CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS

presentadas el 6 de julio de 2000 *

1. ¿Se opone la legislación comunitaria en materia de igualdad de trato a una norma nacional en cuya virtud, cuando el número de candidatos capacitados para efectuar prácticas jurídicas preparatorias excede del número de plazas disponibles para un período determinado, se da prioridad, con determinados límites temporales, a quienes cumplan los criterios definidos en términos generales como casos de rigor, cuando uno de los ejemplos que figuran en la norma —haber prestado el servicio militar obligatorio— sólo puede, en realidad, aplicarse a los hombres? Ésta es, esencialmente, la cuestión prejudicial planteada en este asunto por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania).

La Directiva sobre igualdad de trato

2. La Directiva 76/207/CEE del Consejo [1] se adoptó con objeto de aplicar en los Estados miembros el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, entre otras cosas, al acceso a la formación profesional (artículo 1). Según el artículo 2, apartado 1, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de «toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente». Sin embargo, el artículo 2, apartado 4, establece entre otras excepciones, que la 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 de las mujeres» en los ámbitos en que se aplica.

3. El artículo 4 dispone que:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, de formación, de perfeccionamiento y de reciclaje profesionales, implica que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

* Lengua original: inglés.

1 — 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).

[...]

c) sean accesibles, según los mismos criterios y a los mismos niveles sin discriminación por razón de sexo, la orientación, la formación, el perfeccionamiento y el reciclaje profesionales, sin perjuicio de la autonomía reconocida en determinados Estados miembros a algunos centros privados de formación.»

4. Según el artículo 6:

«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.»

Disposiciones nacionales y su contexto

5. En Alemania, la formación de las profesiones jurídicas está amplia y minuciosamente regulada. Aunque puede haber ligeras diferencias entre los Länder, el sistema general es el siguiente.

6. Al término de la enseñanza secundaria, se requieren cuatro años de estudios universitarios de Derecho, seguidos del primer examen de Estado que, por lo general, abarca otro semestre. Aunque en esta fase pueden ofrecerse posibilidades profesionales en funciones de importancia secundaria, la mayor parte de los futuros juristas pueden seguir, por lo general durante dos años, un período de prácticas/experiencia profesional en diversas funciones, bajo el control del poder judicial. Durante este período, perciben un sueldo y devengan derechos a pensión como funcionarios temporales. A su término, deben superar el segundo examen de Estado, que una vez aprobado, les permite acceder al pleno ejercicio de las profesiones jurídicas.

7. El presente asunto se refiere a la admisión a las prácticas jurídicas en el Land de Hessen. En la época de los hechos (marzo de 1998), la materia se regía por los artículos 23 y 24 de la Juristenausbildungsgesestz (Ley relativa a la formación de los juristas; en lo sucesivo, «JAG») y por el artículo 14a del Juristische Ausbildungsordnung (en lo sucesivo, «JAO»), su reglamento de aplicación.

8. Según el artículo 23, apartado 1, de la JAG, quien haya aprobado el primer examen de Estado será admitido al servicio de prácticas jurídicas preparatorias. El artículo 24, apartado 1, establece que los juristas ingresarán con efectos del primer día laborable de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre y noviembre de

cada año. En virtud de disposiciones presupuestarias, el número de plazas disponibles está limitado a 140. Las situaciones en las que haya más candidatos que plazas disponibles están reguladas en el artículo 24, apartado 2, de la JAG, que establece, en su versión en vigor en la época de los hechos, que:

«Si el número de las solicitudes de admisión a las prácticas jurídicas preparatorias presentadas dentro de plazo para un día de incorporación concreto superara el número de las plazas disponibles, su ingreso podrá aplazarse hasta doce meses, salvo si circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor impiden el aplazamiento. La selección de las personas cuya contratación deba ser aplazada se efectuará por sorteo.»

9. Los casos de rigor están establecidos en el artículo 14a del JAO:

«1. Existirán las circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor, en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la JAG, cuando el aplazamiento implique desventajas para la candidata o el candidato que, aplicando un criterio estricto, superen considerablemente los perjuicios ocasionados normalmente por dicho aplazamiento.

2. Se considerarán casos de rigor los siguientes:

1. La condición acreditada de minusvalía grave.

2. Circunstancias especiales de orden social y familiar, que deberán acreditarse mediante certificación administrativa.

3. Retraso en el inicio o la terminación de los estudios que no sea imputable al solicitante, especialmente cuando se haya producido a consecuencia de la elección de un plan de estudios para mayores o de la participación en los organismos de autogestión universitarios o estudiantiles.

