

es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, 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, 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, para comprobar la existencia de una discriminación aparente que impone al empleador la carga de probar que no se ha infringido el artículo 119 del Tratado.

En efecto, si, para justificar la diferencia de retribución, le 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.

4. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos, determinar, aplicando, si fuere necesario, el principio de proporcionalidad, si, y en qué medida, la escasez de candidatos para una función y la necesidad de atraerlos mediante salarios más elevados constituyen una razón económica objetivamente justificada de la diferencia de retribución entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres.

INFORME PARA LA VISTA presentado en el asunto C-127/92 *

I. Marco jurídico y evolución del litigio

A. Disposiciones aplicables

1. En el párrafo primero del artículo 119 del Tratado CEE se 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.»

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

* Lengua de procedimiento: inglés.

principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52), establece, en su artículo 1:

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

En su artículo 4 se establece:

«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.»

2. Con arreglo al régimen establecido por la Equal Pay Act de 1970, la Sex Discrimination Act de 1975 y las Equal Pay (Amendment) Regulations de 1983, los contratos de trabajo de las mujeres celebrados en el Reino Unido contienen, o se considera que contienen, una «cláusula de igualdad» que les da derecho a unas condiciones tan favorables como las del contrato de un trabajador de sexo masculino que efectúe un trabajo del mismo valor y sirva de comparación.

No obstante, en el apartado 3 del artículo 1 de la Equal Pay Act se establece que esta cláusula de igualdad no se aplicará cuando el empleador aporte pruebas de que la divergencia entre el contrato de trabajo de la

mujer y el del hombre se debe realmente a algún factor distinto de la diferencia de sexo.

Por último, el apartado 1 del artículo 1 de la Sex Discrimination Act define las formas directas e indirectas de discriminación contra una mujer. Se considera discriminación indirecta el hecho de imponer a una mujer una exigencia o un requisito exigido también a un hombre pero que, por su naturaleza, el porcentaje de mujeres que pueden satisfacerlo es considerablemente inferior al de hombres, siempre que no pueda justificarse con independencia del sexo de la persona a la que se aplique y que perjudique a la mujer por el hecho de no poder cumplirlo.

B. *Hechos y fase escrita del procedimiento*

1. La Dra. Enderby trabaja como logopeda (Chief III) en la Frenchay Health Authority (en lo sucesivo, «FHA»), organismo dependiente del National Health Service (en lo sucesivo, «NHS»). Se considera víctima de una discriminación indirecta, por razón de sexo, en materia de retribución, consistente en que, dado su nivel de responsabilidad dentro del NHS, las personas pertenecientes a su profesión, fundamentalmente mujeres, reciben una retribución sensiblemente inferior a la de las personas pertenecientes a profesiones comparables en las que, a un nivel equivalente de carrera profesional, hay más hombres que mujeres.

2. En 1986, la Dra. Enderby ejercitó una acción judicial contra su empleador ante el Industrial Tribunal. Invocando las disposiciones comunitarias y nacionales antes citadas, alegó que efectuaba un trabajo del mismo valor que un psicólogo clínico principal y que un farmacéutico principal de

grado III. Sin embargo, su retribución anual era sólo de 10.106 UKL, mientras que las retribuciones de los titulares de las otras dos funciones tomadas como referencia eran, respectivamente, de 12.527 UKL y de 14.106 UKL.

La demanda de la demandante fue inicialmente desestimada por estar obligado el empleador a respetar los niveles salariales fijados por el Secretary of State of Health en las Regulations de 1974. No obstante, en 1987 esta desestimación fue anulada por la Divisional Court, ante la que la demandante había interpuesto un recurso de «judicial review», remitiéndose de nuevo el asunto al Industrial Tribunal para que se pronunciara sobre el fondo.

En 1989, dicho órgano jurisdiccional volvió a desestimar el recurso, basándose en que las diferencias de retribución acreditadas se debían a las estructuras propias de cada profesión, y en particular a convenios colectivos separados, que no tenían carácter discriminatorio. No obstante, desestimó el argumento formulado por la Administración según el cual la diferencia de retribución entre los logopedas y los farmacéuticos se debía a la situación del mercado de trabajo, estimando que ello sólo constituía una justificación parcial.

Posteriormente, la Dra. Enderby interpuso un recurso ante el Employment Appeal Tribunal. Sin embargo, el 21 de diciembre de 1990 este órgano jurisdiccional desestimó las pretensiones de la demandante al estimar un recurso de apelación interpuesto mediante adhesión por los demandados basándose en el argumento relativo a la situación del mercado. En efecto, el Employment Appeal Tribunal estimó que, dado que el Industrial Tribunal había reconocido que la situación del mercado contribuía a explicar en cierta medida la diferencia de retribución entre los

logopedas y los farmacéuticos, ello bastaba para justificar la totalidad de la diferencia.

