CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO

presentadas el 10 de junio de 1999 *

1. Mediante la cuestión prejudicial del Staatsgerichtshof del Land de Hesse, se solicita por tercera vez al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (en lo sucesivo, «Directiva»),[1] con el fin de determinar la compatibilidad de dichos preceptos con una normativa relativa a un programa de ingreso y promoción de la mujer en la Función Pública. Mediante la presente cuestión prejudicial se solicita, en efecto, a este Tribunal que defina, a la luz del Derecho comunitario vigente, el concepto y los límites de las acciones positivas nacionales destinadas a facilitar la inserción plena de la mujer en el mundo del trabajo.

La legislación comunitaria

2. Procede recordar que la Directiva persigue aplicar en los Estados miembros el «principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y [...] a la seguridad social» (artículo 1).

El artículo 2 de la Directiva establece, en su apartado 1, que dicho principio «supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

En el apartado 4 del mismo artículo se prevé que la Directiva no se opone a que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor «medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

3. Con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial entró en vigor el Tratado de Amsterdam, que ha modificado —a los efectos aquí pertinentes— el Tratado CE en lo que respecta a la realización del principio de igualdad de trato entre el hombre y la mujer. En particular, los artículos 2 y 3 CE prevén, en su nueva

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40.

versión, que «[l]a Comunidad tendrá por misión promover [...] la igualdad entre el hombre y la mujer», y que «la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». Además, en el artículo 6 A, introducido también por el nuevo Tratado, se establece que «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo [...]».

4. El artículo 119 del tratado CE (los artículos 117 a 120 del tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) prevé, en su versión modificada, que «[c]ada 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» (apartado 1), que «[e]l Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (apartado 3)», y por último, que «[c]on objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (apartado 4).[2] En la *Declaración sobre el artículo 119, apartado 4, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,* aneja al Tratado de Amsterdam, se dispone que «[a]l adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral».

5. Ya antes de la modificación del Tratado, las instituciones comunitarias adoptaron diversos actos relativos a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Presenta especial importancia la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer,[3] en donde se dispone que «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad»; asimismo, en dicha Recomendación, men-

2 — El artículo 119, en su versión anterior a las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, no contenía ninguna referencia a las acciones positivas a favor del sexo menos representado y establecía únicamente la prohibición de discriminación en materia de remuneraciones. En el primer párrafo de dicho precepto se preveía que «[c]ada 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 — DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124.

cionando expresamente el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, se invita a los Estados miembros a adoptar una política de acciones positivas destinadas, entre otras cosas, al «estímulo de candidaturas, contratación y promoción de las mujeres en los sectores, profesiones y niveles en los que están infrarrepresentadas, especialmente en los puestos de responsabilidad».

La legislación nacional

6. La Ley de Hesse sobre la igualdad de trato y sobre la supresión de la discriminación de la mujer en la función pública (Hessisches Gleichberechtigungsgesetz; en lo sucesivo, «HGlG»), adoptada el 21 de diciembre de 1993 y promulgada el 30 de diciembre de 1993, persigue conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a la función pública, estableciendo planes de promoción relativos a las condiciones de acceso, de trabajo y de carrera, en los que se incluirán objetivos de carácter vinculante (artículo 1).

7. En el artículo 3, apartado 1, de la HGlG, se prevé que «las diferentes unidades administrativas estarán obligadas a promover la equiparación entre hombres y mujeres en la función pública, así como la eliminación de la infrarrepresentación de las mujeres y de la discriminación por razón de sexo o de la situación familiar, mediante planes de promoción de la mujer [...] y otras medidas de promoción», y en el apartado 2 de dicho artículo se dispone que «se considerará que las mujeres están infrarrepresentadas cuando, dentro del ámbito de aplicación de un plan de promoción de la mujer [...], en un determinado grupo salarial, remuneratorio o retributivo dentro de una carrera administrativa haya menos puestos ocupados por mujeres que por hombres. En el caso de los niveles de acceso a las distintas carreras administrativas, se considerará que las mujeres están infrarrepresentadas cuando, en el conjunto de la respectiva carrera administrativa, haya menos mujeres que hombres empleados. La segunda frase del presente apartado se aplicará asimismo al nivel de acceso a la carrera judicial y fiscal. Dentro del ámbito de aplicación de un plan de promoción de la mujer, cada grupo retributivo dentro de una carrera administrativa, así como cada grupo remuneratorio y salarial, constituirán un ámbito propio. La unidad que elabore el plan de promoción de la mujer podrá definir subdivisiones aún más reducidas».

8. En el artículo 5, apartado 3, se prevé que «el plan de promoción de la mujer establecerá en cada caso, para un período de dos años, una serie de objetivos definidos con carácter vinculante referidos a la proporción de mujeres en las contrataciones y promociones con el fin de aumentar la proporción de mujeres en aquellos sectores en que estén infrarrepresentadas». Además, en el artículo 5, apartado 4, se establece que «en aquellos sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas, los respectivos planes de promoción de la mujer deberán contemplar la provisión con mujeres de más de la mitad de los puestos vacantes». Esa norma no se aplica cuando «el sexo sea un requisito imprescindible para el ejercicio de una determinada actividad» ni cuando se demuestre «que no existe un número suficiente de mujeres con la cualificación requerida», «en el caso de las promociones sin provisión de puestos en sectores en los que las mujeres están

infrarrepresentadas, deberá establecerse una proporción de mujeres equivalente, como mínimo, a la que éstas representen en el grupo retributivo inmediatamente inferior. A este respecto, también se aplicará la tercera frase del presente apartado». Por último, «cuando se apliquen medidas de gestión del personal que impliquen la congelación o amortización de puestos, el plan de promoción de la mujer deberá garantizar que la proporción de mujeres en los sectores afectados permanezca, como mínimo, inalterada.»

9. El artículo 5, apartado 7, se refiere a los «puestos pertenecientes al sector científico» que, con arreglo a la Ley marco de universidades (Hochschulerahmengesetz), se provean con carácter temporal. Dichos puestos deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los licenciados o doctores (según los casos) de la especialidad correspondiente. En la contratación de personal científico auxiliar no titulado debe observarse el mismo criterio: las mujeres deben tenerse en cuenta en una proporción equivalente, como mínimo, a la existente entre los estudiantes de la especialidad correspondiente.

10. En el artículo 7 se establece que en aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas, deberán reservarse a éstas al menos la mitad de las plazas de formación profesional. Además, se adoptarán las medidas apropiadas para dar a conocer entre las mujeres la existencia de plazas libres de formación profesional con el fin de alentarlas a presentar sus candidaturas. Si, pese a la adopción de dichas medidas, no se presentara un número suficiente de candidaturas de mujeres, más de la mitad de las plazas de formación profesional podrán ser cubiertas con hombres.

11. Según el artículo 9, apartado 1, en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, si se celebra una entrevista de presentación, se convocará a la misma, como mínimo, a un número igual de mujeres que de hombres, o a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo.

12. En el artículo 10 se dispone que «deberán apreciarse la aptitud, la competencia y la capacidad profesional (cualificación) de los candidatos en relación con las exigencias del puesto o cargo vacante. Para la apreciación de la cualificación, se considerarán las capacidades y la experiencia adquiridas en el hogar mediante el cuidado de hijos o de personas necesitadas de cuidados (trabajo familiar), siempre que sean relevantes para la aptitud, la competencia y la capacidad de las candidatas y candidatos. Lo mismo se aplicará cuando se haya simultaneado un trabajo familiar con una actividad laboral por cuenta ajena. No podrán tomarse en consideración ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge. El trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivados por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados, acreditada esta circunstancia

mediante certificado médico, no podrán afectar de forma negativa a la evaluación de la actividad profesional ni a la promoción profesional. La antigüedad, la edad y el tiempo transcurrido desde la última promoción sólo podrán considerarse en la medida en que sean de relevancia para la aptitud, la capacidad y la competencia de las candidatas y los candidatos».