4. La prestación de un servicio obligatorio en el sentido del artículo 12a, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz o el ejercicio de una actividad de un mínimo de dos años como colaboradora o colaborador en el sentido de la Entwicklungshelfergesetz [Ley de la ayuda al desarrollo] de 18 de junio de 1969 *(BGBl. I,* p. 549), modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989 *(BGBl. I,* p. 2261), o la prestación de un año de voluntariado social con arreglo a la Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres [Ley de Promoción del Voluntariado Social

Anual] de 17 de agosto de 1964 *(BGBl. I,* p. 640), modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989 *(BGBl. I,* p. 2261).»

10. El servicio militar a que se refiere el artículo 12, letra a) de la Ley Fundamental dura diez meses y el servicio de voluntariado social establecido en el artículo 12 a, apartado 2, dura trece meses. Ambos se aplican a los hombres. Me referiré a ellos conjuntamente como «servicio nacional obligatorio».

11. Las disposiciones normativas del Land Hessen fueron posteriormente modificadas en mayo de 1998. Desde entonces, el 50 % de las plazas para cada ingreso se cubren con los candidatos que pueden acreditar calificaciones y resultados, el 15 % con los casos de rigor y el 35 % con aquellos cuyo ingreso haya sido aplazado desde su solicitud inicial. La definición de los casos de rigor sigue siendo fundamentalmente la misma, aunque se ha invertido el orden de los ejemplos 3 y 4, y se ha precisado que, si el número de candidatos que acrediten el caso de rigor excede del 15 % de las plazas disponibles, se da preferencia a los casos mencionados en el punto 1, seguidos por los del punto 2, y que las plazas restantes si las hubiere, se atribuyen por sorteo.

El procedimiento principal y la resolución de remisión

12. La Sra. Julia Schnorbus aprobó el primer examen de Estado en octubre de 1997 y solicitó su admisión a las prácticas jurídicas preparatorias para iniciarlas en enero de 1998. Era uno de los 360 candidatos, por lo que se aplicaba el artículo 24, apartado 2, de la JAG para decidir la asignación de las 140 plazas disponibles. Una vez aplicado el régimen de los casos de rigor, se procedió a un sorteo para los demás candidatos y la Sra. Schnorbus no fue elegida. Solicitó nuevamente su admisión para marzo de 1998, pero tampoco se le asignó una plaza y se encontró situada en el puesto 250 de la lista establecida después del sorteo. Por último, nuevamente a través del procedimiento de sorteo, se le asignó una plaza en mayo de 1998.

13. No obstante, entretanto la Sra. Schnorbus había interpuesto una reclamación administrativa y un recurso judicial contra la negativa de febrero de 1998 a asignarle una plaza en las prácticas que se iniciaron el mes de marzo.

14. Por una parte, la demandante solicitó al Verwaltungsgericht Frankfurt am Main que acordara una medida cautelar consistente en contratarla como jurista en prácticas a partir del primer día laborable de marzo de 1998. El 23 de febrero de 1998 se estimó

dicha pretensión, pero el Hessische Verwaltungsgerichtshof denegó la medida cautelar cuatro días más tarde.

15. Por otra parte, la demandante presentó una reclamación administrativa contra la negativa a admitirla a las prácticas jurídicas preparatorias, que fue desestimada el 2 de abril de 1998 mediante resolución en la que se declaraba que el procedimiento de selección no había dado lugar a una discriminación indirecta ilegal de las mujeres y que el régimen aplicable a quienes hayan prestado el servicio militar obligatorio establece un criterio objetivo de diferenciación.

16. La demandante interpuso a continuación un recurso ante el Verwaltungsgericht solicitando que se declarara que la resolución denegatoria de su reclamación era ilegal y lesionaba sus derechos. (Al asignársele una plaza a partir de mayo de 1998, desistió de su recurso.) En este contexto, el Verwaltungsgericht sometió al Tribunal de Justicia ocho cuestiones prejudiciales que pueden resumirse como sigue:

«¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE la admisión prioritaria de los hombres que hayan prestado el servicio nacional obligatorio (requisito que no pueden cumplir las mujeres)? (cuestión 1). En caso de respuesta afirmativa, ¿origina una discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva? (cuestiones 2 y 3).

