CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. M. POIARES MADURO
presentadas el 18 de mayo de 2006 [1]

1. Esta petición de decisión prejudicial de la Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) afecta al desarrollo de la jurisprudencia comunitaria sobre la igualdad de retribución. La cuestión fundamental es si continúa aplicándose el criterio de la sentencia Danfoss, [2] que sostenía que el empresario no está obligado a justificar la utilización del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo, ni siquiera cuando éste perjudique a las mujeres, puesto que «la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas». El caso de autos no cuestiona directamente los sistemas retributivos que utilizan el criterio de la antigüedad, pero puede afectarles indirectamente. Lo que está en juego es, en primer lugar, cómo se distribuye la carga de la prueba entre el empresario y el trabajador para determinar si la discriminación indirecta que se deriva de un sistema retributivo que utiliza el criterio de la antigüedad puede justificarse y, en segundo lugar, la naturaleza de la justificación exigida y el alcance de la carga de la prueba. Si se admite como regla general que la antigüedad es un medio válido para remunerar la experiencia y la eficiencia, entonces resultará imposible para un trabajador impugnar un sistema retributivo basado en la antigüedad, aunque este sistema perjudique de hecho a las mujeres. Por el contrario, si se admite que el empresario debe justificar cualquier diferencia de trato que se derive de la utilización del criterio de la antigüedad en el sistema retributivo, puede resultar difícil para el empresario aportar pruebas precisas y exhaustivas que demuestren en qué medida la eficiencia y la productividad aumentan con la antigüedad.

I. Marco jurídico

2. El caso de autos gira en torno a la igualdad entre hombres y mujeres, que es un principio esencial del Derecho comunitario según los artículos 2 CE y 3 CE, apartado 2, y forma parte de los fundamentos

1 — Lengua original: portugués.

2 — Sentencia de 17 de octubre de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss (109/88, Rec. p. I-3199), apartado 24.

de la Comunidad.[3] El principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor se consagra en el artículo 141 CE, que dispone:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

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

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.»

3. El artículo 141 CE se complementa con varias disposiciones de Derecho derivado. 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,[4] garantiza que los elementos y condiciones de la retribución no establezcan discriminación entre hombres y mujeres. El artículo 1 de la Directiva 75/117 establece:

«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.

En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los traba-

3 — Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartado 12.

4 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

jadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

4. Aunque no se encuentra expresamente establecido en el artículo 141 CE, el concepto de discriminación indirecta fue desarrollado por la jurisprudencia [5] y después introducido en la legislación. 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, [6] define la discriminación indirecta por razón de sexo en su artículo 2, apartado 2: «A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.»

5. Aunque las siguientes Directivas no resulten aplicables al caso de autos, merece la pena señalar que el concepto de discriminación indirecta ya se encuentra definido de modo uniforme en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, [7] en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, [8] y en la 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, [9] en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. [10] El artículo 2 de la Directiva 76/207, en su versión modificada, establece que se entiende por "discriminación indirecta": la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

6. En relación con la carga de la prueba en asuntos sobre igualdad, la Directiva 97/80 también dispone, en su artículo 4, que cuando el demandante presente «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que

5 — Sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911).

6 — DO 1998, L 14, p. 6.

7 — DO L 180, p. 22.

8 — DO L 303, p. 16.

9 — DO L 39, p. 40.

10 — DO L 269, p. 15.

no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato». [11]

7. La relación entre el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80, que define el concepto de discriminación indirecta, y su artículo 4, sobre la carga de la prueba, resultará decisiva para resolver las cuestiones planteadas por el tribunal remitente, y para valorar cuándo un sistema retributivo en el que la antigüedad es un factor determinante de la remuneración puede causar discriminación indirecta.

II. Hechos, procedimientos y cuestión prejudicial

8. La Sra. Cadman trabaja para el United Kingdom Health and Safety Executive (en lo sucesivo, «HSE»), organismo competente en Gran Bretaña para regular los riesgos laborales para la seguridad y la higiene.

9. La Sra. Cadman se incorporó al HSE en junio de 1990 como «Inspector of Factories» (Inspector de Fábricas). Al final de su período de formación, en junio de 1993, obtuvo una promoción. En 1996 pasó a ser «head of a Field Services Unit» (Jefe de Servicio) y obtuvo otra promoción, esta vez para la categoría conocida como Band 2 H. M. Principal Inspector of Health and Safety (Inspector principal de Seguridad e Higiene, nivel 2). En febrero de 2001 se trasladó al puesto operativo de «head of a Field Management Unit» (Jefe de Área de Gestión).

10. En el período en el que la Sra. Cadman estuvo trabajando en el HSE, el régimen retributivo cambió varias veces. Hasta 1992 existió un sistema de aumento automático, en el que cada trabajador recibía un aumento de su retribución anualmente hasta que alcanzaba el tope superior de la categoría. En 1992 el HSE introdujo un elemento ligado a la productividad, de modo que la cantidad del aumento anual se ajustaba para reflejar la productividad del trabajador. Según este sistema, los trabajadores más productivos podían llegar más rápidamente al límite retributivo superior de su categoría. En 1995, como consecuencia de la celebración de un Long Term Pay Agreement (Convenio a largo plazo de retribución), los aumentos salariales anuales se efectuaban mediante participaciones en el capital social en proporción a la productividad del empleado, ralentizando el ritmo al que se acortaban las distancias en las diferencias entre empleados de la misma categoría con mayor o menor antigüedad. Finalmente, en 2000, se permitió que quienes se hallaban en el margen inferior de los niveles salariales recibiesen un aumento salarial anual de mayor cuantía para acelerar la progresión en el nivel salarial.

11 — El mismo mecanismo puede encontrarse en el trigésimo primer considerando de la Directiva 2000/78 y en el vigésimo primer considerando de la Directiva 2000/43, a cuyo tenor «las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando existe a primera vista un caso de presunta discriminación. Para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la carga de la prueba debe recaer en la parte demandada cuando se aporten indicios de dicha discriminación».

11. En el ejercicio 2000-2001, la retribución anual de la Sra. Cadman fue de 35.129 GBP, mientras que la retribución de cuatro compañeros de trabajo varones en la misma categoría que ella fue de 39.125 GBP, 43.345 GBP, 43.119 GBP y 44.183 GBP, respectivamente. La diferencia anual de retribución entre la Sra. Cadman y los cuatro compañeros de trabajo que sirven de términos de comparación, que oscilaba entre 4.000 GBP y 9.000 GBP, se debía a que éstos tenían mayor antigüedad en el HSE.