13. Por último, en el artículo 14 se establece que «en los comités, comisiones, órganos de administración y control, y demás órganos colegiados la mitad de los miembros, como mínimo, serán mujeres».

14. En lo que respecta a la duración del plan de promoción, en el artículo 5, apartado 3, se prevé que los objetivos vinculantes de los planes se determinarán, para un período de dos años, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada sector o unidad administrativa. Sin embargo, según el artículo 10, apartado 4, cuando no se cumplan los objetivos definidos en cada caso en el plan de promoción de la mujer para un período de dos años, cada nueva contratación o promoción de un hombre en un sector en que las mujeres estén infrarrepresentadas requerirá, hasta el cumplimiento de dichos objetivos, la aprobación de la unidad que hubiera aprobado el plan de promoción de la mujer. En tanto no se haya elaborado un plan de promoción de la mujer, en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas no podrá efectuarse ninguna contratación ni promoción (artículo 10, apartado 5).

Procedimiento nacional y procedimiento comunitario

15. La cuestión prejudicial fue planteada por el Staatsgerichtshof de Hesse, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cuarenta y seis diputados del Parlamento del Land de Hesse, en el que se solicita que se declare que la HGlG, en particular sus artículos 3, 5, 7 a 11, 14, 16 y 18, es incompatible con la Constitución del Land de Hesse.

16. En opinión de los recurrentes, la HGlG se opone, por una parte, al principio constitucional de «selección de los más capacitados», pues implica la preferencia de los candidatos no en función de sus méritos, sino de su sexo, y, por otra parte, al principio de igualdad de trato que no sólo prohíbe otorgar privilegios a un grupo específico, sino que también atribuye un derecho fundamental a cada individuo, que garantiza a los ciudadanos igualdad de oportunidades desde un principio y no la puesta en práctica de situaciones definitivas ventajosas para una categoría específica de personas. En este sentido, la legislación

controvertida se opone también a la Directiva, según la interpretó el Tribunal de Justicia en la sentencia Kalanke. [4]

17. El Tribunal Constitucional del Land de Hesse, antes de examinar la constitucionalidad de la Ley alemana controvertida, suspendió el procedimiento principal y, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), planteó la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia:

«El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, "Directiva sobre la igualdad de trato"), ¿se oponen a unas normas nacionales con arreglo a las cuales

1) cuando las mujeres están infrarrepresentadas a efectos del artículo 3, apartados 1 y 2, de la HGlG, en un caso concreto de igualdad de cualificación entre una candidata y un candidato, con arreglo al artículo 10 de la HGlG, las decisiones de selección deben en todo caso, en razón del carácter vinculante de los objetivos definidos en el plan de promoción de la mujer elaborado con arreglo al artículo 5, apartados 3 y 4, de dicha Ley, favorecer a la candidata, siempre y cuando sea necesario para la consecución de dichos objetivos y no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior;

2) los objetivos definidos con carácter vinculante en el plan de promoción de la mujer deben establecer la provisión con mujeres, como mínimo, tal como se establece en el artículo 5, apartado 7, de una proporción de los puestos vacantes de provisión temporal pertenecientes al servicio científico o de los puestos auxiliares científicos, equivalente a la proporción que las mujeres representen entre los licenciados (primera frase del apartado 7), los doctorados (segunda frase del apartado 7) o los estudiantes (tercera frase del apartado 7) de la respectiva especialidad;

4 — Sentencia de 17 de octubre de 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051). Según los recurrentes, las disposiciones citadas vulneran, en primer lugar, los artículos 1 y 134 de la Constitución del Land de Hesse, puesto que constituyen formas de discriminación por razón del sexo. Los artículos 9, apartado 1, y 10, apartado 3, primera frase, de la HGlG se oponen, además, al principio general de la «selección de los más capacitados», establecido en el artículo 33 de la Constitución federal y recogido en el artículo 134 de la Constitución del Land. Asimismo, según los recurrentes, la HGlG es incompatible con el principio, previsto en los artículos 135 y 29 de la Constitución, en virtud del cual las relaciones jurídicas del trabajador de la función pública deben configurarse según las exigencias de la Administración; además la HGlG rebasa totalmente los límites de la competencia legislativa de los Länder, fijados por los artículos 70, 72, 74, apartado 12, y 75, apartado 1, de la Constitución federal, recogidos también en el artículo 153 de la Constitución del Land.

3) en aquellas profesiones que requieren una formación especializada en las que las mujeres están infrarrepresentadas, deben reservarse a mujeres, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la HGlG, al menos la mitad de las plazas de formación profesional, a no ser que se trate de cursos de formación impartidos exclusivamente por el Estado;

4) en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas, debe convocarse a las entrevistas de presentación, con arreglo al artículo 9, apartado 1, como mínimo a un número igual de mujeres que de hombres, o bien a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo establecidos para ocupar el puesto o desempeñar el cargo que haya de nombrarse;

5) con arreglo al artículo 14 de la HGlG, en el nombramiento de los miembros de comisiones, comités consultivos, comités de gestión o de control, así como de otros órganos colegiados, al menos la mitad de los miembros deben ser mujeres?»

18. Presentaron observaciones escritas el Hessische Ministerpräsident, el Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, el Reino de los Países Bajos, la República de Finlandia y la Comisión. Todas las partes que intervienen en el procedimiento participaron en la vista.

Sobre el fondo

I. *Sobre las acciones positivas destinadas a conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres en el mundo laboral*

19. El problema que se plantea en el presente asunto consiste en definir el régimen de las acciones positivas destinadas a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario.

20. Se consideran acciones positivas [5] todos los actos, de carácter administrativo o

5 — Como recuerda el Abogado General Sr. Tesauro en las conclusiones presentadas el 6 de abril en el asunto Kalanke, citado en la nota 4 *supra*, la expresión «acciones positivas» fue acuñada en el Derecho estadounidense, en donde en un primer momento las *affirmative actions* constituían medidas a favor de la población de color y, posteriormente, medidas a favor de las etnias minoritarias o de otros grupos vulnerables, como las mujeres. A continuación, el Abogado General especifica que «[l]a acción positiva puede revestir diversas formas. Un primer modelo tiende a remediar no las discriminaciones en sentido jurídico, sino la situación desfavorable que caracteriza la presencia femenina en el mercado de trabajo» interviniendo, en particular, en la orientación y formación profesionales de la mujer; «[u]n segundo modelo [...] lo constituyen aquellas medidas destinadas a promover el equilibrio entre las tareas familiares y profesionales y una mejor distribución de dichas tareas entre los sexos»; tales medidas comprenden las «relativas a la configuración del horario de trabajo, a la creación de establecimientos destinados a la infancia, a la reinserción profesional de las mujeres que se han dedicado a la educación de los hijos y a políticas de previsión social y de compensación fiscal que tengan en cuenta las cargas familiares»; por último, «un tercer modelo de acción positiva lo constituyen aquellas acciones adoptadas como remedio a los efectos duraderos de las discriminaciones históricas jurídicamente relevantes»; este modelo de acción positiva comprende los «tratamientos preferentes a favor de grupos desfavorecidos, en particular mediante sistemas de cuotas y de *goals*». Mediante el sistema de cuotas se reserva un determinado número de puestos a los grupos más desfavorecidos; el sistema de *goals*, en cambio, se basa en la asignación de «una puntuación mayor a los miembros de dichos grupos, pero sin comprometer el derecho de cada persona a presentar su candidatura a cualquier puesto disponible» (puntos 8 y 9). Actualmente, el concepto de acción positiva está recogido tanto en los Derechos nacionales como en el Derecho comunitario y, en particular, en la Recomendación del Consejo de 1984, que se refiere precisamente a la «promoción de acciones positivas en favor de la mujer».

legislativo, que establezcan instrumentos a favor de un grupo desfavorecido específico (por razones naturales o históricas) con el fin de garantizarle la igualdad de oportunidades en el plano social. En la materia que nos ocupa, es decir, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mundo laboral, las acciones positivas consisten, en general, en programas destinados a facilitar la contratación y promoción de las mujeres. Estas medidas, que precisamente revisten carácter positivo, presentan por su propio contenido, que consiste en privilegiar a una clase particular de personas, carácter discriminatorio y son, por tanto, manifiestamente contrarias al principio general de igualdad. Es sabido que el principio de prohibición de las discriminaciones por razón de sexo, cuyo objetivo es la igualdad de trato entre hombres y mujeres, concede a todos los particulares un derecho fundamental y constituye una norma básica no sólo del ordenamiento jurídico comunitario, sino también de los Derechos nacionales. Por tanto, la legalidad de las acciones positivas se aprecia, en principio, en función de la posibilidad de que sean compatibles con dicho principio general.

