SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 6 de julio de 2000 *

En el asunto C-407/98,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Överklagandenämnden för Högskolan (Suecia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Katarina Abrahamsson,

Leif Anderson

y

Elisabet Fogelqvist,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70),

* Lengua de procedimiento: sueco.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres.: D.A.O. Edward, Presidente de Sala; L. Sevón, P.J.G. Kapteyn (Ponente), P. Jann y H. Ragnemalm, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Saggio;
Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre del Sr. Anderson, por sí mismo;

— en nombre del Gobierno sueco, por el Sr. A. Kruse, departementsråd del Utrikesdepartementet, en calidad de Agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. K. Oldfelt, Consejero Jurídico principal, y el Sr. A. Aresu, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

visto el informe del Juez Ponente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de noviembre de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 14 de octubre de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de octubre siguiente, el Överklagandenämnden för Högskolan (Comisión de Recursos de los establecimientos de enseñanza superior), planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70; en lo sucesivo, «Directiva»).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Abrahamsson y el Sr. Anderson, por una parte, y la Sra. Fogelqvist, por otra, acerca del nombramiento de esta última como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Göteborg.

Marco jurídico

Derecho comunitario

3 El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 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.»

4 Según el tercer considerando de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), «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». Con referencia específica al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, el Consejo recomendó a los Estados miembros:

«1) que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos;

[...]»

5 Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, el artículo 141 CE dispone en sus apartados 1 y 4:

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

[...]

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.»

6 La Declaración nº 28, sobre el apartado 4 del artículo 141 (antiguo artículo 119), del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam, establece:

«Al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral.»

Derecho nacional

7 La jämställdhetslagen (1991:433) (Ley sueca sobre la igualdad) establece, en su artículo 16, párrafo segundo, número 2, que se autorizan las medidas de discriminación positiva cuando contribuyan al esfuerzo emprendido en favor de la igualdad en la vida laboral. Este artículo dispone:

«Se considerará que existe una discriminación ilegal entre sexos cuando un empresario, para proveer puestos, promover o formar con vistas a la promoción, designe a una persona y no a otra del sexo opuesto, y la persona no seleccionada reúna en mayor medida los requisitos objetivos para ocupar dicho puesto de trabajo o para participar en la formación.

Estos requisitos no se aplicarán cuando el empresario pueda probar que:

1) la decisión no tiene relación directa o indirecta con el sexo de la persona desfavorecida;

2) la decisión forma parte de los esfuerzos emprendidos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, o

3) la decisión está justificada por tener en cuenta el interés moral o cualquier otro interés particular que no debe ceder manifiestamente ante el interés de igualdad en la vida profesional.»

8 El artículo 15 del Capítulo 4 del högskoleförordningen (1993:100) (Reglamento sueco sobre la enseñanza superior), en su versión en vigor antes del 1 de enero de 1999 (en lo sucesivo, «Reglamento 1993:100»), dispone, respecto de la motivación de las decisiones de promoción y de nombramiento en los puestos docentes:

«Para proveer un puesto docente deberán motivarse los méritos de orden científico, artístico, pedagógico, administrativo o cualquier otro mérito que tenga relación con el contenido de la asignatura a que se refiera el puesto y con su naturaleza en general. Deberá tenerse igualmente en cuenta la aptitud del candidato para informar de su investigación y de su trabajo de desarrollo.

Además, en el momento del nombramiento, habrán de tenerse en cuenta criterios objetivos que concuerden con las finalidades generales de la política del mercado de trabajo, de la igualdad, de la política social y de la política de empleo.»

9 El artículo 15 *bis* del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100 establece una forma de discriminación positiva específica para el supuesto de que un establecimiento de enseñanza superior decida aplicar dicha discriminación para la provisión de puestos o para determinadas categorías de puestos con vistas a favorecer la igualdad en el medio laboral. En este caso, un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea la capacitación suficiente para el puesto, podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.

10 Con arreglo al artículo 16 del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100, en un procedimiento de selección de profesor, hay que dar una importancia particular a las competencias científicas y pedagógicas.