12. En junio de 2001 la Sra. Cadman interpuso una demanda ante el Manchester Employment Tribunal, alegando que el sistema de retribución del HSE tenía un impacto perjudicial desproporcionado sobre las mujeres y por lo tanto ella tenía derecho a percibir la misma retribución que se pagaba a sus cuatro compañeros que sirven como términos de comparación. La Sra. Cadman fundamentó su demanda en la Equal Pay Act 1970, que adapta el Derecho de Gran Bretaña a lo dispuesto en el artículo 141 CE.

13. El artículo 1 de la Equal Pay Act 1970, relevante para este asunto, dispone:

«1. Si las condiciones de un contrato en virtud del cual una mujer está empleada en una empresa en Gran Bretaña no prevén (directamente, mediante remisión a un convenio colectivo o de algún otro modo) una cláusula de igualdad, se considerará que dicha cláusula está incluida en el contrato.

2. Una cláusula de igualdad es una disposición relativa a las condiciones (ya se refieran a la retribución o no) de un contrato en virtud del cual está empleada una mujer (en lo sucesivo, contrato con una mujer) y tiene por efecto que:

[...]

b) cuando una mujer esté empleada en un trabajo considerado equivalente al realizado por un hombre que ocupa el mismo empleo

i) si (al margen de la cláusula de igualdad) cualquier condición del contrato con una mujer que venga determinada por la calidad del trabajo es o pasa a ser menos favorable para ésta que una condición similar del contrato con un hombre, se considerará modificada la condición del contrato con una mujer de modo que no le sea menos favorable, y

ii) si (al margen de la cláusula de igualdad) en cualquier momento el contrato con una mujer no incluye

una condición equivalente a una condición beneficiosa incluida en el contrato con un hombre, se considerará que el contrato con la mujer prevé dicha condición.

[...]

3. La cláusula de igualdad no se aplicará a la diferencia entre el contrato con una mujer y con un hombre si el empresario prueba que dicha diferencia se debe en realidad a algún factor relevante que no es la diferencia de sexo y este factor

a) en el caso de la cláusula de igualdad a la que se refiere el apartado 2 [...], letra b) anteriormente enunciado, deberá constituir una diferencia relevante entre la situación de la mujer y la del hombre,

[...]»

14. Además, según el artículo 1, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Sex Discrimination Act 1975, la discriminación indirecta por razón de sexo es ilegal salvo que esté justificada.

15. El Employment Tribunal, que conoció del asunto de la Sra. Cadman entre el 7 de mayo de 2002 y el 8 de julio de 2002, sostuvo que ésta tenía derecho a que se declarase, con arreglo al artículo 1 de la Equal Pay Act 1970, que los términos de su contrato relativos a la retribución debían modificarse para no ser menos favorables que las cláusulas comparables de los contratos de trabajo de los cuatro trabajadores identificados como términos de comparación.

16. El HSE recurrió esa resolución ante el Employment Appeal Tribunal (en lo sucesivo, «Appeal Tribunal»), el cual estimó el recurso mediante resolución de 22 de octubre de 2003, por dos motivos. En primer lugar, consideró que, a la luz de la sentencia Danfoss del Tribunal de Justicia, antes citada, cuando la desigual retribución resulta de la aplicación del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo, no es necesario justificarla de modo especial. En segundo lugar, aunque se exigiese tal justificación, el Employment Tribunal cometió un error de Derecho en la apreciación que hizo de la cuestión.

17. Por su parte, la Sra. Cadman recurrió ante la Court of Appeal. Se admitió la intervención de la Equal Opportunities Comisión (en lo sucesivo, «EOC»), para que presentase observaciones escritas y orales. La EOC aportó pruebas (aceptadas por todas las partes) de que, en el Reino Unido y en toda la Unión Europea, la antigüedad laboral de las trabajadoras es, considerada en su conjunto, inferior a la de los trabajadores y que, como elemento determinante de la retribución, desempeña un importante papel en la diferencia salarial que sigue existiendo entre trabajadoras y trabajadores.

18. El HSE no ha dejado de defender esta práctica salarial, alegando que la diferencia en la retribución se debía a la menor antigüedad de la Sra. Cadman, factor relevante y objetivo que diferencia su situación de la de sus cuatro compañeros identificados como términos de comparación, tal y como dispone la sentencia Danfoss, antes citada.

19. La Sra. Cadman y la EOC, por su parte, sostienen que la sentencia Danfoss ha sido cuestionada por la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia. De hecho, afirman que el empresario debe aportar una justificación objetiva de las diferencias salariales entre la Sra. Cadman y los cuatro compañeros identificados como términos de comparación.

20. Tras apreciar una discrepancia manifiesta entre la sentencia Danfoss y otras más recientes, concretamente Nimz, [12] Hill and Stapleton [13] y Gerster, [14] la Court of Appeal concluyó que el asunto «no estaba libre de incertidumbres» [15] y por ello planteó las tres cuestiones siguientes al Tribunal de Justicia para que pronuncie una decisión prejudicial:

«1) Cuando la aplicación por un empresario del criterio de la antigüedad para determinar la retribución tiene un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras pertinentes, ¿exige el artículo 141 CE que el empresario justifique de modo especial la utilización de dicho criterio? Si la respuesta depende de las circunstancias, ¿cuáles son esas circunstancias?

2) ¿Sería otra la respuesta a la pregunta anterior si el empresario aplica el criterio de la antigüedad a los empleados caso por caso, de modo que se evalúa en qué medida una mayor antigüedad justifica un nivel de retribución mayor?

3) ¿Debe establecerse alguna distinción relevante entre la utilización del criterio de la antigüedad en el caso de los trabajadores a tiempo parcial y su utilización en el caso de los trabajadores a jornada completa?»

21. La Sra. Cadman, la EOC, el Gobierno del Reino Unido, Irlanda y la Comisión presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. Éstos, además del Gobierno francés, también comparecieron en la vista, celebrada el 8 de marzo de 2006.

12 — Sentencia de 7 de febrero de 1991 (C-184/89, Rec. p. I-297).

13 — Sentencia de 17 de junio de 1998 (C-243/95 Rec. p. I-3739).

14 — Sentencia de 2 de octubre de 1997 (C-1/95 Rec. p. I-5253).

15 — Apartado 23 de la resolución que plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

III. Análisis

22. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas comenzaré refiriéndome a la carga de la prueba en los casos de discriminación indirecta. Posteriormente analizaré hasta qué punto el criterio de la antigüedad puede utilizarse en un sistema retributivo sin infringir el artículo 141 CE, con el fin de determinar si el artículo 141 CE puede ser interpretado de manera que permita un sistema retributivo como el adoptado por el HSE. Finalmente abordaré la cuestión suscitada por el Gobierno del Reino Unido e Irlanda, acerca de los límites temporales de la sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto.