¿Debe excluirse la justificación con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, porque la prioridad se aplica automáticamente a los hombres, sin examinar las circunstancias particulares u otros criterios relevantes, excediendo con ello de una medida que tiene por objeto favorecer la igualdad de oportunidades (cuestión 4), o bien porque dicha disposición sólo permite medidas que promuevan la igualdad de oportunidades en favor de las mujeres? (cuestión 5).

Si así no fuera, ¿es la circunstancia de que los hombres sean los únicos obligados a prestar el servicio nacional obligatorio lo que constituye una "desigualdad de hecho" —en perjuicio de los hombres— en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva, o también deben tenerse en cuenta las desventajas a que han de hacer frente las mujeres en el mundo laboral por razón de su sexo? (cuestión 6). ¿O bien, con carácter subsidiario, puede estar justificada la prioridad con arreglo al artículo 2, apartado 4, simplemente por el hecho de que compensa desventajas que no tienen que sufrir las mujeres porque no están sometidas a la obligación de prestar el servicio nacional obligatorio? (cuestión 7).

Por último, ¿puede conceder el artículo 6 de la Directiva un derecho de acceso a la formación cuando la denegación de dicho

acceso se basa en una discriminación y no existe derecho a indemnización alguna? (cuestión 8).»

17. Han presentado observaciones escritas el Land Hessen (parte demandada en el procedimiento principal) y la Comisión. La Sra. Schnorbus no ha presentado observaciones, si bien sus alegaciones están ampliamente expuestas en la resolución de remisión del Verwaltungsgericht, que parece inclinarse a considerarlas favorablemente. No se ha celebrado vista oral.

Análisis

Admisibilidad

18. El Land Hessen cuestiona la admisibilidad de la petición prejudicial. Sostiene que, puesto que la normativa ha sido modificada, una resolución sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario sería irrelevante de cara a futuros casos. Tal resolución también sería irrelevante para la resolución del litigio principal: dado que la Sra. Schnorbus ocupó el lugar 250 después del sorteo, no habría podido ser admitida ni siquiera en el caso de que no hubiese habido candidatos prioritarios; por lo demás, alega que la demandante no puede invocar un interés en ejercitar la acción declarativa que, en su opinión, no es admisible.

19. Es cierto que no existe en el presente caso ninguna cuestión fundamental que dependa de la interpretación del Derecho comunitario. También es cierto que el Verwaltungsgericht afirma expresamente en su resolución de remisión que una de las razones para plantear las cuestiones es que éstas pueden ser relevantes en casos futuros que afecten a otras disposiciones legales, independientemente de cuál sea el resultado del procedimiento principal, lo que implica que su interés es en cierta medida, hipotético.

20. Sin embargo, no pienso que existan razones válidas para objetar la admisibilidad de la petición prejudicial.

21. A este respecto, la modificación de la legislación es irrelevante. El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Pierrel [2] que el artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), «confiere al Tribunal de Justicia competencia para interpretar el Derecho comunitario y que, por consiguiente, los cambios acaecidos en la legislación nacional con posterioridad a la petición de decisión prejudicial no pueden influir en esta interpretación». La presente situación no es fundamentalmente diferente (aun cuando la modificación de la legislación se produjo *antes* de la resolución de remisión), en la medida en que el Juez nacional está obligado a aplicar el Derecho interno en su estado anterior a dicha modificación y ha solicitado una interpretación del Derecho comunitario en ese contexto. En realidad, puesto que las

2 — Sentencia de 7 de diciembre de 1993, Pierrel/Ministero della Sanità (C-83/92, Rec. p. I-6419), apartado 32.

cuestiones se refieren específicamente al criterio de haber prestado el servicio nacional obligatorio, dado que este criterio se mantiene en la legislación modificada, aunque con consecuencias más limitadas, la modificación no hace que desaparezca la relevancia inicial.

22. Por lo demás, el Verwaltungsgericht ha dejado claro que el único recurso de la Sra. Schnorbus aún pendiente es el que tiene por objeto que se declare que la respuesta a su reclamación administrativa era ilegal y lesionaba sus derechos. No corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la admisibilidad de dicho recurso —que la Sra. Schnorbus debe poder interponer al amparo del artículo 6 de la Directiva— [3] y la mayor parte de las cuestiones planteadas no resultan irrelevantes para resolver el litigio. Incluso la octava cuestión del órgano jurisdiccional nacional, aunque no parece ser directamente pertinente para la resolución del litigio, puede ser necesaria por razones de orden procesal conexas con una posterior demanda de indemnización ante los tribunales civiles.