Ahora bien, en tanto que el artículo 141 CE, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, de la Directiva objeto de la presente cuestión prejudicial prohíben cualquier discriminación por razón de sexo, el artículo 141 CE, apartado 4, así como el artículo 2, apartado 4, de la Directiva reconocen a los Estados miembros la facultad de adoptar acciones positivas para conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres en el mundo laboral. Por consiguiente, los Estados pueden adoptar medidas destinadas a alcanzar ese objetivo, aun cuando sean contrarias al principio general de no discriminación y, por tanto, incluso si entrañan desventajas efectivas para los trabajadores de sexo masculino. El punto central que ha de analizarse estriba, por tanto, en determinar cuáles son los límites y requisitos para que las acciones positivas nacionales, como la controvertida en el caso de autos, puedan considerarse compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.

21. Ya se ha solicitado al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 2, apartado 4, de la Directiva,[6] precisamente en relación con el principio general de no discriminación y, en dos ocasiones, se ha pronunciado sobre el alcance de dicho principio en relación con las acciones positivas nacionales. Las cuestiones planteadas anteriormente al Tribunal de Justicia, al igual que las que estoy examinando, se refieren al contenido de la facultad reconocida a los Estados miembros para adoptar tales acciones a favor de las mujeres. Procede señalar desde ahora que el Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de que ese precepto de la Directiva, al constituir una excepción al principio general de no discriminación, debe interpretarse de modo restrictivo; en particular, excluyó la posibilidad de garantizar a las mujeres una prioridad absoluta e incondicionada en las contrataciones y promociones.

6 — El primer pronunciamiento sobre el artículo 2, apartado 4, de la Directiva fue la sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315), en la que el Tribunal de Justicia declaró que ese precepto contiene una excepción que «tiene como finalidad precisa y limitada la de autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social» (apartado 15). Ese asunto versaba sobre la determinación del posible incumplimiento de Francia a raíz de la no adaptación de su Derecho interno a la Directiva 76/207. En su defensa, el Estado demandado alegó que el legislador francés había previsto expresamente, mediante la modificación del Código laboral, la facultad de conceder «derechos especiales a las mujeres» en el marco de contratos individuales o convenios colectivos laborales. El Tribunal de Justicia no acogió esas alegaciones y declaró, entre otras cosas, que el reconocimiento genérico de derechos especiales no constituye una acción positiva con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la directiva y excluyó, por tanto, que ese precepto pudiera constituir su fundamento jurídico.

22. Quiero detenerme en dos puntos fundamentales de la jurisprudencia: a) la posibilidad de que las acciones positivas relativas a las mujeres, y en particular las que fijan un porcentaje de presencia —cuota— en los distintos grados de carrera, entrañen la obligación de contratar o promover candidatas de sexo femenino, es decir de alcanzar el resultado para el que fue adoptado el instrumento, y b) los requisitos que debe reunir un sistema que garantiza un porcentaje de presencia femenina para que pueda considerarse legal en el ordenamiento jurídico comunitario.

23. a) En la sentencia Kalanke de 1995[7] —invocada por los recurrentes en el litigio principal en apoyo de sus pretensiones y mencionada por el Juez remitente en la cuestión prejudicial— la acción positiva estaba prevista por una ley del Land de Bremen, en la que se disponía que «al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas» y que «para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo». El Tribunal de Justicia declaró que esa normativa, *al conceder automáticamente en igualdad de capacitación entre los candidatos de distinto sexo,* preferencia a las mujeres en los sectores en los que estén infrarrepresentadas no sólo se opone al artículo 2, apartado 1, de la Directiva, por cuanto «entraña una discriminación por razón de sexo» (apartado 16), sino que tampoco cabe incluirla en las acciones positivas previstas en el apartado 4 de dicho artículo, ya que «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de la mujer en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva» (apartado 22). El Tribunal de Justicia añadió a continuación que «un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades» (apartado 23).

Así pues, el Tribunal de Justicia acogió las conclusiones formuladas por el Abogado General, según el cual «[d]ar igualdad de oportunidades sólo puede significar [...] poner en condiciones de obtener el mismo resultado, esto es, restablecer entre las personas pertenecientes a los dos sexos los requisitos de igualdad en el punto de partida. [...] Ahora bien, me parece obvio que la normativa nacional controvertida no está destinada a garantizar la igualdad en los puntos de partida. La propia circunstancia de que dos candidatos de distinto sexo tengan una capacitación equivalente implica, de hecho y por definición, que los dos candidatos han tenido y tienen las mismas oportunidades: por tanto, se encuentran en condiciones de igualdad en el punto de partida. Al conceder preferencia a las mujeres, la normativa nacional controvertida tiende, por tanto, a conseguir una igualdad de resultados o, mejor dicho, un reparto equitativo de los puestos de

7 — Citada en la nota 5 *supra*.

trabajo, en términos numéricos, entre hombres y mujeres. No considero que sea éste el fin o la *ratio* del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva» (punto 13). [8]

24. En 1997, en la sentencia Marschall [9] —pronunciada con posterioridad al planteamiento de la presente cuestión prejudicial— el Tribunal de Justicia mantuvo, al parecer, una interpretación más abierta del Derecho comunitario en lo que respecta a las acciones positivas a favor de las mujeres. En dicha sentencia, si bien el Tribunal de Justicia, inspirándose en la jurisprudencia anterior, se basó en la premisa de que al no presentar carácter radical el medio de promoción de la igualdad de trato —en otras palabras, por la flexibilidad de las cuotas de presencia femenina— es posible conciliar la acción positiva con el principio de no discriminación, por lo que la medida que formalmente reviste carácter discriminatorio deviene legal, declaró, sin embargo, que dicha medida puede efectivamente «contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos anteriormente y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social» (apartado 31).

Es oportuno recordar brevemente el asunto. La Ley alemana cuya compatibilidad con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se discutía era el estatuto del personal del Land Nordrhein-Westfalen, en el que se prevé que cuando haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales. A continuación, la Ley introduce una excepción a la aplicación de la acción de promoción, en virtud de la cual el empleador puede abstenerse de cumplir tal disposición por «circunstancias específicas que concurran en un candidato de sexo masculino». Basándose en la existencia de esa «cláusula de excepción», el Tribunal de Justicia consideró que el sistema era suficientemente flexible, es decir, carente del automatismo que caracterizaba a la Ley de Bremen, examinada en la sentencia Kalanke, y declaró, por tanto, que la Directiva 76/207 sobre la igualdad de trato no se opone a las medidas adoptadas por el Land Nordrhein-Westfalen. Según el fallo de la sentencia «[l]os apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE [...] no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un

8 — En apoyo de esta consideración, el Abogado General recuerda que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 6 *supra*, declaró que deben incluirse en el apartado 4 del artículo 2 las medidas sólo *aparentemente discriminatorias*, de lo que se desprende que el objetivo de ese precepto es la *igualdad sustancial*, si bien tal objetivo «sólo puede alcanzarse con medidas destinadas a conseguir una situación efectiva de igualdad de oportunidades, con la consecuencia de que únicamente se permiten aquellas desigualdades necesarias para eliminar los obstáculos y las disparidades que impidan a las mujeres perseguir, en igualdad de condiciones, los mismos resultados que los hombres. En efecto, únicamente desde este punto de vista las medidas específicamente destinadas a las mujeres son sólo aparentemente discriminatorias, y sólo de esta manera se llega a una igualdad sustancial que sea real y efectiva» (punto 15). Por tanto, «el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva únicamente permite eliminar las desigualdades de hecho que afectan a las mujeres, pero no a través de puras discriminaciones a la inversa, esto es, mediante medidas que no están destinadas en absoluto a la eliminación de los obstáculos que impiden a las mujeres perseguir los mismos resultados en condiciones idénticas, sino destinadas a proporcionarles directamente los resultados perseguidos o, al menos, a concederles prioridad para alcanzar estos resultados *únicamente porque son mujeres*» (punto 22).