11 Según el artículo 4, apartado 2, de la lagen (1994:260) om offentlig anställning (Ley sueca relativa a los empleos en la función pública), aplicable a los organismos públicos, hay que dar prioridad a la competencia si ningún otro motivo particular justifica actuar de manera diferente. Se deduce de los trabajos preparatorios de dicha disposición que el objetivo de favorecer la igualdad puede constituir un motivo particular.

12 El förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (Reglamento sueco relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación con vistas a favorecer la igualdad; en lo sucesivo, «Reglamento 1995:936»), entró en vigor el 1 de julio de 1995.

13 Se deduce de los trabajos preparatorios de dicho Reglamento (Proyecto 1994/95:164) que, según el Gobierno sueco, la evolución hacia un reparto más equitativo entre los sexos en el ámbito de la enseñanza se ha efectuado a un ritmo especialmente lento, de modo que es necesario un esfuerzo extraordinario con miras a garantizar, a corto plazo, un aumento significativo del número de profesores de sexo femenino. El Reglamento 1995:936 traduce este esfuerzo específico cuya finalidad consiste en aplicar, cuando sea necesario y posible, las medidas denominadas de discriminación positiva. Tras la decisión del Gobierno sueco de 14 de marzo de 1996 (dnr U 96/91), la acción se refirió a treinta puestos de profesor.

14 Los artículos 1 a 3 del Reglamento 1995:936 disponen:

«Artículo 1

El presente Reglamento se aplicará a los puestos de profesor y de adjunto de investigación creados y provistos mediante créditos especiales en el ejercicio

presupuestario 1995/1996 en determinadas Universidades y establecimientos de Enseñanza Superior del Estado en el marco de los esfuerzos emprendidos para favorecer la igualdad de trato en la vida profesional.

Artículo 2

Las Universidades y los establecimientos de Enseñanza Superior a los que se concedan dichos créditos deberán crear y proveer estos puestos de conformidad con el [Reglamento 1993:100], teniendo en cuenta las excepciones indicadas en los artículos 3 a 5 del presente Reglamento. Sin embargo, dichas excepciones sólo se aplicarán la primera vez en que se provean los mencionados puestos.

Artículo 3

En el momento del nombramiento, las disposiciones del artículo 15 *bis* del Capítulo 4 del [Reglamento 1993:100] serán sustituidas por las disposiciones siguientes.

Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes con arreglo al artículo 15, párrafo primero, del Capítulo 4 del [Reglamento 1993:100] se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado ("discriminación positiva"), si ello fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado.

No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.»

15 Resulta del Proyecto 1994/95:164 que la limitación que figura en el artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936 fue insertada para atenerse al artículo 9 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, según el cual, para la provisión de los empleos del Estado, sólo se tomarán en consideración criterios objetivos, tales como los méritos (duración de los servicios anteriores) y la competencia (aptitud para ocupar el puesto, demostrada por la formación teórica y práctica y la experiencia anterior). También se ha declarado en el Proyecto 1994/95:164 que, «aunque el objetivo destinado a favorecer la igualdad constituye un criterio objetivo en el sentido de la Constitución sueca, se desprende de dicha disposición que la diferencia de nivel de méritos, permitida en caso de discriminación positiva, estará sujeta a determinados límites».

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

16 El 3 de junio de 1996, la Universidad de Göteborg publicó la plaza vacante para proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera. La oferta de empleo indicaba que el nombramiento en dicho puesto debía contribuir a la promoción de la igualdad de sexos en la vida profesional y que, con arreglo al Reglamento 1995:936, podría aplicarse la discriminación positiva.

