CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 19 de enero de 1999 *

Índice

I. Introducción ..... I - 2867

II. Marco jurídico ..... I - 2868

A. Disposiciones comunitarias ..... I - 2868

B. Disposiciones nacionales ..... I - 2869

III. Hechos ..... I - 2871

IV. Cuestiones prejudiciales ..... I - 2873

V. Respuesta a las cuestiones prejudiciales ..... I - 2875

A. Observaciones preliminares ..... I - 2875

B. Sobre la primera cuestión ..... I - 2877

C. Sobre la sexta cuestión ..... I - 2887

D. Sobre la segunda cuestión ..... I - 2892

E. Sobre las cuestiones tercera, cuarta y quinta ..... I - 2896

F. Sobre la séptima cuestión ..... I - 2903

VI. Conclusión ..... I - 2906

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, presentada con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, el Oberlandesgericht Wien planteó al Tribunal de Justicia siete cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. [1] Principalmente, desea dilucidar la interpretación de los

* Lengua original: griego.

1 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

conceptos de «mismo trabajo» y «mismo puesto de trabajo», así como la determinación de los grupos que deben compararse en el marco de la comprobación de la existencia de una discriminación indirecta entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de retribución.

II. Marco jurídico

A. *Disposiciones comunitarias*

2. El párrafo primero del artículo 119 del Tratado CE dispone:

«Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.»

3. El párrafo tercero del artículo 119 del Tratado CE dispone lo siguiente:

«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.»

4. En su artículo 1, 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 trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

De conformidad con el artículo 460 de la ASVG, para establecer excepciones a esas disposiciones se requiere la aprobación por escrito de dicha asociación nacional.

5. En el artículo 4 de la Directiva se dispone:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las disposiciones que figuren en los convenios colectivos, baremos o acuerdos salariales, o contratos individuales de trabajo, y que sean contrarias al principio de igualdad de retribución, sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.»

B. *Disposiciones nacionales*

6. Tal como se desprende de la resolución de remisión y de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia: En Austria, en virtud de la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Ley general de la Seguridad Social; en lo sucesivo, «ASVG»), las disposiciones reguladoras del régimen laboral y de jubilación del personal de los organismos de Seguridad Social se contienen en Reglamentos de Servicio suscritos en forma de convenios colectivos, elaborados por la Asociación Nacional de Organismos de Seguridad Social austriacos.

La Dienstordnung A (Reglamento de Servicio A; en lo sucesivo, «DO. A») se aplica a los empleados de los organismos de Seguridad Social que ejercen funciones administrativas o prestan asistencia a los enfermos (personal asistencial), así como al personal mecánico dentista. En el marco de la clasificación del personal administrativo en las distintas categorías salariales, prevista en el artículo 37 de la DO. A, la categoría de «servicio superior» («höherer Dienst»), grupo salarial F, grado I, comprende los «psicólogos habilitados para el ejercicio autónomo de la psicología (psicólogos sanitarios y psicólogos clínicos)». Los restantes psicólogos se clasifican en el grupo salarial E del grado III, que comprende la categoría de servicio medio. El artículo 38 de la DO. A, que se refiere al personal asistencial, comprende en el grado II, del grupo C también a los psicoterapeutas.

La Dienstordnung B (Reglamento de Servicio B; en lo sucesivo, «DO. B») se aplica a todos los médicos y odontólogos empleados en los organismos de Seguridad Social (apartado 1 del artículo 1). Los médicos empleados en establecimientos sanitarios y autorizados para el ejercicio autónomo de la profesión de médico especialista se clasifican en el grupo B III.

A título de comparación, cabe señalar que, en 1995, el salario base de los médicos del grupo B III oscilaba entre 42.194 ÖS y 73.457 ÖS, en función de su antigüedad, mientras que el de los empleados administrativos del grupo F, grado I, oscilaba durante el mismo período, también en función de la antigüedad, entre 24.796 ÖS y 51.996 ÖS.

Además, la jornada laboral semanal de los médicos empleados en la Caja de Seguridad Social apelada en el procedimiento principal es de treinta y seis horas, mientras que la de los restantes trabajadores es de cuarenta horas.

Los convenios colectivos antes citados contienen disposiciones detalladas relativas a las relaciones laborales y contemplan asimismo en determinadas condiciones, en especial tras cumplirse diez años de servicio, el nombramiento definitivo de los trabajadores.

7. La Psychotherapiegesetz (Ley de la Psicoterapia) [2] define el contenido de la psicoterapia [3] y los requisitos para el ejercicio de la profesión de psicoterapeuta. [4]

La Ärztegesetz (Ley de los médicos; en lo sucesivo, «ÄrztеG») [5] define la naturaleza de las actividades que comprende la profesión médica [6] y los requisitos para su ejercicio. [7]

La Psychologengesetz (Ley de los psicólogos), [8] por último, define el contenido de la

2 — Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie, BGBl. nº 361/1990.

3 — Considera la psicoterapia como el tratamiento integral, metódico y programado de los trastornos de la conducta y los estados psicopatológicos de origen psicosocial o psicosomático, basado en conocimientos adquiridos mediante una formación general y específica, con métodos científico-psicoterapéuticos, en un marco de interacción entre uno o más pacientes y uno o más psicoterapeutas y con el objetivo de mitigar o eliminar los síntomas manifestados, de modificar las conductas y actitudes patológicas y de promover la madurez, el desarrollo y la salud de los pacientes (artículo 1).

4 — Para el ejercicio de la psicoterapia no se requiere haber obtenido una licenciatura, sino sólo una formación teórica con una duración total mínima de 765 horas y una formación práctica con una duración mínima de 550 horas, que constituyen el módulo general de la formación (introducción a la psicoterapia). Los otros módulos exigidos (especialización en psicoterapia) consisten en un módulo teórico de al menos 300 horas y un módulo práctico de al menos 1.600 horas. También en este caso se requiere, además de una determinada aptitud (véanse los números 5 a 9 del apartado 2 del artículo 10), la inscripción en un registro, a saber, el registro de psicoterapeutas (artículo 17). Estas disposiciones no limitan la habilitación profesional prevista en la Ley de los psicólogos (apartado 3 del artículo 24).

5 — Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, BGBl. nº 373/1984.

6 — Comprende, en concreto, todas las actividades basadas en conocimientos médico-científicos que directa o indirectamente tienen por objeto al ser humano y, en particular, también el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales o psíquicas (número 1, en relación con el número 3, del apartado 2 del artículo 1 de la ÄrzteG). Así pues, comprende también el ejercicio de la psicoterapia.

7 — Para el ejercicio de la profesión de médico especialista se requiere, tras la obtención de la licenciatura en medicina, una formación práctica regulada de forma exhaustiva con una duración mínima de seis años, así como también, actualmente, aprobar un examen de especialidad (artículo 5 de la ÄrzteG).

8 — Bundesgesetz über die Führung der Berufsbezeichnung «Psychologe» oder «Psychologin» und über die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, BGBl. nº 360/1990.

profesión de psicólogo [9] y los requisitos para su ejercicio. [10]

III. Hechos

8. El litigio entre las partes del procedimiento principal, el Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (Comité de Empresa de la Caja Territorial del Seguro de Enfermedad de Viena; en lo sucesivo, «Comité de Empresa») y la Wiener Gebietskrankenkasse (Caja Territorial del Seguro de Enfermedad de Viena; en lo sucesivo, «Caja del Seguro»), versa sobre la retribución de los psicólogos que poseen el título de doctor y trabajan en la Caja del Seguro como psicoterapeutas.

9. Tal como se desprende de las observaciones de la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal, observaciones que no se discuten, la Wiener Gebietskrankenkasse es uno de los veintiocho organismos de Seguridad Social de Austria. Para el desempeño de su función, consistente en proporcionar el Seguro de Enfermedad legal del personal laboral del Bundesland Wien, la Caja del Seguro utiliza, en particular, numerosos ambulatorios externos. Muchos de éstos ofrecen a los asegurados servicios directos de psicoterapia, prestados por trabajadores de la Caja del Seguro. Dichos ambulatorios externos son utilizados también por otros organismos de Seguridad Social.

10. La Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal da trabajo a tres categorías de psicoterapeutas: a) médicos titulados que han concluido su formación general o especializada, manifiestamente más amplia que la formación en psicoterapia; b) psicólogos titulados, que están autorizados para el ejercicio autónomo de la psicología (psicólogos sanitarios y psicólogos clínicos) y también satisfacen, manifiestamente, los requisitos para el ejercicio de la profesión de psicoterapeuta de conformidad con la Ley de la Psicoterapia, y c) psicoterapeutas, que no son ni médicos ni psicólogos, aunque han recibido formación de conformidad con la Ley de la Psicoterapia. En la práctica, consta que la Caja del Seguro celebra con los integrantes de las mencionadas categorías de trabajadores distintos contratos de trabajo basándose en su «formación adicional», cuando todos ellos ejercen, tal como se desprende de la resolución de remisión, la misma actividad psicoterapéutica.

11. El Comité de Empresa apelante en el procedimiento principal solicitó al Arbeits- und Sozialgericht Wien que declarase que las relaciones entre la Caja del Seguro apelada y los psicoterapeutas empleados a su servicio a 1 de diciembre de 1994 que eran licenciados en psicología con grado de doctor se regían por la DO. B, así como que dichos psicoterapeutas debían ser clasificados en la categoría

9 — El ejercicio de la psicología en el sector sanitario comprende el diagnóstico, interpretación, modificación y predicción de la percepción y la conducta del ser humano, mediante la aplicación de conocimientos y métodos científico-psicológicos, basándose en la adquisición de una competencia profesional especializada a efectos de dicha Ley federal (artículo 3).

10 — Tras obtener la licenciatura, un psicólogo debe recibir una formación teórica especializada de un total de 160 horas, una formación práctica especializada de 1.480 horas y cumplir otras 120 horas de prácticas especializadas.

profesional B III contemplada en dicho Reglamento y percibir la correspondiente retribución puesto que, por un lado, ejercen esencialmente la misma actividad que los médicos psicoterapeutas, actividad que la Caja demandada factura a la misma tarifa y, por otro, el pago de una retribución inferior —no justificada objetivamente— a los psicoterapeutas licenciados en psicología afecta principalmente a las mujeres.

12. La Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal solicitó que se desestimase la demanda, objetando, fundamentalmente, que la diferente clasificación de ambas categorías se debe a su diferente formación y cualificación; que los doctores en psicología dedicados a la psicoterapia —salvo los médicos— están retribuidos, en todo caso, mejor que todos los demás licenciados universitarios que no desempeñan funciones directivas, así como que su clasificación en la categoría solicitada por el órgano apelante en el procedimiento principal equivaldría, en realidad, a equipararlos a los médicos especialistas. Sostuvo, asimismo, que los referidos psicólogos no constituyen una minoría con respecto a los médicos destinados a los servicios de psicoterapia ni pertenecen a una profesión típicamente femenina. En su opinión, el hecho de que en los servicios de la parte apelada en el procedimiento principal trabajasen más psicólogos de sexo femenino que de sexo masculino se debía a una mera casualidad, y entre los médicos que trabajan en los ambulatorios externos de dicha Caja, en general, hay más mujeres que hombres.

13. El órgano jurisdiccional de primera instancia desestimó la demanda, por considerar que la Gleichbehandlungsgesetz (Ley de igualdad de trato) de 1979 no regula las distinciones de todo tipo en el seno de las categorías profesionales, sino únicamente la igualdad de trato entre sexos en el ámbito laboral. Asimismo, juzgó que la Caja apelada en el procedimiento principal no hace distinción alguna basada en el sexo a la hora de seleccionar a médicos y psicólogos, que la desproporción entre el número de psicólogos de sexo masculino y femenino es pura casualidad y que, en consecuencia, no se vulneró ni el principio de igualdad de trato ni el artículo 119 del Tratado CE o las Directivas comunitarias basadas en dicho artículo. Por último, estimó que la diferencia de trato entre los médicos y los doctores en psicología obedecía, en todo caso, a las funciones ejercidas por los primeros, dado que los médicos, que fueron contratados como médicos especialistas, están obligados, en caso de urgencia, a ejercer también otras actividades médicas, mientras que los psicólogos no están ni capacitados ni habilitados para realizar nada similar.

14. El Comité de Empresa interpuso recurso de apelación contra la sentencia del órgano jurisdiccional de primera instancia ante el Oberlandesgericht Wien, el cual estimó que las partes estaban de acuerdo en lo siguiente:

— En la empresa de la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal trabajan, en total, 248 médicos, de los cuales 135 son mujeres;

— en el ambulatorio «Ambulatorium Mariahilf», la referida Caja emplea como psicoterapeutas a 6 psicólogos, de los cuales 5 son mujeres, y a 6 médicos, entre los cuales sólo hay una mujer;

— el número total de trabajadores empleados en los servicios de psicoterapia de los organismos de Seguridad Social es de 34, de los cuales 10 son médicos y los 24 restantes son licenciados en psicología que trabajan como psicoterapeutas. De estos 24, 18 son mujeres, mientras que sólo 2 de los 10 médicos que trabajan como psicoterapeutas son mujeres;

— en toda Austria, a 9 de abril de 1996, en los registros profesionales estaban inscritos 1.425 hombres y 2.338 mujeres como psicoterapeutas licenciados en psicología. [11]

11 — De conformidad con los datos invocados en sus observaciones escritas por la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal, en los veintiocho organismos de Seguridad Social y en la Asociación Nacional de Organismos de Seguridad Social austriacos trabajan 29.633 personas, de las cuales 18.634 (el 62,88 %) son mujeres. En total, los organismos de Seguridad Social dan empleo a 1.932 médicos. 536 médicos trabajan en los ambulatorios, de los cuales 260 (48,51 %) son mujeres. En total, los organismos de Seguridad Social dan empleo a 50 psicólogos. 14 psicólogos trabajan en los ambulatorios externos y 13 de ellos (92,86 %) son mujeres. Por último, durante la vista, la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal indicó, sin ser contradicha por las restantes partes, que el 50 % o 51 % de los médicos que trabajan para los organismos de Seguridad Social son mujeres.

IV. Cuestiones prejudiciales

15. Por entender que la resolución del asunto requería la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho comunitario, el Oberlandesgericht Wien, mediante resolución de 5 de mayo de 1997, decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) ¿Existe un "mismo trabajo" o un "mismo puesto de trabajo" a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE también en el caso de que, durante un período prolongado (varios períodos retributivos), desempeñen la misma actividad trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales?

2) Para la apreciación de la existencia de una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE, ¿resulta determinante también el hecho de que

a) la fijación de la retribución dependa únicamente de las partes del contrato de trabajo, o se les deje libertad para decidir si incorporan al mismo las disposiciones del convenio colectivo,

b) existan retribuciones mínimas obligatorias para el conjunto de los trabajadores de un determinado sector, fijadas mediante normas de aplicación general (convenios colectivos), o

c) las retribuciones se rijan obligatoriamente y con carácter excluyente por convenios colectivos?