9 — Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: — dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que — tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas». [10]

25. Ahora bien, basándose —como señalan los recurrentes en el litigio principal— en las consideraciones expuestas en la primera sentencia, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, en el que, recordémoslo de nuevo, se admite que los Estados miembros adopten acciones positivas a favor de las mujeres, incluye las normativas nacionales que concedan tal preferencia en las contrataciones y promociones, excepto si dicha preferencia es «absoluta e incondicionada», puesto que en tal caso concedería automáticamente la realización del objetivo de la acción —que consiste precisamente en la contratación o promoción—, objetivo que, por tanto, perdería su propia naturaleza y acabaría sustituyendo al objeto de la acción positiva.

26. Esa jurisprudencia suscita una reflexión general sobre el contenido que tiene actualmente en Derecho comunitario el concepto de igualdad de oportunidades y, más en particular, de acción positiva. Como es sabido, dicho concepto puede diferir en los distintos ordenamientos jurídicos y se presta a una adaptación constante a las exigencias de la sociedad, por lo que presenta acepciones distintas a lo largo del tiempo, incluso en el seno de un mismo ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si se observa la reciente modificación del texto del Tratado CE en la parte relativa a la igualdad de oportunidades y, en particular, a las acciones positivas (el artículo 141, apartado 4, se refiere ahora expresamente a las acciones positivas adoptadas en el ámbito nacional que «ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»), y se considera la voluntad manifestada en varias ocasiones por las instituciones comunitarias en rela-

10 — La sentencia se aparta, por tanto, de la interpretación de la Directiva sostenida por el Abogado General. En efecto, según éste «[d]e la formulación del apartado 4 del artículo 2 así como de la interpretación realizada por el Tribunal [en la sentencia Kalanke] se desprende claramente que aquél se refiere a la promoción de la igualdad de oportunidades y no a la imposición de una igualdad de representación, y que los Estados miembros conservan la facultad de adoptar medidas discriminatorias en apariencia, destinadas a corregir los obstáculos y desventajas concretos a los que se enfrentan las mujeres en el mercado de trabajo con el fin de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, por tanto, de mejorar la representación de las mujeres en los lugares de trabajo. No obstante, el principio de proporcionalidad exige que dichas medidas sean a la vez apropiadas y necesarias para la consecución de su objetivo». Según el Abogado General, «una medida dirigida expresamente a uno solo de los sexos no será proporcionada, con respecto al objetivo de suprimir las desigualdades específicas a que se enfrentan en la práctica las mujeres, si el mismo resultado pudiera alcanzarse por medio de una disposición neutral para ambos sexos» (puntos 42 y 43).

ción con la realización de tal objetivo, [11] debe concluirse que no es coherente con la evolución del Derecho comunitario una interpretación restrictiva del artículo 2, apartado 4, de la Directiva que limite excesivamente la adopción de sistemas en los que se establezcan, entre las acciones positivas previstas por esa disposición, cuotas de presencia femenina. Según mi parecer, habida cuenta del tenor de las mencionadas disposiciones sobre las medidas nacionales destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades a las personas que se encuentran en situaciones desfavorables por razón de sexo, y habida cuenta del objetivo, y del objeto, que han asumido actualmente en distintos ordenamientos jurídicos las acciones positivas a favor de la mujer, no cabe, en principio, considerar que el Derecho comunitario excluya las medidas nacionales que entrañan la contratación o promoción efectiva de candidatas del sexo femenino.

Cabe añadir que, si bien es cierto, como ya se ha indicado, que la legalidad de tales medidas se basa en la posibilidad de conciliar la acción positiva con el principio general de no discriminación, no es menos cierto que el principio de no discriminación, destinado a garantizar —a los efectos pertinentes en el presente asunto— la igualdad de trato de los trabajadores, y el principio de igualdad de oportunidades —sobre el que se basa la acción positiva—, dirigido a garantizar la igualdad de las condiciones efectivas de los trabajadores, o, mejor dicho, los principios de igualdad formal y de igualdad material, no son, como ha sostenido en muchas ocasiones un sector de la doctrina, totalmente antitéticos: en efecto, si la igualdad material se puede realizar mediante medidas que presentan, por su propio objeto, carácter discriminatorio, dicha igualdad material tiene, en realidad, el mismo objetivo que el primer principio, si bien con un alcance adicional por cuanto el legislador se hace cargo de corregir una situación de dificultad real de algunos grupos de población, dificultades que no se podrían afrontar garantizando el respeto del principio general de no discriminación. Si se sigue esta línea de razonamiento, cabe poner en duda que la igualdad material constituya la excepción con respecto a la igualdad formal y, en otros términos, que la norma en que se basa la acción positiva —en el caso de autos, el artículo 141 CE, apartado 4, y el artículo 2, apartado 4, de la Directiva— presente carácter excepcional y deba, por tanto, interpretarse restrictivamente.

11 — Además de la Recomendación del Consejo de 1984, ya mencionada en la parte inicial de las presentes conclusiones, procede recordar que la Comisión, a raíz de la sentencia Kalanke, emitió una comunicación sobre la interpretación de dicha sentencia, en la que concluye que «la Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de la mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles» [Documento COM(96) 88]. Además, la Comisión propuso sustituir el artículo 2, apartado 4, de la Directiva por el siguiente texto: «La presente Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades del sexo infrarrepresentado en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. Entre las posibles medidas se incluirá la concesión de una preferencia, en lo que se refiere al acceso al empleo o a la promoción, a un miembro del sexo infrarrepresentado, siempre que tales medidas no impidan la evaluación de las circunstancias particulares en un caso determinado». Por último, el Parlamento Europeo declaró, en el marco de la resolución sobre el primer informe trienal de la Comisión sobre la cohesión económica y social, que «la igualdad efectiva entre los sexos constituye un elemento esencial de la cohesión económica y social; con tal objeto, invita a la Comisión a reflexionar sobre la oportunidad de elaborar un programa de iniciativa comunitaria que señale, promueva y experimente modalidades operativas de la programación y gestión de recursos, con el fin de superar esa desigualdad» (acta de la sesión de 19 de noviembre de 1997, documento PE 264.019).

27. Por consiguiente, en los casos en que el grupo beneficiario de la acción —es decir, las mujeres— se encuentre en situaciones particulares de dificultad, en las que la mera garantía del respeto del principio de igualdad de trato por parte de los órganos estatales, es decir, del principio (negativo) de no discriminación, no proteja adecuadamente la posición de dicho grupo, considero que en el ámbito comunitario nada se opone a que el legislador nacional pueda adoptar medidas positivas que reequilibren la posición de dicho grupo en el plano social. Por tanto, dichas medidas pueden estar destinadas no sólo a garantizar a las mujeres la igualdad de oportunidades en el punto de partida, creando las condiciones que les permitan optar adecuadamente como candidatas a los distintos puestos de trabajo, sino a actuar de modo concreto sobre la inserción social de las mujeres, garantizándoles una preferencia efectiva en la contratación y promoción.

28. Por último, señalaré que si la exigencia de conciliar el principio general de no discriminación con las acciones positivas a favor de la mujer implicara sin más la ilegalidad de toda acción positiva en la que se prevea alcanzar un resultado objetivo, como la contratación, ello reduciría en gran medida el alcance de las acciones, vaciándolas de contenido y asimilándolas a las de carácter auxiliar, que no siempre constituyen medios eficaces para corregir las desigualdades sociales.

