CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS

presentadas el 15 de mayo de 1997 *

1. Los apartados 1 y 4 del artículo 2 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 de igualdad de trato» o «Directiva»), [1] ¿se oponen a una norma de Derecho nacional que dispone que en los sectores de la Administración Pública en los que el número de mujeres es inferior al de hombres en el concreto puesto superior de un nivel profesional, se concederá preferencia a las mujeres, a igualdad de capacitación (en términos de aptitud, competencia y rendimiento profesional), salvo que se atribuya carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran en un candidato de sexo masculino? Esta es la cuestión remitida a este Tribunal por el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen.

La Directiva de igualdad de trato

2. En el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva de igualdad de trato se dispone:

«La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del 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 [...] Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".»

3. En el artículo 2, a los efectos ahora pertinentes, se dispone:

«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, 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.

[...]

4. La presente Directiva no obstará 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 de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.»

* Lengua original: inglés.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

4. En el apartado 1 del artículo 3 se dispone:

«La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.»

5. En el artículo 6 se dispone:

«Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

Hechos y normativa nacional

6. En la Ley de Funcionarios del Land de Renania del Norte-Westfalia se dispone: [2]

«Si en el sector de la autoridad competente para la promoción, el número de mujeres fuese inferior al de hombres en el concreto puesto superior del nivel profesional, se concederá preferencia a las mujeres, salvo que se atribuya carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran en otro candidato.»

7. Según las observaciones presentadas por el Land, esta norma de Derecho nacional está destinada a contrarrestar la discriminación estructural a la que, en otro caso, se enfrentarían las mujeres como consecuencia de criterios secundarios tradicionales: a igualdad de capacitación, se tiende a designar a un hombre con preferencia a una mujer a) por cuanto probablemente el hombre es de más edad y disfruta de más antigüedad en el servicio, gracias a un menor número de interrupciones profesionales, y b) por «razones de carácter social»: la tendencia a conceder el puesto a un trabajador varón con personas a su cargo antes que a la esposa de un trabajador varón. En efecto, la disposición nacional introduce un criterio adicional, a saber, el hecho de ser mujer, que con carácter general debe primar sobre los criterios secundarios tradicionales.

8. No obstante, la norma está supeditada a la siguiente salvedad: «salvo que se atribuya carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran en otro candidato». No

2 — Primera parte de la segunda frase del apartado 5 del artículo 25 de la Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, en la versión publicada el 1 de mayo de 1981 (Gesetz und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW), p. 234), modificada en último lugar por el artículo 1 de la Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechlicher Vorschriften, de 7 de febrero de 1995 (GVNW, p. 102).

resulta evidente de modo inmediato el alcance exacto de la mencionada salvedad. Ello, tal vez, no sea casual: de conformidad con las observaciones escritas presentadas por el Land, el legislador, al aludir a «circunstancias específicas que concurran en otro candidato», escogió deliberadamente una expresión jurídica imprecisa con el fin de asegurar una flexibilidad suficiente y, en especial, de dejar a la Administración un margen de apreciación que permita tener en cuenta todo tipo de circunstancias específicas relativas al otro candidato. No obstante, de las observaciones escritas y orales presentadas por el Land se desprende que dichas circunstancias comprenden al menos los criterios secundarios tradicionales, antes mencionados, referentes a la antigüedad y a «razones sociales». Ello de por sí suscita dudas —a las que me referiré de nuevo más adelante— en cuanto a si la propia salvedad podría ser discriminatoria de por sí y, por consiguiente, ilícita.

9. El Sr. Marschall, profesor, solicitó su promoción a un puesto superior. Se le informó de que el puesto se iba a asignar a una candidata: ambos candidatos tenían idéntica capacitación y, dado que en el correspondiente nivel profesional y retributivo trabajaban menos mujeres que hombres, con arreglo a la legislación antes citada, la mujer debía ser promocionada. El Sr. Marschall inició un procedimiento judicial con objeto de obtener una resolución por la que se ordenase a la autoridad competente asignarle el puesto de que se trata. El Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, por albergar dudas sobre la compatibilidad de la legislación con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva de igualdad de trato, suspendió el procedimiento y remitió al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la cuestión antes expuesta.

10. Presentaron observaciones escritas el Land de Renania del Norte-Westfalia y los Gobiernos austriaco, finlandés, francés, noruego, [3] español, sueco y británico, así como la Comisión. En la vista estuvieron representados el Land de Renania del Norte-Westfalia y los Gobiernos finlandés, neerlandés, sueco y británico, así como la Comisión.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

11. Es importante señalar desde un principio que, según se desprende del tenor de la cuestión remitida, no se pide al Tribunal —ni dicha petición sería procedente— que resuelva sobre la conveniencia de la discriminación positiva o acción positiva [4] con carácter general: la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la conformidad de la norma nacional controvertida con dos disposiciones concretas de la Directiva de igualdad de trato. De modo similar, el Tribunal, en su reciente sentencia Kalanke [5] referente a una norma nacional parecida, se centró exclusivamente —no obstante el contenido de determinadas

3 — De conformidad con el artículo 20 del Estatuto (CE) del Tribunal de Justicia, modificado según la Declaración de la Comunidad Europea sobre los derechos de los Estados de la AELC ante el Tribunal de Justicia de las CE, anexa al Acta Final del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DO 1994, L 1, p. 523).