17 Se presentaron ocho candidatos, entre ellos, las Sras. Abrahamsson, Destouni y Fogelqvist y el Sr. Anderson.

18 La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias (en lo sucesivo, «tribunal calificador»), encargada de la selección efectuó dos votaciones, la primera de las cuales tenía en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos. En esta votación, el Sr. Anderson resultó ser el primero con cinco votos y la Sra. Destouni obtuvo tres votos. En la segunda votación, que tenía en cuenta tanto los méritos científicos como el Reglamento 1995:936, la Sra. Destouni fue clasificada primera con seis votos contra dos votos para el Sr. Anderson. El tribunal calificador propuso al Rector de la Universidad de Göteborg nombrar a la Sra. Destouni, indicando expresamente que el nombramiento de esta candidata, en vez del Sr. Anderson, no vulneraba la exigencia de

objetividad en el sentido del artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936. Refiriéndose, en ambos casos, a los dictámenes de expertos, el tribunal calificador clasificó al Sr. Anderson en segundo lugar y a la Sra. Fogelqvist en el tercero.

19 Al renunciar a su candidatura la Sra. Destouni, el Rector de la Universidad decidió, el 27 de junio de 1997, convocar nuevamente al tribunal calificador con el fin de que se pronunciase sobre las demás candidaturas teniendo en cuenta la igualdad entre hombres y mujeres y, más en particular, el objetivo del Reglamento 1995:936 y el plan de igualdad hombres-mujeres de la Universidad. El 6 de noviembre de 1997, el tribunal calificador declaró que no podía examinar nuevamente la cuestión teniendo en cuenta dichos elementos, puesto que el aspecto de la igualdad ya había sido considerado en su primera decisión. Por lo demás, declaró que una mayoría de sus miembros estimaba que la diferencia entre el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist era considerable, pero que le era difícil interpretar el alcance del artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936.

20 El 18 de noviembre de 1997, el Rector de la Universidad de Göteborg decidió nombrar a la Sra. Fogelqvist en dicho puesto. En su resolución, el Rector hizo referencia al Reglamento 1995:936 y al plan de igualdad hombres-mujeres de la Universidad e indicó que la diferencia entre los respectivos méritos del Sr. Anderson y de la Sra. Fogelqvist no era tan considerable como para que la discriminación positiva en favor de esta última vulnerara la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

21 El Sr. Anderson y la Sra. Abrahamsson apelaron ante el Överklagandenämnden för Högskolan. El Sr. Anderson alegó que el nombramiento era contrario, a la vez, a las disposiciones del artículo 3 del Reglamento 1995:936 y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051). La Sra. Abrahamsson sostuvo que la apreciación de las candidaturas por parte del tribunal calificador no había sido equitativa y que su producción científica era mejor que la de la Sra. Fogelqvist. No obstante, reconoció que los méritos del Sr. Anderson eran superiores a los suyos.

22 El 13 de marzo de 1998, el tribunal calificador, reunido nuevamente, indicó que no tenía motivos para revisar sus anteriores posturas. El 26 de junio de 1998, el Rector también se pronunció negativamente acerca de los recursos.

23 El Överklagandenämnden estimó que el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist eran los candidatos más capacitados y que se deducía de la investigación efectuada que el Sr. Anderson era claramente más competente en el plano científico que la Sra. Fogelqvist. En cuanto a las competencias pedagógicas, según el Överklagandenämnden, no podía considerarse que uno de los dos candidatos fuera claramente más capacitado que el otro. El criterio de la competencia administrativa tampoco parecía ser determinante, aunque podía considerarse que, si bien la Sra. Fogelqvist poseía cierta ventaja en este aspecto, ésta era bastante limitada.

24 El Överklagandenämnden indicó también que, por tradición y según la jurisprudencia aplicable, se concede una importancia particular, en la apreciación de conjunto, a los méritos científicos. En el caso presente, la ligera superioridad de la Sra. Fogelqvist en el plano administrativo no podía compensar la superioridad del Sr. Anderson en el plano científico. Por consiguiente, la cuestión de principio que se planteaba era si, en el momento de apreciar con arreglo al Reglamento 1995:936 la discriminación positiva, el hecho de que la Sra. Fogelqvist perteneciera a un sexo infrarrepresentado podía compensar la ventaja del Sr. Anderson y, además, si la aplicación del Reglamento 1995:936 era conforme con el Derecho comunitario y, en particular, con el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