29. b) Pasaré, por tanto, al segundo punto del análisis, a saber los requisitos que debe reunir, para que pueda considerarse legal en el ordenamiento jurídico comunitario, una medida en la que se establece una obligación de conceder preferencia a las candidatas de sexo femenino y que, por consiguiente, fija un porcentaje de presencia femenina —cuota— en los distintos sectores o grados de una carrera. Con carácter preliminar, procede indicar que si bien los dos principios de igualdad formal y de igualdad material no son contrapuestos sino complementarios, como se ha señalado, existen no obstante situaciones de fricción que la autoridad judicial debe determinar y que, en principio, entrañan la ilegalidad de una medida positiva —a favor de un grupo específico— que sea contraria al principio general de no discriminación. Según mi parecer, se presentan situaciones de conflicto real fundamentalmente en dos casos: cuando la medida de corrección —en el caso de autos la acción positiva a favor de las mujeres— es una medida de contenido arbitrario, en el sentido de que sacrifica de modo excesivo los derechos de las personas no pertenecientes al grupo al que está destinada, o cuando no es proporcionada a las exigencias reales del grupo desfavorecido, es decir, cuando la realidad social no justifica la adopción del instrumento de corrección. De ello se desprende que la apreciación sobre la legalidad deberá tener en cuenta no sólo el resultado efectivo de la acción, es decir, la situación subjetiva adquirida por el grupo destinatario de la medida, sino también el contenido específico de la medida adoptada en relación con la necesidad efectiva de la misma; esta apreciación entraña, como indica con razón el Gobierno neerlandés, el examen de la proporcionalidad entre la situación efectiva del grupo destinatario de la acción y los efectos de la misma.

30. Procede recordar a este respecto, por tanto, cuáles han sido los criterios de

apreciación en los que se ha basado este Tribunal en la jurisprudencia citada sobre las acciones positivas. En la sentencia Kalanke, el Tribunal de Justicia consideró ilegal la acción positiva del Land de Bremen, puesto que estimó que el sistema de cuotas establecido por dicha acción era «automático». La Ley establecía que «a igualdad de aptitud» se promoviera al candidato de sexo femenino, estableciendo por tanto la promoción de las mujeres *a igualdad de aptitudes entre los candidatos de distinto sexo*. En mi opinión, en ese sistema el sexo del candidato sólo se tomaba en consideración en la fase final de la selección, puesto que la clasificación de las personas aptas para la promoción se establecía prescindiendo de su sexo. Posiblemente, no cabía definir el sistema como completamente automático, ya que, como se ha indicado, la clasificación se establecía sin tener en cuenta el sexo. [12] No obstante, no se puede excluir que esa medida podría haber favorecido de modo excesivo a los candidatos de sexo femenino, por cuanto la obligación de conceder preferencia a las mujeres, expresada en esos términos rígidos, habría podido hacer extremadamente difícil que el empleador seleccionara a un candidato de sexo masculino.

31. En la sentencia Marschall, en cambio, el Tribunal de Justicia consideró que el sistema establecido por la Ley del Land Nordrhein-Westfalen no era automático, y por tanto era legal, puesto que dicha Ley preveía que el empleador puede abstenerse de cumplir tal disposición por «circunstancias específicas que concurran en un candidato de sexo masculino». En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario no se opone «a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas» salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. Esta cláusula de excepción está supeditada a dos requisitos: a) «que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino», y que b) «tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas». Por consiguiente, el Tribunal de Justicia consideró que la existencia de dicha cláusula exige al empleador efectuar *un examen objetivo de las candidaturas,* es decir, un examen que tenga en cuenta todos los elementos relativos a las características personales y profesionales de los candidatos. De ello se desprende que dicha cláusula permite al empleador seleccionar de modo autónomo, en función de las situaciones concretas, a los candidatos; o, mejor dicho, que esa cláusula, aun cuando formula la obligación de conceder preferencia a las mujeres, permite considerar, tanto en los

12 — Comparto por tanto la tesis del Abogado General en el asunto Marschall, según el cual «la norma nacional controvertida en el asunto Kalanke no era, de hecho, absoluta e incondicional: el Tribunal destacó la observación del órgano jurisdiccional remitente según la cual la norma debía interpretarse "en el sentido de que aunque, en principio, se debe conceder preferencia a la mujer en caso de promoción, la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren, una excepción a este privilegio". Esta interpretación obedeció a la preocupación por el hecho de que, de lo contrario, la normativa sería incompatible con los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Ley fundamental alemana, en los que respectivamente se disponía, en la fecha pertinente, que hombres y mujeres debían tener los mismos derechos y que estaba prohibida la discriminación por razón de sexo. Desde que el Tribunal admitió, en la sentencia Kalanke, que la normativa controvertida en dicho asunto estaba sujeta a excepciones, debe interpretarse la referencia a la preferencia "automática" a la luz de dicha declaración» (punto 28 de las conclusiones).

candidatos de sexo femenino como masculino, intereses o situaciones particulares, que siguen siendo relevantes incluso en la preferencia concedida a las mujeres. El Tribunal de Justicia especifica además que dicha cláusula no debe aplicarse de modo discriminatorio en perjuicio de los candidatos de sexo femenino.

El Gobierno del Land Nordrhein-Westfalen, a quien se solicitó en el curso del procedimiento que aclarara cuáles eran en concreto esas «circunstancias específicas que concurren en un candidato de sexo masculino» que permitían dar preferencia a un candidato de este sexo, declaró que tales circunstancias comprenden los criterios secundarios de selección, referentes a «la antigüedad y a las situaciones sociales», como por ejemplo la circunstancia de que el candidato tenga a su cargo una familia. [13] De tal respuesta se desprende que los elementos mencionados por la Ley pueden referirse tanto a la «capacitación», es decir, a los aspectos profesionales del candidato —elementos que, como la antigüedad, ya se tienen en cuenta en la fase preliminar para establecer la clasificación de los candidatos—, como a situaciones ajenas a la aptitud del candidato para ejercer sus funciones en el ámbito de la relación laboral, es decir, situaciones desfavorables que, como las que sirven de base a la acción de corrección a favor de las mujeres, requieren una protección especial.

En mi opinión, en definitiva, la salvedad que el Tribunal de Justicia definió como «cláusula de excepción» presenta, en el contexto de la sentencia, un alcance fundamental: gracias a tal cláusula se evita que la obligación de conceder la preferencia, que se garantiza a los candidatos de sexo femenino, comprometa la valoración de los demás candidatos, atenuando su efecto discriminatorio frente a éstos. En efecto, según el Tribunal de Justicia, un sistema de cuotas presenta un carácter suficientemente flexible y puede, por tanto, estar comprendido dentro de los límites previstos en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, si la acción positiva no excluye que el empleador pueda sustraerse a la obligación de contratar a la mujer de igual capacitación, en caso de que concurran circunstancias subjetivas u objetivas referentes al perfil de los candidatos, en particular de los de sexo masculino. Sin embargo, el recurso a tales circunstancias no debe producir efectos discriminatorios en la selección de las mujeres. [14] Así por ejemplo, el «criterio de la antigüedad», que se tiene en cuenta en principio en la valoración de la aptitud de los candidatos, no debe aplicarse de modo que discrimine a los de sexo femenino.

32. Basándose en esta jurisprudencia cabe, en mi opinión, llegar a la conclusión de que una acción de promoción de la mujer en el mundo laboral, que prevé la obligación de conceder preferencia a los candidatos de sexo femenino y establece, por tanto, cuotas de presencia femenina en la función

13 — Véanse a este respecto las conclusiones del Abogado General Sr. F.G. Jacobs presentadas el 15 de mayo de 1997 en el asunto Marschall, citado en la nota 9 *supra*, en particular el punto 8.