4 — Véanse, como comentario sobre esta terminología, las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto en el que recayó la sentencia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), especialmente punto 8. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, COM(96) 88 final, p. 3.

5 — Citada en la nota 4 *supra*. La sentencia ha sido objeto de numerosos artículos y comentarios. En las observaciones presentadas por el Land se alude ampliamente a las publicaciones alemanas.

reacciones doctrinales sobre el asunto— [6] en la compatibilidad de dicha norma con las mencionadas disposiciones. Volveré a referirme a la cuestión más general de la función propia del Tribunal en materia de políticas.

12. Antes de abordar el asunto Kalanke, examinaré brevemente los dos asuntos anteriores en los que el Tribunal proporcionó orientaciones relativas al ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2, la disposición decisiva en el presente asunto.

13. El asunto Hofmann [7] versaba sobre la compatibilidad con la Directiva de igualdad de trato de una normativa nacional que reservaba a las madres la concesión de un permiso remunerado con posterioridad al nacimiento de un hijo. El Tribunal no fundamentó su decisión en el apartado 4 del artículo 2 sino que se basó en el apartado 3 del artículo 2, en el que se dispone que la Directiva no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y la maternidad. No obstante, el Abogado General Sr. Darmon examinó el apartado 4 del artículo 2 y concluyó:

«Del sistema establecido de este modo se deduce que las excepciones de los apartados 2 a 4 del artículo 2 dan la medida exacta del ámbito de aplicación que se asigna al principio proclamado por el apartado 1 del artículo 2. Esta organización denota, por sí misma, la importancia que el legislador comunitario concede a dichas reservas, lo cual confirmará el análisis de éstas.

La contenida en el apartado 4 del artículo 2 se ocupa en lugar aparte. Esta norma permite las medidas nacionales "encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho"; sólo en apariencia constituye una excepción al principio: con el objeto de compensar las discriminaciones de hecho existentes, tiende a restablecer la igualdad y no a quebrantarla. En otros términos, una vez comprobada la desigualdad de hecho que debe suprimirse, dicha excepción debe interpretarse en sentido amplio.» [8]

14. El segundo asunto, Comisión/Francia, [9] versaba sobre la compatibilidad con la Directiva de igualdad de trato de una excepción a una Ley nacional sobre igualdad de trato. La excepción tenía por objeto excluir de la prohibición de discriminación las condiciones de los contratos laborales o convenios colecti-

6 — Véase, por ejemplo, el comentario de Eva Brems en su análisis de jurisprudencia publicado en 2 *Columbia Journal of European Law* 172 (1995/1996), p. 177: «En lugar de concluir que es preciso combinar los tres modelos de acción positiva, el Sr. Tesauro se centra acto seguido en el texto de la Directiva», y la afirmación de Anne Peters en «The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A Conceptual Analysis» 2 *European Law Journal* 177 (1996), p. 190, según la cual esta sentencia «ilustra la falta de voluntad del Tribunal para reconocer las tensiones derivadas de la multiplicidad de paradigmas».

7 — Sentencia de 12 de julio de 1984 (184/83, Rec. p. 3047)

8 — Punto 9 de las conclusiones.

9 — Sentencia de 25 de octubre de 1988 (312/86, Rec. p. 6315).

vos que concedieran determinados derechos especiales a las mujeres. Dichos derechos especiales comprendían la reducción del tiempo de trabajo para las mujeres de 59 años o empleadas en tareas como la dactilografía o el trabajo con material informático, la jubilación anticipada, el permiso por la adopción de un hijo, el permiso por enfermedad de un hijo, la concesión de un día de permiso el día de comienzo del curso escolar o de horas de permiso el día de la madre, el pago de primas para ayudar a las madres de familia a hacer frente a los gastos de guardería o de custodia de sus hijos, la ampliación del permiso por maternidad, la concesión de días suplementarios de vacaciones anuales por cada hijo y la concesión de bonificaciones para el cálculo de la jubilación, a partir del segundo hijo. [10]

15. El Tribunal consideró que las medidas no estaban justificadas con arreglo al apartado 4 del artículo 2 y declaró:

«En cuanto a la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2, 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.» [11]

16. El asunto más reciente en el que el Tribunal de Justicia examinó el apartado 4 del artículo 2, y el más pertinente en relación con el asunto del que hoy conoce este Tribunal, es el asunto Kalanke. [12] En el asunto Kalanke, la normativa controvertida establecía que, al efectuar la selección para un puesto, 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 existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de retribuciones del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. [13] La disposición no contenía excepción alguna; no obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, la disposición debía interpretarse de conformidad con la Grundgesetz (Ley fundamental alemana) 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. [14]

10 — Véanse el apartado 8 de la sentencia y las conclusiones del Abogado General Sr. Gordon Slynn, p. 6327.

11 — Apartado 15 de la sentencia. La expresión «actual instances of inequality» que consta en la versión inglesa de la sentencia es tal vez preferible a la empleada en la versión inglesa del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, que alude a «existing inequalities» (desigualdades existentes). Es, asimismo, más próxima al resto de las versiones lingüísticas del apartado 4 del artículo 2. El Abogado General Sr. Slynn estimó que las medidas controvertidas no podían justificarse de conformidad con el apartado 4 del artículo 2, puesto que los derechos de que se trata no habían sido nunca disfrutados por los varones y, por consiguiente, no existían desigualdades de hecho a favor de los hombres que afectaran a las oportunidades de las mujeres. No obstante, esta opinión parece basarse en una interpretación en cierto modo literal de la versión inglesa del apartado 4 del artículo 2.