A. *La carga de la prueba en casos de discriminación indirecta*

1. Método de análisis

23. Al contrario que a la discriminación directa, la discriminación indirecta surge de disposiciones que, aparentemente, se aplican por igual a hombres y a mujeres. Si una disposición aparentemente neutral en realidad perjudica a las mujeres, puede considerarse indirectamente discriminatoria. [16] Una disposición que perjudique a los trabajadores más jóvenes o a los de mayor edad, aparentemente neutral, puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de edad. [17] En el caso de autos, aunque la cuestión no ha sido planteada por el tribunal remitente, resulta plausible que el recurso al criterio de la antigüedad pueda ocasionar discriminación indirecta por razón de la edad en determinadas circunstancias. [18] La necesidad de que exista un concepto de igualdad material resulta inherente al concepto de discriminación indirecta. [19]

24. No puede haber justificación para la discriminación indirecta. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia reiterada y tal y como establece el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80, una discriminación indirecta puede estar justificada.

16 — Véanse, en este sentido, la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 31; la sentencia Gerster, antes citada, apartado 30; la sentencia de 2 de octubre de 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 16, y la sentencia Hill and Stapleton, antes citada, apartado 24.

17 — El Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartado 75, que el principio de no discriminación por razón de edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario.

18 — Es posible imaginar un sistema retributivo que perjudique a los trabajadores más jóvenes porque prime desproporcionadamente la antigüedad y con ello beneficie a los trabajadores de mayor edad. Inversamente, otro sistema retributivo que no tomara en cuenta la experiencia laboral se podría considerar perjudicial para los trabajadores de mayor edad. Sin embargo, con respecto al acceso al empleo, el artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/78 deja margen para «[...] el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo». En general, la prohibición de discriminación por razón de edad se establece con numerosos requisitos y limitaciones [conclusiones del Abogado General Jacobs, de 27 de octubre de 2005, en el asunto Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, pendiente ante el Tribunal de Justicia), punto 87].

19 — Prechal, S.: «Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three terms», *CMLRev.*, tomo 41, 2004, número 2, p. 533.

25. El artículo 4 de la Directiva 97/80 establece las reglas de distribución de la carga de la prueba entre empresario y trabajador en los casos de discriminación indirecta. Quien reclama por discriminación indirecta debe aportar prueba de que la disposición impugnada realmente produce un impacto desigual sobre las mujeres. Así, en esta fase inicial del procedimiento, la carga de la prueba recae sobre el trabajador. La obligación de que el empresario o el legislador presenten justificación para una práctica o una política aparentemente neutral surge solamente si se aporta dicha prueba. Una vez aportada dicha prueba, el empresario o el legislador, dependiendo del origen de las disposiciones, tendrá que demostrar que éstas persiguen una finalidad legítima, resultan estrictamente necesarias para conseguirla y son proporcionadas. [20]

26. La reclamación de la Sra. Cadman por haber sufrido discriminación indirecta debería ser evaluada a la luz de este método analítico. Sin embargo, la Court of Appeal se pregunta si en la sentencia Danfoss el Tribunal de Justicia se apartó realmente de este método de análisis del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo. Por ello, debe aclararse el sentido de dicha sentencia en relación con la jurisprudencia posterior.

20 — La misma prueba emplean los tribunales ingleses, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o sin hacerlo: véase la resolución del Employment Tribunal en Crossley/Arbitration Conciliation and Advisory Service (asunto nº 1304744/98, adjunto a las observaciones de la Sra. Cadman).

2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la obligación del empresario de justificar la utilización de la antigüedad en un sistema retributivo

27. En la sentencia Danfoss, antes citada, el Tribunal de Justicia analizó cuestiones planteadas por un tribunal danés de arbitraje sobre un sistema retributivo en el que se pagaba el mismo salario base a los trabajadores de la misma categoría salarial, pero en el que además se reconocían complementos salariales de carácter personal, calculados en función de la movilidad, la formación y la antigüedad. Una demandante denunció que este sistema retributivo discriminaba indirectamente a las mujeres. Tras considerar cómo se distribuía la carga de la prueba entre el trabajador y el empresario, a la vista de que el sistema retributivo era poco transparente, el Tribunal de Justicia valoró por separado la legalidad de cada uno de los tres criterios mencionados anteriormente, considerando el impacto desigual que éstos pudieran tener sobre las mujeres. El Tribunal de Justicia determinó que la movilidad era un criterio legítimo en tanto fuera utilizado para remunerar la calidad de la actividad realizada. Sin embargo, si con el criterio de movilidad se remuneraba la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo variables, no podía considerarse neutral, puesto que las mujeres, «por razón de las tareas domésticas y familiares de las que a menudo tienen la responsabilidad, tienen menos facilidad para organizar su tiempo de trabajo de un modo

flexible como los trabajadores masculinos».[21] Con respecto a la formación, el Tribunal de Justicia sostuvo que «el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador».[22]

28. Finalmente, y ésta es la parte de la sentencia que se discute aquí, el Tribunal de Justicia declaró que la antigüedad «es posible que pueda, [...], redundar en un trato menos favorable para los trabajadores femeninos que para los masculinos en la medida en que las mujeres han entrado más recientemente que los hombres en el mercado de trabajo o sufren con más frecuencia una interrupción de su carrera».[23] Tras realizar esta declaración, el Tribunal de Justicia consideró que, «como la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas, el empresario puede retribuirla sin tener que demostrar la importancia que reviste para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador».[24]

29. El Gobierno del Reino Unido alegó que la antigüedad debería, en principio, considerarse justificada, aunque el trabajador demostrara que tiene un impacto desproporcionado sobre las mujeres. El empresario sólo tendría que aportar una justificación especial si el trabajador demostrara primero que la preponderancia de la antigüedad era absolutamente desproporcionada.

30. Irlanda y el Gobierno francés adoptaron una postura más radical, manifestando que de la sentencia Danfoss, antes citada, se derivaba que la antigüedad debería considerarse siempre un criterio legítimo para la determinación del salario.

31. La Sra. Cadman y la EOC, por el contrario, alegaron que la sentencia Danfoss debería interpretarse en el sentido de que «en un puesto de trabajo en el que la antigüedad permite a una persona desempeñar mejor sus tareas, la antigüedad puede utilizarse de modo adecuado como criterio razonable para medir la distinta habilidad de los miembros de la plantilla en el cumplimiento de sus obligaciones».[25] En su opinión, el empresario siempre tendría que presentar una justificación específica. No se sabe exactamente a qué equivale esta justificación específica. Parece que podría llegar a ser necesaria al aplicar caso por caso cualquier sistema retributivo basado en la antigüedad.