14 — También sobre este punto el Abogado General llega a una conclusión distinta de la del Tribunal de Justicia; el Abogado General no se basa en una interpretación distinta de la normativa comunitaria en la materia, sino más bien en una interpretación distinta del contenido de la cláusula de excepción. En efecto, el Abogado General subraya que, como se desprende de las observaciones del Land, la cláusula de excepción permite seguir, en la selección de los candidatos, «criterios secundarios tradicionales», es decir, criterios que, según el mismo Gobierno, han favorecido a los candidatos de sexo masculino. Por tanto, acudir a dicha cláusula entraña que «el puesto se ofrecerá al candidato masculino, con arreglo a criterios cuyo carácter discriminatorio no se discute». Por tanto, el Abogado General concluye que «[s]i una norma de carácter absoluto que concede preferencia a las mujeres por razón de su sexo es ilegal, con mayor razón ha de serlo una norma condicional que bien concede preferencia a las mujeres por razón de su sexo o bien otorga preferencia a los hombres basándose en criterios que se reconoce que son discriminatorios» (punto 36).

pública y en el sector privado, se considera legal desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario cuando permita al empleador seleccionar al candidato con el perfil profesional más idóneo. Dicha acción de promoción no debe alterar en ningún caso la apreciación de los méritos y la capacitación de los candidatos de sexo masculino. Con tal objeto, por una parte, el sexo debe constituir un criterio complementario para definir el perfil de los candidatos, criterio que debe concurrir con aquéllos en los que se basa la valoración global de los candidatos, y, por otra parte, la obligación de conceder preferencia a las mujeres no debe suponer que no se tengan en cuenta, al evaluar a los candidatos no beneficiados por la acción positiva, situaciones particulares de orden personal, las cuales, aun cuando son ajenas a la valoración del perfil profesional de los candidatos, pueden ser indicio de situaciones sociales que revisten la misma importancia que las que deben afrontar normalmente las mujeres.

Procede añadir que, como he anticipado, la apreciación de la legalidad de la medida implica asimismo necesariamente tomar en consideración la situación global que ha hecho necesaria la medida compensadora. La eventual desproporción entre la medida compensadora y el contexto social en que actúa (pienso, por ejemplo, en una diferencia insignificante entre los porcentajes de presencia femenina y masculina en una empresa o en un sector público) puede hacer desaparecer los requisitos que legitiman la acción positiva, requisitos que están vinculados necesariamente a elementos fácticos. Incumbe al Juez nacional apreciar la existencia de tales requisitos en el marco de un litigio en que se impugne una determinada contratación o promoción y se cuestione, por tanto, la existencia de la obligación de conceder preferencia. Si el objeto de dicha impugnación consiste en la medida compensadora en su totalidad, con independencia de su aplicación en un caso concreto —me refiero, por ejemplo, al presente procedimiento *a quo*—, corresponderá al Tribunal Constitucional establecer, en términos abstractos o generales, qué requisitos deben concurrir para legitimar las medidas compensadoras.

II. *Sobre la normativa del Land de Hesse*

Después de desarrollar las consideraciones generales anteriores relativas a la admisibilidad en Derecho comunitario de las acciones positivas destinadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral, paso a examinar la normativa del Land de Hesse cuya compatibilidad con el Derecho comunitario, y en particular con el artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva, se cuestiona.

Sobre el punto a) de la cuestión prejudicial: la obligación de conceder preferencia a las mujeres y los criterios de valoración de los candidatos

33. El punto a) de la cuestión prejudicial, de carácter fundamental en el caso de autos, se refiere a dos aspectos complementarios entre sí, a saber, por un lado, los requisitos necesarios para que surja la obligación de la Administración de aplicar un plan de promoción de la mujer (artículo 3, apartados 1 y 2, de la HGlG), así como la finalidad y el contenido de dicho plan, y, por otro, los criterios según los cuales debe efectuarse la valoración de los candidatos (artículo 10 de la HGlG).

34. En cuanto al primer aspecto, y en particular en lo que respecta a los requisitos que exigen la adopción y aplicación de acciones positivas, procede señalar con carácter preliminar que la Ley de que se trata reproduce las líneas generales de las demás normativas alemanas que fueron objeto de las cuestiones prejudiciales antes mencionadas. En efecto, de las disposiciones del apartado 1 en relación con las del apartado 2 del artículo 3 se desprende que siempre que la presencia femenina sea inferior a la masculina «en un determinado grupo salarial, remuneratorio o retributivo dentro de una carrera», la Administración deberá adoptar un plan de promoción.

Ese plan se aplicará durante un período máximo de dos años (artículo 5, apartado 3). Si al término de dicho plazo no se ha alcanzado su objetivo, todas las contrataciones o promociones posteriores de un candidato de sexo masculino estarán supeditadas a la aprobación por la unidad que haya adoptado el plan de promoción, hasta el momento en que se alcance, en el sector de que se trate, una equiparación entre el número de hombres y mujeres (artículo 10, apartado 4). Pese al carácter temporal del plan de promoción, es evidente que la obligación de conceder preferencia no se extingue cuando transcurren los dos años, sino sólo en el momento en que se alcance el 50 % de presencia femenina en cada uno de los sectores y grupos de la carrera.

35. Ante una situación de desigualdad, el artículo 3, apartado 1, establece que la Administración deberá adoptar un plan de promoción y otras medidas destinadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en la función pública, deberá eliminar la infrarrepresentación de las mujeres y suprimir además las discriminaciones por razón de sexo o situación familiar. Según el artículo 5, apartado 4, de la Ley, en el marco de cada plan de promoción, más de la mitad de los puestos deben proveerse en principio con candidatos de sexo femenino. Esa obligación de la Administración desaparece en circunstancias específicas previstas expresamente por la Ley, a saber a) cuando la adscripción a un sexo determinado sea un requisito imprescindible para una determinada actividad; b) cuando se demuestre de modo plausible que no existen suficientes mujeres con la capacitación requerida, y c) en el caso de las promociones sin asignación de puestos en sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas, deberá establecerse una proporción de mujeres equivalente, como mínimo, a la proporción de mujeres existente en el grupo retributivo inmediatamente inferior. Asimismo, en el mismo artículo se establece que «cuando se apliquen medidas de gestión del personal que impliquen la congelación o amortización de puestos, el plan de promoción de la mujer deberá garantizar que la proporción de mujeres en los sectores afectados permanezca, como mínimo, inalterada».

Por lo que respecta al segundo aspecto, relativo a los criterios de valoración de los candidatos, el artículo 10, apartados 1 a 3, de dicha Ley prevé que «deberán apreciarse la aptitud, la competencia y la capacidad profesional (cualificación) de los candidatos en relación con las exigencias del puesto o cargo vacante» y que en tal apreciación la Administración debe atenerse a criterios de valoración específicos: en primer lugar, deben tenerse en cuenta «las capacidades y la experiencia adquiridas en el hogar

mediante el cuidado de hijos o de personas necesitadas de cuidados», aun cuando se haya simultaneado un trabajo familiar con una actividad laboral por cuenta ajena; en segundo lugar, «la antigüedad, la edad y el tiempo transcurrido desde la última promoción sólo podrán considerarse en la medida en que sean de relevancia para la aptitud, la capacidad y la competencia de las candidatas y los candidatos»; en tercer lugar, no podrán tomarse en consideración en la valoración del candidato «ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge»; por último, no podrán afectar de forma negativa a la evaluación de los candidatos «el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivados por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados, acreditada esta circunstancia mediante un certificado médico».

36. Todas las partes que han intervenido, con excepción del recurrente en el litigio principal y del Land de Hessen, interpretan la Ley alemana en el sentido de que, a diferencia de la del Land de Bremen que fue objeto del asunto Kalanke, no establece un sistema rígido de cuotas femeninas y, por tanto, consideran que la normativa nacional controvertida es compatible con la Directiva 76/207 y está comprendida en el ámbito de las acciones previstas en el artículo 2, apartado 4.