12 — Citado en la nota 4 *supra*.

13 — Véase el apartado 3 de la sentencia.

14 — Apartado 9 de la sentencia.

17. El Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann fueron preseleccionados como candidatos a una promoción. Se aceptó que ambos tenían la misma capacitación para ocupar la plaza y que las mujeres estaban infrarrepresentadas en el sector correspondiente; por consiguiente, la normativa nacional exigía que el puesto se concediera a la Sra. Glissmann. El Sr. Kalanke inició un procedimiento judicial en el que, entre otras cosas, impugnó, con arreglo al Derecho alemán, la validez de la normativa nacional. El Bundesarbeitsgericht (Tribunal laboral federal), aunque estimaba que la normativa era conforme con las disposiciones de Derecho interno invocadas por el Sr. Kalanke, albergaba dudas en cuanto a su compatibilidad con la Directiva de igualdad de trato y remitió al Tribunal cuestiones relativas al ámbito de aplicación de los apartados 1 y 4 del artículo 2.

18. El punto de partida del Tribunal de Justicia fue la tesis según la cual una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. [15] Dado que el objetivo de la Directiva de igualdad de trato era la aplicación, en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y dado que según el apartado 1 del artículo 2 este principio de igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente», existía *prima facie* una infracción clara de dicho principio.

15 — Apartado 16 de la sentencia.

19. A continuación, el Tribunal examinó si dicha normativa podía ampararse en el apartado 4 del artículo 2. Reiterando los términos de la sentencia Comisión/Francia, [16] el Tribunal destacó que esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada 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. Así, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. [17]

20. Acto seguido, el Tribunal reafirmó la declaración contenida en una Recomendación del Consejo relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, [18] según la cual «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». [19] El Tribunal continuó afirmando que, no obstante, el apartado 4 del

16 — Citada en la nota 9 *supra*.

17 — Apartados 18 y 19.

18 — Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984 (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124).

19 — Tercer considerando de la exposición de motivos.

artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente. [20]

21. El Tribunal concluyó que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres 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. [21] Añadió 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. [22] En consecuencia, la respuesta a las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional fue que la Directiva se opone a una normativa nacional que, como sucedía en aquel asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, tal como se define este último término en dicha normativa. [23]

22. Al haber declarado que la normativa nacional estaba prohibida por la Directiva, el Tribunal no tuvo necesidad de examinar la cuestión de la proporcionalidad; por consiguiente, las críticas que, por este motivo, algunos comentaristas [24] han dirigido al Tribunal de Justicia no se pueden considerar fundadas. Otros comentaristas suponen incorrectamente que el Tribunal consideró desproporcionada la normativa y, por este motivo, ilegal. [25]

Aplicación de la jurisprudencia del asunto Kalanke al presente asunto

23. Recordaré que el punto de partida del Tribunal fue que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo y es, por tanto, contraria a la Directiva. En mi opinión, es evidente que la norma nacional controvertida en el presente asunto tiene el mismo carácter discriminatorio y es, por consiguiente, contraria a la Directiva, a menos que pueda considerarse amparada por

20 — Apartados 20 y 21.

21 — Apartado 22.

22 — Apartado 23.

23 — Apartado 24 y fallo. Para la definición pertinente de «infrarrepresentación», véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

24 — Véanse, por ejemplo, Charpenter, Louis: «L'arret Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité», 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281 (1996), p. 288; Peters, Anne: «The Many Meanings of Equality», citado en la nota 6 *supra*, pp. 192 a 193.

25 — Véanse, por ejemplo, el comentario de jurisprudencia de Jean-Luis Clergerie publicado en *Recueil Dalloz Sirey* (1996) *(Jurisprudence)* 221, p. 223; análisis de jurisprudencia de Eva Brems, citado en la nota 6 *supra*, pp. 174 y 175; Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?», 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 146 (1996), pp. 151 a 152.

el apartado 4 del artículo 2. Si bien es cierto que la norma nacional controvertida en el presente asunto no está formulada de modo que conceda una promoción automática a la mujer en las circunstancias en que se aplica, no obstante, el núcleo de dicha norma consiste en que, salvo en casos excepcionales, debe promoverse a la mujer por el hecho de serlo y ello es, *prima facie,* claramente contrario al principio de igualdad de trato establecido en la Directiva. Me remito, en concreto, al apartado 1 del artículo 3, [26] en el que se dispone que la aplicación de dicho principio supone la ausencia de toda discriminación en las condiciones, *incluidos los criterios de selección* de promoción, entre otras cosas.

24. La cuestión esencial consiste en determinar si la norma nacional controvertida en el presente asunto está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 y es, por tanto, compatible con la Directiva. El motivo que, en este caso, indujo al órgano jurisdiccional nacional a plantear al Tribunal una cuestión fue la diferencia existente entre la normativa nacional controvertida en el litigio principal y la que se discutió en el asunto Kalanke. En especial, subraya que, en el asunto Kalanke, este Tribunal concluyó que «una normativa nacional que garantiza la preferencia *absoluta e incondicional* de las mujeres en un nombramiento o promoción» sobrepasa los límites del apartado 4 del artículo 2, [27] y suscita la cuestión de si el efecto de la salvedad contenida en la norma nacional de que se conoce es hacerla compatible con la Directiva.