3. Ante el recurso interpuesto por la demandante ante la Court of Appeal, ésta, a su vez, por estimar que la solución del litigio dependía de la interpretación del artículo 119 del Tratado, decidió someter determinadas preguntas al Tribunal de Justicia mediante remisión prejudicial.

En su resolución de 30 de octubre de 1991, la Court of Appeal empezó por exponer los hechos del siguiente modo:

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

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

3. La función A y la función B son diferentes, pero, a efectos del presente procedimiento, se supone que son del mismo valor en relación con las exigencias que imponen a sus titulares.

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

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

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

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

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

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

A continuación, la Court of Appeal planteó las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

- «1) ¿Exige el principio de igualdad de retribución, establecido en el artículo 119 del Tratado de Roma, que el empleador justifique objetivamente la diferencia de retribución entre la función A y la función B?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede alegar el empleador, para justificar de manera suficiente la diferencia de retribución, el hecho de que las retribuciones de las funciones A y B se fijaran, respectivamente, mediante procesos diferentes de negociación colectiva, procesos que (considerados por separado) no suponen una discriminación por razón de sexo ni producen el efecto de desfavorecer a las mujeres a causa de su sexo?
- 3) Si el empleador pudiera demostrar que, en determinadas ocasiones, existen graves escaseces de candidatos idóneos para la función B y que paga una retribución superior a los titulares de empleos B con el fin de atraerlos a la función B, pero

pudiera asimismo demostrarse que sólo una parte de la diferencia de retribución entre la función B y la función A se debe a la necesidad de atraer candidatos idóneos a la función B;

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

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

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

6. La resolución de la Court of Appeal se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de abril de 1992.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas:

— la Dra. Enderby, apelante en el procedimiento principal, representada por los Sres. Anthony Lester, QC, y David Pannick, QC, designados por Robin Thomson & Partners, Solicitors;

— la FHA, primera apelada en el procedimiento principal, representada los Sres.

Eldred Tabachnik, QC, y Adrian Lynch, Barrister, ambos de Bevan Ashford, Solicitors;

— el Gobierno del Reino Unido, representado por la Srta. Sue Cochrane, del Treasury Solicitor's Department, asistida por el Sr. Patrick Elias, QC, y la Sra. Eleanor Sharpston, Barrister;

— el Gobierno de la República Federal de Alemania, representado por los Sres. Ernst Röder y Claus-Dieter Quassowski, respectivamente Ministerialrat y Regierungsdirektor del Ministerio de Economía Federal;

— la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. Karen Banks, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, el Tribunal de Justicia formuló preguntas a las partes en el procedimiento principal y al Gobierno del Reino Unido.

II. Observaciones presentadas en el Tribunal de Justicia

A. Primera cuestión

1. La Dra. Enderby, apelante en el procedimiento principal, sostiene que los hechos expuestos en la resolución de la Court of Appeal revelan la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo contraria

al artículo 119 del Tratado y a la Directiva 75/117, a no ser que el empleador pueda justificar objetivamente la diferencia de retribución. Ello se desprende del mero hecho de que un grupo de trabajadores compuesto casi exclusivamente por mujeres reciba una retribución inferior a la de un grupo de trabajadores compuesto fundamentalmente por hombres, pese a que ambos grupos realizan un trabajo de igual valor.

Según la apelante, no es menester acreditar la existencia de una exigencia o requisito, ni tampoco la de un obstáculo, que impida a las mujeres de que se trata hacerse farmacéuticas o psicólogas. Tal como destacó la Court of Appeal, el hecho de que el grupo peor pagado, el de los logopedas, esté compuesto casi exclusivamente por mujeres no es un «capricho estadístico» sino que se debe a que la naturaleza del trabajo, que permite trabajar a tiempo parcial, lo hace particularmente atractivo para las mujeres, mientras que, por el contrario, su bajo nivel salarial lo hace muy poco atractivo para los hombres.

La Dra. Enderby alega que numerosos precedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia demuestran que una política o una práctica salarial que tengan efectos desfavorables sobre un grupo compuesto en su totalidad o fundamentalmente por mujeres constituye una discriminación indirecta por razón de sexo si el empleador no puede justificar objetivamente la diferencia de retribución. En este sentido, cita las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607); de 11 de junio de 1987, Teuling (30/85, Rec. p. 2497); de 13 de julio de 1989, Rinner-Kuhn (171/88, Rec. p. 2743); de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Rec. p. 4311); de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591); de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), y de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, Rec. p. I-2205).

Por último, la demandante estima que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos a la que se remitieron el Employment Appeal Tribunal y la Court of Appeal tiene escasa utilidad en la medida en que es anterior a la Civil Rights Act de 1991, que introdujo en la legislación estadounidense en materia de discriminación indirecta por razón de sexo modificaciones que van exactamente en el mismo sentido que la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por los motivos expuestos, la Dra. Enderby solicita al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la primera cuestión que se le ha planteado.

