en un régimen de rotación a tres turnos, y procede por tanto presumir que así es; a mi juicio, pues, dicha

26 — Sentencia de 9 de febrero de 1982 (12/81, Rec. p. 359).

27 — Véanse las sentencias de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartados 19 y 20; Bilka, antes citada en la nota 9, apartado 27, y de 15 de diciembre de 1984, Helmig y otros (asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-423/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. p. I-5727), apartados 26 y 27.

reducción no debe tenerse en cuenta al efectuar una comparación de retribuciones. Por consiguiente, el enfoque correcto consiste en comparar el salario base que reciben las comadronas con el que recibe el grupo de referencia, sin ajustar el salario de las comadronas para que refleje la reducción en el número de horas trabajadas.

persiga, junto a la igualdad de retribución, la igualdad en lo relativo a las demás condiciones de trabajo;<sup>31</sup> no significa que las condiciones de trabajo no puedan nunca ser pertinentes en el contexto del problema general de la igualdad de retribuciones.

45. La Comisión considera que la reducción del tiempo de trabajo es una condición de trabajo, en el sentido de la Directiva de igualdad de trato.<sup>28</sup> Esta postura me parece correcta: véase por ejemplo la sentencia Stoeckel,<sup>29</sup> en la que se reconoció que un régimen de trabajo en turnos sucesivos que incluía un turno de noche constituía una condición de trabajo a efectos de dicha Directiva.

47. En particular, se deduce claramente de la sentencia Royal Copenhagen<sup>32</sup> que las condiciones de trabajo pueden ser pertinentes tanto para resolver la cuestión de si el trabajo es del mismo valor como para saber si existe una justificación objetiva de unas eventuales diferencias de retribución para trabajos del mismo valor.<sup>33</sup>

46. La Comisión añade que el hecho de que la reducción del tiempo de trabajo pueda tener consecuencias pecuniarias no es suficiente para considerarla comprendida en el ámbito de aplicación de la normativa sobre igualdad de retribuciones.<sup>30</sup> Pese a que esta afirmación es cierta, lo que quiere decir es simplemente que el artículo 119 no puede ser interpretado en el sentido de que

48. Por consiguiente, al igual que en lo relativo al complemento por horarios incómodos, el empleador tiene en principio la posibilidad de demostrar, si éste fuera efectivamente el caso, que la reducción en el número de horas no puede considerarse en realidad una compensación por las molestias y perturbaciones del sistema de rotación a tres turnos, sino que la diferencia resultante en términos de salario por hora se debe a factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

28 — Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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, p. 40; EE 05/02, p. 70).

29 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-345/89, Rec. p. I-4047).

30 — Sentencia de 15 de junio de 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365), apartado 21.

31 — Véase el apartado 24 de la sentencia Defrenne, antes citada en la nota 30.

32 — Citada en la nota 13 *supra*.

33 — Véase el apartado 42 de la sentencia citada y el punto 39 - *supra*.

## Conclusión

49. Considero por tanto que procede responder como sigue a las cuestiones planteadas por el Arbetsdomstolen:

- 1) Cuando la retribución conste de diferentes componentes, por ejemplo un salario base y un complemento por horarios incómodos, en principio cada componente deberá considerarse por separado a efectos de determinar, por comparación, si existe igualdad de retribución. Cuando dicha comparación revele que existe a primera vista una violación del principio de igualdad de retribución, no existirá violación si el empresario demuestra que la diferencia de retribución se debe a factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.
- 2) Cuando resulte difícil o imposible distinguir los diferentes componentes que integran la retribución, será necesario proceder a una valoración global a efectos de determinar, por comparación, si existe igualdad de retribución. En tal caso, el mero hecho de que la estructura de la retribución no sea transparente significa que recae en el empresario la carga de probar que la discriminación denunciada no existe.
- 3) Cuando el trabajador que denuncia una discriminación trabaja menos horas por semana que el trabajador con el que se le compara, pero el empresario considera que aquellas horas equivalen a una semana de trabajo completa, el enfoque correcto desde el punto de vista del principio de igualdad de retribución consiste en comparar el salario base de los dos trabajadores sin ajustar el salario del primer trabajador de modo que refleje la reducción en su horario de trabajo. Cuando dicha comparación revele que existe a primera vista una violación del principio de igualdad de retribución, no existirá violación si el empresario demuestra que la diferencia de retribución se debe a factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.