25. Los Gobiernos francés y británico alegan que, no obstante la referida salvedad, la norma nacional es contraria a la Directiva. El argumento principal de estos Gobiernos es que, dado que la norma tiene por objeto imponer la igualdad de representación en lugar de promover la igualdad de oportunidades, se aplica el razonamiento adoptado por el Tribunal en la sentencia Kalanke.

26. El Land de Renania del Norte-Westfalia, los Gobiernos austriaco, finlandés, noruego, español y sueco, así como la Comisión [28] son partidarios de la opinión contraria. En efecto, aducen que la flexibilidad de la norma nacional en el presente asunto —a saber, la existencia de la salvedad— constituye motivo suficiente para diferenciarla de la que fue objeto de la sentencia Kalanke: en el presente caso no existe garantía de preferencia absoluta e incondicional. [29]

27. En mi opinión, ese argumento adolece de varios defectos.

26 — Reproducido en el punto 4.

27 — Apartado 22 de la sentencia; el subrayado es mío.

28 — Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión, citada en la nota 4, p. 9.

29 — Cabe señalar que el Tribunal laboral federal que solicitó la decisión prejudicial en el asunto Kalanke, al resolver el asunto a la luz de la decisión del Tribunal, estimó igualmente que la cuestión decisiva en la normativa nacional controvertida era la falta de una salvedad expresa como la discutida en el presente asunto; véanse el comentario de Sacha Prechal sobre la sentencia Kalanke, 33 *Common Market Law Review* 1245 (1996), p. 1256, y Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test», citado en la nota 25 *supra*, p. 157.

28. En primer lugar, 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». [30] 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. [31] 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.

29. Además, el razonamiento adoptado en la sentencia Kalanke permite suponer que la norma ahora en litigio es ilegal. En el apartado 23 de la sentencia, el Tribunal de Justicia afirmó que la normativa nacional, «en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre [...], 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». Algunos comentaristas han censurado esta frase por falta de claridad. [32] Sin embargo, en mi opinión, su significado es claro. El apartado 4 del artículo 2 se refiere expresamente a las medidas «encaminadas a promover la igualdad de oportunidades». Como afirmó el Abogado General Sr. Tesauro en sus conclusiones en el asunto Kalanke:

«Dar igualdad de oportunidades sólo puede significar, en mi opinión, 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 igualitarias 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 trabajo en términos numéricos, entre hombres y mujeres. No considero que éste sea el fin o la *ratio* del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.» [33]

30 — Apartado 9 de la sentencia.

31 — Véase también Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test», citado en la nota 25 *supra*, p. 149. Posteriormente, se ha añadido al apartado 2 del artículo 3 una disposición relativa a los «fines del Estado», en la que se prevé que el Estado «promueve la aplicación de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres, y persigue la reducción de las desventajas existentes». Véase también Gornig, Gilbert H., y Reckewerth, Sven: «The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law» (1997), *Public Law* 137, pp. 147 a 149.

32 — Véanse, por ejemplo, el análisis de jurisprudencia de Georges Friden en (1995) *Annales du droit luxembourgeois* 483, pp. 488 a 490; De Schutter, Oliver y Renauld, Bernadette Bernadette: «Egalité de traitement — L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européenes à propos de l'arret Kalanke du 17 octobre 1995» (1996), *Journaux des tribunaux du travail* 125, p. 126.

33 — Punto 13.

30. Es cierto que el hecho de que dos candidatos tengan una capacitación equivalente no implica necesariamente que hayan tenido antes las mismas oportunidades, puesto que uno de los dos puede simplemente haberse enfrentado a circunstancias más difíciles que el otro para adquirir su capacitación, o haber adquirido ésta en el marco de un programa de formación destinado a contribuir a la superación de dichas circunstancias. (De hecho, el Land parece suponer que si un hombre y una mujer tienen la misma capacitación con respecto a una promoción, a menudo la mujer será más joven o tendrá una menor antigüedad. Cabría pensar que, en tales circunstancias, la mujer habrá demostrado con ello que es más capaz que su competidor y constituirá la opción natural.) No obstante, ello no me parece pertinente en relación con la cuestión planteada ante el Tribunal: dado que la norma nacional se aplica sólo cuando los candidatos tienen idéntica capacitación, el hecho es que, siempre que se aplique, existirán candidatos igualmente capacitados que, si el procedimiento de selección no es discriminatorio, tendrían por definición iguales oportunidades de promoción.

31. En sus conclusiones, el Abogado General Sr. Tesauro desarrolló de forma más pormenorizada su explicación de la distinción entre medidas permitidas con arreglo al apartado 4 del artículo 2, a saber, «destinadas a la eliminación de los obstáculos que impiden a las mujeres perseguir los mismos resultados en condiciones idénticas», y las medidas no permitidas por dicha disposición, a saber, destinadas «a proporcionarles directamente los resultados perseguidos o, al menos, a concederles prioridad para alcanzar estos resultados *únicamente porque son mujeres*». [34] Me parece evidente que es ésa la distinción que subyace en la tesis formulada por el Tribunal de Justicia en el apartado 23 de la sentencia Kalanke. Tanto si se expresa en términos de eliminar obstáculos en lugar de imponer resultados, o de garantizar igualdad de oportunidades en lugar de igualdad de resultados, la distinción resulta clara desde el punto de vista conceptual y, en mi opinión, normalmente será manifiesto de qué lado de la línea divisoria se sitúa una determinada medida.