3) Para la definición de los grupos de comparación a efectos de determinar si una medida tiene un eventual efecto discriminatorio, cuando un convenio colectivo fija, mediante una norma definitiva en materia de retribuciones, una retribución diferente por una misma actividad o una actividad del mismo valor en función de las habilitaciones profesionales, ¿debe tomarse en cuenta

a) a los trabajadores concretos empleados en el centro de trabajo del empleador,

b) a los trabajadores empleados en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, o

c) al conjunto de los trabajadores con dichas habilitaciones profesionales?

4) En un caso como éste (cuestiones segunda y tercera), ¿procede tomar como referencia la proporción de hombres y de mujeres existente únicamente en el grupo desfavorecido, o en ambos grupos?

5) Cuando la actividad idéntica desempeñada por ambas categorías profesionales, considerada en un caso concreto, tan sólo constituye una parte de las actividades comprendidas dentro de la habilitación profesional para ejercerla, ¿debe tomarse en cuenta

a) al conjunto de las personas empleadas con ese tipo de habilitación profesional (todos los médicos especialistas y todos los psicólogos) que trabajan en el ámbito relevante (empresas, convenios colectivos; véase la tercera cuestión),

b) al conjunto de los empleados cualificados para esa actividad concreta (médicos especialistas en psiquiatría...), o

c) sólo a los empleados que desempeñan dicha actividad idéntica en la práctica?

6) Las diferencias de formación profesional, cuando se desempeña la misma función en el centro de trabajo, ¿pueden considerarse un criterio objetivo que justifique una diferencia de retribución? El hecho de contar con una habilitación profesional más extensa, ¿puede considerarse como un criterio objetivo que justifique una diferencia de retribución, independientemente de la función concreta que se desempeñe en la empresa?

En consecuencia, ¿resulta determinante el hecho de que

a) el grupo de trabajadores mejor retribuido también pueda ser empleado en otras tareas en la empresa, o

b) es preciso probar de manera concreta la realización de esas otras funciones?

¿Debe tenerse en cuenta, a este respecto, el hecho de que, con arreglo a las normas de los convenios colectivos aplicables, se establezca también una cláusula de protección contra el despido?

7) ¿Se desprende del artículo 222 del Tratado CE, o de la aplicación por analogía del artículo 174 del Tratado CE, que el derecho a acogerse a la retribución establecida en un convenio colectivo diferente (suscrito por las mismas partes), que en el presente caso podría derivarse del artículo 119 de Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE, sólo se adquiere a partir del momento de la declaración de dicho derecho por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?»

V. Respuesta a las cuestiones prejudiciales

A. *Observaciones preliminares*

16. Tal como se desprende de la resolución de remisión y de las observaciones de las partes, la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal es una persona jurídica de Derecho público. El hecho de que no se precise si la relación laboral de los médicos y psicólogos que trabajan en ella como psicoterapeutas es de Derecho público o de Derecho privado no impide aplicar el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos previsto en el artículo 119 del Tratado CE. [12]

12 — Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que este principio se aplica también a la función pública. Véase la sentencia de 2 de octubre de 1997, Gerster (C-1/95, Rec. p. I-5253), apartados 18 y 19.

17. Asimismo, no se discute que existe, verdaderamente, una diferencia de retribución entre los médicos y psicólogos que trabajan como psicoterapeutas en la Caja del Seguro apelada, y que dicha diferencia no es tan sólo aparente. Si la diferencia observada fuera meramente de carácter aparente, el examen del asunto debería concluir en este punto y no se analizarían ni los datos estadísticos de las categorías comparadas ni la cuestión referente a la posibilidad de justificar objetivamente la diferencia de retribución. [13]

18. Por otra parte, es evidente que, si en el presente caso existe una discriminación por razón de sexo en materia de retribución, dicha discriminación ha de ser necesariamente indirecta, en la medida en que los Reglamentos que regulan la situación laboral de las dos categorías de trabajadores, a saber, los médicos y los psicólogos dedicados a la psicoterapia, están formulados de forma neutral y no mencionan criterios de distinción en materia de retribución relacionados con el sexo. [14] Por consiguiente, suponiendo que deba aplicarse el principio de igualdad enunciado en el artículo 119 del Tratado CE, el Juez nacional deberá aplicar los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativos a la comprobación de una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de retribución. [15]

19. Por último, algunos de los interrogantes relativos a los hechos del presente asunto parecen requerir de mayor precisión. En concreto, con el fin de analizar la situación laboral de las dos categorías de trabajadores comparadas, es necesario dilucidar el contenido exacto de la relación laboral de cada categoría, los criterios de selección de los médicos que trabajan como psicoterapeutas, qué relación guarda dicha selección con su eventual especialización, así como también si, efectuada dicha selección, trabajan únicamente como psicoterapeutas o, paralelamente, también en otras funciones. Procede asimismo preguntarse y precisar, como también observó el órgano jurisdiccional de primera instancia en el litigio principal, por qué razón un órgano que representa los intereses de todos los trabajadores (el Comité de Empresa) impugna un acuerdo que fue alcanzado por otros órganos representativos de los intereses de las partes en el litigio.

Sin embargo, debe señalarse que dichas precisiones necesarias incumben principalmente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce mejor la situación existente en el interior del Estado miembro. Por otra parte, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia son de naturaleza genérica y puede responderse a ellas sin resolver los interrogantes de hecho antes mencionados, que son competencia del órgano jurisdiccional nacional. [16]

13 — Véase la sentencia de 15 de diciembre de 1994, Helmig y otros (asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. p. I-5727), apartados 23, 30 y 32.

14 — En lo que respecta al concepto de discriminación indirecta, véanse la sentencia Gerster, citada en la nota 12 *supra*, apartado 30, así como la definición recogida ya en el apartado 2 del artículo 2 de 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).

15 — En relación con estos principios, véanse mis conclusiones de 14 de julio de 1998 en el asunto Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), puntos 117 y ss.

16 — Véase la sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), apartado 10.

B. *Sobre la primera cuestión*

20. Mediante la primera cuestión, el Oberlandesgericht Wien pregunta si el ejercicio de una misma actividad constituye, por sí solo, un «mismo trabajo» a efectos del párrafo primero del artículo 119 del Tratado CE, o un «mismo puesto de trabajo» a efectos de la letra b) del párrafo tercero del artículo 119 del Tratado CE, incluso en caso de que se ejerza en virtud de habilitaciones profesionales diferentes, resultantes de una formación profesional distinta, y que una categoría de trabajadores tenga derecho, en virtud de la habilitación profesional exigida, a desempeñar también otras actividades de ámbito más amplio.

21. Debe señalarse que, aunque inicialmente se subestimó la importancia que reviste este concepto, [17] la existencia de un «mismo trabajo» a efectos del párrafo primero del artículo 119 del Tratado CE reviste una importancia fundamental para la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. [18] Basándose en el principio de igualdad proporcional, existe una discriminación, contraria al principio de igualdad, cuando situaciones comparables se regulan de forma distinta o situaciones diferentes se regulan del mismo modo. [19] El principio de igualdad de retribución, que es expresión concreta del principio de no discriminación, presupone por tanto que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica se encuentran en situaciones idénticas [20] o al menos en situaciones comparables. [21] Evidentemente, el desempeño de un «mismo trabajo» constituye un requisito fundamental tanto para calificar como comparables a dos categorías representativas de trabajadores como para considerar parecidas sus situaciones, [22] así como para la existencia de una discriminación por razón de sexo entre dichas categorías. [23] Por esta razón, además, con arreglo al principio *actori incumbit probatio*, la prueba del desempeño de un «mismo trabajo» constituye parte fundamental de la carga de la prueba que incumbe a toda persona que invoque dicha discriminación. [24]

22. Al contenido semántico del concepto de «mismo trabajo», a efectos del párrafo primero del artículo 119 del Tratado CE, debe añadirse el del «trabajo al que se atribuye un

17 — Según el Abogado General Sr. Trabucchi (véanse sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, 43/75, Rec. pp. 455 y ss., especialmente p. 487), «en cuanto a la definición del concepto de "mismo trabajo", por lo demás ya precisado en parte por el párrafo tercero del artículo 119 (que, además de la expresión "mismo trabajo" para el trabajo remunerado por unidad de obra realizada, menciona también el concepto de "mismo puesto de trabajo" para el trabajo remunerado por unidad de tiempo), no debe exagerarse su importancia para la aplicación del artículo de que se trata. Se ha observado acertadamente que el artículo 119 "no pretendía determinar cuándo hombres y mujeres realizan un mismo trabajo, sino únicamente evitar que se tenga en cuenta el sexo del trabajador a la hora de determinar el salario. Que el trabajo sea el mismo o distinto es una cuestión de hecho que debe comprobarse en cada caso concreto, en relación con las funciones atribuidas a uno y otro sujeto, y que no puede ser objeto de determinación *a priori*, del mismo modo que no se determina *a priori* la identidad del trabajo de dos hombres a los que se concede idéntica retribución" (Levi Sandri, en *Commentario CEE*, vol. II, p. 956)».

18 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Enderby, citado en la nota 16 *supra*, punto 5.

19 — Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30; de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, Rec. p. I-475), apartado 16, y de 2 de octubre de 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 14.

20 — Véase la sentencia de 9 de noviembre de 1993, Roberts (C-132/92, Rec. p. I-5579), apartado 17. El tenor literal de esta sentencia da a entender que existe un requisito estricto de identidad de trabajo. Dicho tenor no se compadece con el espíritu más general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Véanse, a este respecto, los puntos 22 y 23 de las presentes conclusiones.

21 — Véase la sentencia de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Rec. p. I-1275), apartado 33.

22 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), punto 40, y la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartados 32 y 33.

23 — Véase la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 40.

24 — Véanse la sentencia Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartados 13 a 19, y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicho asunto, puntos 15 a 39, así como las conclusiones de este último en el asunto Roberts, citado en la nota 20 *supra*, puntos 12 y ss.

mismo valor», a efectos del artículo 1 de la Directiva 71/117. [25] El concepto de «trabajo de igual valor» es más amplio que el de «mismo trabajo» o «igual trabajo», con la consecuencia de que no se requiere una identidad en el tipo de trabajo ni tampoco que se trate de trabajos similares. Cabe comparar también trabajos distintos, siempre que se compruebe que son del mismo valor, al igual que trabajos que no son mixtos, es decir, que no son desempeñados por ambos sexos.

23. Procede señalar, en todo caso, que el Tribunal de Justicia ha declarado que «el artículo 1 de la Directiva 75/117 del Consejo, destinado esencialmente a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, no afecta en absoluto al contenido o alcance de dicho principio, tal como se define en esta última disposición». [26] En otras palabras, el Tribunal de Justicia estimó que el significado «trabajo de igual valor», en el sentido antes referido, está y estaba implícito en el concepto de «mismo trabajo» a efectos del artículo 119 del Tratado CE. La orientación interpretativa declarada en la Directiva 75/117 simplemente vino a confirmar la necesidad de efectuar una interpretación amplia del concepto de «mismo trabajo». [27]

24. Si bien el concepto de «trabajo de igual valor» es, en principio, más amplio que el de «mismo trabajo» y la distinción semántica básica entre ambos se pone de manifiesto en el caso en que dos trabajos de objeto dispar tienen, sin embargo, igual valor, debe no obstante admitirse que también puede suceder lo contrario: desde el punto de vista lógico, es posible la existencia de dos trabajos similares que, sin embargo, tengan un valor diferente. Así puede suceder si entendemos el concepto de «mismo trabajo» como el ejercicio de una «misma actividad». Es, pues, posible que dos trabajadores ejerzan la misma actividad, aunque el trabajo prestado sea de valor distinto bien por realizarse en condiciones o circunstancias diferentes, bien por tener los trabajadores diferentes aptitudes o experiencia. [28] En este punto, desearía subrayar que el concepto de valor del trabajo no debe referirse únicamente a la valoración económica del trabajo prestado, sino también a su valoración cualitativa. Si bien la valoración económica y la cualitativa casi siempre guardan proporción, en determinados casos es posible que se impute el mismo coste a dos trabajos de valor cualitativo diferente por razones de oportunidad, como, por ejemplo, por razones de política social.

25. ¿Cuándo, sin embargo, existe un «mismo trabajo» o un «trabajo de igual valor» a efectos del párrafo primero del artículo 119 del Tratado CE?

25 — La Directiva 75/117 vino a colmar la laguna del artículo 119 en relación con el apartado 1 del artículo 2 del Convenio nº 100 de la Organización Internacional del Trabajo (1951) y con el apartado 3 del artículo 4 de la Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961), que establecían el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

26 — Véanse las sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), apartado 22, y de 3 de diciembre de 1987, Newstead (192/85, Rec. p. 4753), apartado 20.

27 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en el asunto en el que recayó la sentencia de 27 de marzo de 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275), con arreglo a las cuales la expresión «mismo trabajo» utilizada en el artículo 119 debe incluir el caso de dos trabajos que presenten un grado elevado de similitud, aunque no sean totalmente idénticos (punto 4, especialmente p. 1296). De todas formas, después del Tratado de Amsterdam (punto 22 del artículo 2), el artículo 119 del Tratado se refiere ya expresamente a ambos conceptos: «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.»

28 — La diferencia de aptitudes puede, en efecto, ser tan importante que conduzca a un puesto de trabajo enteramente distinto o a un trabajo enteramente diferente. Véase el punto 33 *infra*.

26. En el mismo artículo 119, en su párrafo tercero, se trata de definir el concepto de «mismo trabajo» empleado en el párrafo primero, mediante la introducción de una distinción entre trabajos remunerados por unidad de obra realizada [letra a)] y trabajos remunerados por unidad de tiempo [letra b)]. [29] En el primer caso, el Tratado reitera los términos «mismo trabajo», empleados ya en el párrafo primero del artículo 119. Sin embargo, en este caso en el empleo del concepto influye la naturaleza del trabajo por unidad de obra, en el que el trabajador percibe su remuneración total o parcialmente en función de su productividad. [30] Por el contrario, tal como establece el artículo 119 en la letra b) de ese mismo párrafo, el criterio de comparación de los trabajos realizados en el caso de un trabajo remunerado por unidad de tiempo es el «puesto de trabajo» y no el rendimiento individual del trabajador.