La sentencia Kreil

23. El 11 de enero de 2000, una vez concluida la fase escrita del presente asunto, el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Kreil, [4] en un caso que parecería tener aquí cierta importancia. No obstante, un examen más minucioso revela enseguida que se trata de una mera apariencia.

24. La cuestión debatida en el asunto Kreil era si la Directiva 76/207 prohíbe la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que prevén la exclusión total de las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo permiten su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar, y la respuesta del Tribunal de Justicia fue afirmativa.

25. Sin embargo, dicha sentencia no se refería a la obligación impuesta exclusivamente a los hombres de prestar el servicio militar o cumplir la prestación social sustitutoria, que tiene importancia en el presente caso, sino a la exclusión total de las mujeres de la posibilidad de ocupar voluntariamente empleos militares que impliquen el uso de armas. La discriminación cuya existencia fue declarada era totalmente diferente de cualquier discriminación que pudiera existir con el presente asunto.

3 — El Tribunal de Justicia ha señalado su importancia en una serie de asuntos, desde la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14-83, Rec. p. 1891) hasta la sentencia de 22 de septiembre de 1998, Coote (C-185/97, Rec. p. I-5199).

4 — Sentencia Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69).

Las cuestiones planteadas en el presente asunto

— ¿Están comprendidas las disposiciones controvertidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207?

26. El órgano jurisdiccional remitente considera que la Directiva 76/207 se aplica al sistema de prioridades establecido por la legislación controvertida, puesto que afecta al momento del acceso a las prácticas jurídicas preparatorias, aun cuando no afecte al propio derecho a tal acceso. Por el contrario, el Land Hessen no la considera aplicable: las normas de que se trata no afectan al derecho de cualquier persona para acceder a las prácticas jurídicas preparatorias, sino que se limitan a regular la duración del posible período de espera. No obstante, la Comisión considera que «la igualdad de trato en lo que se refiere al acceso» no se refiere sólo a la cuestión de «si» se tiene derecho al mismo, sino también a «cuándo»; cualquier retraso impuesto a una persona para acceder a la formación profesional y, por tanto, a la consiguiente actividad profesional, puede constituir una desventaja discriminatoria en relación con quienes no la han sufrido y puede equivaler, si su duración es excesiva, a negar el acceso. Es importante garantizar que no se eludan las disposiciones de la Directiva.

27. Estoy de acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente y con la Comisión. Es evidente que un candidato admitido inmediatamente a las prácticas preparatorias remuneradas, recibe un trato más favorable que quien debe esperar, aun cuando la espera no sea superior a doce meses. La desigualdad de trato en esta fase no sólo ocasiona una privación económica temporal, sino que también repercute en el desarrollo de la carrera durante cierto tiempo. Además, todo retraso de las prácticas jurídicas preparatorias en esta fase puede tener un efecto perjudicial significativo, ya que interfiere con la adquisición continua y el mantenimiento activo de los conocimientos, en particular si se prolonga durante doce meses completos. Cuando la insuficiencia de recursos hace necesario adoptar normas para determinar qué candidatos son admitidos inmediatamente y quiénes han de esperar, la Directiva 76/207 —en particular, su artículo 4— se aplica plenamente a estas normas que, por consiguiente, deben evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

— La norma controvertida

28. Las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia tanto por el Land Hessen como por la Comisión hacen hincapié en el hecho de que las disposiciones controvertidas de la JAG y del JAO dan prioridad a los casos de rigor en general y que la prestación del servicio nacional obligatorio es un mero ejemplo de los que figuran en una lista no exhaustiva. Señalan que otros casos, estén o no mencionados en la legislación, pueden aplicarse, indiferentemente, a las mujeres, y deducen de ello determinadas consecuencias en cuanto a la índole discriminatoria o no de estas disposiciones.

