SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 17 de octubre de 1995 *

En el asunto C-450/93,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Bundesarbeitsgericht, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Eckhard Kalanke

y

Freie Hansestadt Bremen,

apoyada por

Heike Glißmann,

parte coadyuvante,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de 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

* Lengua de procedimiento: alemán.

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),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; C.N. Kakouris, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet y G. Hirsch, Presidentes de Sala; G.F. Mancini, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, P.J.G. Kapteyn (Ponente), C. Gulmann y J.L. Murray, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Tesauro;
Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— En nombre del Sr. Eckhard Kalanke, por el Sr. Rüdiger Haubrock, Abogado de Bremen;

— en nombre de Freie Hansestadt Bremen, por el Sr. Hartmuth Sager, Abogado de Hamburgo;

— en nombre de la Sra. Heike Glißmann, por el Sr. Klaus Richter, Abogado de Bremen;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. S. Lucinda Hudson, Assistant Treasury Solicitor, en calidad de Agente, asistida por la Sra. Eleanor Sharpston, Barrister;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por las Sras. Marie Wolfcarius y Angela Bardenhewer, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Sr. Eckhard Kalanke, representado por los Sres. Rüdiger Haubrock y Karsten Kuehne, Abogado de Berlín; de la Freie Hansestadt Bremen, representada por el Sr. Gerhard Lohfeld, Abogado de Bremen; de la Sra. Heike Glißmann, del Gobierno del Reino Unido y de la Comisión, expuestas en la vista de 13 de diciembre de 1994;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de abril de 1995;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 22 de junio de 1993, recibida en el Tribunal de Justicia el 23 de noviembre siguiente, el Bundesarbeitsgericht planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, dos cuestiones con carácter prejudicial sobre la interpretación de 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 (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 el Sr. Kalanke y la Freie Hansestadt Bremen (en lo sucesivo, «ciudad de Bremen»).

3 El artículo 4 de la Landesgleichstellungsgesetz de 20 de noviembre de 1990 (Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública; *Bremisches Gesetzblatt*, p. 433; en lo sucesivo, «LGG») dispone lo siguiente:

«Selección, Provisión de puestos de trabajo y Promoción

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas.

2) Al proveerse un puesto correspondiente a un grado de salarios, sueldos y retribuciones superior se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción.

3) [...]

4) Para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo. La experiencia y las aptitudes específicas, adquiridas por ejemplo en el marco de las tareas familiares, de las actividades que impliquen un compromiso social o sean de carácter no retribuido, se considerarán parte de la capacitación en el sentido de los apartados 1 y 2 únicamente si son útiles para desempeñar la actividad de que se trate.

5) Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos. También existirá cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.»

4 De la resolución de remisión se deduce que, en la última fase de un procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, debía optarse entre dos candidatos clasificados ambos en el grado retributivo III BAT:

— el Sr. Kalanke, parte demandante en el procedimiento principal, Ingeniero Superior de Jardines y Paisajes, que trabajaba desde 1973 como técnico de planificación de jardines en el Servicio de Parques y Jardines y ejercía en él las funciones de adjunto permanente del Jefe de Sección;

— La Sra. Glißmann, Ingeniera Superior Paisajista desde 1983 y que trabajaba desde 1975 en el mismo Servicio, también como técnico de planificación de jardines.

5 El Comité de Personal no dio su acuerdo a la propuesta de promoción del Sr. Kalanke presentada por la dirección del Servicio de Parques y Jardines. En el procedimiento de mediación que se siguió se recomendó el nombramiento del Sr. Kalanke. A consecuencia de ello, el Comité de Personal consideró infructuosa la mediación y solicitó que se pronunciara el Comité de Conciliación. Este, mediante decisión vinculante para el empleador, consideró que los dos candidatos poseían la misma capacitación y que, en virtud de la LGG, debía darse preferencia al candidato de sexo femenino.

6 Ante el Arbeitsgericht el Sr. Kalanke alegó que poseía una capacitación superior a la de la Sra. Glißmann, extremo que había sido ignorado por el Comité de

Conciliación. En opinión del Sr. Kalanke, el régimen de cuotas de la LGG es contrario a la Constitución del Land de Bremen, a la Grundgesetz (Ley fundamental alemana) y al artículo 611 a del BGB (Código civil alemán). No obstante, su demanda fue desestimada por el Arbeitsgericht y, en apelación, por el Landesarbeitsgericht.