Por tanto, el concepto de «mismo puesto de trabajo» viene a precisar el de «mismo trabajo» empleado en el párrafo primero del artículo 119, en el contexto del trabajo remunerado por unidad de tiempo, y podría definirse en cada caso concreto basándose en una clasificación objetiva y formal de los trabajos bien en el marco de un servicio o empresa, bien en el marco de un sector de servicios o empresas. En tal caso, por consiguiente, el concepto de «mismo trabajo» debe inspirarse en criterios objetivos de evaluación estructural de los puestos de trabajo y no puede fundarse en la equivalencia económica del resultado individual de los trabajos concretos de que se trate. La mayoría de estos criterios son conocidos y proceden de la clasificación de los puestos de trabajo en el marco de la Administración Pública, guardando relación, en especial, con las condiciones de realización de los trabajos de que se trata, la rama de actividad a la que pertenecen, [31] el marco normativo en que se inscriben, [32] el nivel jerárquico, la duración, las aptitudes exigidas, los conocimientos y la formación, en general, de los trabajadores, su antigüedad, etc. [33]

Así pues, la interpretación sistemática del artículo 119 del Tratado CE obligaría a acoger las siguientes tesis hermenéuticas. El concepto de «mismo trabajo» empleado en el párrafo primero se refiere a toda clase de trabajo y comprende la naturaleza y el objeto de los trabajos o funciones de que se trata. Ese mismo concepto, tal como se emplea en la letra a) del párrafo tercero del mismo artículo, se refiere a la realización de un trabajo remunerado por unidad de obra realizada y guarda relación, principalmente, con la comparación del resultado individual del trabajo. Por el contrario, el concepto de «mismo puesto de trabajo», empleado en la letra b) del párrafo tercero del mismo artículo, se refiere a un trabajo remunerado por horas y guarda relación con los elementos formales del trabajo realizado, es decir, las condiciones en que se realiza dicho trabajo. De las tesis precedentes se desprende que puede existir un «mismo trabajo», en el sentido de una misma actividad, sin que exista un «mismo puesto de trabajo», siempre que esa misma actividad no se ejerza

29 — Las consecuencias de esta distinción, que todavía no ha sido objeto de análisis exhaustivo por parte del Tribunal de Justicia, deben apreciarse a la luz de la circunstancia de que existen también regímenes mixtos. Véase, también, la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, que trata de esta distinción.

30 — Su retribución puede incluir una parte fija, si bien la parte esencial es variable y se paga por pieza producida. La retribución del trabajador depende, al menos en parte, del resultado de su trabajo, que se cuantifica de manera totalmente individual (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Royal Copenhagen, citado en la nota 21 *supra*, punto 60). En el trabajo por unidad de obra realizada, por tanto, la comparación de los trabajos realizados constituye una comparación de la productividad individual de cada trabajador.

31 — Véase el punto 55 *infra* a propósito de la incidencia de la rama de actividad a la hora de comprobar la existencia o inexistencia de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor.

32 — Véanse los puntos 54 y ss. de las presentes conclusiones, relativos a la segunda cuestión, en los que se suscita el problema de la incidencia de las normas de convenios colectivos en el marco de la apreciación de la existencia de un mismo trabajo o trabajo de igual valor.

33 — Véanse, en lo referente a la comparación de puestos de dirección, las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Enderby, citado en la nota 16 *supra*, punto 10.

en las mismas condiciones o sea ejercida por trabajadores con aptitudes distintas.

27. A este respecto, la interpretación del artículo 119 del Tratado CE en relación con la Directiva 75/117 conduce a las siguientes tesis hermenéuticas: por analogía con el par de conceptos «mismo trabajo» y «mismo puesto de trabajo», debe aceptarse que, además del concepto de «trabajo de igual valor», existe también el concepto de «puesto de trabajo de igual valor». Es decir, es posible que existan dos puestos de trabajo desiguales que, sin embargo, tengan igual valor. Por analogía con la observación que antes formulaba, [34] debe admitirse que es posible que exista un mismo trabajo, entendido como el ejercicio por dos personas de una misma actividad, realizado por trabajadores que se encuentran en puestos de trabajo de valor distinto. En tal caso, el mismo trabajo, al menos evaluado desde el punto de vista de la calidad, no tendrá igual valor. [35]

28. En lo que respecta a los criterios determinantes de la existencia de un «mismo trabajo» o «trabajo de igual —o, *a fortiori*, mayor— [36] valor», la jurisprudencia existente, por lo general, es limitada. Ello se debe, principalmente, al hecho de que la mayor parte de las veces que el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE ha partido del principio, que constituía también una hipótesis de trabajo del propio órgano jurisdiccional nacional, de que los trabajadores realizaban un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Ejemplo característico de este fenómeno lo constituye la sentencia Enderby, [37] la cual, a diferencia de lo que mantiene el Comité de Empresa apelante en el procedimiento principal, no contiene ningún pronunciamiento sobre la cuestión del valor igual del trabajo realizado por los logopedas y los farmacéuticos. [38]

29. De la sentencia Macarthys, [39] una de las pocas en las que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado directamente sobre los criterios que determinan la existencia de un «mismo trabajo» o «trabajo de igual valor», se desprende que el concepto de «mismo trabajo» es un concepto puramente cualitativo, cuyo contenido está relacionado exclusivamente con la naturaleza del trabajo prestado. [40] Es decir, el criterio determinante de la existencia de un «mismo trabajo o trabajo de igual valor» lo constituye exclusivamente la actividad ejercida por los trabajadores. Como observa también el Gobierno alemán en el presente

34 — Véase el punto 24 *supra*.

35 — Véase el punto 24 *supra*.

36 — Véase la sentencia de 4 de febrero de 1988, Murphy (157/86, Rec. p. 673). El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 119 tiene que interpretarse en el sentido de comprender también el caso de un trabajador que se funda en dicha disposición para conseguir la misma retribución, por cuanto realiza un trabajo de mayor valor que el de la persona con la que se establece una comparación (apartado 12). Una interpretación contraria equivaldría a privar al principio de igualdad de retribución de efecto útil y de toda sustancia (apartado 10).

37 — Citada en la nota 16 *supra*.

38 — *Ibidem*. Dado que se sometió al Tribunal de Justicia una petición de interpretación del Derecho comunitario que no estaba manifiestamente desprovista de relación con la realidad o el objeto del litigio en el procedimiento principal, el Tribunal de Justicia se basó en la hipótesis del órgano jurisdiccional nacional según la cual existía un trabajo de igual valor. El Tribunal de Justicia estimó, además, que correspondía al órgano jurisdiccional remitente verificar la validez de dicha hipótesis (apartados 10 a 12). Véase, también, la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*. Por consiguiente, en la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, el Tribunal de Justicia se basó en la hipótesis del órgano jurisdiccional nacional de la existencia de un trabajo de igual valor, aunque podían existir dudas sobre la corrección de dicha hipótesis, como señaló en sus conclusiones el Abogado General Sr. Léger (puntos 14 a 17).

39 — Citada en la nota 27 *supra*.

40 — *Ibidem*, apartado 11. Examinando la cuestión de la dimensión temporal del trabajo, el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que, en el marco de las discriminaciones que llevan aparejado el efecto directo del artículo 119 del Tratado CE, los trabajos de que se trate se presten en diferentes períodos, en principio, carece de importancia (apartado 12). Sin embargo, no cabe excluir que una diferenciación en la retribución de trabajadores que ocupan el mismo puesto de trabajo, aunque en períodos distintos, se explique por la concurrencia de factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo, como, por ejemplo, el período transcurrido entre dichos períodos de trabajo, una variación de la coyuntura económica o la ejecución de una política más estricta en materia de rentas. Constituye esto una cuestión de hecho que compete examinar al órgano jurisdiccional nacional.

asunto, existe un «mismo trabajo» cuando se realizan trabajos idénticos o similares en distintos puestos de trabajo.

30. La postura que adoptó el Tribunal de Justicia en la sentencia Macarthys no parece haber experimentado ningún cambio fundamental en su posterior jurisprudencia. El criterio sustantivo del objeto y la naturaleza de la actividad ejercida parece bastar para juzgar si dos categorías de trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. [41] Además, las distinciones conceptuales introducidas en el propio artículo 119 del Tratado CE no han sido hasta ahora precisadas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que básicamente se limita a analizar el concepto de «mismo trabajo», tal como figura en el párrafo primero del artículo 119, [42] y no parece insistir en el análisis sistemático de la diferencia semántica entre los conceptos de «mismo trabajo» y «mismo puesto de trabajo». [43] Más concretamente, los elementos orgá-

Examinando la cuestión de la distancia espacial entre los trabajos de que se trataba, en la misma sentencia el Tribunal de Justicia estimó que la comparación entre el trabajo de un trabajador masculino y el de una trabajadora no puede efectuarse en un marco muy general, teniendo en cuenta ramas enteras de actividad, sino que ha de realizarse en el marco limitado de la misma empresa, que pertenece al ámbito de responsabilidad del empresario contra el cual se presenta la demanda. Asimismo, debe efectuarse basándose en las características específicas de uno y otro trabajo, relativas a la prestación de trabajo efectivamente realizada (véase la sentencia Macarthys, citada en la nota 27 *supra*, apartados 10, 14, 15 y 16).
En lo que respecta a la cuestión de la distancia temporal entre los trabajos comparados, la sentencia Macarthys [al igual que la sentencia de 11 de marzo de 1981, Worringham y Humphreys (69/80, Rec. p. 767), con las conclusiones opuestas del Abogado General Sr. Warner] no reviste ya especial importancia, puesto que en ella influyó la jurisprudencia procedente de la sentencia Defrenne, citada en la nota 17 *supra*, referente al efecto directo del artículo 119. De conformidad con dicha jurisprudencia, la disposición del artículo 119 tiene efecto directo únicamente en caso de «discriminación directa y manifiesta», que puede comprobarse únicamente con los criterios de la identidad del trabajo y la igualdad de retribución adoptados en dicho artículo, sin que sea necesario que existan disposiciones comunitarias o nacionales en las que se definan de forma más explícita dichos criterios. El Tribunal de Justicia, siguiendo esta jurisprudencia relativa a la limitación del efecto directo del artículo 119 únicamente a las discriminaciones directas, no aceptó examinar la existencia de una eventual discriminación comparando los trabajos correspondientes a ramas enteras de la industria, por estimar que se trataba de discriminaciones indirectas. Asimismo, basándose en este razonamiento, juzgó que no es posible comparar sobre la base de un «hipotético trabajador masculino» (sentencia Macarthys, citada en la nota 27 *supra*, apartados 14 y 15). Sin embargo, la indecisión del Tribunal de Justicia a la hora de extender el efecto directo del artículo 119 también a las discriminaciones indirectas pertenece ya al pasado. El Tribunal admite ya dejar que sea el Juez nacional quien compruebe la existencia de discriminaciones indirectas. Además, basándose en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 75/117, no está excluido que se amplíen los límites espaciales en los que debe efectuarse la comparación de las prestaciones de trabajo, si se comprueba que en una rama de actividad se aplica un trato desigual en virtud de un convenio colectivo o de una Ley. Véanse, a título indicativo, las conclusiones del Abogado General Sr. VerLoren van Themaat en el asunto en el que recayó la sentencia de 30 enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83, Rec. p. 427); la sentencia Jenkins, citada en la nota 26 *supra*; la sentencia de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), así como las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), y de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591).

41 — Véase la sentencia de 1 de julio de 1986, Rummler (237/85, Rec. p. 2101). Dicha sentencia se refiere principalmente a los criterios objetivos para determinar la existencia de una discriminación en materia de retribución. El principio de igualdad de retribución, se afirma en dicha sentencia del Tribunal de Justicia, exige principalmente tener en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe efectuarse. El trabajo realmente realizado debe ser retribuido con arreglo a su naturaleza (apartado 23). En la sentencia Murphy, citada en la nota 36 *supra*, el mayor valor atribuido al trabajo efectuado por una de las dos categorías de trabajadores comparadas se basaba también en la naturaleza y el objeto de dicho trabajo.

42 — Véase la sentencia Macarthys, citada en la nota 27 *supra*, apartado 9.

43 — Así, en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Jenkins, citada en la nota 26 *supra*, el Abogado General Sr. Warner sostuvo que las expresiones «mismo trabajo» y «mismo puesto de trabajo» no eran sinónimas y estimó, en consecuencia, que los trabajadores en jornada completa y los trabajadores a tiempo parcial, aun cuando efectúan un mismo trabajo, no ocupan el mismo puesto de trabajo. Esta observación estaba relacionada con la cuestión previa relativa a si se reunía el requisito que exige que se realice un mismo trabajo, cuestión que precede en el orden lógico a cualquier otra puesto que, si el trabajo efectuado por las dos categorías de trabajadores no pudiera considerarse como un mismo trabajo o como un trabajo de igual valor, no procedería aplicar el artículo 119. El Tribunal de Justicia consideró de manera implícita que el hecho de que una categoría de trabajadores por cuenta ajena trabaje en régimen de jornada completa y la otra a tiempo parcial no impedía el cumplimiento de dicho requisito. Le bastó para ello con que existiera una «misma actividad» y no se preocupó por dilucidar si se trataba o no de un «mismo puesto de trabajo» (apartados 10 a 15).
Asimismo, en el único asunto en el que se estableció de forma clara una distinción entre el trabajo remunerado por unidad de obra realizada y el trabajo remunerado por unidad de tiempo, si bien dicha distinción se consideró decisiva para apreciar las consecuencias derivadas de la comparación de las retribuciones medias de dos categorías de trabajadores (véase la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 25), el Tribunal de Justicia, aunque tuvo ocasión de hacerlo, no efectuó una interpretación sistemática y analítica de los términos empleados en el artículo 119 del Tratado CE. Con el fin de determinar los criterios de comparación entre los trabajos realizados por ambas categorías, no se basó en la distinción conceptual entre «mismo trabajo» y «mismo puesto de trabajo». De este modo, invocó de forma cumulativa el criterio sustantivo de la naturaleza del trabajo y el criterio formal de las condiciones en que se lleva a cabo, así como también el criterio de la formación de los trabajadores, el cual consideró, como pone de manifiesto el tenor de la sentencia, independiente de los otros dos criterios (apartados 32, 33 y 42).

nicos y formales del trabajo, que están relacionados con las aptitudes físicas e intelectuales del trabajador, aunque también con las condiciones de trabajo, se examinan únicamente en tanto que criterios objetivos que justifican una eventual retribución distinta para un mismo trabajo. [44]

31. En mi opinión, esta jurisprudencia no se explica únicamente por el hecho de que, en el marco de las decisiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia esté a menudo vinculado por la hipótesis adoptada por el órgano jurisdiccional nacional acerca de la existencia de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor. La causa fundamental de esta jurisprudencia estriba en que el Tribunal de Justicia basa la aplicación de su jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba en el marco de la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, en gran parte, en la delimitación tanto del contenido del concepto de «mismo trabajo» como de los criterios determinantes de su existencia.