29. Considero que este enfoque es erróneo. Las cuestiones planteadas por el Juez nacional se refieren específica y expresamente a la legalidad, a la luz de la Directiva, de la prioridad dada a las personas que han prestado el servicio nacional obligatorio. Hay que examinar si toda desigualdad de trato que resulte de tales circunstancias, constituye una discriminación ilegal o si puede estar justificada.[5] Es irrelevante a estos efectos que pueda concederse prioridad en otras circunstancias sin dar lugar a una discriminación ilegal. Por el contrario, es pertinente si, por ejemplo, una obligación comparable se impusiera a las mujeres sin concederles la misma prioridad. No obstante, la Sra. Schnorbus no basa su recurso en tal alegación, ni tampoco existe indicación de una situación semejante en la resolución de remisión del Juez nacional. Por lo tanto, limitaré mi examen a la norma específica controvertida, que da prioridad a aquellos candidatos que hayan prestado el servicio nacional obligatorio.

— Discriminación directa e indirecta por razón de sexo: consideraciones de orden general y posibles justificaciones

30. No siempre es necesario distinguir entre discriminación directa y discriminación indirecta por razón de sexo; por ejemplo, en 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) o en la Directiva de igualdad de retribución.[6] En realidad, más bien parece que el tenor literal de los términos utilizados en la Directiva 76/207 («la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente») pretende abarcar ambas categorías y no establecer dos categorías diferentes de discriminación.

31. Sin embargo, como se verá, la distinción puede ser importante para responder a la cuestión de cuál es la posible justificación.

32. Una definición legal de la discriminación indirecta, que tiene en cuenta la mayor parte de los desarrollos jurisprudenciales desde que el Tribunal de Justicia estableció el principio de la distinción, figura en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80/CE:[7] «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda

5 — Aquí existe una dificultad terminológica que debe superarse. «Discriminación», en un sentido, no implica más que un reconocimiento de diferencias. Sin embargo, el Derecho comunitario la ha definido como «la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes» [véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 1998, Boyle y otras/Equal Opportunities Commission (C-411/96, Rec. p. I-6401), apartado 39]. La cuestión de si la discriminación, en un sentido amplio, puede estar «justificada», tema que trataré más adelante, puede nuevamente suscitar confusión.

6 — Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 54, p. 19; EE 05/02, p. 52).

7 — Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DO L 14, p. 6); véase también el considerando 19. Esta Directiva se aplica a situaciones contempladas, entre otras, por la Directiva 76/207, pero el plazo para adaptar a ella los ordenamientos internos expira el 1 de enero de 2001.

justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

33. En términos más simples, puede decirse que la discriminación por razón de sexo existe cuando se trata a las personas de un sexo de modo más favorable que a las del otro. La discriminación es directa cuando la desigualdad de trato se basa en un criterio que es expresamente el sexo o que está necesariamente ligado a una característica indisociable del sexo. Es indirecta cuando se aplica algún otro criterio, que en realidad afecta en una proporción claramente superior a personas de un sexo y no a las del otro.

34. Una desigualdad de trato puede estar «justificada» de dos maneras: por un lado, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una desigualdad de trato no constituye una discriminación ilegal si «[está] justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.» [8] Por otro lado, determinadas disposiciones que prohíben la discriminación determinan que la prohibición no afecta a medidas consideradas necesarias o de interés general. [9] En particular, existe la excepción del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, a la que se refiere el órgano jurisdiccional remitente en sus cuestiones cuarta a séptima, en particular, a la excepción de «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 otras palabras, toda «acción afirmativa o positiva».

35. Los dos tipos de justificación son de diferente naturaleza. El primero hace referencia a la propia definición de discriminación ilegal; si concurre, no existe tal discriminación y no es precisa ninguna verificación complementaria. El último constituye un posible «medio de defensa» que ha de ser examinado una vez probada la existencia de dicha discriminación. Además, el primer tipo parece aplicarse únicamente a la discriminación indirecta, ya que, cuando hay una discriminación directa, el criterio está, por definición, necesariamente relacionado con el sexo, mientras que el último puede aplicarse a cada una de estas dos categorías.

— ¿Da lugar la norma controvertida a una discriminación directa por razón del sexo?

36. El Verwaltungsgericht afirma que existe una discriminación directa por razón de sexo porque la norma controvertida favorece a una categoría que sólo incluye a hombres. Tanto el Land Hessen como la Comisión consideran que no es así, e insisten esencialmente en las diversas categorías mencionadas en el artículo 14 a,

8 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartados 60 y 65.

9 — Véanse, por ejemplo, los artículos 4, apartado 2, y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174), o (actualmente) el artículo 141 CE, apartado 4; véase también la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DO L 348, p. 1).

apartado 2, del JAO, que pueden incluir a mujeres.