2. La *FHA*, apelada en el procedimiento principal, alega que el ámbito de aplicación del artículo 119 y de la Directiva 75/117 se limita a las discriminaciones por razón de sexo, y no puede convertirse en un principio general destinado a eliminar las diferencias salariales.

A su juicio, existe discriminación directa por razón de sexo cuando la persona que practica la discriminación lo hace por motivos relacionados con el sexo, y existe presunción de discriminación indirecta cuando concurren tres circunstancias:

- a) que el empleador imponga por razones distintas del sexo, para tener derecho a una determinada ventaja, la superación de un obstáculo o el cumplimiento de una exigencia aplicables a hombres y mujeres por igual;
- b) que resulte que una proporción considerablemente menor de empleados de uno de los sexos con respecto al otro pueden superar dicho obstáculo o cumplir dicha exigencia, por razones de índole

biológica, fisiológica o social relacionadas con su sexo;

- c) que la demandante no pueda superar el obstáculo.

Para la FHA, sólo cuando exista presunción de discriminación indirecta debe el empleador justificar objetivamente el obstáculo impuesto. Si no puede acreditarse ni discriminación directa ni presunción de discriminación indirecta, la desigualdad de retribución se sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 119.

La apelada sostiene que la apreciación de los hechos del Industrial Tribunal, que no ha sido apelada por la demandante, indica con toda claridad no solamente que no hubo discriminación directa, sino también que no existía presunción de discriminación indirecta. Por otro lado, tanto el Employment Appeal Tribunal como la Court of Appeal reconocieron en sus sentencias que las circunstancias anteriormente referidas para que exista una presunción de discriminación indirecta no concurrían en el caso presente.

En estas circunstancias, no cabe exigir al empleador que proporcione una justificación objetiva de sus prácticas profesionales, al haber quedado acreditado que no influyeron en ellas consideraciones basadas en el sexo. Las anomalías que acarrearía semejante exigencia, fundada en una «base meramente numérica», ya fueron subrayadas por el Employment Appeal Tribunal.

A diferencia de la apelante en el procedimiento principal, la FHA estima que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no demuestra que la existencia de efectos

desfavorables para un grupo compuesto fundamentalmente por mujeres baste por sí sola para imponer la obligación de proporcionar una justificación objetiva. En efecto, en las sentencias citadas, al igual que en otras como las de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), y de 17 de octubre de 1989, H. K./Danfoss (109/88, Rec. p. 3199), se trataba de asuntos en los que no eran los efectos desfavorables el único elemento controvertido, sino que existían asimismo obstáculos que superar o exigencias que cumplir.

Por último, la apelada añade que la jurisprudencia norteamericana posterior a la sentencia Griggs de 1971, comentada por el Abogado General en el asunto Jenkins, antes citado, corrobora la idea de que una «incidencia dispar», esto es, una discriminación indirecta, supone la creación de un obstáculo o de una barrera que desfavorece a un grupo con respecto a otro. En su opinión, el Derecho británico apunta también en el sentido de sus observaciones.

En consecuencia, la FHA solicita al Tribunal de Justicia que responda negativamente a la primera cuestión, al haberse comprobado que no concurren circunstancias que acrediten que la diferencia salarial se debe a la aplicación de un criterio que puede ser cumplido por una proporción considerablemente inferior de mujeres que de hombres y que tiene efectos discriminatorios por razón del sexo del trabajador de que se trate.

3. El *Reino Unido* estima asimismo que el artículo 119 del Tratado únicamente pretende eliminar las formas de discriminación por razón de sexo, y no constituye una disposición general que exija la eliminación de todas las formas de diferenciación de las retribuciones entre las diferentes categorías de trabajadores. Tal como se desprende de la

sentencia de 27 de marzo de 1980, Macarthys (129/79, Rec. p. 1275), una diferencia entre las retribuciones puede deberse a factores independientes de cualquier discriminación por razón de sexo. En tal caso, semejante diferencia no vulnera el artículo 119.

En el presente caso, la Dra. Enderby se basa únicamente en la diferencia de la retribución media entre los grupos mencionados y en la diferencia de la proporción de trabajadores de uno y otro sexo en ambos grupos para deducir la existencia aparente de un caso de discriminación indirecta. Sin embargo, según el Gobierno del Reino Unido, sólo puede existir discriminación indirecta, como lo demuestran las sentencias del Tribunal de Justicia antes citadas, en los casos en que los criterios utilizados tengan un efecto perjudicial para un sexo por estar relacionados con dicho sexo, ya se trate, por ejemplo, de medidas que afecten a los trabajadores a tiempo parcial o de la exigencia de una estatura mínima como requisito de acceso a un empleo. Ahora bien, la demandante no sostiene que la retribución y la tabla de retribuciones de las profesiones que compara constituyan un obstáculo que, por su propia naturaleza, perjudique a una proporción mucho más elevada de mujeres que de hombres.