El Tribunal de Justicia ha declarado que la carga de la prueba de la existencia de una discriminación por razón de sexo en materia de retribución recae, en principio, sobre quien la invoca, es decir, sobre el trabajador que se considera víctima de tal discriminación. Sin embargo, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal, [45] la carga de la prueba puede desplazarse al empresario, cuando ello es necesario para no privar al trabajador, víctima de una discriminación manifiesta por razón de sexo, de la posibilidad de obtener la aplicación del principio de igualdad de retribución. [46] En caso de discriminación manifiesta, es decir, cuando una medida afecta en la práctica a un número muy superior de personas de un sexo, es ya al empresario (o al Estado miembro o, en general, a quien haya adoptado dicha medida) a quien incumbe la carga de demostrar que existen razones objetivas que justifican la comprobada diferencia de retribución. [47]

Así pues, desde el momento en que los factores objetivos que debe invocar el empresario (o, en general, quien tenga la carga de justificar objetivamente la distinción) no pueden guardar relación con el sexo, como se desprende de la jurisprudencia, estarán relacionados bien con el servicio o con la empre-

44 — Sobre el criterio relativo a la jornada (completa o reducida) de trabajo, véase, a título indicativo, la sentencia Jenkins, citada en la nota 26 *supra*. En cuanto al criterio de la formación profesional, que interesa en el presente asunto, véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartado 23.

45 — Véase la sentencia Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartados 13 a 19.

46 — Véase, también, el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 97/80, citada en la nota 14 *supra*.

47 — Así, se ha estimado que, cuando una medida que diferencia a los trabajadores en función de su antigüedad afecta a un número muy superior de personas pertenecientes a uno u otro sexo, debe considerarse dicha medida contraria a los objetivos perseguidos por el artículo 119 del Tratado, salvo si el empresario prueba que se basa en factores objetivamente justificados, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo [véanse la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 31, y las sentencias Kowalska, apartado 16, y Nimz, apartado 15, citadas en la nota 40 *supra*]. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado 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 de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos (véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartado 16). El Tribunal de Justicia declaró también que cuando existen estadísticas significativas que ponen de manifiesto una diferencia considerable de retribución entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el artículo 119 del Tratado exige que el empleador (o, de forma más general, aquel en quien recaiga la carga de justificar la distinción) justifique dicha diferencia mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (véase la sentencia Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartado 19).

sa, [48] bien con las condiciones de trabajo, [49] o bien, por último, con objetivos imperiosos de la política social del Estado miembro, para cuya consecución la diferencia de retribución es oportuna y necesaria. [50] No obstante, si se acepta que las condiciones de trabajo deben examinarse, como es lógico, en el marco de la cuestión preliminar relativa a si los trabajos comparados son un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, en la fase siguiente los únicos criterios objetivos que podrán justificar la diferencia de retribución, sin volver a hacer referencia a factores ya examinados a la hora de comprobar si se está en presencia de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, serán ya sólo los criterios relativos bien a las necesidades y particularidades del servicio o de la empresa en que se realiza el trabajo, [51] bien a objetivos imperiosos de la política social del Estado miembro. En otras palabras, una gran parte de los hasta ahora considerados como factores objetivos, que justifican la diferencia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos y cuya existencia incumbe demostrar al empresario (o al Estado miembro o, en general, a quien soporte la carga de la prueba), se analizarán ahora en el marco del examen de la cuestión preliminar referente a la existencia de un mismo trabajo o trabajo de igual valor, en el que la carga de la prueba recae sobre el trabajador (normalmente, la mujer trabajadora) que invoca la discriminación. Así pues, el empresario, habiendo negado de manera justificada la existencia de una discriminación, no tendrá más que discutir que se trata de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, invocando uno de dichos factores, sin que deba ya demostrar que tal factor es de carácter objetivo, ajeno a toda discriminación por razón de sexo. La mera existencia del referido factor conducirá a una diferenciación del tipo de trabajo y, por tanto, a la inexistencia de una discriminación basada en el principio de igualdad proporcional enunciado en el artículo 119 del Tratado CE. [52] Es evidente que, en tal caso, puede que sea imposible el control —y, de todos modos, cabe que se revoque la jurisprudencia relativa a la carga de la prueba y a la justificación objetiva— de un gran número de «discriminaciones indirectas o encubiertas» que se basan en criterios neutros relativos a las condiciones de trabajo o a las aptitudes de los trabajadores aunque, en la práctica, afectan a las personas de un solo sexo.

48 — Véase la sentencia Bilka, citada en la nota 47 *supra*, apartado 37.

49 — Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, en lo que respecta a la antigüedad, la formación profesional, la flexibilidad en general y, en especial, entendida como adaptabilidad a los cambios de horario y de lugar de trabajo.

50 — Véanse, a título indicativo, la sentencia Rinner-Kühn, citada en la nota 40 *supra*, apartado 14; la sentencia Gerster, citada en la nota 12 *supra*, apartado 40, y la sentencia de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), apartado 36. El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo como criterio objetivo la política de desarrollo económico y de creación de empleo [sentencia de 30 de noviembre de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185), apartado 33]. En cambio, ha declarado que consideraciones de índole presupuestaria no constituyen criterios objetivos [sentencia de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, Rec. p. I-571), apartados 35 y 36].

51 — Y dichos criterios, en todo caso, en la medida en que no son únicamente de carácter económico y que pueden guardar relación con el marco en que se realiza el trabajo, constituyen criterios funcionales de apreciación del trabajo y deberían examinarse en el marco de la cuestión preliminar referente a la existencia o inexistencia de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor.

32. De conformidad con las observaciones que anteceden y habida cuenta de los hechos que constan en la resolución de remisión procedente del Oberlandesgericht Wien, parece que, para responder a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia tiene la posibilidad de seguir tres vías interpretativas distintas.

52 — Véase el punto 21 *supra*.

a) De acuerdo con la primera de ellas, el Tribunal puede permanecer fiel a la jurisprudencia Macarthys [53] y estimar que el ejercicio de la misma actividad basta para considerar que existe un «mismo trabajo», un «trabajo de igual valor» o un «mismo puesto de trabajo», aun cuando se ejerza en virtud de una habilitación profesional diferente, que obedece a una formación profesional distinta, y una categoría de trabajadores tenga derecho, en virtud de la habilitación profesional exigida, a realizar también otras actividades que se extienden a un ámbito más amplio. Esta solución presenta la desventaja de reducir el concepto de mismo trabajo al del ejercicio de una misma actividad, así como la de prescindir de las diferencias semánticas entre los términos empleados en el artículo 119. Ofrece, con todo, la ventaja de no cuestionar la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba. Siguiendo esta solución ya en la esfera de los hechos del presente asunto, se considerará que médicos y psicólogos realizan un mismo trabajo y ocupan el mismo puesto de trabajo, desde el momento que ejercen la misma actividad, a saber, la psicoterapia, basándose en la formación exigida que contempla la Ley de la Psicoterapia, y teniendo en cuenta también los períodos de formación previstos en dicha Ley. En tal caso, como subrayan tanto el Gobierno alemán como la Comisión, en realidad, no se plantea ya la primera cuestión, sino la sexta.

b) De conformidad con la segunda interpretación, deberá admitirse que, en el caso de que dos categorías de trabajadores ejerzan la misma actividad, aunque cada uno de ellas con una formación profesional distinta, una y otra no ocupan un «mismo puesto de trabajo», aun cuando realicen un «mismo trabajo», entendido como una misma actividad. Paralelamente, la distinta formación profesional diferencia las condiciones en las cuales se realiza el trabajo, de tal manera que el trabajo realizado por cada categoría de personas no tiene igual valor sea desde el punto de vista económico o desde el cualitativo.

Esta vía interpretativa es, en términos conceptuales, más consecuente que la anterior. Presenta, con todo, dos inconvenientes básicos. Por un lado, considera imposible la existencia de una gradación de la formación profesional entre quienes ocupan un «mismo puesto de trabajo» y, por otro, cuestiona, como antes analizaba, el ámbito de aplicación de la jurisprudencia referente al reparto de la carga de la prueba. Si se sigue esta solución en la esfera de los hechos del presente asunto, deberá declararse que, dado que los médicos-psicoterapeutas y los psicólogos-psicoterapeutas no tienen la misma formación, no cabe hablar de discriminación, puesto que ambas categorías no se encuentran en la misma situación a efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no realizan un trabajo de igual valor. Si el Tribunal de Justicia sigue esta senda interpretativa, podrá prescindir de responder a las siguientes cuestiones prejudiciales, dado que en tal caso está excluida la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, a que se refiere el artículo 119 del Tratado CE.

53 — Véase la sentencia citada en la nota 27 *supra*.

c) De conformidad con la tercera interpretación que propongo, debe considerarse que el criterio de la formación profesional tiene un doble uso. Es decir, puede utilizarse como criterio objetivo justificativo de la diferencia de retribución entre personas que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, aunque también como criterio de comparación de los trabajos. Esta postura es, además, coherente con la sentencia Royal Copenhagen, [54] en la que el Tribunal de Justicia, indagando los criterios de comparación de las situaciones de dos categorías de trabajadores, estimó que la formación de éstos constituye un factor que permite comprobar si se encuentran en situaciones comparables. [55] Con esta apreciación, el Tribunal de Justicia, básicamente, aceptó que el criterio de la formación profesional puede utilizarse no sólo como criterio para la justificación objetiva de la diferencia de retribución entre personas que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, como había admitido en su sentencia Danfoss, [56] sino también como criterio de comparación de los trabajos de dos categorías de trabajadores. Esta posibilidad de doble uso fue, por otro lado, confirmada de forma expresa en la misma sentencia, en relación con todos los criterios que permiten justificar objetivamente la diferencia de retribución basados en la naturaleza y condiciones del trabajo. En concreto, se declaró que el órgano jurisdiccional nacional tiene en cuenta los mismos hechos en que se basan dichos criterios para determinar bien si los trabajos comparados son de igual valor, bien si las distinciones eventualmente existentes en materia de retribución son objetivas y, evidentemente, ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. [57]

33. Sin embargo, para que tenga sentido la posibilidad de dicho doble uso del criterio de la formación profesional deberá admitirse que este último no tiene un contenido idéntico en el marco de sus dos usos. La formación profesional distinta como criterio objetivo de diferenciación de la retribución en el contexto de la realización de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor no puede equipararse a la formación profesional distinta cuya comprobación conduce a la conclusión de que dos categorías de trabajadores no realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

En el primer caso, la diferencia de formación profesional consistirá, habitualmente, en la existencia de títulos o, en general, de una formación profesional de distinto nivel. En tal caso, las titulaciones de distinto nivel no conducen a una diferenciación tan profunda como para hablar de la existencia de una profesión o un puesto de trabajo distintos, aunque pueden constituir una causa de diferenciación de la retribución para un mismo trabajo. Se trata de un caso análogo al de la existencia de dos trabajadores que realizan un mismo tra-

54 — Citada en la nota 21 *supra*.

55 — Véase la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartados 32 y 33.

56 — Citada en la nota 22 *supra*.

57 — Véase la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 42.

bajo aunque uno de ellos, debido a su antigüedad, demuestra que posee mayor experiencia y capacidad para responder a las necesidades de su trabajo. Este hecho justifica un incremento proporcional de su salario, sin que ello signifique que el trabajador realiza un trabajo distinto. [58]

No obstante, es posible que la diferencia en el nivel de las titulaciones sea muy importante o que la diferencia de formación revista carácter cualitativo, y no sólo cuantitativo, de modo que conduzcan a la existencia de una habilitación profesional diferente y, en consecuencia, de un trabajo que no es el mismo o no tiene igual valor que el realizado por otra categoría de trabajadores que no poseen esa misma formación profesional. En tal caso, la formación profesional *fundamentalmente* diferente, como la califica la Comisión, puede conducir a la realización de un trabajo de distinta naturaleza o de distinto objeto. Cabe, asimismo, que las distintas categorías de trabajadores ejerzan una actividad de igual naturaleza y objeto en el marco de un mismo servicio o empresa, sin que realicen un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, o sin que ocupen un mismo puesto de trabajo o un puesto de trabajo de igual valor, puesto que la diferencia fundamental de la formación profesional puede modificar radicalmente el valor y las condiciones de realización de dicho trabajo.

34. El carácter fundamental de la diferencia, al igual que todos los factores de comparación de los trabajos realizados, constituye en todo caso una cuestión de hecho cuya determinación corresponde a la competencia del órgano jurisdiccional nacional. Éste, sin embargo, debe basar su apreciación a este respeto en el carácter objetivo de la formación profesional fundamentalmente diferente. [59] Para comprobar el carácter fundamental de la diferenciación en la formación profesional que da lugar a la realización de un trabajo enteramente distinto o a la ocupación de un puesto de trabajo enteramente distinto, en mi opinión, constituye un criterio objetivo lícito la existencia de una habilitación profesional diferente para cada categoría de trabajadores. La habilitación profesional, que determina el alcance de las tareas que pueden confiarse al trabajador y que se atribuye basándose en criterios relacionados con su formación y sus aptitudes, constituye un elemento esencial del trabajo, tal como lo señala también la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal. En consecuencia, la circunstancia de estar dos trabajadores en posesión de una habilitación profesional distinta, que obedece a una formación profesional fundamentalmente distinta, produce una diferenciación en el trabajo realizado o en el puesto de trabajo ocupado, aun cuando aparentemente dichos trabajadores ejerzan la misma actividad. Sin embargo, para efectuar esta diferenciación basándose en la distinta habilitación profesional de los trabajadores, es necesario que éstos ejerzan la actividad igual de que se trata basándose en la habilitación profesional de que son titulares,

58 — Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*. Sin embargo, como subrayó el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, las condiciones aplicables al criterio de la antigüedad no son las mismas que se aplican al criterio de la formación profesional o de la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, puesto que «la antigüedad es paralela con la experiencia y ésta, en general, coloca al trabajador en la situación de cumplir mejor sus tareas» (apartado 24).

59 — Asimismo, el Tribunal de Justicia ha considerado como criterio importante para la evaluación de las competencias científicas y didácticas de una determinada categoría de profesores-investigadores la participación en concursos públicos o su reconocimiento por una comisión nacional. Véase la sentencia de 20 de noviembre de 1997, Petrie y otros (C-90/96, Rec. p. I-6527), apartados 47 y ss.

que además ha de estar vinculada a dicha actividad.

35. En el presente asunto, a la luz de los elementos que se desprenden de la resolución del órgano jurisdiccional remitente, los médicos empleados como psicoterapeutas continúan ejerciendo, al parecer, la profesión médica y desempeñando en su caso las tareas relacionadas con ella, a diferencia de los doctores en psicología, que únicamente ejercen la psicoterapia. Por otra parte, como señalan la Comisión y la Caja del Seguro en sus observaciones, los médicos pueden utilizar todos sus conocimientos para tratar a los enfermos y, por ello, la Caja demandada celebra con ellos contratos que se rigen por la DO. B, al margen de las actividades concretas que ejercen. En consecuencia, con arreglo a los elementos de hecho antes mencionados, que en última instancia debe aclarar, en caso necesario, el órgano jurisdiccional nacional, si la formación profesional de las dos categorías de trabajadores es fundamentalmente diferente y esta circunstancia la confirman distintas habilitaciones profesionales, una y otra categoría de trabajadores no realizan un mismo trabajo ni ocupan un mismo puesto de trabajo. Aunque, en función de su objeto, ejerzan aparentemente la misma actividad, a saber, la psicoterapia, tienen conocimientos, experiencia y, por tanto, capacidades terapéuticas fundamentalmente distintos, circunstancia que influye de manera decisiva en el trabajo realizado. El hecho de que su trabajo sea facturado por la Caja aplicando la misma tarifa no contradice necesariamente esta conclusión, puesto que no consta que dicha facturación se realice basándose en la calidad y en el valor real en el mercado de trabajo de la asistencia prestada por cada categoría de psicoterapeutas, y puede en cambio deberse a razones de política social.