21 — Apartado 21 de la sentencia Danfoss.

22 — Apartado 23 de la sentencia Danfoss.

23 — Apartado 24 de la sentencia Danfoss.

24 — *Ibidem.*

25 — Punto 103 de las observaciones escritas de la EOC.

32. La Comisión prefiere considerar que la sentencia Danfoss es «una sentencia concreta, basada en circunstancias de hecho muy particulares», [26] que no obsta a la obligación de justificar que recae en los empresarios cuando un sistema retributivo tiene un impacto desigual sobre los trabajadores y las trabajadoras.

33. Por las razones que expondré a continuación, aunque estoy de acuerdo con la interpretación propuesta por la Sra. Cadman, la EOC y la Comisión sobre el hecho de que la carga de la prueba en la justificación de un sistema retributivo debería corresponder al empresario, considero que también sería importante definir la naturaleza de esta justificación para no imponer al empresario cargas indebidas.

34. Es cierto que, según el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80, el hecho de que exista un impacto desigual sobre un sexo no es suficiente para que se declare que hay discriminación indirecta si este impacto puede estar objetivamente justificado por una finalidad legítima y los medios para su consecución resultan adecuados y necesarios. No obstante, el artículo 4 de la Directiva trata la carga de la prueba para esta justificación. Desde este punto de vista los argumentos de los gobiernos nacionales me resultan difíciles de aceptar. El Gobierno francés e Irlanda defienden en definitiva la opinión de que la antigüedad siempre constituye un fin objetivamente justificado, adecuado y necesariamente legítimo. Tal y como argumento más adelante, no veo ningún fundamento para un respaldo tan general e incondicional al criterio de la antigüedad. Por su parte, el Gobierno del Reino Unido acepta que en ocasiones la antigüedad no constituye un criterio aceptable pero alega que, en ese caso, la carga de la prueba debe recaer en el trabajador. Sin embargo, no veo ninguna razón por la que el trabajador deba soportar la carga de demostrar que se ha otorgado una preponderancia absolutamente desproporcionada al criterio de la antigüedad, en lugar de que corresponda al empresario demostrar que el sistema es realmente proporcionado. El artículo 4 se opone esa interpretación. Su tenor literal, la estructura general de la disposición y la finalidad general de la Directiva apuntan a que es el empresario el que debe aportar una justificación objetiva para este criterio y debe demostrar que éste es no sólo adecuado, sino también necesario para la consecución de un fin legítimo, según lo establecido por el artículo 2, apartado 2, y por el artículo 4 de la Directiva. La naturaleza de esta justificación, es decir, el alcance de la carga impuesta al empresario, es otra cuestión. Precisamente a este respecto los argumentos tradicionales en favor del criterio de la antigüedad podrían tener relevancia y podría ser preciso establecer límites a la carga que la Sra. Cadman y la EOC afirman que debería imponerse al empresario.

35. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la sentencia Danfoss, antes citada, fue dictada antes de la aprobación de la Directiva 97/80. Hasta la aprobación de la Directiva, los tribunales podían fallar que el empresario no tenía la obligación de justifi-

26 — Punto 30 de las observaciones escritas de la Comisión.

car la aplicación del criterio de la antigüedad, lo que el Tribunal de Justicia también podría haber hecho en la sentencia Danfoss. Tras la aprobación de la Directiva, cualquier criterio que tuviera un impacto perjudicial sobre las mujeres ya no podía quedar fuera del ámbito del artículo 4 (citado anteriormente en el punto 6).

36. No hay ninguna duda de que la Directiva 97/80 es aplicable al caso de autos, puesto que, según el artículo 3 de la misma, ésta se aplica a las situaciones contempladas en el artículo 141 CE.

37. Además, si se adoptara la interpretación defendida por el Gobierno francés e Irlanda, se conculcaría la finalidad de la Directiva 97/80, que según su artículo 1 es «mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato [...]». De este modo también el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 141 CE se vería menoscabado.

38. Por consiguiente, en virtud del artículo 4 de la Directiva 97/80, corresponde al empresario probar que, cuando la utilización de la antigüedad como elemento determinante en un sistema retributivo ocasiona un impacto desigual sobre las mujeres, puede justificarse el recurso a este criterio por resultar pertinente, habida cuenta del sistema retributivo general de la empresa y de su actividad.

39. En segundo lugar, la jurisprudencia posterior es pertinente para evaluar si un empresario todavía puede invocar la sentencia Danfoss, antes citada, para evitar tener que aportar la justificación de un sistema retributivo que se basa en la antigüedad y tiene un impacto desigual sobre las mujeres.

40. En la sentencia Nimz [27] el Tribunal de Justicia tuvo que analizar si el artículo 141 CE podía interpretarse de manera que permitiera que disposiciones del Convenio Colectivo Federal para los Empleados de la Administración Pública Alemana fueran aplicados a trabajadores a tiempo parcial. Según este convenio colectivo, los trabajadores tenían derecho a una promoción tras un período de empleo de seis años. A los trabajadores empleados por al menos tres cuartas partes de la jornada ordinaria les fue computada integralmente la antigüedad. Sin embargo, a los trabajadores cuyo horario oscilaba entre media y tres cuartas partes de la jornada laboral ordinaria sólo les fue computada la mitad de la antigüedad. El Gobierno alemán basó su argumentación en favor de la legitimidad de la disposición impugnada en el hecho de que los trabajadores en jornada completa tenían más amplia experiencia y adquirían más rápidamente que los trabajadores a tiempo parcial la capacidad y competencia necesarias para su trabajo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sostuvo en el apartado 15 de la sentencia que el artículo 141 CE impedía la aplicación de la disposición «[...]a no ser que

27 — Antes citada.

el empresario acredite que dicha norma está justificada por factores cuya objetividad depende fundamentalmente de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de dicha función aporte tras un determinado número de horas de trabajo realizadas».

41. En la sentencia Gerster, [28] el Tribunal de Justicia examinó de nuevo el método para calcular la antigüedad en la función pública alemana, que establecía una diferencia entre los trabajadores a tiempo parcial y en jornada completa. En ese caso, el Tribunal de Justicia no descartó la posibilidad de que el órgano jurisdiccional nacional pudiera establecer una relación entre la adquisición de más experiencia y el hecho de que el trabajador lo fuera en jornada completa en vez de a tiempo parcial, aunque exigió que se respetara el principio de proporcionalidad. [29] En Kording [30] el Tribunal de Justicia declaró que correspondía al órgano jurisdiccional nacional determinar si podía justificarse por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, el requisito de que los candidatos empleados a tiempo parcial debieran estarlo durante un período más largo que los empleados en jornada completa para poder gozar de la exención de realizar el examen de acceso a una profesión.