Ciertamente, podría tenerse la tentación de equiparar el hecho de que sea necesario ser farmacéutico para recibir una retribución más elevada a la exigencia, considerada en las sentencias Bilka y H. K./Danfoss, antes citadas, según la cual es preciso trabajar a tiempo completo para poder disfrutar de determinadas prestaciones. Sin embargo, según el Reino Unido, existe una diferencia fundamental: el órgano jurisdiccional nacional competente declaró que las diferencias de retribución entre los logopedas y las profesiones tomadas como referencia de comparación eran ajenas al sexo, además de que puede advertirse que un gran número de

mujeres se dedica asimismo a estas últimas profesiones, cuyas tablas de retribuciones se rigen por sistemas diferentes de negociación colectiva.

En consecuencia, el Gobierno del Reino Unido solicita al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión manteniendo la exigencia hoy vigente según la cual, para acreditar la existencia aparente de una discriminación indirecta, la parte demandante debe demostrar que la diferencia de retribución es imputable a un factor causalmente relacionado con el sexo.

4. La *República Federal de Alemania* estima que el Tribunal de Justicia no puede suponer, a la hora de pronunciarse acerca de si la desigualdad de los niveles retributivos de las referidas funciones es contraria al artículo 119 del Tratado, que dichas funciones tienen el mismo valor. En efecto, en primer lugar, procede determinar con arreglo a qué criterios pueden compararse dos funciones para considerarlas equivalentes.

Según el Gobierno alemán, las funciones correspondientes a sectores profesionales diferentes únicamente pueden considerarse comparables cuando es posible definir criterios de comparación que puedan ser aplicados por los órganos jurisdiccionales. Cuando dichas funciones son desempeñadas dentro de una misma empresa, la equivalencia puede derivarse, por ejemplo, del hecho de que persigan un mismo objetivo concreto en el marco de un proceso de trabajo o de que presenten algún punto en común específico. Ahora bien, según las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, las funciones de logopeda y de farmacéutico no satisfacen semejantes criterios de comparación.

Dado que ambas funciones no son comparables, el Gobierno alemán sostiene, en consecuencia, que no existe infracción del artículo 119 del Tratado y que, por consiguiente, no es preciso justificar objetivamente las diferencias de retribución.

5. La *Comisión*, por el contrario, estima que debe responderse afirmativamente a la primera cuestión prejudicial.

A su entender, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de las sentencias ya citadas, se desprende claramente que cuando una desventaja afecta a un grupo compuesto fundamentalmente por mujeres, dicha desventaja constituye una discriminación contraria al artículo 119, a no ser que la norma de la que se deriva pueda justificarse objetivamente con base en factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo. No hay por qué distinguir las situaciones en las que la desventaja se deriva directamente de una «norma» propiamente dicha de aquellas otras en las que puede derivarse de actitudes discriminatorias o de circunstancias históricas. En el presente caso, la «norma» o fenómeno que requiere una justificación objetiva es la diferencia de retribución entre dos categorías comparables de trabajadores.

A este respecto, no merece especial atención el hecho de que nada indique que, en promedio, las mujeres estén peor retribuidas que los hombres en las profesiones de que se trata, ni el que dichas profesiones sean, por lo general, fundamentalmente femeninas. La comparación debe efectuarse únicamente entre las personas que ejercen las mismas funciones que la demandante, que pertenecen a las categorías superiores de sus respectivas profesiones.

En este contexto, la Comisión alega que el enfoque que propugna, aunque pueda dar lugar a la necesidad de comparar el valor objetivo de diferentes empleos y de justificar diferencias de retribución únicamente sobre la base de estadísticas que pueden ser más o menos estables, es ineludible si se pretende impedir la existencia de discriminaciones encubiertas. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 1 de julio de 1986, Rummler (237/85, Rec. p. 2101), «el principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse», lo que hace necesario un sistema de evaluación objetiva de los puestos de trabajo y la justificación por parte de los empleadores de las desigualdades de retribución por un trabajo del mismo valor.

Por último, la Comisión estima que, para evitar el riesgo de transformar la protección contra las discriminaciones por razón de sexo en una obligación general de igualdad de retribución al margen de este tipo de discriminaciones, el Tribunal de Justicia puede limitar las exigencias de su jurisprudencia a los casos en que la norma o el fenómeno desfavorable tengan una incidencia claramente más acusada con respecto a las mujeres o, por el contrario, en que haya una clara mayoría de hombres dentro del grupo favorecido. En el presente caso, este criterio permite cuando menos una comparación válida con el grupo de farmacéuticos mencionado en la resolución de remisión, ya que los hombres constituyen el 70 % de dicho grupo.

B. Segunda cuestión

1. La *Dra. Enderby* sostiene que no basta con que el empleador, para justificar de manera suficiente la diferencia de retribución, alegue el hecho de que los niveles retributivos se derivan de procesos diferentes de

negociación colectiva que, considerados por separado, no suponen una discriminación por razón de sexo.