36. Así pues, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 119 del Tratado CE [60] Debe interpretarse en el sentido de que no existe un «mismo trabajo» ni un «mismo puesto de trabajo» en caso de que trabajadores por cuenta ajena con diferentes habilitaciones profesionales, circunstancia ésta que se debe a su formación profesional fundamentalmente distinta, ejerzan la misma actividad durante un período prolongado (varios períodos retributivos), si los trabajadores fueron contratados en atención a dichas habilitaciones concretas y éstas están relacionadas con la actividad que ejercen.

37. Habida cuenta de los hechos referidos en la resolución de remisión, si se acepta la propuesta precedente no será necesario responder a las restantes cuestiones, salvo en aras de la exhaustividad, puesto que deja de plantearse la cuestión referente a la aplicación del principio de igualdad de retribución previsto en el artículo 119 del Tratado CE.

C. *Sobre la sexta cuestión*

38. Llegado a este punto, examinaré la sexta cuestión debido a la conexión que presenta con la primera. El Oberlandesgericht Wien

60 — Para fundamentar la respuesta a la cuestión basta el artículo 119 del Tratado CE y no es necesario acudir a la Directiva 75/117. Véanse la sentencia Murphy, citada en la nota 36 *supra*, apartado 13, así como el punto 23 *supra*.

pregunta si, en caso de ejercicio de la misma actividad en el seno de la empresa, debe considerarse que la formación profesional constituye un criterio que justifica la diferencia de retribución. Pregunta además si, con independencia de la actividad concreta ejercida por el trabajador en el seno de la empresa, debe considerarse que una habilitación profesional que abarca varias actividades constituye un criterio objetivo que justifica la diferente retribución. En este contexto, procede preguntarse si reviste una importancia decisiva el hecho de que: a) los trabajadores que perciben retribuciones más elevadas puedan ser utilizados, en el seno de la empresa, para la realización de otros trabajos, o b) se requiere demostrar que, en el caso concreto de que se trata, dichos trabajadores realizan también otros trabajos. Por último, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, a este respecto, reviste importancia la circunstancia de que las disposiciones pertinentes del convenio colectivo establezcan una cláusula de protección de los trabajadores contra el despido.

39. Con carácter preliminar, debe subrayarse que los interrogantes suscitados en la sexta cuestión únicamente pueden plantearse en caso de que se haya estimado que ambas categorías de trabajadores, en el presente caso los médicos-psicoterapeutas y los psicólogos-psicoterapeutas, realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, u ocupan un mismo puesto de trabajo. Sin embargo, sobre la base de los análisis efectuados con ocasión de la cuestión precedente, la sexta cuestión prejudicial únicamente está justificada en dos casos: a) si el Tribunal de Justicia acoge la primera vía interpretativa propuesta, conforme a la cual el ejercicio de una misma actividad basta para que exista un «mismo trabajo o un trabajo de igual valor» o un «mismo puesto de trabajo», o b) en caso de que, en el marco de la tercera interpretación sugerida, se considere que, pese a poseer distintas habilitaciones profesionales, las diferentes categorías de trabajadores empleadas en la misma actividad y en la misma empresa no tienen una formación profesional fundamentalmente distinta, que permita estimar que realizan un trabajo distinto u ocupan un puesto de trabajo distinto. Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal, [61] en tales casos corresponde exclusivamente a la competencia del órgano jurisdiccional nacional, aplicando si es necesario el principio de proporcionalidad, determinar si los motivos expuestos por el empresario (o por cualquier otra persona en quien recaiga la carga de la prueba) para justificar una diferencia manifiesta de retribución entre dos categorías de trabajadores masculinos y femeninos o una práctica salarial que, pese a aplicarse con independencia del sexo del trabajador, perjudica de hecho más a las mujeres que a los hombres, se basan en criterios objetivos de diferenciación de la retribución, ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

40. El Tribunal de Justicia ha declarado que entre dichos criterios se encuentran tanto el de la formación profesional, en el sentido de que la formación mejor remunerada puede revestir importancia para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador, como el criterio de la flexibilidad, en el sentido de que está justificado un incremento de la retribución debido a la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, cuando el empresario demuestra que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador, aunque no cuando se refiere a la calidad del trabajo pres-

61 — Véanse las sentencias Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartados 18, 19 y 25, y Bilka, citada en la nota 47 *supra*, apartados 35 y 36.

tado por el trabajador. [62] Así lo juzgó el Tribunal de Justicia, aunque declaró, por un lado, que el criterio de la formación profesional puede redundar en perjuicio de los trabajadores femeninos, en la medida en que éstos hayan tenido menos posibilidades de adquirir una formación profesional tan avanzada como los trabajadores masculinos o hayan utilizado estas posibilidades en menor medida, y, por otro, que el criterio de la flexibilidad, si se entiende referido a la adaptabilidad del trabajador a horarios y lugares de trabajo variables, puede ir en perjuicio de los trabajadores femeninos, quienes, por razón de sus tareas familiares, tienen menos facilidad que los hombres para organizar su tiempo de trabajo de un modo flexible. [63]

41. En mi opinión, el criterio de la flexibilidad que se admitió en la sentencia Danfoss [64] debe englobar asimismo el concepto de la flexibilidad para el desempeño, en el seno de la empresa, de distintas actividades comprendidas en la habilitación profesional. Por su naturaleza, dicha flexibilidad es enteramente neutra desde el punto de vista del sexo o, cuando menos, no presenta ninguna diferencia en relación con el criterio de la flexibilidad en el sentido en que fue acogido por el Tribunal de Justicia. En comparación con la fundamentación de la sentencia Danfoss, no es más difícil para las mujeres ejercer otras actividades conexas que adaptarse a distintos horarios, en la medida en que el ejercicio de distintas actividades conexas no modifica necesariamente su horario de trabajo.

42. Ciertamente, debe señalarse que las diferentes actividades conexas comprendidas en la habilitación profesional han de estarlo también en la relación laboral. En otras palabras, el trabajador debe haber sido contratado habida cuenta de la habilitación profesional que posee, es decir, de su capacidad para el ejercicio de varias actividades en el seno de la empresa. En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional deberá, por tanto, dilucidar si los médicos, como señaló durante la vista la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal, fueron contratados —y no sólo son retribuidos— como tales médicos, que practican la psicoterapia ocasionalmente en establecimientos específicos a los que están destinados, y que no fueron contratados exclusivamente en tanto que médicos-psicoterapeutas. [65]

43. Procede, por último, subrayar que la invocación del criterio de la flexibilidad para desempeñar distintas actividades en el seno de una misma empresa, que se basa en las disposiciones destinadas a proteger a los trabajadores frente al despido, no contradice la exigencia según la cual el criterio objetivo de diferenciación debe responder a necesidades efectivas de la empresa. [66] Una necesidad efec-

62 — Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartados 17 a 25. Las condiciones establecidas en la sentencia Danfoss para la aplicación de los mencionados criterios comprenden la exigencia consistente en que dichos criterios no se basen en generalizaciones relativas a determinadas categorías de trabajadores, debiendo en cambio ser objetivos, hecho que depende de las circunstancias de cada caso y, en particular, de su relación con la naturaleza de las tareas desempeñadas. A propósito de esta exigencia, véanse las sentencias Rinner-Kühn, citada en la nota 40 *supra*, apartado 14, y Nimz, citada en la nota 40 *supra*, apartados 13 y 15, la cual, a diferencia de lo que alega el Comité de Empresa, no niega el carácter lícito del criterio de la formación profesional.

63 — Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartados 21 y 23.

64 — Citada en la nota 22 *supra*.

65 — A este respecto, cabe que sea oportuno examinar también otros interrogantes eventualmente relacionados con la posibilidad de ejercer varias actividades conexas. Por ejemplo, es posible que sea oportuno que el órgano jurisdiccional nacional examine si el código deontológico de los médicos permite a los titulares de una determinada especialidad (por ejemplo, psiquiatras, que en nuestro caso pueden ejercer como psicoterapeutas) practicar también otras especialidades de la medicina.

66 — Véase la sentencia Bilka, citada en la nota 47 *supra*, apartado 36.

tiva no es tan sólo una necesidad actual sino también una necesidad futura que, sin embargo, sin duda va a producirse. En el presente asunto, el nombramiento definitivo de los empleados trascurrido un período de diez años dota de certidumbre a la necesidad futura de adaptabilidad y flexibilidad de los trabajadores en la empresa.

44. ¿Es, no obstante, decisivo que el trabajador verdaderamente utilice, en todo momento, todas las posibilidades que le confiere la habilitación profesional?

La jurisprudencia de este Tribunal existente hasta la fecha no parece exigir una respuesta afirmativa a este interrogante. Conforme a la sentencia Danfoss, [67] tanto el criterio de la formación profesional como el relativo a la adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables deben revestir importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador. [68] Este requisito no significa, necesariamente, que se exija en todo caso el ejercicio efectivo de todas las actividades que la formación profesional o la adaptabilidad permiten. El significado del requisito establecido en la sentencia Danfoss, como también se desprende de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz, es simplemente que la formación profesional y la flexibilidad deben guardar una relación objetiva con la actividad de que se trate, es decir, con el trabajo prestado. [69]

En la sentencia Macarthys, [70] por otra parte, se declaró que, «en el caso de auténticas discriminaciones que entran en el ámbito de aplicación directa del artículo 119, las comparaciones se limitan a las semejanzas que puedan establecerse según apreciaciones concretas, referentes al trabajo efectivamente realizado por empleados de distinto sexo en la misma empresa o servicio». [71] En dicha sentencia, sin embargo, el requisito de la existencia de un trabajo efectivo no se refiere a la cuestión del litigio principal que ahora interesa, sino que está relacionado con la negativa del Tribunal de Justicia a admitir una comparación entre una mujer trabajadora y un «hipotético trabajador masculino», en el sentido de que un trabajador femenino no podría reclamar la retribución que podría exigir si fuera un hombre, aun cuando ningún hombre realizase en ese momento o hubiera realizado con anterioridad un trabajo comparable. En el presente asunto no se juzga la cuestión del «hipotético trabajador masculino», que está relacionada con las particularidades de la jurisprudencia Macarthys, [72] sino la de la existencia de un trabajador masculino que, en virtud de su formación profesional y principalmente de la habilitación profesional que posee, puede ejercer en una empresa diversas actividades, conexas con la que ejerce en un determinado momento.

Según mi parecer, por tanto, no sólo la formación profesional adicional, sino también la habilitación profesional distinta que comprende la posibilidad de ejercicio de diversas actividades conexas en el seno de una empresa, constituye un criterio objetivo de diferenciación de la retribución en las condiciones

67 — Citada en la nota 22 *supra*.

68 — Véase el punto 40 *supra*.

69 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz, citadas en la nota 22 *supra*, punto 43.

70 — Citada en la nota 27 *supra*.

71 — Apartado 15.

72 — Véase la nota 40 de las presentes conclusiones.

enunciadas en la sentencia Danfoss, [73] al margen de si el trabajador utiliza en realidad, en todo momento, todas las posibilidades que le confiere la habilitación de que se trata.

45. La postura que antecede es acorde con la aplicación del principio de igualdad. Desde el momento en que dos categorías de trabajadores que ejercen la misma actividad no se encuentran, objetivamente, en una situación laboral comparable en lo que respecta a las necesidades económicas de la empresa y a las tareas que se les confían, es lícito, basándose en el principio de igualdad profesional, retribuirlas de forma distinta. Así, en el presente asunto, en la medida en que se ha demostrado que tienen la obligación de prestar primeros auxilios con arreglo al artículo 21 de la Ley de médicos y que pueden prescribir medicamentos, además de, en caso de necesidad, ser utilizados en otros sectores sanitarios en función de su especialidad, es lógico que los médicos perciban una retribución distinta de la de los psicólogos, quienes, según parece, en el marco de los servicios sanitarios prestados por una Caja de Seguro, como es la apelada en el procedimiento principal, pueden ejercer tareas de alcance más limitado que las desempeñadas por los médicos.

46. Por otra parte, la tesis precedente se justifica también por razones de oportunidad, relacionadas con el mercado de trabajo. Si los trabajadores que no poseen la formación exigida ni la correspondiente habilitación profesional para estar en condiciones, en caso de necesidad de la empresa, de desempeñar distintas actividades fuesen retribuidos del mismo modo que aquellos trabajadores que poseen dichas cualificaciones, la consecuencia última de ello consistiría en que la empresa únicamente contrataría a trabajadores pertenecientes a la segunda categoría. En el presente asunto, ¿por qué razón la Caja del Seguro habría de continuar contratando a psicólogos-psicoterapeutas, si éstos hubieran de ser remunerados como médicos pese a no tener las posibilidades que ofrece la habilitación de la profesión médica, y no contrataría únicamente a médicos, que pueden desempeñar también las tareas de los psicólogos? En el presente caso, la equiparación de las retribuciones conduciría, finalmente, a resultados más desfavorables para la categoría de trabajadores cuya retribución, en un principio, aumentaría. [74]

47. Así, en la medida en que se considere oportuno responder a la sexta cuestión, propongo al Tribunal de Justicia que responda que, en el caso de una diferenciación aparente de la retribución entre dos categorías de trabajadores masculinos y femeninos o práctica salarial que, pese a aplicarse con indepen-

73 — Citada en la nota 22 *supra*.