42. El Abogado General La Pergola ofreció un enfoque más estricto en las conclusiones de los dos últimos asuntos. En su opinión, el sistema de promoción descrito en la sentencia Gerster carecía de coherencia interna puesto que consideraba trabajadores en jornada completa a aquellos con jornada superior a los dos tercios de la jornada laboral ordinaria, mientras que los que trabajaban con un horario escasamente más reducido permanecían en la categoría de tiempo parcial. [31] Generalizando aún más, manifestó que el régimen de promociones estaba basado en la mera presunción de que los funcionarios que trabajaban a tiempo parcial debían ejercer su actividad durante un período más dilatado que aquellos otros que trabajaban en jornada completa. En su opinión no hay ninguna prueba que sustente esta afirmación. [32]

43. En el siguiente asunto en el que se planteó el principio de igualdad de trato, denominado Hill and Stapleton, [33] esta vez en relación con el régimen retributivo de los funcionarios irlandeses, el Tribunal de Justicia confirmó que, cuando se evaluaba el ascenso progresivo que debía concederse a los trabajadores que pasaran del régimen de trabajo a tiempo compartido al régimen de trabajo en jornada completa, correspondía al empresario demostrar ante el órgano jurisdiccional remitente que la aplicación del criterio antigüedad, definido como el tiempo efectivamente trabajado, estaba justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

28 — Antes citada.

29 — En otras palabras, los medios elegidos responden a un fin legítimo de su política social, son adecuados para conseguir el objetivo perseguido por ésta y son necesarios para ello (sentencia Gerster, apartado 40).

30 — Apartado 26.

31 — Conclusiones en el asunto Gerster, punto 47.

32 — *Ibidem*, punto 40.

33 — Apartado 43.

44. En la última sentencia pertinente citada por las partes, Nikoloudi, [34] el Tribunal de Justicia abordó el criterio de la antigüedad entre otros temas. Según el convenio colectivo, sólo los trabajadores en jornada completa con dos años de antigüedad tenían derecho a integrarse en el personal estatutario de la empresa. Una de las cuestiones que se suscitó fue si la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial tenía que calcularse proporcionalmente o si computaba su período completo de servicio. El Tribunal de Justicia recordó que «la objetividad de [la antigüedad] depende de todas las circunstancias de cada caso». [35] El empresario alegó que la antigüedad era necesaria para evaluar la experiencia profesional de un trabajador. Sin especificar qué impacto podrían tener estos factores sobre la validez del criterio utilizado, el Tribunal de Justicia manifestó que bajo el criterio de la antigüedad también se podría estar recompensando la fidelidad a la empresa. [36]

45. Resulta significativo que en ninguno de estos asuntos el Tribunal de Justicia hiciera referencia a la sentencia Danfoss, antes citada, para resolver. Los Abogados Generales se esforzaron en explicar el desarrollo de la jurisprudencia. Según las conclusiones del Abogado General La Pergola en el asunto Hill and Stapleton, la sentencia Danfoss sólo podía explicarse en su contexto y a la luz de los hechos entonces sometidos al Tribunal de Justicia. Del mismo modo, la Abogado General Stix-Hackl consideró que en las sentencias Nimz, Gerster y Kording, el Tribunal de Justicia se había apartado de la orientación establecida por la sentencia Danfoss. [37]

46. Puede que las sentencias posteriores no hayan rectificado de modo expreso la sentencia Danfoss, antes citada, pero no hay duda de que ésta ha sido cuestionada por sentencias más recientes. No se puede extraer ninguna conclusión del mero hecho de que el Tribunal de Justicia no haya rechazado expresamente su fallo en el asunto Danfoss en sentencias posteriores, puesto que sólo en ocasiones excepcionales el Tribunal de Justicia manifiesta expresamente que rectifica su propia jurisprudencia, y menos aún cuando ninguno de los asuntos posteriores le exigía revisar su resolución anterior. [38]

47. En conclusión, está claro que la Directiva 97/80, [39] basada en el artículo 141 CE, armonizó y codificó el enfoque que debía darse a la carga de la prueba, por lo que la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Danfoss, aunque resulte comprensible dadas las especiales circunstancias del caso, no puede invocarse en el caso de autos. En mi opinión, la respuesta a la primera cuestión planteada por la Court of Appeal debería ser que, cuando la aplicación por un empresario del criterio de la antigüedad para determinar la retribución tiene un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras, el artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y el artículo 4 de la Directiva 97/80, exigen que el empresario justifique el

34 — Sentencia de 10 de marzo de 2005 (C-196/02, Rec. p. I-1789).

35 — Sentencia Nikoloudi, apartado 55.

36 — *Ibidem*, apartado 63.

37 — Conclusiones en el asunto Nikoloudi, punto 50.

38 — Véanse mis conclusiones sobre esta cuestión de 1 de febrero de 2006 en los asuntos Cipolla, C-94/04, y Macrino and Capodarte, C-202/04, pendientes ante el Tribunal de Justicia, puntos 28 y 29.

39 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartados 13 a 19, y de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275), apartado 24.

recurso a dicho criterio. A continuación analizaré la naturaleza de la justificación que debe aportarse.

B. *La naturaleza de la justificación exigida para que un sistema retributivo pueda aplicar el criterio de la antigüedad*

48. La naturaleza de la justificación que un empresario debe aportar para destruir la presunción de discriminación indirecta derivada del hecho de que un sistema retributivo perjudique a las mujeres, debe determinarse a la luz de la Directiva 97/80 y de la jurisprudencia sobre la discriminación indirecta. Esta cuestión tiene una importancia capital, pues los requisitos de la prueba que se exige al empresario posibilitarán el control judicial cuando un sistema retributivo resulte impugnado alegando que se ha conculcado el principio de igualdad de retribución. Es necesario determinar si bastaría una justificación general para la utilización del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo o si, por el contrario, dicha justificación debería referirse a las circunstancias de cada trabajador individualmente considerado. En la práctica, tanto los empresarios como el legislador ya han anticipado una serie de posibles motivos para justificar medidas que perjudican a las mujeres.[40] Corresponderá normalmente a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si las medidas adoptadas para conseguir un objetivo legítimo son proporcionadas, a la vista de la justificación expuesta por el empresario.