32. Por tanto, a mi juicio, el efecto de la sentencia Kalanke consiste en que cualquier normativa que vaya más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades, pretendiendo, en su lugar, imponer el resultado deseado de igualdad de representación, queda igualmente fuera del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva y es, por consiguiente, contraria al principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1 del artículo 2 y, en el estado actual del Derecho comunitario, ilegal. A mi modo de ver, este planteamiento está en perfecta sintonía con el sistema de la Directiva. Huelga decir que no existe igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en un caso concreto si, *ceteris paribus*, uno de los dos es nombrado o promovido con preferencia sobre el otro tan sólo por razón de su sexo. El hecho de que la Directiva se refiere a la protección de los derechos individuales se desprende claramente del artículo 6, [35] que exige a los Estados miembros introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias «para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos».

34 — Punto 22.

35 — Reproducido en el punto 5 *supra*.

Si la normativa nacional controvertida en el asunto Kalanke hubiera sido declarada legal, se denegaría siempre, en tales circunstancias, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades a los hombres que trabajaran en los sectores a los que se aplicara. Al margen de cuál sea el ámbito de aplicación atribuido al apartado 4 del artículo 2, tal resultado difícilmente puede considerarse compatible con el principio de igualdad de trato consagrado en el apartado 1 del artículo 2 o con la promoción de la igualdad de oportunidades exigida en el caso de las medidas previstas en el apartado 4 del artículo 2.

33. En mi opinión, la excepción prevista en la norma nacional controvertida en el presente asunto no afecta, por las razones que expongo a continuación, a la conclusión de que dicha norma es contraria a Derecho.

34. En primer lugar, como señalan el órgano jurisdiccional nacional y el Gobierno del Reino Unido, si se aplica la salvedad, simplemente reemplaza, en un caso concreto, la norma por la que se concede preferencia a las mujeres: no altera en general el carácter discriminatorio de la norma.

35. Además, tal como indica el Gobierno francés, el alcance de la salvedad de que se trata en el presente asunto es (y al parecer [36] se deseaba que fuera) confuso. Según jurisprudencia consolidada, los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares exigen que, en los ámbitos regulados por el Derecho comunitario, las normas jurídicas de los Estados miembros se formulen de manera inequívoca que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa, y a los Jueces garantizar su cumplimiento. [37]

36. En cualquier caso, aun cuando la existencia de una salvedad pudiera en principio, hacer compatible con la Directiva una norma de este tipo, ello sólo se conseguiría si la propia salvedad fuera irreprochable. No parece que así suceda en el presente asunto. Además de las observaciones formuladas en los puntos precedentes, existe un problema adicional, relativo a la eficacia de la salvedad. El Land de Renania del Norte-Westfalia indicó que la norma nacional controvertida está destinada a aplicarse en los procedimientos de selección, en lugar de «criterios secundarios tradicionales» que considera —sin duda, de modo correcto— [38] discriminatorios. Sin embargo, la salvedad parece prever que, no obstante, precisamente podrán aplicarse dichos criterios en los casos en que se invoque aquélla, con la consecuencia de que el puesto se ofrecerá al candidato masculino, con arreglo a criterios cuyo carácter discri-

36 — Véase el punto 8 *supra*.

37 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de junio de 1988, Comisión/Italia (257/86, Rec. p. 3249), apartado 12.

38 — Volveré a referirme a este extremo en el punto 40.

minatorio no se discute. [39] Si 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.

37. Por consiguiente, concluyo que, no obstante la salvedad, la norma nacional controvertida en el presente asunto es ilegal, a la luz de la sentencia de este Tribunal en el asunto Kalanke. Añadiría, con carácter general, que es preciso, a mi juicio, resistirse a toda tentación de singularizar la sentencia Kalanke por razones estrictamente técnicas. Tal como expliqué anteriormente, los motivos que condujeron al Tribunal a la decisión que adoptó en dicho asunto son claros y también se aplican al caso presente. Esforzarse en diferenciar casos similares sobre la base de matices de la legislación controvertida conducirá, probablemente, a confusión en cuanto al Derecho, así como a una proliferación de los litigios, con resultados arbitrarios.