74 — Las reflexiones precedentes no deben conducir a la conclusión de que el trabajo de los médicos —o su formación— es, necesariamente, superior, desde el punto de vista cualitativo, al de los psicólogos. Su carácter distinto no entraña también, necesariamente, un nivel cualitativo superior. Por otra parte, es sabido que, en el marco de la psicoterapia, los psicólogos utilizan métodos de diagnóstico y tratamiento (por ejemplo, tests) que, por regla general, los psiquiatras —y mucho más a menudo los médicos no especializados en psiquiatría— desconocen. Asimismo, es probable que los psicólogos, en general, puedan ejercer también otras actividades distintas de la psicoterapia. No obstante, en el presente caso reviste importancia el hecho de que, habida cuenta de los servicios sanitarios que presta una Caja de Seguro como la apelada en el procedimiento principal, y dada su formación profesional, parece que los médicos tienen la posibilidad de ser empleados en diversos sectores de actividad de la referida Caja, hecho que, como observa también la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal, los hace manifiestamente más competitivos que los psicólogos en el mercado de trabajo. En todo caso, sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que conoce mejor el marco jurídico nacional y los hechos del litigio principal, apreciar en qué medida existen tanto la posibilidad de emplear a los médicos en diversos sectores de actividad como su mayor competitividad en el mercado de trabajo.

dencia del sexo del trabajador, perjudica en la práctica a un mayor número de mujeres que de hombres:

— el empresario puede justificar la diferencia de retribución aplicando el criterio de la formación profesional, si demuestra que la formación profesional reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador;

— el empresario puede justificar la diferencia de retribución aplicando el criterio de la habilitación profesional que confiere la posibilidad de ejercer diversas actividades distintas en el seno de la empresa, si demuestra que dicho criterio reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas confiadas al trabajador o que puede satisfacer la necesidad de la empresa de utilizar a los trabajadores para el desempeño de actividades distintas de la ya desempeñada y comprendidas en la habilitación profesional y en la relación laboral, habida cuenta de las disposiciones de los convenios colectivos relativas a la protección de los trabajadores frente al despido.

D. *Sobre la segunda cuestión*

48. Con la segunda cuestión prejudicial, el Oberlandesgericht Wien pregunta si, para apreciar la existencia de una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117, es determinante el régimen del convenio colectivo que regula la retribución de los trabajadores (obligatorio, voluntario u obligatorio con límites mínimos).

49. A primera vista, como sostiene también la Comisión en sus observaciones, parece que la propuesta de elección entre los tres regímenes de convenios colectivos carece de importancia en relación con los hechos del asunto, puesto que los Reglamentos de Servicio fueron elaborados como convenios colectivos que establecen un régimen de fijación definitiva de las retribuciones, el cual obliga a los distintos organismos de Seguridad Social en la medida en que éstos no pueden introducir modificaciones en el mismo salvo mediante aprobación por escrito de la Asociación Nacional de Organismos de Seguridad Social austriacos, que se encargó de elaborar los convenios colectivos (artículo 460 de la ASVG). [75]

No obstante, aun cuando se considere que la elección entre los tres regímenes de convenios colectivos tiene carácter hipotético, el Tribunal de Justicia habrá de responder a la

75 — En lo que respecta a la negativa del Tribunal de Justicia a responder a cuestiones hipotéticas, véase la sentencia de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25.

cuestión referente a cómo influye el régimen obligatorio de los convenios colectivos, es decir, el régimen al que se refiere el litigio principal, en la apreciación de la discriminación. Deberá, en efecto, examinar también los restantes regímenes (voluntario, obligatorio con fijación de límites mínimos), en la medida en que su análisis contribuye a mejor delimitar las particularidades del régimen obligatorio. En consecuencia, calificar la elección como hipotética no tendría ninguna consecuencia sustancial para la respuesta a esta segunda cuestión prejudicial.

50. Además, debe señalarse que la formulación de la segunda cuestión que hizo el órgano jurisdiccional remitente suscita determinados interrogantes. No está enteramente claro si el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la posibilidad de que exista una discriminación en materia de retribución con arreglo al artículo 119 del Tratado CE depende de la naturaleza del régimen de convenios colectivos que regula la retribución de dos categorías distintas de trabajadores, o si lo que desea dilucidar es si dicho régimen debe ser tenido en cuenta a la hora de apreciar los factores que intervienen en la apreciación de una discriminación contraria al artículo 119.

51. En lo que respecta a si la posible existencia de discriminación con arreglo al artículo 119 depende del régimen del convenio colectivo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que por lo demás también se menciona en la resolución de remisión, conduce a una respuesta negativa. La prohibición de la discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos no se impone sólo a las autoridades públicas, sino que también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos celebrados entre particulares. [76] El principio de la autonomía de la voluntad de las partes en un convenio colectivo, por tanto, no podría obstaculizar la aplicación del principio de igualdad enunciado en el artículo 119, con independencia de la naturaleza del régimen del convenio colectivo (obligatorio, voluntario u obligatorio con fijación de límites mínimos).

52. Así pues, si el Tribunal de Justicia admite que la cuestión tiene el sentido antes indicado, propongo que responda que, para apreciar la existencia de una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117, no reviste importancia el hecho de que a) la fijación de la retribución dependa únicamente de las partes del contrato de trabajo, es decir, que éstas tienen libertad para decidir si incorporan al mismo disposiciones de convenios colectivos; b) existan retribuciones mínimas obligatorias para todos los trabajadores de un determinado sector, fijadas mediante normas de aplicación general (convenios colectivos), o c) las retribuciones se rijan obligatoria y definitivamente por convenios colectivos.

53. Por el contrario, si el Tribunal juzga, como propongo, que la cuestión se refiere también a la influencia que el tipo de convenio colectivo ejerce en la definición del

76 — Véase el artículo 4 de la Directiva 75/117, citada en el punto 4 de las presentes conclusiones. Véanse, también, las sentencias Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 45; Defrenne, citada en la nota 17 *supra*, apartado 39; Kowalska, citada en la nota 40 *supra*, apartado 12; Nimz, citada en la nota 40 *supra*, apartado 11, y Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartados 22 y ss. Asimismo, con arreglo a la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartado 32, el artículo 119 del Tratado prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad.

marco en que se determinan las condiciones de la discriminación, en tal caso, habida cuenta asimismo de los hechos del litigio principal, tendrá ocasión de aportar precisiones a determinados extremos relacionados con la aplicación por el órgano jurisdiccional nacional del principio previsto en el artículo 119 del Tratado CE a los convenios colectivos, precisiones que tienen importancia habida cuenta del litigio principal y que, por lo demás, también están relacionadas con las respuestas a las restantes cuestiones prejudiciales.

54. El hecho de que la retribución de dos categorías de trabajadores se determine en el nivel de los convenios colectivos incide en el ámbito de aplicación del principio de igualdad de retribución previsto en el artículo 119 del Tratado CE. En tal caso, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a ir más allá de los datos de la empresa y dirigir su examen a los datos, en materia laboral, que pertenecen al nivel de los convenios colectivos. Además, en el caso de los convenios colectivos sectoriales, es habitual que las partes fijen la retribución teniendo en cuenta no sólo el trabajo concreto de que se trata, sino también otros elementos, tales como criterios referentes al mercado de trabajo a nivel general o local, a las necesidades económicas de las empresas pertenecientes a cada sector, así como a la importancia de los distintos sindicatos en dicho sector y al papel que en él desempeñan. Así pues, la retribución de cada categoría de trabajadores debe apreciarse no en el marco del trabajo concreto que realizan en el seno de una empresa, sino, como también observa el Gobierno alemán, en el marco de las características formales del trabajo eventualmente definidas por el régimen de clasificación profesional establecido en el convenio colectivo de trabajo, en el contexto de la política salarial adoptada. [77] Este paso de la empresa concreta al régimen de clasificación salarial establecido en el convenio colectivo de trabajo es aún más determinante cuando el convenio colectivo, como en el presente asunto, establece un régimen retributivo obligatorio y definitivo, que no deja a los distintos empresarios ningún margen de diferenciación en el marco de los contratos de trabajo individuales. [78] En este caso, el convenio colectivo de trabajo constituye la fuente de la que emanan los criterios objetivos que permiten justificar las diferencias de retribución. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que «el hecho de que la retribución se haya fijado a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional como elemento para 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». [79]

55. Cabría afirmar, asimismo, que en caso de que dos categorías de trabajadores se rijan, en lo que respecta a su retribución, por dos convenios colectivos independientes, es probable que esas dos categorías no se encuentren en situaciones semejantes o comparables. Por

77 — Con arreglo a la sentencia Rummler, citada en la nota 41 *supra*, apartado 15, «aunque un criterio determinado, [...], pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, [...], es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres».

78 — Véase, no obstante, la sentencia de 8 de noviembre de 1983, Comisión/Reino Unido (165/82, Rec. p. 3431). El Tribunal de Justicia estimó que los convenios colectivos obligatorios tienen así importantes consecuencias de hecho en las relaciones laborales, puesto que determinan aquello que ha sido adquirido por los trabajadores y definen, en aras de la paz social, los límites que se imponen a las exigencias de las empresas.

79 — Véase la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 46.

otra parte, el Abogado General Sr. Lenz ya ha señalado que, en el caso de la fijación de las retribuciones en convenios colectivos sectoriales, la circunstancia de que los trabajadores pertenezcan a distintas ramas de actividad puede llevar a concluir que no concurre el presupuesto del mismo trabajo o trabajo de igual valor. [80] La jurisprudencia, sin embargo ha definido determinados criterios relativos a la forma en que el órgano jurisdiccional nacional ha de apreciar la circunstancia de haberse determinado en convenios colectivos los componentes de la retribución de dos categorías de trabajadores. Así, en la sentencia Enderby [81] el Tribunal precisó que «el hecho de que la determinación de las retribuciones controvertidas sea el resultado de negociaciones colectivas que se llevaron a cabo de forma separada para cada uno de los dos grupos profesionales afectados y que no tuvieron efecto discriminatorio dentro de ninguno de ambos grupos no obsta para comprobar la existencia de una discriminación aparente, desde el momento en que dichas negociaciones dieron lugar a resultados que ponen de manifiesto una diferencia de trato entre dos grupos que tienen el mismo empleador y el mismo sindicato. [...] si, para justificar la diferencia de retribución, bastara con alegar la inexistencia de discriminación en el marco de cada una de dichas negociaciones por separado, el empleador podría eludir fácilmente el principio de igualdad de retribución mediante negociaciones separadas». [82]

56. Como observa también el Gobierno alemán, es importante que el órgano jurisdiccional nacional examine si los convenios colectivos que regulan la clasificación salarial de determinadas profesiones fueron elaborados por las mismas partes. La identidad de partes contratantes y la identidad de sector económico al que se refieren los convenios colectivos de que se trata constituyen presupuestos para considerar que las distintas normas de los convenios en materia de retribución son comparables en virtud del artículo 119 del Tratado CE. En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que todos los Reglamentos de Servicio fueron suscritos por la Asociación Nacional de Organismos de Seguridad Social austriacos y se aplican al mismo sector económico, a saber, a los organismos de Seguridad Social, mientras que, durante la vista, las partes del procedimiento principal estuvieron de acuerdo en que dichos convenios fueron elaborados por las mismas partes. En todo caso, sin embargo, corresponde siempre al órgano jurisdiccional nacional, que conoce mejor el marco jurídico nacional y los hechos del asunto ante él pendiente, la competencia para examinar si concurren los citados presupuestos.

57. Propongo, pues, al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión del siguiente modo: la prohibición de las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos no sólo se impone a la autoridad pública, sino que se extiende también a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos celebrados entre particulares. No obstante, el hecho de que los componentes de la retribución de dos categorías de trabajadores se hayan determinado mediante negociaciones colectivas puede ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional para apreciar hasta qué punto las diferencias en la retribución de esas dos categorías se deben a factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Asimismo, el hecho de que cada categoría de trabajadores se rija por un convenio colectivo

80 — Véanse sus conclusiones en el asunto Enderby, citado en la nota 16 *supra*, puntos 44 a 46, y en el asunto Danfoss, citado en la nota 22 *supra*, punto 46.

81 — Citada en la nota 16 *supra*.

82 — Apartado 22.

distinto puede ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional para apreciar si cabe considerar que esas dos categorías de trabajadores se encuentran en situaciones comparables. El órgano jurisdiccional nacional, por último, deberá tener en cuenta, en especial, si los convenios colectivos se refieren al mismo sector económico, si fueron suscritos entre las mismas partes y si establecen un régimen de fijación de la retribución obligatorio y definitivo.

E. *Sobre las cuestiones tercera, cuarta y quinta*

58. Mediante la tercera cuestión, se desea dilucidar en qué nivel (empresa, convenio colectivo o todos los titulares de la correspondiente habilitación profesional) han de definirse las categorías comparables con el fin de apreciar si existe una discriminación, en caso de que un convenio colectivo que regula definitivamente las retribuciones establezca, para el ejercicio de una misma actividad o de una actividad de igual valor, retribuciones diferentes en función de la habilitación profesional que posean los trabajadores. En la cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si debe examinarse la proporción de hombres y mujeres existente únicamente en el categoría desfavorecida por la discriminación o en ambas categorías. Por último, mediante la quinta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente, enlazando con la problemática de la tercera cuestión, desea dilucidar cómo, exactamente, deben definirse en cada nivel las dos categorías comparables, cuando la actividad igual que ejercen dichas categorías constituye tan sólo una parte de las actividades comprendidas en la habilitación profesional. Estimo oportuno examinar conjuntamente las referidas cuestiones, habida cuenta de su conexión, puesto que todas ellas se refieren al método de constitución y composición de las categorías comparables a la hora de comprobar la existencia de una discriminación indirecta.

59. Comenzaré con unas observaciones generales. En caso de discriminación indirecta, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la constitución y composición de las categorías comparadas para comprobar la existencia de una discriminación no sólo puede sino que debe estar sometida a requisitos. [83] Esto es razonable, puesto que la comparación, para ser eficaz, debe referirse a categorías representativas de trabajadores, al igual que no cabe aceptar una elección efectuada deliberadamente con el fin de apoyar las argumentaciones de una u otra parte. En todo caso, ciertamente, la apreciación de la eficacia de la comparación constituye una cuestión de hecho correspondiente a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, [84] circunstancia que, sin lugar a dudas, no impide al Tribunal de Justicia proporcionar determinados criterios destinados a orientar la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales.

60. El primer criterio aplicable a la constitución de las categorías comparables no puede

83 — Véanse las sentencias Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartado 17, y Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartado 16.

84 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Royal Copenhagen, citado en la nota 21 *supra*, puntos 28 a 30.

por menos de referirse al nivel en que se efectúa dicha constitución. La jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia nos muestra que no existe una norma general, sino que dicho nivel se determina en función de las circunstancias concretas de cada asunto. Tal como refiere en sus observaciones el Gobierno alemán, el elemento decisivo para efectuar esta determinación del nivel lo constituye el ámbito de aplicación de la normativa controvertida que suscita una cuestión de discriminación con arreglo al artículo 119 del Tratado. Por otra parte, es evidente que el destinatario del principio de igualdad de retribución previsto en el citado artículo es el autor de la normativa controvertida. En consecuencia, si dicha normativa se refleja en una Ley, las categorías comparables deben estar constituidas por la totalidad de los trabajadores cuya retribución se rige por la referida Ley. Análogamente, si la normativa procede de una decisión o práctica de un determinado empresario, los categorías comparadas deberán estar integradas por los trabajadores que se encuentran al servicio del empresario de que se trate.