49. Contrariamente a lo defendido por el Gobierno francés e Irlanda, resulta indiscutible que no puede aceptarse que la sentencia Danfoss confiera una justificación global a todos los sistemas retributivos basados en la antigüedad. Sin embargo, también en contra de lo defendido por la Sra. Cadman y la EOC, una reclamación por discriminación indirecta interpuesta por un trabajador no puede desencadenar la exigencia de que el empresario justifique el salario asignado al trabajador en comparación con otros. Aceptar esta pretensión entrañaría el riesgo de que se impusiera al empresario una carga intolerable y esta pretensión, como tal, no considera el hecho de que, según el artículo 2, apartado 2, la justificación puede referirse al criterio en sí mismo, y no necesariamente a cada caso concreto de trato diferenciado entre trabajadores. En otras palabras, el empresario satisface la obligación de soportar la carga de la prueba si el criterio adoptado en su sistema retributivo está justificado y no siempre será necesario presentar justificación para una diferencia de trato entre trabajadores concretos que este criterio pueda ocasionar.

50. En la vista, el representante del Gobierno del Reino Unido alegó que hay razones poderosas para que un empresario prefiera optar por un sistema retributivo basado en la antigüedad. Normalmente un trabajador experimentado será más productivo, puesto

40 — Véase, Hervey, T.K.: «EC law on justifications for sex discrimination in working life», in Collective bargaining, discrimination, social security and European integration, *Bulletin of comparative labour relations*, nº 48, 2003, p. 103. Entre las distintas justificaciones aportadas, el autor distingue entre las vinculadas al puesto de trabajo, como la aptitud física, la cualificación y la formación, las que se refieren a la empresa, como la eficiencia económica o financiera y aquellas ligadas al interés general, como la necesidad de incentivar el empleo o la voluntad de promover las pequeñas empresas.

que estará más familiarizado con la actividad de la empresa y con sus clientes. Además, la estabilidad de la plantilla permite al empresario reducir los costes de formación y evita onerosos procesos de selección. Por tanto, existe un incentivo económico evidente para que el empresario recompense la antigüedad.

51. En sus observaciones orales el Gobierno francés explicó además por qué un empleador público tiene un motivo legítimo para recompensar la antigüedad de sus trabajadores. En la función pública francesa, la antigüedad no está vinculada al tipo de trabajo desempeñado, sino que se justifica por la relación del funcionario con la administración. Un sistema retributivo basado en la antigüedad garantiza la independencia y neutralidad de los funcionarios.

52. Aunque la legitimidad del criterio de la antigüedad, como tal, no se pone el duda, surge la cuestión de hasta qué punto el interés económico del empresario tiene que ajustarse al interés de los trabajadores para que se respete el principio de igualdad de retribución. De hecho, aunque para los empresarios resulte legítimo remunerar la antigüedad y/o la lealtad, no puede negarse que hay situaciones en las que un sistema retributivo perjudica a las mujeres, aunque haya resultado neutral en su concepción. En dichos casos, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80 somete el criterio utilizado en un sistema retributivo que perjudica a las mujeres a una prueba de proporcionalidad en la cual debe demostrarse que dicho criterio se fundamenta en objetivos legítimos y resulta proporcionado para conseguirlos.

53. Tal y como ha reconocido el Gobierno del Reino Unido, un sistema retributivo con subidas salariales automáticas que dependen únicamente de la antigüedad tiene un impacto negativo sobre las trabajadoras, puesto que, por regla general, las mujeres se incorporan más tarde al mercado de trabajo e interrumpen su prestación de servicios más a menudo, por motivos relacionados con la maternidad y con las personas a su cargo.

54. El Gobierno del Reino Unido mantiene que, en la sentencia Danfoss, el Tribunal de Justicia concedía un estatuto especial a la antigüedad, puesto que «el empresario tenía derecho a probar su justificación recurriendo a la generalización, en lugar de mediante la prueba específica». [41] Irlanda también apoya esta misma postura. En su opinión, esto significaría que puesto que la antigüedad puede considerarse un medio para desempeñar mejor un trabajo, aplicar el criterio de la antigüedad en un sistema retributivo será siempre compatible con el artículo 141 CE.

55. No estoy de acuerdo con esta presunción. En mi opinión no supera la prueba de

41 — Punto 26 de las observaciones escritas del Gobierno del Reino Unido.

proporcionalidad establecida en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80, que define el concepto de discriminación indirecta.

56. La prueba de proporcionalidad que recoge el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80 [42] exige que se demuestre que el controvertido criterio «resulte adecuado y necesario y pueda justificarse por motivos objetivos que no estén relacionados con el sexo».

57. Si resultara admisible que una afirmación general, como que la antigüedad faculta al trabajador para desempeñar mejor sus tareas, bastara para justificar un sistema retributivo que perjudica a las mujeres desde el punto de vista del artículo 141 CE, al trabajador no le quedaría margen en la práctica para impugnarlo alegando esta razón.

58. Además, el control judicial en estas circunstancias resultaría imposible. Debido a ello, el Tribunal de Justicia rechazó en la sentencia Seymour-Smith [43] las «meras generalizaciones» por no resultar medios válidos para justificar la adopción de una medida discriminatoria. En mi opinión, la prueba de proporcionalidad que impone el artículo 2, apartado 2, exige que el empresario demuestre que el sistema retributivo adoptado, aun estando fundamentado en un objetivo legítimo, está diseñado para minimizar su impacto desigual sobre las mujeres. Tal y como argumento a continuación, esto requiere una revisión, por ejemplo, de la ponderación de la antigüedad y del modo en que es considerada en el sistema retributivo con respecto a otros criterios (como el mérito), que resultan menos desfavorables para las mujeres.

59. Para una comprensión más completa de la naturaleza de la justificación requerida puede resultar útil establecer una analogía con los casos de libre circulación de trabajadores, ya que el equilibrio que tiene que alcanzarse en ellos puede a veces presentar semejanzas con el ejercicio de ponderación que tiene que efectuarse cuando se revisa el criterio de la antigüedad por existir indicios de discriminación indirecta. En la sentencia *Köbler* [44] el Tribunal de Justicia sostuvo que un complemento extraordinario de antigüedad, que debía añadirse al salario base en determinadas condiciones, [45] concedido por el Estado austriaco en condición de empleador a los profesores universitarios, contravenía el artículo 39 CE y no podía justificarse por ninguna necesidad imperiosa de interés general. El Tribunal de Justicia confrontó el derecho del empresario a remunerar la lealtad y el principio de libertad de circula-

42 — También en las Directivas 2000/78, 2000/43 y 76/207, en su versión modificada.

43 — Véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999 (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 76.

44 — Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01, Rec. p. I-10239).