La apelante, que menciona la postura idéntica que sostuvo el Reino Unido en el asunto H. K./Danfoss, estima que la existencia de convenios colectivos diferentes no puede, por sí sola, servir de justificación objetiva de una grave disparidad desfavorable para las mujeres. En apoyo de su postura, alega, en particular, que admitir lo contrario equivaldría a negar los posibles efectos discriminatorios de los convenios colectivos, pese a estar reconocidos precisamente por el artículo 4 de la Directiva 75/117 y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En consecuencia, la Dra. Enderby propone al Tribunal de Justicia que responda negativamente a la segunda cuestión.

2. La *FHA* sostiene, por el contrario, que la existencia de procesos diferentes de negociación colectiva puede servir y, en el presente caso, sirve efectivamente de justificación objetiva de la diferencia de retribución.

A su entender, siempre que, tal como declaró el Industrial Tribunal, las negociaciones colectivas fueran razonables y no se vieran influidas por consideraciones directa o indirectamente relacionadas con el sexo, es normal que el empleador pueda invocarlas para defenderse contra una imputación de discriminación en el baremo de retribuciones. Se trata, en efecto, de un proceso de democracia laboral que permite la participación de todos los afectados por las condiciones de trabajo y, en el caso del NHS, en el que existe un gran número de categorías de empleados, es evidente que es necesario proceder a negociaciones separadas para grupos diferentes. De hecho, la reiteración de las negociaciones a lo

largo de los años, con la ayuda de estudios exhaustivos al efecto, han permitido tomar en consideración todos los elementos relevantes para cada una de las profesiones de que se trata, en particular en relación con las cualificaciones exigidas y la situación del mercado.

La apelada se refiere igualmente a la jurisprudencia británica, que, a su juicio, admite las negociaciones colectivas como una justificación objetiva.

En consecuencia, la *FHA* propone al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la segunda cuestión.

3. El *Reino Unido* sostiene asimismo, remitiéndose en particular a la sentencia *Bilka* y a las conclusiones del Abogado General en el asunto H. K./Danfoss, que la existencia de mecanismos diferentes de negociación colectiva puede considerarse, en principio, como una justificación objetiva.

Al igual que la *FHA*, el Gobierno del Reino Unido alega que, en el caso presente, se ha aportado dicha justificación desde el momento en que, en el plano de los hechos, se ha comprobado que los diferentes mecanismos de negociación colectiva están exentos de cualquier forma de discriminación por razón de sexo.

Con carácter subsidiario, estima que las tablas de retribuciones elaboradas como consecuencia de dichas negociaciones reflejan las verdaderas necesidades de la empresa y son idóneas para alcanzar sus objetivos económicos. Este dato puede, a su juicio, constituir

una justificación objetiva a efectos de la sentencia Bilka.

4. La *República Federal de Alemania* observa, fundamentalmente, que puede haber una contradicción entre la prohibición de toda discriminación establecida en el artículo 119 del Tratado y la autonomía de los interlocutores sociales para celebrar convenios colectivos. En efecto, la fijación de los niveles retributivos en el marco de dichos convenios toma en cuenta muy diversos elementos de orden económico, social o geográfico que no se limitan a criterios de evaluación del puesto de trabajo concreto.

El Gobierno alemán estima que, cuando un empleador ha celebrado varios convenios colectivos con un mismo sindicato, la validez de dichos convenios por sí sola no justifica automáticamente la diferencia de los niveles retributivos fijados en cada uno de ellos. De lo contrario, el empleador podría eludir fácilmente, por medio de negociaciones separadas, el principio de igualdad de retribución.

Sin embargo, es posible que la celebración de diferentes convenios colectivos se base en un criterio de distinción objetivo y que, por lo tanto, quede excluida toda comparación de las respectivas actividades. A este respecto, la inexistencia de discriminación observada en cada uno de los convenios por separado puede tener cierta relevancia.

5. La *Comisión* alega que es el resultado lo que debe justificarse, y no el proceso por el que se llega a él. En las sentencias Kowalska y Nimz, antes citadas, el Tribunal de Justicia ya declaró que el hecho de que un régimen desfavorable para las mujeres sea objeto de

un acuerdo entre los interlocutores sociales no es una razón suficiente para respetar su resultado si, considerado en sí mismo, no está justificado.

En el caso de autos, no es la diferencia de retribución lo que fue objeto de un acuerdo colectivo, ya que los niveles retributivos fueron acordados en negociaciones separadas. Aun cuando en dichas negociaciones no se evidenciara intención discriminatoria alguna, esta conclusión carece de incidencia sobre el problema planteado, ya que, según la jurisprudencia citada, es preciso basarse en los resultados y no en las intenciones.

Por esta razón, la Comisión considera que la segunda cuestión exige una respuesta negativa.