38. Cabe objetar [40] que el efecto de anular la norma nacional sería volver a los criterios que estaba destinada a sustituir y cuyo carácter discriminatorio reconoce el Land de Renania del Norte-Westfalia, y que ello difícilmente podría considerarse una «aplicación [...] del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo». [41]

39. No obstante, del hecho de que las normativas nacionales controvertidas en el presente asunto y en el asunto Kalanke sean contrarias a Derecho no se deduce que sea lícito a una autoridad administrativa aplicar los denominados criterios secundarios tradicionales de selección, que supuestamente se aplican a falta de dichas normativas. [42] En efecto, parece claro que dichos criterios se aplican y hay quien los considera aceptables: por ejemplo, según parece, el Sr. Kalanke alegó ante los órganos jurisdiccionales nacionales que, aun suponiendo que la Sra. Glissmann tuviera idéntica capacitación, debía haber sido promovido por motivos sociales (a saber, estaba casado, su mujer no trabajaba y tenía dos hijos). [43] Parece igualmente claro que la aplicación de dichos criterios en un procedimiento de selección constituye, en sí, una vulneración de la Directiva de igualdad de trato: debe recordarse que en el apartado 1 del artículo 2 se establece la ausencia de

39 — Al parecer, el Tribunal laboral federal que solicitó la decisión prejudicial en el asunto Kalanke señaló que el legislador de Bremen, que promulgó la normativa controvertida en aquel asunto, omitió deliberadamente introducir una excepción formulada de modo tan amplio como la controvertida en el presente asunto, por considerar que existía un riesgo demasiado importante de que su aplicación condujera a una discriminación indirecta: véase el comentario de jurisprudencia de Sacha Prechal, citado en la nota 29 *supra*, p. 1257. Además, en el presente asunto el Land afirmó durante la vista que la mencionada cláusula, a la que se refirió como «espada de Damocles», se invocaba con escasa frecuencia por temor a que su aplicación diera lugar a procedimientos judiciales.

40 — Véase, por ejemplo, Schiek, Dagmar: «Positive Action in Community Law», 25 *Industrial Law Journal* 239 (1996), p. 241.

41 — Apartado 1 del artículo 1 de la Directiva.

42 — Véase el punto 7 *supra*.

43 — Véase Dra. Dagmar Schiek, «*Positive Action in Community Law*», citado en la nota 24 *supra*, pp. 147 a 148, y el comentario de jurisprudencia de Sacha Prechal, citado en la nota 29 *supra*, p. 1246.

toda «discriminación por razón de sexo bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar», y que en el apartado 1 del artículo 3 se prohíbe expresamente tal discriminación «en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo». Un Estado miembro que permite la aplicación de tales criterios discriminatorios incumple sus obligaciones derivadas de la Directiva de igualdad de trato y de los artículos 5 y 189 del Tratado, por cuanto dicho Estado miembro no ha garantizado que todas las personas que se consideren perjudicadas por una discriminación «puedan hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional», de conformidad con el artículo 6 de la Directiva. [44]

Ambito de aplicación del apartado 4 del artículo 2

40. Por las razones expuestas, he llegado a la conclusión de que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva de igualdad de trato se oponen a una norma nacional conforme a la cual en los sectores de la Administración Pública en los que el número de mujeres fuese inferior al de hombres en el concreto puesto superior de un nivel profesional, se concederá preferencia a las mujeres, a igualdad de capacitación (en términos de aptitud, competencia y rendimiento profesional), salvo que se atribuya carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran en un candidato de sexo masculino.

41. Podría ser útil añadir algunas observaciones relativas al tipo de medidas que, a mi juicio, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 en el que, recordaré, se dispone que la Directiva «no obstará 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 de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1», a saber, el acceso al empleo, incluida la promoción, y la formación profesional, así como las condiciones de trabajo.

42. De la formulación del apartado 4 del artículo 2 así como de la interpretación realizada por el Tribunal 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.

43. A mi juicio, 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

44 — Véase la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kaman (143/83, Rec. p. 1891), apartado 18. Véase, asimismo, la sentencia de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, Rec. p. I-2195), apartados 24 a 27.

medio de una disposición neutral para ambos sexos. [45] A título de ejemplo de una medida neutral de este tipo, cabe mencionar que las Instituciones comunitarias, en la contratación de personal, suelen contemplar una ampliación del límite de edad en otro caso aplicable, en favor de los «candidatos que, durante por lo menos un año sin interrupción, no hayan ejercido actividad profesional alguna con el fin de poder ocuparse de un menor que tuvieran a su cargo». [46]

44. Aun formulada en términos neutrales para ambos sexos, es probable que una disposición de tal índole favorezca a un número de mujeres significativamente mayor que de hombres. No obstante dicho efecto indirectamente discriminatorio, una disposición de este tipo será, a mi juicio, lícita de conformidad con el apartado 4 del artículo 2.

45. Sin embargo, es posible que determinadas medidas destinadas a suprimir desventajas específicas a que se enfrentan las mujeres en el mercado laboral alcancen mejor su objetivo si se articulan de modo que favorezcan sólo a las mujeres. Dichas medidas también estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2. Este planteamiento refleja la declaración efectuada por el Tribunal en el asunto Kalanke, según la cual el apartado 4 del artículo 2 «autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres». [47] Una medida directamente discriminatoria autorizada con arreglo al apartado 4 del artículo 2 «deberá ser directa, interviniendo, por ejemplo, en la orientación escolar y en la formación profesional, para garantizar eliminar los obstáculos que privan a las mujeres de igualdad de oportunidades». [48]

La cuestión de la elección de una política determinada

46. Al adherirme a una interpretación del apartado 4 del artículo 2 que excluye las medidas que conceden preferencia directa a la promoción o al nombramiento de mujeres en los sectores en que están infrarrepresentadas, no estoy expresando una opinión sobre la conveniencia de tales medidas como cuestión de principio. Es indiscutible que —como alegó el Reino Unido en el asunto Kalanke— [49] la desigualdad de representación de las mujeres es consecuencia de una amalgama de factores, y cabe que dicho trato preferente dispensado a las mujeres sea un método para mejorar uno de los ingredientes

45 — En efecto, reservar a las mujeres la posibilidad de acogerse a los beneficios derivados de las medidas relativas al cuidado de los hijos puede incluso considerarse contrario al objetivo de tratar a hombres y mujeres como participantes en pie de igualdad en la población activa, por cuanto refuerza la presunción de que la responsabilidad primordial del cuidado de los niños ha de corresponder a las mujeres: véase O'Hare, Ursula A.: «Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 Kalanke v Freie Hansestadt Bremen» (1996), Web Journal of Current Legal Issues, y el comentario de jurisprudencia de Sacha Prechal, citado en la nota 29 *supra*, p. 1253.