45 — Es decir, siempre y cuando hubieran trabajado para una universidad austriaca durante al menos quince años y hubieran recibido el complemento de antigüedad ordinario durante al menos cuatro años.

ción de trabajadores.[46] El Tribunal de Justicia admitió que la remuneración de la lealtad era un objetivo legítimo, pero declaró que no era suficiente para justificar el obstáculo que entrañaba. Se exigió que el Estado justificara las condiciones particulares en las que basaba la remuneración, considerando su impacto sobre los intereses de la libre circulación. El Tribunal de Justicia declaró que contravenía el artículo 39 CE, puesto que resultaba probable que el incentivo por lealtad disuadiera a los profesores austriacos de ejercer su derecho a la libre de circulación, conduciendo con ello a una compartimentación del mercado de trabajo de los profesores universitarios.

60. De modo análogo, a los efectos del artículo 141 CE en relación con el artículo 2, apartado 2, y el artículo 4 de la Directiva 97/80, no es suficiente demostrar que un criterio basado en la antigüedad puede, en general, perseguir un objetivo legítimo (recompensar la experiencia y la lealtad). Dicho criterio debe ser proporcional a este objetivo, teniendo en cuenta cualquier impacto desfavorable que pueda tener sobre las mujeres.

61. Finalmente, en la jurisprudencia posterior a la sentencia Danfoss también hay indicaciones sobre el hecho de que la utilización del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo, apoyándose en que cuantifica la experiencia, no puede, en sí mismo, constituir la justificación de las consecuencias dispares que éste tiene sobre los salarios de las mujeres.

62. Los Abogados Generales Darmon[47] y La Pergola[48] manifestaron sus dudas sobre si la consideración de la experiencia debería admitirse como regla general y abstracta. El Tribunal de Justicia también rechazó este enfoque. Aunque en el asunto Nimz se abordaba una comparación entre trabajadores en jornada completa y a tiempo parcial, en su sentencia el Tribunal de Justicia sostuvo que, «a pesar de que la antigüedad vaya pareja con la experiencia, que posibilita en principio al trabajador cumplir mejor su tarea, la objetividad de semejante criterio depende de todas las circunstancias de cada caso y, especialmente, de la relación entre la naturaleza de la función ejercida y la experiencia que proporciona el ejercicio de esta función después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas».[49] De esto se deduce que el Tribunal de Justicia pretendió supeditar la objetividad del criterio de la experiencia a la naturaleza del trabajo en concreto. No puede aceptarse el argumento contrario de Irlanda basado en que en estas últimas sentencias sólo se aborda el cómputo de la antigüedad en relación con trabajadores a tiempo parcial. Realmente, el

46 — Sentencia Köbler, apartado 86.

47 — En sus conclusiones en el asunto Nimz, punto 15, el Abogado General Darmon declara: «la experiencia no es un criterio tan decisivo para un puesto de agente de mantenimiento como para el jefe de un servicio administrativo».

48 — Conclusiones del Abogado General La Pergola en el asunto Hill and Stapleton, punto 34. Véanse también sus conclusiones en los asuntos Gerster y Kording, en la nota 27.

49 — Sentencia Nimz, apartado 14. Véase también la sentencia Gerster, apartado 39, y la sentencia Kording, apartado 23.

hecho de que el trabajo se desarrolle a tiempo parcial o en jornada completa no origina ninguna diferencia.

63. A la vista de las consideraciones precedentes, los requisitos de la prueba que el empresario debe aportar para demostrar que la aplicación del criterio de la antigüedad no ocasiona una discriminación indirecta pueden resumirse así: en primer lugar, es necesario un grado de transparencia suficiente sobre el modo en el que se aplica el criterio de la antigüedad, con el fin de que el control judicial pueda ejercerse.[50] Debería quedar claro, en particular, la ponderación de la antigüedad en la determinación del salario, concebida como baremo de la experiencia o como remuneración de la lealtad, en comparación con otros criterios como el mérito o la cualificación profesional. Además, el empresario debería explicar por qué la experiencia resulta valiosa para un puesto de trabajo concreto y por qué se remunera proporcionalmente. A este respecto, cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga que llevar a cabo un análisis, no puede dudarse, por ejemplo, de que la experiencia resultará más valiosa, y por ello legítimamente remunerada, en el caso de puestos de trabajo que impliquen responsabilidad y funciones de gestión que en el caso de tareas repetitivas, en las que el criterio de la antigüedad sólo representa una pequeña proporción del salario. Este criterio puede tener especial relevancia en el período de formación y perderla una vez que el empleado haya adquirido suficiente dominio de sus tareas. Finalmente, el modo en el que la antigüedad se articula debe minimizar el impacto negativo de este criterio sobre las mujeres. Creo que, por ejemplo, un sistema que suprimiera los períodos de baja por maternidad o por paternidad, aunque en apariencia fuera neutral, ocasionaría una discriminación indirecta contra las mujeres.

64. La prueba exigida en los casos que implican discriminación indirecta continúa siendo general en el sentido de que el empresario no se verá obligado a justificar por qué paga más a un determinado trabajador que a otro, siempre y cuando el sistema retributivo se haya estructurado de modo coherente para que tenga en cuenta las particularidades del puesto de trabajo y las necesidades económicas de la empresa y para minimizar el impacto desigual que pudiera tener sobre las mujeres. Cuando esto se haya probado, no habrá motivos para declarar que se ha infringido el artículo 141 CE, salvo que el trabajador pueda probar que la aplicación abusiva del sistema produzca discriminación indirecta. Sin embargo, si el empresario no prueba que la aplicación del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo es proporcionada o si resulta imposible verificarlo porque éste no es suficientemente transparente, entonces el empresario tendrá que justificar las diferencias salariales en relación con la situación concreta del trabajador que impugna el sistema retributivo.

50 — Compárese con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 76/207, que establece que los Estados miembros «procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata».

65. En el caso de la Sra. Cadman, corresponde al tribunal nacional valorar si el HSE ha presentado justificación suficiente para la utilización de la antigüedad para determinar la retribución de la categoría «heads of Field Management Units». En este contexto, el HSE, tendrá que explicar qué ponderación otorga a la antigüedad en relación con otros criterios como el mérito, en la determinación del salario de sus trabajadores y por qué el criterio de la antigüedad es proporcional y necesario para conseguir el objetivo de remunerar la experiencia y/o recompensar la lealtad a la luz de la naturaleza del trabajo del que se trate.