61. En lo que respecta al nivel de composición de las categorías comparables en el marco de la comprobación de la existencia de una discriminación, en el presente asunto son decisivas, de conformidad con lo que antecede, las apreciaciones efectuadas en relación con la segunda cuestión, habida cuenta de los hechos expuestos en la resolución de remisión. El hecho, por un lado, de que la clasificación salarial de las dos categorías de trabajadores, a saber, médicos y psicólogos, se realice en el nivel de los convenios colectivos de trabajo y que, por otro, dichos convenios colectivos, suscritos por la Asociación Nacional de Organismos de Seguridad Social austriacos, sean obligatorios para todos y cada uno de los organismos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 460 de la ASVG, aplicándose a ellos en tanto que Reglamentos de Servicio internos, induce a concluir que el nivel en que han de componerse las categorías comparables de trabajadores no es el del organismo concreto de que se trate, sino el de los controvertidos convenios colectivos de trabajo. [85] Como subraya también la Comisión, si se hiciera referencia a todos los trabajadores que poseen la correspondiente habilitación profesional, las categorías de comparación serían tan heteróclitas que la comparación no tendría ningún sentido. Por otra parte, no se ha planteado un problema de discriminación en este nivel.

62. Propongo, pues, al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión del siguiente modo: en caso de que un convenio colectivo que regula definitivamente las retribuciones fije retribuciones diferentes, por el ejercicio de una misma actividad o de una actividad de igual valor, en función de la habilitación profesional que poseen los trabajadores, como criterio para definir las categorías comparables con el fin de comprobar la discriminación que eventualmente entraña una medida debe tenerse en cuenta a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

63. En lo que respecta a la cuarta cuestión, a primera vista la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece haber aplicado soluciones diferentes según el caso, como se observa también

85 — Es importante, en todo caso, que el órgano jurisdiccional nacional examine si la Caja o la empresa concreta interesada intervienen de manera específica (prácticas, adscripciones, etc.) en la determinación de qué médicos, en función de su especialidad, o qué psicólogos (hombres o mujeres) serán contratados y ejercerán la psicoterapia, de tal manera que la diferencia de retribución finalmente resultante entre hombres y mujeres se debe, fundamentalmente, a dicha intervención.

en la resolución de remisión. Así, por ejemplo, en el asunto Jenkins, [86] el Tribunal se contentó con examinar la categoría que había sufrido la discriminación, a saber, la de los trabajadores a tiempo parcial, [87] mientras que en el asunto Enderby, [88] se basó en la comparación de las dos categorías de trabajadores, a saber, los logopedas y los farmacéuticos, una de ellos constituida casi exclusivamente por mujeres y la otra casi exclusivamente por hombres. [89]

En mi opinión, estas diferencias de la jurisprudencia obedecen al hecho de que, en función de los datos de cada asunto, el Tribunal de Justicia, con el fin de formarse una convicción jurídica sólida relativa a la existencia de una discriminación indirecta, no se contenta meramente con datos estadísticos de las categorías comparadas, que, por su naturaleza, pueden fluctuar y, en general, ser inseguros, sino que exige fundamentar la apreciación al respecto de la forma más objetiva posible. [90] Más concretamente, en el caso del asunto Jenkins, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la existencia de una discriminación en detrimento de las mujeres estaba demostrada por considerar que el criterio, aparentemente objetivo, de diferenciación de las retribuciones en función del horario de trabajo podía implicar dicha discriminación, ya que, en razón de su función social, las mujeres difícilmente pueden satisfacer las exigencias de un horario completo. [91] Esta observación, que constituye un dato de la experiencia común, es el fundamento objetivo de la apreciación relativa a la existencia de una discriminación indirecta. Según la fundamentación de la sentencia citada, en caso de que no exista dicho criterio objetivo, cabe que no sea necesario analizar la proporción de hombres y de mujeres presente en ambas categorías de trabajadores. En tal caso, la discriminación, aun cuando presente las características formales de las discriminaciones indirectas, puede, en realidad, merecer mucho más la calificación de discriminación directa, ya que la categoría profesional de que se trata se delimita socialmente, con carácter previo, en función del sexo. Basta, por tanto, con que el órgano jurisdiccional nacional compruebe que existe una discriminación en el seno de una profesión que, debido a su naturaleza, es una «profesión femenina», de suerte que huelga efectuar un análisis comparativo de ambas categorías. [92] Por el contrario, cuando la prueba de la discriminación indirecta no puede basarse en la naturaleza de la categoría profesional, como en el asunto Enderby, el carácter «femenino» o «masculino» de la profesión deberá desprenderse de los análisis estadísticos de una categoría y siempre por contraposición a los análisis de la otra categoría de trabajadores. [93]

86 — Citado en la nota 26 *supra*.

87 — Apartados 9 y ss., especialmente apartado 15. Véanse, también, las sentencias Kowalska, apartado 16, y Nimz, apartado 15, citadas en la nota 40 *supra*. La sentencia Bilka, citada en la nota 47 *supra*, apartado 29, examina únicamente la categoría favorecida, a saber, la de los trabajadores en jornada completa.

88 — Citado en la nota 16 *supra*.

89 — Apartados 15 a 19; véase, también, la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartado 28.

90 — Véanse también mis conclusiones en el asunto Seymour-Smith y Pérez, citado en la nota 15 *supra*, puntos 113, 114 y 119. En lo que respecta a la coexistencia del análisis de los datos estadísticos y la fundamentación más objetiva posible de la diferencia de trato, véase, especialmente, la sentencia Helmig y otros, citada en la nota 13 *supra*, puntos 23 a 25, que remite a la sentencia Bilka, citada en la nota 47.

91 — Apartado 13. Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartado 21.

92 — De conformidad con la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartados 12 y 17, la comparación no se requiere cuando el criterio guarda relación específicamente con el sexo, es decir, cuando, por ejemplo, nunca podría afectar a los hombres (por ejemplo, en caso de que dicho criterio lo constituya el embarazo), mientras que es necesaria cuando la única forma de justificar la discriminación consiste en comparar los diferentes tratos dispensados a hombres y mujeres.

93 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Enderby, citado en la nota 16 *supra*, puntos 30 y 31.

Así pues, a diferencia del órgano jurisdiccional remitente, que estimó en su resolución que, si una categoría de trabajadores puede ser considerada como un caso típico desde el punto de vista de las condiciones de trabajo (como sucede, por ejemplo, con los trabajadores en jornada completa), basta, en principio, con examinar la proporción de hombres y mujeres existente en el seno de la categoría víctima de la discriminación, mientras que en todos los casos restantes es obligado efectuar una comparación entre las dos categorías, pienso que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que basta, en principio, con examinar la proporción de hombres y mujeres en el seno de la categoría discriminada únicamente cuando existe un elemento objetivo, que suele ser la delimitación social de dicha categoría, con carácter previo, en función del sexo, el cual permite concluir que la referida categoría, por su naturaleza, corresponde a una profesión puramente femenina o masculina.

64. Con todo, incluso en los casos en que el Tribunal de Justicia parece contentarse con el examen de la categoría discriminada, no cabe excluir el análisis comparativo de los datos de una y otra categoría.

65. En primer lugar y principalmente, la necesidad de efectuar un análisis comparativo de la proporción de hombres y mujeres existente en ambas categorías viene impuesta por el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para considerar que, en principio, una disposición vulnera el principio de igualdad de trato, exige que el porcentaje de mujeres en el grupo víctima de la discriminación sea «considerablemente superior» al de hombres o que el porcentaje de mujeres en la categoría favorecida sea «considerablemente inferior» al de hombres, o ambas cosas. [94] Como subrayé en mis conclusiones en el asunto Seymour-Smith y Pérez, [95] para determinar si existe una «diferencia considerable» entre los porcentajes en un grupo, también debe tenerse en cuenta la composición del otro grupo. La categoría favorecida deberá presentar bien la tendencia inversa, bien porcentajes iguales o bien la misma tendencia aunque mucho más débil que en el primer grupo. En efecto, si la diferencia porcentual es idéntica o semejante en ambas categorías, los trabajadores de uno y otro reciben el mismo trato y no un trato desigual. [96]

66. En segundo lugar, dado que la presunción de discriminación indirecta es una presunción *iuris tantum,* la existencia de un porcentaje superior de mujeres, no sólo en el seno de la categoría víctima de la discriminación, sino también en la categoría de trabajadores favorecida constituye, lógicamente, un elemento de prueba del carácter objetivo, ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo, de la discriminación que puede ser invocado por el empresario. [97] Ciertamente, cabe replicar que,

94 — Véase, en lo referente a la categoría de los trabajadores en jornada completa, la sentencia Bilka, citada en la nota 47 *supra,* apartado 29.

95 — Citado en la nota 15 *supra.*

96 — Véase la nota 50 de mis conclusiones en el asunto Seymour-Smith y Pérez, citado en la nota 15 *supra.*

97 — Véanse las sentencias Kowalska, apartado 16, y Nimz, apartado 15, citadas en la nota 40 *supra.*

en tal caso, la carga de la prueba de la proporción de hombres y mujeres existente también en la segunda categoría incumbe al empresario y no al trabajador. Por consiguiente, estimar que, en todo caso, debe analizarse la proporción de hombres y mujeres en ambas categorías puede depender de la carga de la prueba de la discriminación. Sin embargo, no parece que esta observación pueda suprimir la necesidad, en principio existente, de realizar un análisis comparativo de la proporción de hombres y mujeres en ambas categorías de trabajadores. Como antes señalaba, en los casos en que el Tribunal de Justicia se ha contentado con el análisis de los datos correspondientes únicamente a la categoría víctima de la discriminación, existía una justificación objetiva de la presunción de discriminación indirecta, basada en los datos de la experiencia común, justificación que casi siempre, por lo demás, indica pura y simplemente la certidumbre inicial relativa a los datos procedentes del análisis estadístico de ambas categorías. El análisis comparativo de la proporción de hombres y mujeres en cada una de las dos categorías de trabajadores constituye la regla, aplicable siempre que exista una duda, mientras que el examen de una sola categoría constituye la excepción. Por otra parte, el análisis comparativo de la proporción de hombres y mujeres en cada una de las dos categorías es también compatible con el principio básico que se aplica a la justificación de la presunción de discriminación basándose en la comparación entre categorías representativas de trabajadores, principio según el cual no cabe aceptar la elección de un grupo que pueda considerarse efectuada deliberadamente con el fin de apoyar las argumentaciones de una u otra parte.

67. Así pues, con independencia de la existencia de criterios objetivos que puedan conducir a concluir que una profesión o criterio tiene, por su naturaleza, carácter femenino, el órgano jurisdiccional nacional debe analizar de manera comparativa la proporción de hombres y mujeres existente en cada categoría de trabajadores. En el presente asunto, pienso que no se plantea la cuestión de la elección, conforme a las observaciones precedentes. La profesión de los psicólogos-psicoterapeutas no puede ser calificada por su naturaleza, basándose en las condiciones de ejercicio de la misma, como puramente femenina, mientras que el criterio de la habilitación profesional de psicólogo o médico puede considerarse, en principio, objetivamente neutro desde el punto de vista del sexo, en la medida en que ambas categorías profesionales reflejan un grado ya elevado de formación profesional, de tal manera que las diferencias existentes entre una y otra no pueden interpretarse ya como resultado de las menores posibilidades que tienen las mujeres de adquirir una formación profesional tan avanzada como los trabajadores masculinos o de la utilización por ellas, en menor medida que por los hombres, de estas posibilidades. [98]

68. Pienso que el Tribunal de Justicia debe responder a la cuarta cuestión del siguiente modo: en el caso de la situación descrita en las cuestiones segunda y tercera, para demostrar la existencia de una discriminación indirecta sigue siendo decisiva la proporción de hombres y mujeres en el seno de las dos categorías de trabajadores, tanto de la categoría víctima de la discriminación como de la categoría favorecida por ésta.

69. Una vez comprobado el nivel en el que deben constituirse las categorías de trabaja-

98 — Véase la sentencia Danfoss, citada en la nota 22 *supra*, apartado 23.

dores comparables, el órgano jurisdiccional nacional deberá determinar con precisión dichas categorías, cuestión que se plantea en la quinta cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha definido en gran medida los criterios a la luz de los cuales debe efectuarse esta determinación, de tal manera que la elección y la composición de las categorías no sean fruto del azar y que dichas categorías puedan compararse. Así pues, de conformidad con la sentencia Royal Copenhagen, [99] «el examen del cumplimiento del principio de igualdad de retribución requiere una comparación entre retribuciones pagadas a trabajadores de sexo diferente por un mismo trabajo o por trabajos a los que se atribuye el mismo valor. Cuando dicha comparación tenga por objeto las retribuciones medias de dos categorías de trabajadores remunerados a destajo, para que sea adecuada, deberá recaer sobre grupos todos ellos integrados por la totalidad de los trabajadores que, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, pueda considerarse que se encuentran en una situación comparable. La comparación deberá realizarse, además, con un número relativamente importante de trabajadores, [100] de forma que quede excluida la posibilidad de que las diferencias existentes obedezcan a fenómenos puramente fortuitos o coyunturales [...]. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional efectuar las valoraciones necesarias de los hechos del litigio principal a la luz de los citados criterios». [101] Parece, en efecto, que los criterios precedentes son de aplicación general. Al margen del tenor de la sentencia, no alcanzo a apreciar por qué razón ha de exigirse su aplicación únicamente al caso de los trabajadores remunerados por unidad de obra realizada.

70. En el presente asunto, las categorías de comparación, por consiguiente, deben definirse basándose en la aplicación de los criterios que anteceden en el nivel del ámbito de aplicación de los convenios colectivos generales de trabajo, determinado con la respuesta a la tercera cuestión. Basándose en el criterio de diferenciación de la retribución introducido en los convenios colectivos, es decir, sobre la base del criterio de la habilitación profesional, parece que las dos categorías comparadas son, por un lado, los psicólogos que tienen derecho al ejercicio autónomo de la psicología y trabajan en todos los organismos de Seguridad Social de Austria y, por otro, los médicos con derecho al ejercicio autónomo de la medicina, en tanto que médicos especialistas, y que trabajan en todos los organismos de Seguridad Social de Austria. Por tanto, en el nivel de estas dos categorías, en las que, de conformidad con los convenios colectivos, se consagra la diferencia de retribución, deben analizarse los porcentajes de trabajadores masculinos y femeninos, con el fin de comprobar

99 — Citada en la nota 21 *supra*.

100 — No se plantea, sin embargo, la cuestión de la determinación de un número mínimo. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en este asunto (punto 30).

101 — Apartados 32 a 35. Véase, también, la sentencia Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartado 17.

la existencia o inexistencia de una discriminación en materia de retribución. [102]

71. Sin embargo, el enfoque del interrogante planteado en la quinta cuestión no es tan sencillo como a primera vista parece, puesto que no debe olvidarse que, para que se plantee la quinta cuestión, la respuesta a la primera cuestión debe haber sido afirmativa.