37. En mi opinión, no existe discriminación directa por razón de sexo, aunque no por las razones aducidas por el Land Hessen y la Comisión, como antes he explicado, puesto que lo que aquí se discute es únicamente la prioridad dada a quienes hayan prestado el servicio nacional obligatorio.

38. Es cierto que la normativa alemana, en su estado actual, establece que no puede darse prioridad a las mujeres, mientras que sí puede concederse a la aplastante mayoría de los hombres, como consecuencia directa del hecho de que el criterio utilizado —la prestación del servicio nacional obligatorio— está vinculado a una obligación impuesta por la Ley a todos los hombres y sólo a ellos.

39. Esta situación podría compararse a la del embarazo. En una serie de asuntos que se iniciaron con la sentencia Dekker, [10] el Tribunal de Justicia declaró que la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a laś mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

40. Sin embargo, hay que establecer una diferencia entre los criterios basados en una obligación impuesta legalmente únicamente a un sexo y los criterios basados en una característica física inherente a un único sexo. Ninguna legislación puede hacer que los hombres den a luz, mientras que el legislador puede fácilmente suprimir cualquier discriminación entre hombres y mujeres respecto del servicio nacional obligatorio.

41. Por lo tanto, en el presente caso, no existe una discriminación directa porque la norma controvertida establece una diferencia entre quienes han prestado el servicio nacional obligatorio como resultado de una obligación y quienes no lo han cumplido, y no entre hombres y mujeres como tales.

— ¿Da lugar la norma controvertida a una discriminación indirecta por razón de sexo?

42. El órgano jurisdiccional nacional considera que, en cualquier caso, existe una discriminación indirecta, punto de vista que basa en las cifras aportadas por el Land Hessen: de los 394 candidatos a ser admitidos a las prácticas jurídicas preparatorias

10 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12; véanse también las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979), apartado 13; de 5 de mayo de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. p. I-1657), apartado 15; de 14 de julio de 1994, Webb (C-32/93, Rec. p. I-3567), apartado 19, y de 3 de febrero de 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549), apartado 20.

en marzo de 1998, 157 eran hombres y 237, mujeres; de los 140 juristas en prácticas contratados, 94 eran hombres y 46 mujeres; y 107 de los 140 habían sido admitidos con arreglo al régimen de los casos de rigor —84 hombres (67 de los cuales habían prestado el servicio nacional obligatorio) y 23 mujeres. Por tanto, una proporción considerablemente mayor de mujeres que de hombres se vio desfavorecida, sin que la desigualdad se debiera a ningún criterio objetivo ajeno al sexo. El propio Land Hessen no menciona específicamente esta cuestión en sus observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, aunque discute la pertinencia de una mera serie de cifras; por ejemplo, a diferencia de la situación en marzo de 1998, el porcentaje de mujeres admitidas fue del 51,2 % para las prácticas de julio de 1997 y del 50,9 % para las de septiembre de 1997. La Comisión está de acuerdo con el Verwaltungsgericht en este extremo, basándose en las cifras citadas en la resolución de remisión, pero señala que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar esta cuestión de hecho. Hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que resulta que existe discriminación indirecta cuando una norma afecta a un «porcentaje considerablemente inferior», o «a una proporción considerablemente inferior», o a «un porcentaje mucho más elevado» de un sexo que del otro. [11]

43. Considero, una vez más, que no es correcto tomar las cifras globalmente. La cifra que ha de tenerse en cuenta es la del número de candidatos que han obtenido una plaza en las prácticas jurídicas preparatorias con arreglo a la norma controvertida, es decir por haber prestado el servicio nacional obligatorio.

44. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia insiste en que debe existir una diferencia «considerable» en el porcentaje para poder demostrar la existencia de una discriminación indirecta. [12] En cuanto al criterio de la prestación del servicio nacional obligatorio, la diferencia es claramente «considerable»; el 100 % son necesariamente hombres y el 0 %, mujeres.

45. Desde este punto de vista, no tengo dificultad en llegar a la conclusión de que la norma controvertida supone, *prima facie*, una discriminación indirecta por razón de sexo.