25 Por lo que se refiere a la aplicación del Reglamento 1995:936, el Överklagandenämnden expuso que el alcance de la limitación de su artículo 3, párrafo tercero (respecto de la exigencia de objetividad en la provisión de puestos), a las medidas de discriminación positiva no estaba aclarado por otras fuentes jurídicas. Sin embargo, afirmó que podía suponerse que dicha limitación significa que el objetivo de igualdad debe ponderarse con el deseo de que funciones importantes para la sociedad, tales como la investigación y la enseñanza superior, sean ejercidas de la mejor manera posible. A este respecto, el Överklagandenämnden estimó que la exigencia de objetividad implica que no se puede aplicar una medida de discriminación positiva cuando, de manera manifiesta, pueda mermar

la eficacia con la que se ejercen tales funciones en caso de que no sea seleccionado el candidato más capacitado. El Överklagandenämnden consideró que, en el marco de la apreciación de la cuestión controvertida en el litigio principal respecto de este criterio, no aparecía claramente una vulneración de la exigencia de objetividad en caso de nombrar a la Sra. Fogelqvist.

26 En cuanto a la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la forma de discriminación positiva prevista en el artículo 3 del Reglamento 1995:936, el Överklagandenämnden estimó que las disposiciones de la Directiva no dan una respuesta inequívoca. Tras observar que el significado de la excepción del principio de igualdad de trato, establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, había sido examinado, en cierta medida, por el Tribunal de Justicia en las sentencias Kalanke, antes citada, y de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, Rec. p. I-6363), el Överklagandenämnden consideró que, no obstante, era útil interrogar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Derecho comunitario en la materia, conforme al artículo 177 del Tratado.

27 En estas circunstancias, el Överklagandenämnden för Högskolan decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuatro cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se oponen 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, a una legislación nacional según la cual un aspirante perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para un puesto estatal, debe ser designado con preferencia a un aspirante del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado ("discriminación positiva"), si así fuere necesario para seleccionar al aspirante del sexo infrarrepresentado, y según la cual sólo se excluye una medida de discriminación positiva si la diferencia entre las capacitaciones de los aspirantes es tal que su aplicación vulneraría el principio de objetividad en la provisión de los puestos?

2) Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿es en tal caso ilícita la aplicación de una medida de discriminación positiva, incluso si la aplicación de la legislación nacional se limita a la provisión, *bien* de un número de puestos predeterminado y limitado (como es el caso del Reglamento 1995:936), *o bien* de puestos que se crean en el marco de un programa especialmente aprobado en un centro universitario concreto, que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva [como es el caso del artículo 15 *bis* del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100]?

3) Si la respuesta a la segunda cuestión implica, en cualquier sentido, que tal discriminación positiva es ilícita, ¿puede considerarse que la norma, basada en la práctica administrativa sueca y en el párrafo segundo del artículo 15 del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100 —aprobada por el Överklagandenämnden— según la cual debe darse preferencia a un aspirante que pertenezca al sexo infrarrepresentado frente a un aspirante del sexo opuesto, siempre que ambos puedan ser considerados iguales o casi iguales en lo que respecta a sus méritos, es contraria, en algún sentido, a la Directiva mencionada en la primera cuestión?

4) ¿Sería distinta la apreciación de las cuestiones que anteceden si la legislación se refiere a los puestos de ingreso de nivel inferior comprendidos en el ámbito de una administración o a los puestos de máximo nivel de esa administración?»

Sobre la admisibilidad

28 Antes de responder a las cuestiones planteadas, es preciso examinar si el Överklagandenämnden för Högskolan debe ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado.

29 Para apreciar si un organismo posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido de esta disposición, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véase, en particular, la sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577, apartado 33).

30 En el presente caso, el Överklagandenämnden, que es un órgano permanente, fue instituido por la högskolelagen (1992:1434) (Ley sobre la enseñanza superior; en lo sucesivo, «Ley 1992:1434»), cuyo artículo 1, apartado 1, del Capítulo 5 dispone que una comisión de recursos particular examina los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en materia de enseñanza superior.