7 La Sala Primera del Bundesarbeitsgericht, ante el que se había interpuesto recurso de casación («Revision» alemana), considera que la solución del litigio depende fundamentalmente de la aplicabilidad de la LGG. Señala que si el Comité de Conciliación aplicó indebidamente esta Ley, su decisión es ilegal por haber favorecido, únicamente por razón de su sexo, a una candidata que tenía la misma capacitación. El órgano jurisdiccional remitente acepta el hecho declarado probado por el Landesarbeitsgericht de que los dos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto. Al considerarse igualmente vinculado por la declaración de hechos probados efectuada por el órgano jurisdiccional de apelación, conforme a la cual existe infrarrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines, señala que el Comité de Conciliación debió negarse a dar su acuerdo, en virtud del apartado 2 del artículo 4 de la LGG, al nombramiento del demandante para cubrir el puesto vacante.

8 El Bundesarbeitsgericht precisa que, en el presente asunto, no se trata de un régimen de cuotas rígidas, que reserva a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación. Se trata, por el contrario, de un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos. Las mujeres sólo gozan de preferencia si los candidatos y las candidatas tienen la misma capacitación.

9 El órgano jurisdiccional remitente considera que el régimen de cuotas es compatible con las disposiciones constitucionales y legales alemanas mencionadas anteriormente en el apartado 6. Precisa que el artículo 4 de la LGG debe interpretarse de conformidad con la Constitución 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.

10 El órgano jurisdiccional remitente señala varios elementos que pueden inducir a admitir que este régimen no es contrario a la Directiva.

11 No obstante, considerando que subsisten dudas a este respecto, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 76/207/CEE, 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 el sentido de que también es aplicable a disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, entendiéndose que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?

2) Si se responde negativamente a la primera cuestión,

¿Debe interpretarse el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 76/207/CEE, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en el sentido de que son inaplicables disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, teniendo en cuenta que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?»

12 En la medida en que las dos cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia tienen por objeto que se precise el contenido de la excepción al principio de igualdad de trato establecida por el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, procede examinarlas conjuntamente.

13 Mediante estas cuestiones el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

14 En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional señala que un régimen de cuotas como el controvertido en el presente asunto puede contribuir a superar, en el futuro, las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que acostumbran a que las mujeres desempeñen también ciertas funciones más prestigiosas. La atribución tradicional de determinadas actividades a las mujeres y la concentración del empleo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional son contrarios a los criterios de igualdad de derechos aplicables actualmente. A este respecto, el órgano jurisdiccional nacional menciona cifras que muestran la escasa representación de las mujeres en los cuerpos superiores de los distintos servicios administrativos de la ciudad de Bremen, sobre todo si se prescinde de sectores de empleo como la enseñanza, en los que ya se ha conseguido la presencia de la mujeres en los niveles superiores.

15 Con carácter preliminar procede señalar que del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva se deduce que su objetivo es 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. Según el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, este principio de igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente».

16 Ahora bien, 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.

17 No obstante, se debe examinar si tal norma nacional puede ampararse en el apartado 4 del artículo 2, conforme al cual 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».

18 Ha de destacarse 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 (véase la sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia, 312/86, Rec. p. 6315, apartado 15).

19 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.

20 Como señaló el Consejo en el tercer considerando de su Recomendación 84/635/CEE, 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 y 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».

21 No obstante, procede precisar que el apartado 4 del artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente (véase la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 36).

22 Pues bien, 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.

23 Además, procede añadir 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.

24 Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente 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, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

Costas

25 Los gastos efectuados por el Gobierno del Reino Unido y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para

las partes en el 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,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesarbeitsgericht mediante resolución de 22 de junio de 1993, declara:

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 normativa nacional que, como sucede en el presente 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, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

Rodríguez Iglesias Kakouris Edward

Puissochet Hirsch Mancini

Schockweiler Moitinho de Almeida Kapteyn

Gulmann Murray

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 17 de octubre de 1995.

El Secretario
R. Grass

El Presidente
G.C. Rodríguez Iglesias