46. No obstante, si se examinaran todas las estadísticas —lo que implicaría evaluar el régimen de los casos de rigor en su conjunto, en vez de examinar únicamente la norma controvertida— sería imprudente basar una conclusión sólo en las cifras [brutas] de marzo de 1998. Como sugiere la Comisión, el Juez nacional debería investigar la situación en profundidad antes de llegar a una conclusión cierta; deberían

11 — Véanse las sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, Rec. p. 911), apartado 13; de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 29; de 6 de febrero de 1996, Lewark (C-457/93, Rec. p. I-243), apartado 28; y de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann (C-278/93, Rec. p. I-1165), apartado 22.

12 — Véase, por ejemplo, la sentencia Seymour-Smith y Pérez, citada en la nota 8, apartados 63 y 64, en la que el Tribunal de Justicia estimó «considerable» la diferencia entre el 77,4 % de trabajadores masculinos y el 68,9 % de trabajadores femeninos.

examinarse los datos de otras admisiones. Sin embargo, no considero que las demás cifras presentadas por el Land Hessen demuestren ningún otro extremo. Si, como parece, las sesiones principales del primer examen de Estado tienen lugar una o dos veces por año, pero se producen incorporaciones a las prácticas jurídicas preparatorias cada dos meses, y si la discriminación existe tal como se alega, cabría esperar un porcentaje más elevado de hombres en las admisiones inmediatamente posteriores a tal sesión y un mayor porcentaje de mujeres en las admisiones anteriores a la siguiente. Pero si se pasa por alto la cantidad de hombres a los que se dio prioridad con arreglo al único criterio de haber prestado el servicio nacional obligatorio, en marzo de 1998 se concedieron 27 plazas a los hombres (de los cuales 17 según el régimen de los casos de rigor) en comparación con 46 mujeres (de las cuales 23, según el régimen de los casos de rigor). Estas cifras no revelan otra discriminación que la relacionada con la norma controvertida, para la cual la conclusión es inevitable.

— ¿Puede la norma controvertida «justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con ninguna discriminación por razón de sexo»?

47. La formulación habitual del Tribunal de Justicia puede parecer una tautología. Afirmar que no existe discriminación por razón de sexo cuando una desigualdad de trato está justificada por factores ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo parece evidente. Sin embargo, según la definición de la Directiva 97/80,[13] considero que significa que la discriminación (indirecta) no es ilegal cuando la desigualdad de trato está justificada por factores objetivos que no están en sí mismos (es decir, directamente) relacionados con el sexo.

48. Puede ser útil señalar que el régimen de los casos de rigor, por lo general, no tiene por consecuencia infligir una desigualdad de trato a un conjunto de personas en el que todos sus miembros, de otra manera, estarían sujetos a condiciones idénticas. La desigualdad de trato resulta de la necesidad de limitar el número de candidatos a los que se concede una plaza en cada período de prácticas jurídicas preparatorias. Cuando el número de candidatos capacitados no excede del número de plazas disponibles, todos los candidatos reciben el mismo trato. Cuando el número de plazas es insuficiente en relación con la cantidad de candidatos capacitados, algunos de ellos son tratados menos favorablemente que otros. El régimen de los casos de rigor establece una serie de prioridades cuyo principio es la evidente intención de extender las desventajas inevitables de una forma lo más equitable posible, otorgando un trato más favorable —en esta etapa precisa— a quienes ya hayan sufrido una forma de desventaja y un trato menos favorable a quienes no la hayan sufrido. Es importante recordar que la prioridad sólo afecta al momento en que se concede una plaza en las prácticas jurídicas preparatorias y únicamente dentro de determinados límites temporales.

13 — Véase el punto 32 *supra*.

49. En lo que respecta al criterio de la prestación del servicio militar obligatorio, existe una justificación basada en factores objetivos que —al igual que dicho criterio— no están relacionados directamente con el sexo. La norma controvertida ha sido adoptada para compensar (o quizás para evitar que se agrave) el retraso de aproximadamente un año para iniciar los estudios jurídicos. Esta desventaja está definida objetivamente y se aplica únicamente a las personas de un sexo porque la Ley (por el momento) lo impone únicamente a las personas de ese sexo. En consecuencia, las medidas adoptadas para mitigar sus efectos no están comprendidas en la definición de discriminación ilegal, salvo que existan desventajas comparables para las personas del otro sexo y no se hayan adoptado al respecto medidas equivalentes (y, como antes he indicado, no es éste el caso del presente asunto) o que vayan más allá de lo necesario para compensar la desventaja (y la norma controvertida no puede conferir una ventaja superior a doce meses, lo que corresponde al retraso sufrido como consecuencia de la prestación del servicio nacional obligatorio).