C. Tercera cuestión

1. La *Dra. Enderby* sostiene que, dado que solamente una parte muy pequeña de la diferencia de retribución se debe a la situación del mercado de trabajo, el empleador no puede invocar este factor para justificar la diferencia, ni en su totalidad ni en parte (solución c). En efecto, al igual que incumbe a la mujer que reclama una retribución igual demostrar que su trabajo es del mismo valor, es el empleador quien debe demostrar, si desea justificar una diferencia de retribución para un trabajo de igual valor, que la totalidad de la diferencia se debe a un factor neutral desde el punto de vista de la discriminación sexual.

Con carácter subsidiario, la apelante sostiene que si el empleador demuestra que la diferencia se debe en cierta medida a un factor

neutral, como la necesidad de atraer candidatos idóneos a una función determinada, la diferencia de retribución tan sólo estará justificada en esa medida (solución b).

2. La *FHA* propone al Tribunal de Justicia que responda que la diferencia de retribución, tal como declaró el Employment Appeal Tribunal, está justificada en su totalidad por las fuerzas del mercado (solución a). En efecto, a su juicio, es poco realista, ilógico y artificial pedir a un empleador que acredite qué parte del salario pagado es imputable a las fuerzas del mercado. Desde el momento en que éstas obligan al empleador a ofrecer un determinado nivel salarial para atraer candidatos, es la totalidad de ese importe lo que se explica por la situación del mercado de trabajo.

Con carácter subsidiario, la apelada sostiene que la parte de la diferencia de retribución que puede imputarse a las fuerzas del mercado está objetivamente justificada (solución b).

3. El *Reino Unido* defiende una postura similar a la de la *FHA*.

Con carácter principal, sostiene que, si un órgano jurisdiccional nacional declara que el pago de una determinada retribución tiene por objeto atraer candidatos idóneos, la diferencia de retribución está justificada en su totalidad, ya que el órgano jurisdiccional no puede determinar el importe que se hubiera pagado de no existir el factor derivado de los mecanismos del mercado (solución a).

Con carácter subsidiario, el Gobierno del Reino Unido estima que, si el órgano jurisdiccional nacional puede determinar dicho importe, la parte de la diferencia de retribución imputable a los mecanismos del

mercado está objetivamente justificada (solución b).

4. La *República Federal de Alemania* observa, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que un empleador tiene derecho a ofrecer una retribución superior con el fin de atraer profesionales que tengan una determinada cualificación escasa en el mercado de trabajo. Pero la escasez de mano de obra sólo justifica la diferencia de los niveles retributivos en la medida necesaria para proveer el puesto de trabajo vacante (solución b).

5. La *Comisión* sostiene que, con este criterio, sólo puede justificarse la parte de la diferencia de retribución imputable a la necesidad concreta de atraer candidatos (solución b). Permitir que un empleador justifique la totalidad de la diferencia alegando que una parte de la misma se explica por dificultades de reclutamiento daría lugar a una manifiesta infravaloración del empleo femenino.

No obstante, de la sentencia *Macarthys*, antes citada, que descarta las comparaciones «hipotéticas» y toma en consideración únicamente las situaciones concretas, parece desprenderse que debe optarse entre una retribución idéntica y una total falta de igualdad, planteamiento que, aparentemente, debe aplicarse tanto a la mujer que reclama una retribución igual como al empleador que pretende justificar la desigualdad. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación directa del artículo 119 del Tratado en caso de discriminación encubierta debería permitir, según la Comisión, que se autorice a un empleador justificar la parte de la diferencia correspondiente al importe adicional que se vea obligado a pagar para atraer candidatos idóneos.

III. Respuestas a las preguntas del Tribunal de Justicia

datos y si tienen alguna observación que hacer al respecto.

A. Preguntas a la Dra. Enderby, a la Frenchay Health Authority y al Gobierno del Reino Unido

Se solicitó al Gobierno del Reino Unido que precisara:

El Gobierno del Reino Unido adjuntó, en el Anexo 1 de sus observaciones escritas, un esquema comparativo de los grados, el porcentaje de mujeres, la retribución y las condiciones de trabajo de las profesiones de referencia. Este esquema requiere nuevas precisiones en la medida en que los datos correspondientes a determinados grados se refieren a 1985, mientras que los relativos a los restantes grados se refieren aparentemente al año en curso (esto es, a 1992, año en que el Reino Unido presentó sus observaciones).

- a) si, por lo que respecta a los logopedas, el grado 2 es inferior al grado Chief III y si, en lo referente a los farmacéuticos, los grados C, D y E están por debajo del grado III;
- b) en caso afirmativo, cómo se explica el mayor nivel actual de las retribuciones de estos grados «inferiores» en relación con el nivel retributivo de los grados «superiores» en 1985;
- c) si dichos grados no fueran inferiores, qué sentido debe darse a una comparación entre la situación actualmente observada en dichos grados y la que caracterizaba a los restantes grados en 1985.

