# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO

presentadas el 16 de noviembre de 1999 *

## El objeto de la petición prejudicial

1. En el asunto que se va a examinar, el Överklagandenämnden för högskolan, Comisión de Recursos de los establecimientos de Enseñanza Superior, solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario del régimen nacional destinado a favorecer a las mujeres al proveer plazas en los establecimientos de Enseñanza Superior y en las Universidades. La característica de la legislación nacional reside en la posibilidad —y en absoluto en la obligación— que tiene la administración para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado aun cuando el candidato no sea el más idóneo en cuanto a sus méritos y a sus aptitudes.

## La legislación comunitaria

2. Hay que recordar que 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 trabajo (en lo sucesivo, «Directiva»),[1] contempla, en su artículo 1, «la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y [...] a la Seguridad Social».

El artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva dispone: «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».

El artículo 2, apartado 4, determina que la Directiva no obstará «las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

3. Con posterioridad al planteamiento de la petición prejudicial entró en vigor el Tratado de Ámsterdam, que ha modificado, a los efectos aquí pertinentes, el Tratado CE en lo que respecta a la realización del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En particular, los artículos 2 y 3 del Tratado CE prevén, en su nueva versión, que «la Comunidad tendrá por misión promover [...] la igualdad entre el hombre y la mujer» y que «la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». Además, el artículo 6 A, también insertado por el nuevo Tratado, dispone que «el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo [...]».

4. El artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) prevé, en su versión modificada, que «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» (apartado 1), que «el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 [antiguo artículo 189 B] y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor» (apartado 3), y, por último que, «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 o a evitar o a compensar desventajas en sus carreras profesionales» (apartado 4).[2] En la *Declaración sobre el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, anexa al Tratado de Amsterdam, se dispone que, «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».

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

2 — El artículo 119, en su versión anterior a las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, no hacía ninguna referencia a las acciones positivas en favor del sexo menos representado y establecía únicamente la prohibición de discriminación en materia de retribuciones. En su apartado 1, este artículo dispone que «cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo».

3 — DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124.

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

«la decisión está comprendida en el marco de los esfuerzos emprendidos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional».

8. El sector de los establecimientos de Enseñanza Superior, que es el objeto de la petición prejudicial que se examina, está regulado por el Reglamento nº 1993:100. [5]

## La legislación nacional

El artículo 15 de este Reglamento, en su versión en vigor desde el 1 de enero de 1999, dispone:

6. Según el artículo 9 del Capítulo 11 de la Constitución sueca, a los efectos de la provisión de plazas en la función pública, sólo se tomarán en consideración los criterios objetivos de apreciación, tales como el «mérito» y la «competencia». Asimismo, la Ley sobre la Función Pública (1994:260) exige seleccionar a los candidatos basándose en su competencia, a no ser que «motivos particulares» justifiquen recurrir a otros criterios. [4]

«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.

7. La Ley sueca sobre la igualdad entre hombres y mujeres (1991:433) autoriza la adopción de acciones de discriminación positiva. El artículo 16, párrafo segundo, punto 2, establece, en particular, que no existe discriminación entre sexos cuando

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

4 — Resulta de los trabajos preparatorios de la disposición que por el término «mérito» se entiende esencialmente la experiencia adquirida en prestaciones anteriores, mientras que el término «competencia» comprende las aptitudes adquiridas mediante una formación teórica y práctica, o bien mediante una anterior experiencia de trabajo.

5 — Cuya última modificación es el Reglamento de 1 de enero de 1999.

trabajo, de la igualdad de la política social y de la política de empleo.»

El artículo 15 *bis* dispone además:

«Las disposiciones siguientes se aplicarán cuando un establecimiento de Enseñanza Superior decida aplicar la discriminación positiva para la provisión de un puesto determinado en el marco del programa de acciones encaminadas a favorecer la igualdad de sexos en la vida profesional.

En la provisión de puestos, una persona perteneciente a un sexo infrarrepresentado que posea las aptitudes mencionadas en el artículo 15, apartado 1, en medida suficiente, podrá ser designada con prioridad al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado para el mismo puesto.

Sin embargo, la discriminación positiva no podrá aplicarse cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.»

9. Sobre la base del programa general a que se refiere el artículo 15 *bis*, el Reglamento 1995:936, sobre determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación, creados para promover la igualdad de oportunidades, prevé la adopción de determinadas acciones de discriminación positiva.[6] Los tres primeros artículos de este Reglamento disponen:

«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 1).