Normalmente, la base de la elección y composición de las categorías de comparación sigue siendo, en todo caso, el ejercicio de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor. [103] Es decir, para llegar a determinar con mayor detalle las categorías de comparación, el órgano jurisdiccional nacional debe haber comprobado, en principio, que los trabajadores de dichas categorías realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Ahora bien, como antes señalaba con respecto a la quinta cuestión, en el presente asunto, desde el momento en que existen distintas habilitaciones profesionales, la prueba de la existencia de un mismo trabajo o trabajo de igual valor presupone considerar el ejercicio de la psicoterapia como una misma actividad. Así pues, aun cuando no se menciona en los convenios colectivos de trabajo, el criterio del ejercicio de una misma actividad deberá relacionarse con el de la posesión de una determinada habilitación profesional, de tal manera que las categorías comparadas se encuentren en situaciones similares. Por consiguiente, sobre la base de lo anterior, las dos categorías comparadas deben ser, por un lado, los psicólogos con derecho al ejercicio autónomo de la psicología y que trabajan como psicoterapeutas en todos los organismos de Seguridad Social de Austria y, por otro, los médicos con derecho al ejercicio autónomo de la medicina en tanto que médicos especialistas, y que trabajan como psicoterapeutas en todos los organismos de Seguridad Social de Austria.

102 — Procede señalar que, en lo que respecta al nivel de las categorías de que se trata, de los elementos obrantes en los autos no se desprenden con claridad los datos estadísticos necesarios. Es decir, no se desprenden datos estadísticos claros acerca de los porcentajes de trabajadores masculinos y femeninos ni con respecto a la totalidad de los licenciados en psicología, ni con respecto a la totalidad de los médicos, que trabajan en todos los organismos de Seguridad Social de Austria. En sus observaciones escritas, aunque también durante la vista, la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal mencionó determinadas estadísticas a este respecto (véase la nota 11 *supra*). No obstante, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la pertinencia de las estadísticas invocadas por las partes en el marco de la prueba de una discriminación indirecta (véase la sentencia Enderby, citada en la nota 16 *supra*, apartado 17).
En lo que respecta a la confusión reinante a propósito de la elección de las estadísticas pertinentes, procede en este punto señalar que la Comisión, mientras que indica que las categorías de trabajadores deben ser comparadas en el nivel de los convenios colectivos, no obstante, por un lado, durante la vista comparó a los psicólogos que ejercen la psicoterapia con los médicos en general y, por otro, en sus observaciones escritas, comparó datos numéricos que, con respecto a los médicos, se refieren a la totalidad de los trabajadores de la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal y, con respecto a los licenciados en psicología, se refieren a la totalidad de los trabajadores dedicados a la psicoterapia en el sector de los organismos de Seguridad Social (véanse las observaciones escritas de la Comisión, punto 48). En consecuencia, la conclusión a la que llega la Comisión, a saber, que las mujeres son mayoría tanto entre los médicos como entre los psicólogos, no es convincente por no sustentarse en datos numéricos pertinentes.
Paralelamente, debe señalarse que la determinación del mencionado nivel de las comparaciones entre las categorías de trabajadores priva de objeto a la observación de la Caja del Seguro apelada en el procedimiento principal, según la cual el hecho de que el litigio principal se refiera únicamente a un ambulatorio de un único organismo de Seguridad Social y, dentro de dicho ambulatorio, únicamente a 6 médicos y 6 psicólogos, mientras que los Reglamentos de Servicio de los trabajadores de los organismos de Seguridad Social se aplican, en total, a 1.932 médicos, 50 psicólogos y otros 27.651 trabajadores, es significativo habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, en el marco de la apreciación de una eventual violación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, la comparación debe referirse a un número relativamente significativo de trabajadores, con el fin de excluir las diferencias que constituyen fenómenos puramente fortuitos.

103 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Danfoss, citado en la nota 22 *supra*, apartado 40. Véase, también, la sentencia Royal Copenhagen, citada en la nota 21 *supra*, apartados 32 y 33.

No obstante, para dilucidar si existe una discriminación en materia de retribución, no sería correcta una comparación en el nivel de las categorías antes referidas. En lo que respecta a la cuestión de la retribución de las dos categorías de trabajadores, a saber, de los médicos-psicoterapeutas y los psicólogos-psicoterapeutas, las categorías numéricamente comparadas se fijan, como se subrayó anteriormente, en el nivel de los convenios colectivos, es decir, allí donde se determinan definitivamente sus retribuciones. Si, pese a ello, es obligado referirse al nivel de las subcategorías integradas por los médicos y psicólogos que ejercen la psicoterapia en todos los organismos de Seguridad Social de Austria, ello sucede exclusivamente con objeto de garantizar la existencia de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor. Si, en efecto, en este último nivel existieran datos numéricos que pudieran suscitar un problema de discriminación en perjuicio de las mujeres, sin existir datos numéricos análogos en el nivel de los convenios colectivos, [104] en realidad, dicha discriminación no guardaría relación con la retribución sino con otras cuestiones vinculadas al trabajo de las categorías consideradas. En concreto, podría existir una discriminación por razón de sexo en relación con la elección, entre los médicos y/o entre los psicólogos, de las personas que ejercen o no ejercen la psicoterapia.

No obstante, en este punto debe destacarse que precisamente esta singularidad del litigio principal, a saber, que la existencia de un mismo trabajo o trabajo de igual valor únicamente puede apreciarse en un nivel distinto de aquel en el que se comparan las categorías de trabajadores con el fin de determinar si existe un problema de discriminación en materia de retribución, demuestra dos cosas. Por un lado, pone de manifiesto qué difícil es admitir inicialmente que dos categorías de trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor —u ocupan un mismo puesto de trabajo— cuando, sin hacer abstracción de ningún elemento de diferenciación de su situación profesional, ejercen accidentalmente una misma actividad. Por otro, demuestra, en el presente caso, las complejas conclusiones a las que necesariamente llegaremos de aceptar dicha tesis.

72. Sin perjuicio de esta última observación, propongo al Tribunal de Justicia que, si lo estima oportuno, responda del siguiente modo a la quinta cuestión: en caso de que la actividad igual de que se trata, ejercida por las dos categorías profesionales, constituya una parte de las actividades comprendidas en la habilitación profesional para ejercerla, debe tenerse en cuenta a todos los trabajadores con ese tipo de habilitación profesional y comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de trabajo.

104 — En el presente asunto, si bien de los elementos obrantes en los autos no se desprende, como antes señalaba, información relativa a los datos estadísticos en el nivel de los convenios colectivos, la resolución de remisión menciona, a este respecto, que del total de treinta y cuatro personas que trabajan como psicoterapeutas en el sector de los organismos de Seguridad Social, veinticuatro son licenciados en psicología — de ellos, dieciocho mujeres y seis hombres— y diez son médicos, de los cuales dos son mujeres y ocho hombres. Por tanto, las mujeres representan un porcentaje considerablemente superior únicamente en la categoría de los licenciados en psicología-psicoterapeutas, mientras que dicho porcentaje es considerablemente inferior en la categoría integrada por los médicos que trabajan como psicoterapeutas.

F. *Sobre la séptima cuestión*

73. Mediante la séptima cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea, básicamente,

dilucidar si, en caso de que la aplicación de un determinado convenio colectivo de trabajo o de un determinado Reglamento de Servicio ocasione una discriminación por razón de sexo contraria al Derecho comunitario, dicha discriminación se suprimirá desde el momento en que la declare el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o con efecto retroactivo.

74. Según reiterada jurisprudencia, la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del Tratado, a una norma de Derecho comunitario aclara y especifica el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse en el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de la norma interpretada por el Tribunal de Justicia. [105]

75. Las excepciones a la norma citada se admiten sólo en casos enteramente excepcionales, en los que el Tribunal de Justicia juzga que la observancia de la norma es contraria al principio de seguridad jurídica, principio que es inherente al ordenamiento jurídico comunitario. A la hora de examinar si dicho principio impone una limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia dictada con respecto a una petición de interpretación, el Tribunal de Justicia comprueba: a) si existe un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor, y b) si los particulares y las autoridades nacionales han observado una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al significado exacto de la disposición comunitaria interpretada por el Tribunal de Justicia; especial incidencia en el juicio corresponde a la eventual comprobación de que los comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión contribuyeron a crear o reforzar dicha incertidumbre. [106]

Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, tal limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada. [107] Dicha limitación no se aplica a cuantos ya hayan interpuesto un recurso jurisdiccional o presentado una reclamación equivalente. [108]

105 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1996, Bautiaa y Société française maritime (asuntos acumulados C-197/94 y C-252/94, Rec. p. I-505), apartado 47. Véanse, también, las sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkavit Italiana (61/79, Rec. p. 1205), apartado 16, y Salumi y otros (asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Rec. p. 1237), apartado 9. Véanse, también, las sentencias de 10 de julio de 1980, Ariete (811/79, Rec. p. 2545), apartado 6, y MIRECO (826/79, Rec. p. 2559), apartado 7, así como las sentencias de 13 de diciembre de 1983, Apple and Pear Development Council (222/82, Rec. p. 4083), apartado 38; de 2 de febrero de 1988, Barra (309/85, Rec. p. 355), apartado 11; de 5 de octubre de 1988, Padovani y otros (210/87, Rec. p. 6177), apartado 12; de 14 de diciembre de 1988, Ventura (269/87, Rec. p. 6411), apartado 15, y de 6 julio de 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Rec. p. I-1883), apartado 39.

106 — Véase la sentencia Bautiaa y Société française maritime, citada en la nota precedente, apartado 48. Véanse, también, las sentencias Defrenne, citada en la nota 17 *supra*, apartados 69 y ss., y Worringham y Humphreys, citada en la nota 40 *supra*, apartados 29 y ss., así como las sentencias de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo (asuntos acumulados 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413), apartados 30 y ss.; de 2 de febrero de 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379), apartados 28 y ss.; Barber, citada en la nota 76 *supra*, apartados 40 y ss.; de 31 de marzo de 1992, Dansk Denkavit y Poulsen Trading (C-200/90, Rec. p. I-2217), apartados 20 y ss.; de 16 de julio de 1992, Legros y otros (C-163/90, Rec. p. I-4625), apartados 28 y ss.; de 11 de agosto de 1995, Roders y otros (asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, Rec. p. I-2229), apartados 41 y ss.; de 14 de septiembre de 1995, Simitzi (asuntos acumulados C-485/93 y C-486/93, Rec. p. I-2655), apartados 29 y ss., y de 19 de octubre de 1995, Richardson (C-137/94, Rec. p. I-3407), apartados 32 y ss.

107 — Véase la sentencia Blaizot, citada en la nota precedente, apartado 28.

108 — *Ibidem*, apartado 35.

Asimismo, para decidir si procede o no limitar los efectos en el tiempo de una sentencia, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe tener en cuenta que, si bien las consecuencias prácticas de cualquier resolución jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente, no puede llegarse hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial por lo que respecta al pasado. [109]

76. Conforme a las observaciones hechas en la resolución de remisión, la séptima cuestión no se plantea para el caso de que, en respuesta a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia declare simplemente que existe un «mismo trabajo» o un «mismo puesto de trabajo», sino sólo para el caso de que, en respuesta a la sexta cuestión, se declare que, en el marco del ejercicio de una misma actividad, los distintos niveles de formación y las distintas habilitaciones profesionales no constituyen, en sí mismos, diferencias que justifiquen una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE. En consecuencia, sólo en este último caso deben examinarse los requisitos para la aplicación de la jurisprudencia antes citada.

77. La aplicación directa del artículo 119 constituye acervo comunitario ya desde las sentencias Defrenne [110] y Jenkins. [111] A partir del 1 de julio de 1995, fecha de la adhesión de Austria a la Unión Europea, los interlocutores sociales de dicho Estado no pueden, por tanto, prescindir de las exigencias de dicha disposición en el marco de la negociación de los convenios colectivos. A este respecto, debe subrayarse que, a diferencia de lo observado por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución y por la Caja del Seguro en sus observaciones, no reviste importancia la constitución de relaciones jurídicas de buena fe basadas en una norma generalmente considerada conforme con las disposiciones legales nacionales. Para que se plantease una cuestión de protección de la confianza legítima en relación con la validez temporal de una sentencia, las relaciones jurídicas habrían debido constituirse sobre la base de una norma generalmente considerada conforme con el Derecho comunitario.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta hoy existente, tal como se desprende de la sentencia Danfoss, [112] los Estados miembros y los interlocutores sociales podían, de manera justificada, pensar que los distintos niveles de formación y las diferentes habilitaciones profesionales, debidas a una formación profesional diferente, constituyen, en las condiciones indicadas en la jurisprudencia que antes se cita, diferencias que justifican objetivamente una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE. Por consiguiente, si en su sentencia el Tribunal de Justicia se apartara de forma significativa de la jurisprudencia Danfoss, crearía con ello, realmente, un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe, sobre la base de una normativa que se consideraba válidamente adoptada con arreglo al Derecho comunitario, y a la circunstancia de que los interlocutores sociales observaron una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al significado exacto de la disposición comunitaria interpretada por el Tri-

109 — *Ibidem*, apartado 30.

110 — Citada en la nota 17 *supra*.

111 — Citada en la nota 26 *supra*.

112 — Citada en la nota 22 *supra*.

bunal de Justicia. A la creación o al reforzamiento de dicha incertidumbre habría contribuido, además, no el comportamiento de otros Estados miembros o de la Comisión, sino la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [113]

78. Sobre la base de las observaciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que limite al futuro los efectos en el tiempo de su sentencia con respecto a todos cuantos, hasta ahora, no hayan interpuesto recursos jurisdiccionales o presentado las correspondientes reclamaciones, única y exclusivamente en caso de que, apartándose de forma significativa de la jurisprudencia Danfoss, declare finalmente que, en el marco del ejercicio de una misma actividad, los distintos niveles de formación y las distintas habilitaciones profesionales no constituyen, en sí mismos, diferencias que justifiquen una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE.

VI. Conclusión

79. Propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht Wien:

«1) El artículo 119 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que no existe un "mismo trabajo" ni un "mismo puesto de trabajo" en caso de que trabajadores por cuenta ajena con diferentes habilitaciones profesionales, circunstancia ésta que se debe a su formación profesional fundamentalmente distinta, ejerzan la misma actividad durante un período prolongado (varios períodos retributivos), si los trabajadores fueron contratados en atención a dichas habilitaciones concretas y éstas están relacionadas con la actividad que ejercen.

2) Habida cuenta de la precedente respuesta a la primera cuestión, puede prescindirse de responder a las restantes.»

113 — Véase, con respecto al caso de la protección de la confianza legítima creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sentencia de 30 de abril de 1996, Cabanis-Issarte (C-308/93, Rec. p. I-2097), apartados 47 y 48 y punto 2 del fallo.