De este documento se desprende, en particular, que, en la profesión de logopeda, en 1985, el grado Chief III, integrado en un 97,9 % por mujeres, tenía una retribución comprendida entre 9.175 UKL y 10.160 UKL, mientras que actualmente el grado 2 (niveles 25 a 31), integrado en un 98,6 % por mujeres, tiene una remuneración comprendida entre 15.420 UKL y 19.512 UKL. En la profesión de farmacéutico, en 1985, el grado III, integrado en un 29,23 % por mujeres, tenía una retribución comprendida entre 13.225 UKL y 17.829 UKL, mientras que actualmente los grados C, D y E (niveles 11 a 20), integrado en un 79,9 % por mujeres, tienen una remuneración comprendida entre 20.907 UKL y 27.909 UKL.

Para eliminar toda la incertidumbre acerca de estos datos estadísticos, el Tribunal de Justicia desearía que el Gobierno del Reino Unido le comunicara una tabla comparativa completa en la que figuraran, para el año 1985, año de referencia para el litigio principal:

- el número total de logopedas y farmacéuticos empleados en el National Health Service y la distribución global entre hombres y mujeres en cada una de estas dos profesiones;

Se instó a la Dra. Enderby y a la Frenchay Health Authority, partes del litigio principal, a que indicaran si están de acuerdo con estos

- el número, la distribución entre hombres y mujeres y la retribución de las personas pertenecientes al grado Chief III de la profesión de logopeda y de grado III (o Principal III) de la profesión de farmacéutico;
- el número, la distribución entre hombres y mujeres y la retribución de las personas pertenecientes a otros grados de estas mismas profesiones.

El Tribunal de Justicia desearía disponer también, si fuera posible, de una tabla que recoja los mismos datos estadísticos relativos a 1992.

B. Respuestas a las preguntas

1. La *Dra. Enderby*, a la vez que señala que la exposición de los hechos pertinentes ya fue aceptada por las partes y aprobada por la Court of Appeal a efectos de la remisión prejudicial, ha comunicado algunas informaciones, de las que se desprende, en particular, que:

- en 1985, en la profesión de logopeda, el grado «Chief III» (que era el de la apelante) estaba integrado en un 98 % por mujeres, y el conjunto de la profesión en un 99 %; en la profesión de farmacéutico, el grado «Principal» (que sirve de referencia de comparación) estaba integrado en un 30 % por mujeres, y el conjunto de la profesión en un 63 %; no se discute que, en los grados profesionales inferiores de dichas profesiones, las retribuciones eran similares ni que, en los grados superiores, los logopedas estaban considerablemente peor retribuidos;
- con posterioridad a 1985, la profesión de logopeda fue objeto de dos reclasificaciones sucesivas, y el antiguo grado Chief III fue asimilado a un nuevo grado C, que a su vez fue asimilado posteriormente a un nuevo grado 2 correspondiente a los niveles salariales 25 a 33; este grado 2 está integrado efectivamente por un 98,6 % de mujeres, y su retribución está comprendida entre 12.187 UKL (nivel 19) y 21.103 UKL (nivel 33).
- la profesión de farmacéutico también fue objeto de una reclasificación, pero la apelante, que ya no trabaja en la FHA, no está en condiciones de comunicar al Tribunal de Justicia ulteriores precisiones a este respecto.

2. La *Frenchay Health Authority* se muestra de acuerdo con los datos adjuntos en el Anexo 1 de las observaciones del Gobierno del Reino Unido, sin perjuicio de dos observaciones:

- deben corregirse las indicaciones relativas a los derechos a vacaciones de los logopedas (cinco semanas al principio, cinco semanas y tres días tras cinco años de servicio, teniendo la dirección la posibilidad de conceder un máximo de tres días adicionales antes de cumplir los cinco años de servicio, y seis semanas a partir del nivel 30);
- por lo que respecta a la equivalencia entre los grados de 1985 y los de 1992, la FHA reconoce que algunas Health Authorities aceptaron la asimilación del antiguo grado III al nuevo grado 2 (niveles 25 a 31). No obstante, considera que la asimilación debe efectuarse, como han aceptado las Health Authorities más importantes, con el nuevo grado 3 (niveles 36 a 38),

cuya retribución está comprendida entre 23.738 UKL y 25.676 UKL.

3. *El Gobierno del Reino Unido*, tras señalar que los datos pertinentes para la solución del litigio son los correspondientes a 1985, comunicó al Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas formuladas por éste, las siguientes precisiones:

a) Las estructuras de los grados en las profesiones de logopeda y de farmacéutico fueron revisadas entre 1985 y 1992. Dicha revisión no pretendía establecer una equivalencia exacta entre los antiguos y los nuevos grados ni una reclasificación precisa y automática de los mismos. Su objetivo era dotar a las autoridades locales competentes de un mayor margen de maniobra para la definición de las exigencias requeridas para cada puesto y la determinación de la escala de clasificación adecuada en cada caso.