46 — Véanse, por ejemplo, la letra c) del apartado 3 del anuncio de concurso oposición CJ/LA/18 (DO 1996, C 268 A, p. 8; contratación de juristas-lingüistas para el Tribunal de Justicia), y la letra b) del apartado 1 del anuncio de concurso posición CC/A/6/96 (DO 1997, C 84 A, p. 5; contratación de administradores-estadísticos para el Tribunal de Cuentas).

47 — Apartado 19 de la sentencia.

48 — Punto 19 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto Kalanke.

49 — Citado por O'Hare, Ursula: «Positive Action Before the European Court of Justice», citado en la nota 45 *supra*.

(aunque puede señalarse que las normativas controvertidas en el asunto Kalanke y en el presente asunto parecen haber tenido una incidencia señaladamente escasa, [50] lo cual no ha de ser causa de sorpresa por cuanto los motivos para aplicar la excepción parecen ser fundamentalmente los mismos que se aplicarían a falta de la normativa cuya aplicación se pretende excluir por medio de dicha excepción). No obstante, la conveniencia u oportunidad de dicha política es materia que corresponde al legislador y no a este Tribunal, [51] cuya función en este asunto, al igual que en el asunto Kalanke, es interpretar la legislación vigente. El Tribunal debe resistir toda tentación de diseñar el resultado en función de la política, por atractiva que parezca. Según declaró un «industrial tribunal» del Reino Unido en el contexto análogo de la legalidad de listas, integradas exclusivamente por mujeres, elaboradas para la selección de candidatos del Partido Laborista en determinadas circunscripciones:

«Es muy posible que sean muchos quienes consideraran [la corrección del desequilibrio existente entre ambos sexos en la Cámara de los Comunes] un motivo laudable, pero ello carece de toda pertinencia a la hora de dilucidar si el mecanismo, tal como se aplicó en el presente caso constituye una discriminación ilegal directa por razón de sexo en contra de los candidatos de sexo masculino». [52]

47. A mi juicio, está claro que la decisión en el asunto Kalanke —a pesar de las muchas críticas derivadas de interpretaciones erróneas [53] de que ha sido objeto— fue conforme con el tenor de la Directiva. Es cierto que la legislación se redactó hace dos decenios y las transformaciones sociales que han tenido lugar desde entonces pueden implicar que una disposición cuyo objeto y ámbito de aplicación eran adecuados en el momento de su adopción necesite actualmente una revisión. Sin embargo, la revisión de la legislación comunitaria es también materia que corresponde al legislador y no a este Tribunal. Es interesante observar que actualmente existen dos iniciativas paralelas que persiguen, por vías diferentes, establecer determinadas formas de acción positiva.

48. En 1996, a raíz de la sentencia Kalanke, la Comisión propuso una modificación del apartado 4 del artículo 2. [54] Dicha disposición, en su versión modificada por la propuesta, tendría el siguiente tenor:

«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

50 — Observaciones presentadas por el *Land* en el presente asunto; Schiek, Dagmar: «*Positive Action [...]*», citado en la nota 40 *supra*, p. 244. Véase, con carácter general, Shaw, Josephine: «Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems», en *Discrimination: The Limits of Law*, Bob Hepple y Erika Szyszczak (Londres y Nueva York: Mansell Publishing Ltd, 1992), p. 386.

51 — No obstante la opinión en contrario manifestada por algunos comentaristas: véase, por ejemplo, el comentario de jurisprudencia de Eva Brems citado en la nota 6 *supra*, p. 178.

52 — Jepson/The Labour Party (1996), *Industrial Relations Law Reports* 116, p. 117.

53 — Véase, por ejemplo, Loenen, Titia y Veldman, Albertine: «Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives», 12 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 43 (1996), p. 43: «*El ataque fundamental a la diferencia de trato que parece entrañar la sentencia Kalanke [...]*»

54 — Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE 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 C 179, p. 8).

un miembro del sexo infrarrepresentado, siempre que tales medidas no impidan la evaluación de las circunstancias particulares en un caso determinado.» [55]

49. La Comisión, por entender que la sentencia Kalanke se limita a las acciones positivas del tipo concreto del que se trata en dicho asunto, considera que la modificación propuesta no altera el ámbito de aplicación de la Directiva de igualdad de trato, sino que tiene carácter meramente «interpretativo», «declarativo» y «aclaratorio». [56] Por los motivos que he aducido, no acepto tal opinión; a mi juicio, por tanto, la modificación propuesta es más innovadora de lo que sugiere la Comisión. Además, carece de claridad. [57] Si se considera conveniente establecer un principio según el cual determinados tipos de acción positiva son lícitos, es esencial definir inequívocamente el alcance exacto de dicho principio (si bien puede ser adecuado, habida cuenta de la disparidad de las opiniones políticas y las cambiantes circunstancias económicas y sociales, dejar a los Estados miembros un cierto margen de apreciación en cuanto a la cuestión de si hacen uso, y en qué medida, de una excepción de este tipo).