«Las Universidades y los establecimientos de Enseñanza Superior a los que se concedan dichos créditos deberán crear y proveer estos puestos de conformidad con las disposiciones del Reglamento sobre la Enseñanza Superior (1993:100), teniendo en cuenta las excepciones indicadas más adelante en los artículos 3 a 5 y siguientes» (artículo 2).

«En el momento del nombramiento, las disposiciones del artículo 15 *bis* del Capí-

6 — Sobre la base de este Reglamento y mediante un Decreto de 14 de marzo de 1996, dnr/91, el Gobierno ha concedido créditos extraordinarios para treinta puestos de profesor.

tulo 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 sobre la Enseñanza Superior se le concederá la preferencia frente al 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 provisión de las plazas» (artículo 3).

## Hechos y cuestiones prejudiciales

10. El 3 de junio de 1996, la Universidad de Gotemburgo publicó una convocatoria de concurso para la provisión de un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera, en particular Procesos físicos y bioquímicos de las aguas naturales. En la convocatoria se indicaba que la provisión del puesto formaba parte del programa de la Universidad destinado a promover la igualdad de oportunidades con arreglo al Reglamento 1995:936.

11. Entre los aspirantes a dicho puesto figuraban las Sras. Katarina Abrahamsson, Georgia Destouni y Elisabet Fogelqvist y el Sr. Leif Anderson. El Comité de Candidaturas decidió efectuar la selección mediante dos votaciones diferentes. La primera de ellas sólo tenía en cuenta los méritos científicos de los candidatos, con arreglo al Capítulo 4 del Reglamento sobre la Enseñanza Superior. En base a dicho examen, se clasificó al Sr. Anderson en primer lugar con cinco votos, contra tres votos en favor de la Sra. Destouni. En cambio, la segunda votación tomaba en consideración los criterios indicados para promover las acciones destinadas a asegurar la igualdad de oportunidades (con arreglo al citado Reglamento de 1995); en esta votación, la Sra. Destouni fue clasificada en primer lugar.

Por lo tanto, el Comité de Candidaturas propuso el nombramiento de esta última candidata. Sin embargo, como la Sra. Destouni renunció a su candidatura, el rector resolvió solicitar un nuevo examen a dicho Comité.

Este Comité declaró que la mayoría de sus miembros estimaba que la diferencia de capacitación entre el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist, clasificados en segundo y en tercer lugar, respectivamente, era importante y, en consecuencia, expresó sus dudas acerca de la obligación de dar preferencia a un candidato de sexo femenino, es decir, a la Sra. Fogelqvist.

Sin embargo, el 18 de noviembre de 1997, el rector nombró a la Sra. Fogelqvist considerando que la diferencia entre la

capacitación de esta candidata y la del Sr. Anderson no podía tener por efecto que la acción de discriminación positiva vulnerase la exigencia de objetividad en la selección de los candidatos.

12. La Sra. Abrahamsson y el Sr. Anderson impugnaron la decisión de nombramiento ante la Comisión de Recursos. El Sr. Anderson adujo, en particular, que el nombramiento de la Sra. Fogelqvist era contrario al artículo 3 del Reglamento 1995:936 y a las normas de Derecho comunitario, tal como se habían interpretado en la sentencia Kalanke. [7]

13. En el marco de este procedimiento, la Comisión de Recursos decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«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 Direc-

7 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051).

tiva 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 de la petición de decisión prejudicial**

14. El órgano que ha planteado las cuestiones prejudiciales de que se trata es la Comisión de Recursos de los establecimientos de Enseñanza Superior (Överklagandenämnden för högskolan); por lo tanto se trata de un órgano administrativo cuya naturaleza de «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido y a los efectos del artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE) ha de ser verificada.

15. Cabe recordar que el concepto de órgano jurisdiccional de remisión constituye un concepto autónomo, en el sentido de que no siempre se corresponde en todos los supuestos con la calificación conferida al órgano por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En efecto, el concepto de «órgano jurisdiccional», tal como está definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en absoluto depende del *nomen iuris* del órgano de remisión, implica una serie de requisitos exigidos respecto a la facultad del órgano de que se trate de plantear cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 177. Estos requisitos son los siguientes: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas y el estatuto de independencia y la posición de tercero («terzietà»). [8]

16. En la resolución de la Comisión de Recursos, ésta declara ser una autoridad administrativa y, no obstante, afirma en términos generales, casi vagos, que, en este caso, cumple los requisitos que permiten considerarla un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177, es decir: el origen legal de su creación, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y, por último, la aplicación de normas jurídicas.