En la resolución de remisión, y en particular en la formulación del punto a) de la cuestión prejudicial, el Juez *a quo* interpreta la normativa alemana en el sentido de que la obligación de conceder preferencia está supeditada en particular al principio, consagrado en la Constitución federal, de la «selección de los más capacitados», y sólo existe cuando «no se oponga a ello ningún obstáculo de rango jurídico superior», es decir, sólo cuando no se produzca una vulneración de principios de rango constitucional. El propio Gobierno del Land, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia acerca del concepto de «obstáculo de rango jurídico superior», subrayó que la preferencia concedida a los candidatos de sexo femenino constituye un criterio de selección de carácter secundario, en el sentido de que está supeditado a otro criterio prioritario, previsto en la Constitución del Land, según el cual deberá seleccionarse en todo caso el candidato que sea más idóneo. En otros términos, el criterio del sexo sólo opera en el caso en que existan varios candidatos con una aptitud idéntica por razón de su capacidad profesional. El Gobierno del Land deduce de ello que el plan de promoción sólo establece una indicación genérica programática y no una obligación de la Administración de garantizar preferencia a las mujeres exclusivamente por razón de sexo. Sólo se impone la obligación de conceder preferencia a los candidatos de sexo femenino en los «casos límite», es decir, en los casos en que si la Administración no observara la obligación de alcanzar el objetivo del 50 % de presencia femenina, no se realizaría el plan de promoción. Según el Gobierno del Land, por tanto, no existe —salvo en casos específicos y posiblemente bastante reducidos— obligación de ejercer la acción positiva. El plan de promoción no constituye un derecho de los particulares, sino que se limita a contener una directriz general para las autoridades administrativas.

37. Según mi parecer, tal interpretación de la Ley alemana no capta el significado de la normativa en su totalidad. En efecto, según el tenor de la Ley —tal como se interpreta en la resolución de remisión— la Administración, en caso de infrarrepresentación, no sólo está obligada a adoptar un plan de promoción de la mujer (artículo 3, apartado 1, de la Ley) y no puede, hasta el momento en que adopte dicho plan, realizar ninguna contratación (artículo 10, apartado 5), sino que está obligada a destinar a las mujeres más de la mitad de los puestos vacantes (artículo 5, apartado 4), y ello hasta el momento en que los porcentajes de presencia femenina y masculina sean iguales. Asimismo, procede señalar que, a diferencia de la Ley examinada en la sentencia Marschall, la normativa controvertida en el caso de autos no contiene ninguna cláusula de excepción, es decir, no prevé que se pueda incumplir la obligación de conceder preferencia por «motivos de rango superior». La Ley controvertida sólo prevé algunas excepciones, con un ámbito de aplicación limitado, para el caso en que el sexo sea un requisito para ejercer una actividad laboral determinada, para el caso en que sea imposible alcanzar un número suficiente de mujeres y, por último, para el caso de las promociones sin asignación de puestos.

Sin embargo, no existe —como subraya el Juez remitente y como señala asimismo el Gobierno alemán— una obligación específica de conceder preferencia a los candidatos de sexo femenino, en el sentido de que la Ley no establece que la Administración esté obligada en todo caso, a igualdad de cualificación, a contratar o promover a los candidatos de sexo femenino. En efecto, en el artículo 10 se prevé que se concederá preferencia al candidato con mayor capacitación y aptitud. No se prohíbe otorgar preferencia al candidato de sexo masculino en el caso de que sea el más idóneo para el puesto vacante; ni siquiera reproduce la ficción del requisito de la igualdad de capacitación para que opere la obligación de preferencia. El sistema se limita a establecer un mecanismo destinado a fomentar la inserción y la carrera de las mujeres, permitiendo, en particular, que no sean penalizadas por el trabajo desarrollado en el seno de la familia. Ese mecanismo se encuentra en lo dispuesto en el artículo 10 de la HGlG, que dispone criterios específicos destinados a favorecer la valoración de los candidatos de sexo femenino, previendo, por una parte, que al apreciar las candidaturas deberá tenerse en cuenta la experiencia adquirida en la realización de tareas domésticas, cuando tengan relación con las funciones propias del puesto que ha de cubrirse, y, al mismo tiempo, que no se tomen en consideración las ausencias laborales motivadas por razones familiares, y, por otra parte, limitando los efectos de la antigüedad, que en general es adquirida con mayor facilidad por los trabajadores de sexo masculino.

38. Por tanto, en virtud de las consideraciones precedentes, relativas a la admisibi-

lidad de las acciones positivas nacionales en el Derecho comunitario, considero que cabe estimar compatible con este Derecho una acción positiva nacional, como la del caso de autos, caracterizada por la obligación de la Administración de adoptar un plan de promoción de la mujer que persiga corregir una situación de infrarrepresentación en determinados sectores y grados de carrera, y que prevea la obligación de facilitar la contratación y la carrera de las trabajadoras, siempre que tal medida no impida a los candidatos de sexo masculino optar a todos los puestos y no imponga una cuota fija de presencia femenina prescindiendo de la aptitud de los candidatos para el puesto vacante de que se trate.

Sobre el punto b) de la cuestión prejudicial: el sector científico

39. El segundo aspecto de la Ley alemana sobre el que el Juez *a quo* solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie se refiere a la compatibilidad del artículo 5; apartado 7, de la HGlG con el artículo 2, apartados 2 y 4, de la Directiva, artículo aquél en el que se establece que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos temporales del servicio científico y para auxiliares científicos deben prever una cuota mínima de personal femenino equivalente a la existente entre los licenciados, doctores y estudiantes de cada materia. Más en particular, según el artículo 5, apartado 7, los «puestos pertenecientes al servicio científico que, con arreglo a [...] la Ley marco de universidades (Hochschulerahmengesetz), se provean con carácter temporal, deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los licenciados de la especialidad correspondiente. Los puestos pertenecientes al servicio científico que, con arreglo al artículo 48 de la Ley marco de universidades, se provean con carácter temporal, deberán cubrirse, como mínimo, con una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los doctores de la especialidad correspondiente. Los recursos destinados a la contratación de personal científico auxiliar no titulado deberán destinarse, como mínimo, al empleo de una proporción de mujeres equivalente a la que éstas representen entre los estudiantes de la especialidad correspondiente».

El Gobierno del Land ha observado que en este sector las mujeres se encuentran especialmente infrarrepresentadas por el hecho de que, en general, los puestos de trabajo son temporales y, además, por la circunstancia de que la progresión en la carrera está supeditada a la adquisición de títulos adicionales. El objetivo del plan consiste en facilitar el acceso de las mujeres que ya están presentes en el sector a puestos permanentes de carrera, que son los de la enseñanza superior.

Del tenor del artículo 5, apartado 7, se desprende claramente que en el ámbito científico el objetivo de presencia femenina puede ser inferior al 50 %, es decir, al límite fijado para todos los demás sectores, puesto que en el sector científico dicho límite se determina de un modo distinto del general, a saber, en función del número de

personas que hayan adquirido una formación profesional adecuada. En efecto, en esa disposición se prevé que el porcentaje será igual al de las personas que han adquirido un título de licenciatura o de doctorado, o que simplemente cursan estudios universitarios. Huelga señalar que, si se considera compatible con el Derecho comunitario el régimen general, que persigue garantizar una presencia femenina del 50 % del personal de un sector determinado, debe admitirse *a fortiori* que el régimen especial examinado es legal.

Una interpretación distinta, que reconociera la aplicabilidad del límite máximo del 50 % también en el sector científico, privaría de sentido práctico al régimen especial. Sin embargo, es oportuno considerar que, en realidad, la contradicción entre el régimen general y el sistema del sector científico sólo es aparente, puesto que los licenciados interesados en ocupar los puestos del sector científico son aquellos que han recibido una formación adecuada, por lo que el hecho de prever la contratación de un número determinado de mujeres, equivalente al de las personas que han recibido la formación necesaria, significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia a favor de las mujeres en el ámbito de dicho dato.