50. La segunda iniciativa es una propuesta de modificación del Tratado que se está formulando en el marco de la Conferencia Intergubernamental. Al parecer, la modificación propuesta aclarará que el establecimiento por un Estado miembro de determinadas modalidades de acción positiva no es contrario al principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades. Resta por ver cuáles serán el tenor exacto y la fortuna política de dicha propuesta. Parece probable que la modificación propuesta tenga por objeto complementar el apartado 3 del artículo 6 del Protocolo nº 14 del Tratado, sobre política social (el «capítulo social»). En dicha disposición se prevé que el artículo 6 (que consagra el principio de igualdad de retribución en términos casi idénticos a los del artículo 119 del Tratado) «no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales». Dado que se limita a la igualdad de retribución, el apartado 3 del artículo 6, aun cuando la Comisión lo cita brevemente, carece de toda utilidad en el presente asunto.

La pertinencia de los instrumentos internacionales

51. Varias de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal [58] aluden a convenios internacionales que, se sostiene, respaldan la tesis según la cual el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva de igualdad de trato debe interpretarse de un modo lo suficiente-

55 — Artículo 1 de la propuesta de Directiva de modificación.

56 — Véase la exposición de motivos, COM(96) 93 final, pp. 3, 4 y 7.

57 — Véase la crítica, correctamente articulada, del Comité Económico y Social, formulada en su dictamen de 25 de septiembre de 1996 (DO 1997, C 30, p. 57, especialmente los apartados 3.1 y 3.2).

58 — Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión citada en la nota 4 *supra*, pp. 7 a 8.

mente amplio como para comprender, en el ámbito de las acciones que permite, las medidas de preferencia del tipo de la norma nacional controvertida en el presente asunto.

52. El Land de Renania del Norte-Westfalia y la Comisión citan el Convenio, relativo a la Discriminación, de la Organización Internacional del Trabajo, [59] ratificado por todos los Estados miembros a excepción de Irlanda, Luxemburgo y el Reino Unido. En el artículo 5 se dispone:

«1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.»

53. El Land de Renania del Norte-Westfalia y los Gobiernos austriaco, finlandés y noruego, así como la Comisión se remiten a la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, [60] y en concreto al apartado 1 del artículo 4, en el que se dispone:

«La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero en ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.»

54. Ambos Convenios autorizan la adopción de medidas especiales, aun cuando sean *prima facie* discriminatorias, introduciendo excepciones a la prohibición básica de discriminación que en ellos se contiene. Las partes que invocan los Convenios aducen, expresa o implícitamente, que la normativa nacional controvertida no contraviene dichos Convenios y que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva debe interpretarse de un modo que sea compatible con los Convenios.

59 — Convenio número 111, de 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, UNTS, vol. 362, p. 31.

60 — Resolución 34/180 de la Asamblea General, adoptada el 18 de diciembre de 1979.

55. Las disposiciones de los Convenios invocadas son innegablemente vagas: no está claro en absoluto que comprendan acciones de preferencia del tipo impuesto por la norma nacional controvertida en el presente asunto. Por tanto, en tal medida, los Convenios carecen de utilidad para la interpretación de las disposiciones del apartado 4 del artículo 2, de índole más concreta.

56. Además, los términos de los Convenios de referencia tienen carácter claramente permisivo en lugar de imperativo. Por consiguiente, la interpretación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva que defiendo, no suscita, por consiguiente, un conflicto directo con los Convenios, como ocurriría si, por ejemplo, éstos exigieran expresamente a los Estados la adopción de acciones positivas del tipo de las discutidas en el presente asunto. Es, pues, innecesario examinar la situación que existiría de plantearse un conflicto. Ello suscitaría una serie de espinosos problemas en lo que respecta al efecto directo de los Convenios y al alcance del artículo 234 del Tratado CE. [61]

57. Sin embargo, en cuanto a la cuestión de carácter más general relativa al ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, los tipos de medidas permitidas, a mi juicio, por el apartado 4 del artículo 2 son en todo caso los tipos de medidas que los Convenios parecen encaminadas a facilitar.

Conclusión

58. Por consiguiente, en mi opinión, procede responder, a mi juicio, a la cuestión remitida por el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen del siguiente modo:

«Los apartados 1 y 4 del artículo 2 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, se oponen a una norma de Derecho nacional que dispone que en los sectores de la Administración Pública en los que el número de mujeres fuese inferior al de hombres en el concreto puesto superior de nivel profesional, se concederá preferencia a las mujeres, a igualdad de capacitación (en términos de aptitud, competencia y rendimiento profesional), salvo que se atribuya carácter decisivo a circunstancias específicas que concurran en un candidato de sexo masculino.»

61 — Véase, como más reciente, la sentencia de 14 de enero de 1997, Centro-Com (C-124/95, Rec. p. I-81), apartados 55 a 60.