50. Soy consciente de que las cuestiones sexta y séptima tienen en cuenta la preocupación de no compensar en perjuicio de las mujeres el retraso sufrido por los hombres en su carrera por el hecho de la prestación del servicio nacional obligatorio, en la medida en que las mujeres deben hacer frente a mayores retrasos debidos a la maternidad. Sin embargo, la norma controvertida se refiere a desventajas ya sufridas que pueden demostrarse objetivamente y no a desventajas futuras estadísticamente probables, aunque inciertas.

51. Ello no significa que las medidas apropiadas que se adoptan para compensar los retrasos en que se incurre por razón de maternidad constituyan una discriminación ilegal. Evidentemente, no lo son, puesto que están autorizadas por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 y, actualmente, por el artículo 141 CE, apartado 4. Sin embargo, el hecho de que tales medidas sean legales —y loables— no significa que su inexistencia pueda hacer ilegales las medidas tomadas para mitigar los efectos de otros retrasos determinados objetivamente.

— ¿Puede la norma controvertida estar justificada por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva (acción positiva)?

52. En mi opinión, la norma controvertida no origina una discriminación ilegal porque la desigualdad de trato está justificada por factores objetivos que no están directamente relacionados con el sexo. Por lo tanto considero que no es necesario examinar el artículo 2, apartado 4. Sin embargo, cualquier examen de una posible justifica-

ción con arreglo a esta disposición [14] deberá tener en cuenta, en gran medida, las mismas consideraciones que antes expuse respecto de la justificación objetiva.

53. En todo caso, parece claro que el Juez nacional yerra al argumentar que el artículo 2, apartado 4, sólo se aplica a las medidas adoptadas en favor de las mujeres. La Comisión señala acertadamente que la Directiva es aplicable a la igualdad de trato tanto en favor de los hombres como en favor de las mujeres y la referencia a «las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de la mujeres» es simplemente un ejemplo. El hecho de que sólo se cite a las mujeres en este ejemplo se debe sin duda a que, como es comúnmente sabido, la mayor parte de las discriminaciones de hecho por razón de sexo, directas o indirectas, se aplican en perjuicio de aquéllas.

— ¿Puede deducirse del artículo 6 de la Directiva que confiere un derecho al acceso a las prácticas jurídicas preparatorias cuando no existe derecho a indemnización?

54. A la luz de la conclusión a la que he llegado en lo que respecta a la discriminación, considero que la última cuestión planteada por el Juez nacional no necesita respuesta.

55. No obstante, si el Tribunal de Justicia diera una respuesta, parecería acertado insistir en la jurisprudencia consolidada según la cual todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo contra las infracciones del principio de igualdad de trato. [15] Conforme a la explicación del Tribunal de Justicia acerca del significado y alcance del artículo 6 de la Directiva en la sentencia Marshall II, [16] cuando no se ha respetado el principio de igualdad, deben adoptarse medidas para restablecerlo; en el presente asunto tales medidas deberían garantizar el acceso no discriminatorio a las prácticas jurídicas o, si no fuera posible, la concesión de una reparación pecuniaria adecuada que permita que los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación ilegal sean subsanados con arreglo a las normas nacionales aplicables.

14 — O, si fuera aplicable *ratione temporis* el artículo 141 CE, apartado 4.

15 — Véase, por ejemplo, la sentencia Coote, citada en la nota 3 *supra*, apartado 22.

16 — Sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367), apartados 17 a 26, especialmente apartados 24 a 26.

Conclusión

56. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main como sigue:

«Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro que regulan el orden de prioridad para el acceso a prácticas jurídicas preparatorias están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 del Consejo y deben atenerse al principio de igualdad de trato en ella establecido.

Una normativa que concede prioridad para el acceso a prácticas jurídicas preparatorias a todas las personas que hayan cumplido una obligación impuesta legalmente tan sólo a las personas de un sexo no constituye una discriminación directa por razón de sexo, pero puede constituir una discriminación indirecta por razón de sexo.

No obstante, dicha normativa puede estar justificada por factores objetivos no relacionados directamente con el sexo, si se limita a compensar el retraso ya sufrido como resultado de haber cumplido la obligación legal de que se trata y si las personas del otro sexo no están sujetas a ningún retraso comparable que no dé lugar a una compensación equivalente; en estas circunstancias, la desigualdad de trato no constituye una discriminación ilegal.»