Debe señalarse que los términos en que se formula la obligación de conceder preferencia en el sector científico (artículo 5, apartado 7) son distintos de los que figuran en la disposición general (artículo 5, apartado 4). En efecto, según dichos apartados, los puestos del sector científico deberán ser cubiertos por mujeres, mientras que los de otros sectores de la Administración deberán ser destinados a las mujeres. A este respecto, el Juez remitente indicó que la disposición no tiene un «significado autónomo», es decir, no se refiere de modo directo a las decisiones de asignación de los puestos. La diferencia entre la disposición general y la especial es, por tanto, meramente terminológica. En efecto, carecería de toda justificación y sería, en consecuencia, incoherente interpretar el precepto contenido en el artículo 5, apartado 7, en el sentido de que persigue sustraer el sector científico del régimen general relativo a la selección de los candidatos, tal como está establecido en el artículo 10 de la Ley. En cualquier caso, si se admitiera que el artículo 5, apartado 7, señala un porcentaje fijo de contratos laborales que deben asignarse a las mujeres, prescindiendo de la valoración de todos los trabajadores afectados, tal disposición introduciría una acción positiva ajena —como ya se ha indicado anteriormente— a la lógica del artículo 141 CE, apartado 4, y del artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

Sobre el punto c) de la cuestión prejudicial: el programa de formación

40. El tercer aspecto de la Ley que debe examinarse figura en la disposición contenida en el artículo 7 de la HGlG, que establece que deben reservarse a las mujeres, en caso de que estén infrarrepresentadas, al menos la mitad de los puestos de los programas de formación. Además, se dará a conocer a las mujeres la disponibilidad de tales puestos y se estimulará su participación. Si, pese a la adopción de

dichas medidas, no se alcanzara un número suficiente de candidaturas femeninas, más de la mitad de los puestos disponibles podrán ser cubiertos por hombres.

El objetivo de ese precepto, al igual que la naturaleza de la medida compensadora, es distinto al del régimen general: la disposición pretende evidentemente conseguir un resultado en términos numéricos, pero ese resultado es muy diferente al perseguido por el régimen general, puesto que no se reservan a las mujeres puestos de trabajo, sino de formación, en orden al acceso posterior a profesiones cualificadas. En cuanto a los medios para alcanzar tal objetivo, los servicios administrativos tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para dar a conocer a las mujeres la existencia de esos puestos y de estimular la presentación de candidaturas femeninas. La norma prevé que, en caso de que las candidaturas no sean suficientes, los puestos destinados inicialmente a las mujeres serán cubiertos por hombres.

Como es fácil advertir, la disposición de que se trata se enmarca en el ámbito de un concepto más restringido de la igualdad de oportunidades. Las medidas previstas están comprendidas entre aquéllas cuyo objetivo estriba en suprimir los motivos por los que se conceden menores oportunidades de trabajo y de carrera a las mujeres, y consisten, además, en intervenciones sobre la orientación y formación profesional. No hay duda de que ese tipo de acciones están incluidas en las admitidas por el Derecho comunitario.

Sobre el punto d) de la cuestión prejudicial: las entrevistas de trabajo destinadas a la contratación de nuevo personal

41. El cuarto aspecto de la Ley alemana sobre cuya compatibilidad con el Derecho comunitario alberga dudas el Juez alemán se refiere a las entrevistas de trabajo. El precepto pertinente es el artículo 9, según el cual «se convocará a las entrevistas organizadas para la selección de nuevo personal al mismo número de mujeres que de hombres, o a todas las candidatas que cumplan los requisitos legales o de otro tipo, establecidos para ocupar el puesto o desempeñar el cargo vacante».

Tampoco esa norma, como la relativa a los programas de formación, supone alcanzar un resultado definitivo —contratación o promoción—, sino que ofrece posibilidades adicionales a las mujeres para facilitar su acceso al mundo laboral y a la carrera. Además, tal como se desprende de la resolución de remisión, el artículo 9, aunque prevé que debe concederse a las mujeres un porcentaje fijo de entrevistas de trabajo, establece que ha de efectuarse un examen preliminar de los candidatos y que sólo deberán ser convocados los candidatos que posean los requisitos exigidos o previstos para cubrir el puesto o ejercer las funciones de que se trate. Así pues, la

disposición se refiere a las entrevistas de trabajo posteriores a una primera selección en la que participan todas las personas interesadas. De ello se deduce que todos los trabajadores pueden concurrir a la selección y ser preseleccionados en virtud de criterios de valoración que, se supone, son los establecidos en el régimen general, en particular los previstos en el artículo 10, apartados 1 a 3, de dicha Ley.

Por tanto, considero que la disposición sobre entrevistas de trabajo tampoco es contraria al Derecho comunitario.

Sobre el punto e) de la cuestión prejudicial: la composición de los comités

42. El último punto se refiere a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y de administración y control. Según el artículo 14 de la Ley alemana, «en los comités, comisiones, órganos de administración y control, y demás órganos colegiados la mitad de los miembros, como mínimo, serán mujeres»

Ese precepto establece con claridad que la mitad de los miembros de los órganos internos de la Administración deben ser trabajadoras. Por consiguiente, el artículo 14 prevé una cuota rígida de presencia femenina que se fija, además, al margen de la aptitud de las mujeres. Ahora bien, si bien es cierto que el objetivo de la Ley alemana —como se ha señalado anteriormente— consiste, al parecer, en establecer un programa general con el fin de facilitar las contrataciones y promociones de las mujeres en la función pública, no obstante, habida cuenta del tenor de la disposición relativa a la composición de los órganos internos, no parece que se admitan excepciones a este respecto.

Por tanto, en virtud de las observaciones precedentes acerca de los requisitos necesarios para que una acción positiva se considere compatible con el Derecho comunitario y teniendo en cuenta, en particular, la exigencia reconocida de que todos los trabajadores puedan optar a todos los puestos vinculados a la relación de servicio, considero que una disposición cuyo contenido sea el de la norma alemana controvertida, es contraria, con carácter general, al derecho de igualdad de trato de los trabajadores, puesto que traspasa manifiestamente los límites relativos a la adopción de medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades de las mujeres. En virtud de tales consideraciones, estimo, por tanto, que la medida prevista en el artículo 14 de la HGlG es contraria al artículo 2, apartado 1, de la Directiva y no puede considerarse comprendida en el ámbito de las acciones positivas previstas en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

Conclusión

43. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Staatsgerichtshof del siguiente modo:

«1) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se opone a una normativa nacional, como la establecida en la Ley del Land de Hesse de 30 de diciembre de 1993, sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres y sobre la supresión de la discriminación de la mujer en la función pública, en la que se dispone que, en caso de que las mujeres estén infrarrepresentadas en sectores o grados de carrera de la función pública, la Administración está obligada:

a) a adoptar, con el fin de eliminar progresivamente esa desigualdad, un plan de promoción y otras medidas destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la función pública, así como a destinar en principio a las mujeres, con ocasión de la aplicación de dicho plan de promoción, más de la mitad de los puestos vacantes, bien entendido que se excluye en todo caso que dicha normativa nacional pueda conceder una preferencia automática a los candidatos de sexo femenino, y que es necesario

que se garantice en todo caso que todos los candidatos, de sexo femenino y masculino, sean sometidos siempre a un examen objetivo de su perfil profesional y personal, aun cuando ese examen se base en criterios de valoración, como los previstos en la Ley alemana controvertida, cuyo objetivo consista en favorecer a los candidatos de sexo femenino;

b) a destinar a las mujeres un porcentaje de los puestos del sector científico, que variará en función de la presencia femenina entre los doctores, licenciados y estudiantes, siempre que dicho porcentaje no supere la mitad de los puestos disponibles y siempre que no se conceda una preferencia automática a los candidatos de sexo femenino en el sentido expuesto en el apartado a);

c) a reservar a las mujeres la mitad de los puestos de los cursos de formación;

d) a convocar a las entrevistas destinadas a seleccionar el personal con vistas a su contratación, a un número de candidatos de sexo femenino igual al número de candidatos de sexo masculino, o sólo candidatos de sexo femenino, si son aptos para cubrir el puesto y siempre que la valoración de los candidatos se efectúe teniendo en cuenta el perfil de todas las personas que optan por el mismo puesto, en el sentido expuesto en el apartado a).

2) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la mitad de los integrantes de los órganos internos de la Administración Pública deben ser de sexo femenino.»