31 Resulta del förordningen (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (Reglamento que contiene las instrucciones aplicables a la Comisión de Recursos de la Enseñanza Superior) que, entre los ocho miembros del Överklagandenämnden, el presidente y el vicepresidente deben ser o deben haber sido jueces titulares. Entre los otros miembros, al menos tres deben ser juristas. La totalidad de los miembros son nombrados por el Gobierno.

32 El Överklagandenämnden examina de forma autónoma los recursos interpuestos contra las resoluciones de contratación de la Universidad y de las Escuelas Superiores. Conforme al artículo 9 del Capítulo 1 de la Constitución sueca, debe tomar en consideración a este respecto la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y hacer respetar la objetividad y la imparcialidad. Conforme al artículo 7 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, ningún órgano, incluido el Parlamento, puede decidir la manera en la que el Överklagandenämnden debe resolver un asunto particular que se le haya sometido. Sólo se examinan los recursos destinados a que se declare que el propio demandante debería haber sido nombrado en un puesto.

33 El Överklagandenämnden puede pronunciarse cuando están presentes el presidente y, al menos, otros tres miembros, de los cuales al menos uno ha de ser jurista. Las normas relativas al procedimiento ante el Överklagandenämnden están contenidas en la förvaltninglagen (1986:223) (Ley sobre la gestión administrativa; en lo sucesivo, «Ley 1986:223»). Los asuntos se resuelven normalmente después de un dictamen que se emite tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de presentar observaciones y de tomar conocimiento de las informaciones proporcionadas por las otras partes. El procedimiento también incluye una fase oral.

34 El examen culmina en una resolución obligatoria que no puede ser objeto de recurso (artículo 1, apartado 2, del Capítulo 5 de la Ley 1992:1434).

35 Se deduce de las disposiciones legales y reglamentarias mencionadas en los apartados 30 a 34 de la presente sentencia que el Överklagandenämnden tiene un origen legal y un carácter permanente, que, aunque sea una autoridad administrativa, está investido de una función jurisdiccional, que aplica normas jurídicas y que el procedimiento ante él es de naturaleza contradictoria, aun cuando la Ley 1986:223 no lo indique expresamente.

36 Por lo que se refiere al criterio de independencia, se desprende de las disposiciones constitucionales suecas, mencionadas en el apartado 32 de la presente sentencia, que el Överklagandenämnden se pronuncia sin recibir ninguna instrucción y con toda imparcialidad sobre los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en el seno de las Universidades y de las Escuelas Superiores.

37 Dichas garantías confieren al Överklagandenämnden la calidad de tercero en relación con las instancias que han adoptado la resolución que es objeto de recurso y la independencia necesaria para ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado.

38 Resulta de lo que antecede que el Överklagandenämnden för Högskolan debe ser considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, de modo que las cuestiones prejudiciales son admisibles.

Sobre el fondo

Observaciones preliminares

39 Con carácter preliminar, hay que hacer constar en primer lugar que, mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional, como la normativa sueca controvertida en el litigio principal, que establece, en el sector de la enseñanza superior, una discriminación positiva en la contratación en favor de candidatos que pertenezcan al sexo que esté infrarrepresentado.

40 La interpretación del artículo 141 CE, apartado 4, que se refiere a tales medidas, tan sólo resulta adecuada para resolver el litigio principal en el caso de que el Tribunal de Justicia considere que el referido artículo 2 se opone a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal.

41 A continuación, debe recordarse que, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva, ésta tiene por objeto poner en práctica, en los Estados miembros, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, por lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva, este principio supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo.

42 Sin embargo, según el artículo 2, apartado 4, la Directiva no obstará las medidas para 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 artículo 1, apartado 1.

43 Por último, cabe recordar que, en su sentencia de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros (C-158/97, Rec. p. I-1875, apartado 23), el Tribunal de Justicia declaró que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario:

— cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y

— cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Sobre la primera cuestión

44 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional, como la normativa sueca controvertida en el litigio principal, según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para

seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

45 Procede observar de entrada que, a diferencia de las normativas nacionales en materia de discriminación positiva examinadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias Kalanke, Marschall y Badeck y otros, antes citadas, la normativa nacional controvertida en el litigio principal permite dar preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aun cuando posea la capacitación suficiente, no tenga una capacitación igual a la de los candidatos del sexo opuesto.