66. Para responder de modo más completo a la primera cuestión planteada por la Court of Appeal debe añadirse que, cuando la utilización por parte de un empresario del criterio de la antigüedad para determinar la retribución tenga un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras pertinentes, el artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y con el artículo 4 de la Directiva 97/80, exige que el empresario demuestre que el modo en el que el criterio se utiliza como elemento determinante del salario asignado al puesto de trabajo de que se trate toma en consideración las necesidades económicas de la empresa y que el criterio se aplica proporcionalmente para que minimice el impacto desfavorable que tiene sobre las mujeres. Si el empresario no puede justificar la estructura del sistema retributivo, tendrá que presentar justificación específica para la diferencia de nivel salarial entre el trabajador que ha reclamado y el resto de trabajadores que realizan el mismo trabajo.

C. Necesidad de una limitación temporal de los efectos de la sentencia

67. Irlanda y el Gobierno del Reino Unido han defendido la limitación del alcance temporal de la sentencia si el Tribunal de Justicia falla que el empresario debe justificar la aplicación del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo cada vez que un trabajador interponga demanda alegando la vulneración del principio de igualdad retributiva y basándose en que el sistema retributivo perjudica a las mujeres.

68. Para apoyar su pretensión, el Reino Unido alega que la sentencia del Tribunal de Justicia tendría efectos retroactivos que sembrarían dudas sobre las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores constituidas de buena fe y de conformidad con la sentencia Danfoss. Así, en su opinión, el principio de seguridad jurídica obliga a que se mantenga el razonamiento de la sentencia Danfoss hasta la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el caso de autos. El Reino Unido alega que un gran número de relaciones contractuales serían puestas en cuestión si los empresarios tuvieran que justificar sus sistemas retributivos anteriores puesto que, en el Reino Unido, un trabajador puede demandar al empresario por falta de igualdad retributiva retrotrayéndose hasta un período máximo de seis años. Además, será muy difícil obtener pruebas sobre los hechos objetivos relevantes después de tantos años.

69. Según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia sólo limitará el efecto

temporal de sus decisiones prejudiciales en casos excepcionales si se cumplen simultáneamente dos requisitos.[51] En primer lugar, el Tribunal de Justicia puede aplicar el principio general de seguridad jurídica para limitar la posibilidad de que los interesados aleguen una disposición que el Tribunal de Justicia haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas constituidas de buena fe. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia exige que se pruebe que hay un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe.

70. En el caso de autos, me parece convincente el argumento del Gobierno del Reino Unido sobre el hecho de que la interpretación propuesta para el artículo 141 CE podría poner en cuestión relaciones jurídicas constituidas de buena fe. Realmente existía bastante incertidumbre y esto explica por qué el tribunal nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial sobre el modo de interpretar el artículo 141 CE en caso de aplicación del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo. En primer lugar, el Tribunal de Justicia nunca ha rectificado expresamente la sentencia Danfoss. En segundo lugar, en sentencias posteriores en las que se planteó la distribución de la carga de la prueba entre empresario y trabajador en relación con el potencial impacto discriminatorio de los sistemas de promoción o retributivos no se invocaba la Directiva 97/80. A la vista de estos factores, los Estados miembros y las partes afectadas podían razonablemente llegar a la conclusión de que la aplicación del criterio de la antigüedad en un sistema retributivo no necesariamente provocaba la discriminación indirecta del artículo 141 CE.[52]

71. Con respecto al segundo requisito, aunque estoy seguro de que la interpretación que propongo del artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y con el artículo 4 de la Directiva 97/80, continuará permitiendo la aplicación del criterio de la antigüedad en los sistemas retributivos, no puede descartarse que éstos se vean afectados en el modo en el que la antigüedad deberá ser considerada y ponderada en relación con otros criterios relevantes. Como consecuencia de ello, si en el caso de autos el Tribunal de Justicia aceptara la interpretación que propongo, un gran número de trabajadores se verían afectados[53] y podrían presentar reclamaciones que resultarían imprevistas para las empresas.[54]

72. A la vista de la buena fe de todas las partes intervinientes en lo que respecta a la obligación del empresario de justificar un sistema retributivo basado en la antigüedad y que produzca un impacto desigual sobre las mujeres, parece apropiado atender a razones de seguridad jurídica que afectan a todas las partes interesadas e impedir, en principio, que se reabra la cuestión con efecto retroactivo.[55] Por tanto, sugiero que el Tribunal de Justicia asuma que la interpretación pro-

51 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379), apartado 28 de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 41, y de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383), apartado 74.

52 — Véase, en este sentido, la sentencia Barber, antes citada, apartado 43.

53 — En la vista, el Gobierno del Reino Unido sostuvo que un 36 % de todos los trabajadores son remunerado mediante sistemas retributivos basados en la antigüedad.

54 — Véase, en este sentido, la sentencia Defrenne, antes citada, apartado 70.

55 — Véanse, en este sentido, las sentencias Defrenne, apartado 74, y Barber, apartado 44, antes citadas.

puesta del artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y con el artículo 4 de la Directiva 97/80, no pueda invocarse para fundamentar demandas sobre discriminación indirecta producida con anterioridad a la fecha de la sentencia del caso de autos, como resultado de un sistema retributivo basado en la antigüedad, excepto para aquellos trabajadores que antes de dicha fecha hubieran iniciado una acción judicial o presentado una reclamación equivalente.

IV. Conclusión

73. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones que se le plantearon del modo siguiente:

«1) Cuando la aplicación por un empresario del criterio de la antigüedad para determinar la retribución tenga un impacto desigual en los trabajadores y trabajadoras pertinentes, el artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y con el artículo 4 de la Directiva 97/80, exige que el empresario demuestre que el modo en el que el criterio se utiliza como elemento determinante del salario asignado al puesto de trabajo de que se trate toma en consideración las necesidades económicas de la empresa y que el criterio se aplica proporcionalmente para que minimice el impacto desventajoso que tiene sobre las mujeres. Si el empresario no puede justificar la estructura del sistema retributivo, tendrá que presentar justificación específica para la diferencia de nivel salarial entre el trabajador que ha reclamado y el resto de trabajadores que realizan el mismo trabajo.

2) Habida cuenta de la respuesta a la primera cuestión, no es necesario responder a la segunda.

3) No procede distinguir sobre la utilización del criterio de la antigüedad entre trabajadores en jornada completa y a tiempo parcial.

4) Esta interpretación que propongo del artículo 141 CE, en relación con el artículo 2, apartado 2, y con el artículo 4 de la Directiva 97/80, no puede invocarse para fundamentar demandas sobre discriminación indirecta que se hubiera producido con anterioridad a la fecha de la sentencia del caso de autos, como resultado de un sistema retributivo basado en la antigüedad, excepto para aquellos trabajadores que antes de dicha fecha hubieran iniciado una acción judicial o presentado una reclamación equivalente.»