Dicho esto, la mayoría de las Health Authorities procedieron a una asimilación entre el antiguo grado Chief III y el nuevo grado 2 de la profesión de logopeda, y entre el antiguo grado Principal III y los nuevos grados C, D y E y, en ocasiones, F de la profesión de farmacéutico.

b) Al no ser estos nuevos grados «inferiores» a los antiguos, sino aproximadamente equivalentes, no es sorprendente, habida cuenta del aumento general de los baremos salariales entre 1985 y 1992, que las retribuciones correspondientes a los mismos sean más elevadas.

c) La comparación entre los datos correspondientes a 1985, únicos que deben tomarse en cuenta en el presente litigio, y

los de 1992 se comunicó al Tribunal de Justicia a título informativo. Ello pone de manifiesto, sobre todo, la dificultad de comparar los niveles retributivos de los diferentes grados de dos profesiones que tienen una estructura diferente y que han sido reclasificadas por separado.

El Gobierno del Reino Unido adjuntó a sus respuestas una serie de tablas relativas a los logopedas y a los farmacéuticos del NHS en Inglaterra en septiembre de 1985, de las que se desprende, en particular:

- el número de empleados en la profesión de logopeda (estadísticas en «whole time equivalent») se elevaba a 2.338, de los que 2.296 eran mujeres (es decir, el 98,2 %) y en la profesión de farmacéutico a 2.836, de los cuales, 1.704 mujeres (60,1 %);
- el número de logopedas del grado Chief III era de 153, de los que 150 eran mujeres (es decir, el 98 %), y el número de farmacéuticos de grado Principal III era de 247, de los cuales 84 eran mujeres (34 %);
- en la profesión de logopeda, la retribución de los grados más elevados² (165 empleados, de los cuales, 160 mujeres) estaba comprendida entre 10.556 UKL y 13.770 UKL; la de los grados medios³ (1.125 empleados, de los cuales, 1.107 mujeres) entre 8.187 UKL y 10.160 UKL, y la de los grados inferiores⁴ (1.026 empleados, de los cuales, 1.008 mujeres) entre 5.754 UKL y 8.187 UKL;

2 — Se han clasificado en esta categoría los grados Chief II, Chief I y Senior Chief.

3 — Senior I, Chief IV y Chief III.

4 — Graduate Entry y Senior II.

- en la profesión de farmacéutico, la retribución de los grados más elevados ⁵ (166 empleados, de los cuales, 29 mujeres) estaba comprendida entre 17.820 UKL y 22.166 UKL; la de los grados medios ⁶ (125 empleados, de los cuales, 27 mujeres) entre 16.805 UKL y 19.850 UKL, y la de los grados inferiores ⁷ (2.537 empleados, de los cuales, 1.643 mujeres) entre 7.014 UKL y 17.829 UKL.
- la retribución de los grados G y H de la profesión de farmacéutico (215 empleados, de los cuales, 40 mujeres) está comprendida entre 31.799 UKL y 38.801 UKL; la de los grados E y F (783 empleados, de los cuales, 357 mujeres) entre 25.275 UKL y 33.355 UKL, y la de los grados A a D (2.154 empleados, de los cuales, 1.610 mujeres) entre 13.905 UKL y 26.353 UKL.
- el número de empleados de la profesión de logopeda asciende a 2.936, de los que 2.879 eran mujeres (es decir, el 98 %), y de la profesión de farmacéutico a 3.153, de los cuales, 2.007 mujeres (63,7 %);
- el número de logopedas del grado 2 es de 2.090, de los cuales, 2.059 mujeres (es decir, un 98 %), y el número de farmacéuticos de los grados C a F es de 2.103, de los cuales, 1.445 mujeres (68,7 %);
- la retribución del grado 3 de la profesión de logopeda (459 empleados, de los cuales, 446 mujeres) está comprendida entre

Por último, el Gobierno del Reino Unido introdujo algunas correcciones al esquema comparativo adjunto en el Anexo 1 de sus observaciones escritas. Además de las relativas a los derechos a vacaciones, ya señaladas por la FHIA, dichas correcciones se refieren fundamentalmente a la clasificación actual de los grados comparados (niveles 25 a 28 en lugar de 25 a 31 en el grado 2 de la profesión de logopeda y nuevo grado F añadido a los grados C, D y E de la profesión de farmacéutico).

5 — Se han clasificado en esta categoría los Pharmaceutical Officers, los Area Pharmaceutical Officers y los Regional Pharmaceutical Officers.

6 — Principal Pharmaceutical Officer Grade 4 y Principal Pharmaceutical Officer Grade 5.

7 — Basic Grade Pharmacist, Staff Pharmacist y Principal Grade III Pharmacist.

F. Grévisse

Juez Ponente