46 En principio, la selección de los candidatos a un empleo se realiza mediante la apreciación de sus capacitaciones en relación con las exigencias del puesto vacante o de la función que se deba ejercer.

47 Pues bien, en los apartados 31 y 32 de la sentencia Badeck y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que, para realizar dicha apreciación, es legítimo tener en cuenta determinados criterios positivos y negativos que, aunque estén formulados en términos neutros en cuanto al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, favorecen en general a las mujeres. De este modo, puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las cualificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo.

48 En efecto, el objetivo de dichos criterios es, manifiestamente, lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, a evitar o compensar, conforme al

artículo 141 CE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

49 A este respecto, es importante señalar que la aplicación de criterios como los mencionados en el apartado 47 de la presente sentencia debe efectuarse de manera transparente y debe poder ser controlada con el fin de excluir cualquier apreciación arbitraria acerca de la capacitación de los candidatos.

50 Por lo que se refiere al procedimiento de selección controvertido en el litigio principal, no resulta de la normativa sueca aplicable que la apreciación de la capacitación de los candidatos respecto de las exigencias del puesto vacante esté basada en criterios claros y precisos de modo que puedan evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.

51 Por el contrario, según esta normativa, un candidato a un empleo en la función pública que pertenece al sexo infrarrepresentado y que posee la capacitación suficiente para dicho empleo debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si dicha medida fuere necesaria para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado.

52 De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal concede automáticamente la preferencia a los candidatos del sexo infrarrepresentado, siempre que estén suficientemente capacitados, con el único requisito de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulenerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

53 A este respecto, es importante destacar que el alcance de este requisito no se determina de forma precisa, de modo que la selección de un candidato, entre aquellos que tengan las capacitaciones suficientes, se basa, en definitiva, en el mero hecho de que pertenezca al sexo infrarrepresentado, incluso cuando los méritos del candidato así seleccionado sean inferiores a los de un candidato del sexo opuesto. Por añadidura, no se realiza un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. De ello se deduce que dicho método de selección no puede estar legitimado por el artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

54 En estas circunstancias, es necesario determinar si una normativa como la controvertida en el litigio principal está justificada por el artículo 141 CE, apartado 4.

55 A este respecto, basta con hacer constar que, aun cuando el artículo 141 CE, apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección como el controvertido en el litigio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido.

56 Procede, pues, responder a la primera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

Sobre la segunda cuestión

57 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone también a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.

58 A este respecto, basta con observar que el hecho de restringir el ámbito de aplicación de una medida de discriminación positiva como la controvertida no puede modificar su carácter absoluto y desproporcionado.

59 Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva y el artículo 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.

Sobre la tercera cuestión

60 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una práctica jurisprudencial nacional según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes.

61 A este respecto, basta con destacar que, como se ha recordado en el apartado 43 de la presente sentencia, dicha práctica debe ser considerada compatible con el Derecho comunitario, cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

62 Procede, pues, responder a la tercera cuestión que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

Sobre la cuarta cuestión

63 Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional de remisión pide que se dilucide si la respuesta a las cuestiones primera, segunda y tercera varía según que las normas nacionales se refieran a la selección de candidatos para el acceso a puestos de nivel inferior o a puestos de nivel superior.

64 A este respecto, basta con señalar que el Derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso al empleo, del nivel de los puestos que se deban proveer.

65 Procede, pues, responder a la cuarta cuestión que la apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

Costas

66 Los gastos efectuados por el Gobierno sueco y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Överklagandenämnden för Högskolan mediante resolución de 14 de octubre de 1998, declara:

1) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.

2) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 y el artículo 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.

3) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

4) La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

Edward Sevón Kapteyn

Jann Ragnemalm

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de julio de 2000.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Quinta

D.A.O. Edward