El Gobierno sueco confirma esta interpretación haciendo referencia, también de modo general, a las disposiciones legales aplicables. En efecto, destaca que la Constitución sueca diferencia los órganos jurisdiccionales de las autoridades administrativas y que, según el Derecho sueco, la Comisión de Recursos está comprendida en esta última categoría. Ha sido instituida mediante la Ley sobre la Enseñanza Supe-

8 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Vaassen-Goebbels (61/65, Rec. p. 377); de 14 de diciembre de 1971, Politi (43/71, Rec. p. 1039); de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545); de 30 de marzo de 1993, Corbiau (C-24/92, Rec. p. I-1277); de 19 de octubre de 1995, Job Centre (C-111/94, Rec. p. I-3361); de 12 de diciembre de 1996, x (asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609); de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961); de 12 de noviembre de 1998, Victoria Film (C-134/97, Rec. p. I-7023), apartado 14, y de 2 de marzo de 1999, Eddline El-yassini (C-416/96, Rec. p. I-1209), apartado 17.

rior (1992:1434) y está regulada por el Reglamento que contiene las instrucciones aplicables a la Comisión de Recursos de la Enseñanza Superior (1992:204). Este Reglamento establece que la Comisión de Recursos está constituida por ocho miembros nombrados por el Gobierno, que el presidente y el vicepresidente son magistrados, y que tres de los demás miembros deben ser juristas. El Gobierno sueco añade que la Ley sobre la gestión administrativa (1993:223), que regula el procedimiento ante la Comisión de Recursos, reconoce a los interesados el derecho a presentar sus observaciones escritas y orales y a tomar conocimiento de todas las informaciones proporcionadas por la administración. De conformidad con el artículo 1 del Capítulo 5 de la Ley sobre la Enseñanza Superior (1992:1434), la decisión de la Comisión tiene fuerza obligatoria y no puede ser impugnada. Por último, la Comisión goza de autonomía en relación con las demás autoridades del Estado, y ello en virtud del artículo 7 del Capítulo 11 de la Constitución, que prohíbe cualquier ingerencia en la actividad de los órganos administrativos por parte de otras autoridades del Poder Ejecutivo e incluso del Parlamento.

17. Resulta claramente de los textos normativos mencionados por el Gobierno sueco que la Comisión de Recursos tiene un origen legal, que es permanente, que constituye un órgano jurisdiccional obligatorio (artículo 1, apartados 1 y 2, del Capítulo 5 de la Ley 1992:1434) y que, por último, ninguna disposición le confiere el derecho a juzgar según la equidad y no con arreglo a Derecho.

Sin embargo, la lectura de las disposiciones nacionales suscita alguna duda acerca de dos de los requisitos antes indicados, que deben concurrir para que el órgano administrativo de que se trata sea considerado un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 y que, por ello, pueda declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial: el primero de estos requisitos se refiere al carácter contradictorio del procedimiento ante la Comisión de Recurso y el segundo, a la independencia y a la inamovilidad de sus miembros.

18. a) Analicemos el primer requisito. Si bien es verdad que, como ya he señalado en las conclusiones presentadas el 7 de octubre de 1999 en el asunto Gabafrisa y otros (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98), a la luz de recientes sentencias del Tribunal de Justicia, la falta de carácter contradictorio del procedimiento no es en sí misma decisiva para negar la calificación de órgano jurisdiccional al órgano remitente, no es menos cierto que, en los casos en los que el Tribunal de Justicia ha admitido cuestiones prejudiciales planteadas en procedimientos sumarios en los que el demandado no comparecía, se ha tenido buen cuidado de compensar dicha laguna con un

alto grado de imparcialidad e independencia en el órgano que juzgaba. [9] Por lo tanto, no puedo albergar ninguna duda acerca de la necesidad absoluta del carácter contradictorio del órgano remitente para que pueda declararse la admisibilidad de su petición.

En el presente asunto, el Gobierno sueco sostiene, sin que lo contradiga la autoridad de remisión, que el procedimiento ante la Comisión de Recursos no está regulado por la Ley sueca sobre el procedimiento administrativo (1971:29) —Ley que sólo se aplica al contencioso ante los tribunales administrativos— sino por la Ley sobre la gestión administrativa (1986:223), o sea la Ley que regula especialmente la adopción de los actos administrativos. [10] Esta Ley no prevé expresamente el derecho de las partes a un proceso contradictorio. Únicamente establece en su artículo 17 que la administración debe comunicar a los interesados todos los documentos que a ellos se refieran y darles la posibilidad de presentar observaciones.

El artículo 14 de esta misma Ley prevé que las partes pueden presentar observaciones orales.

El carácter contradictorio de este procedimiento que, también señalo, está regulado por la legislación relativa a la adopción de los actos administrativos, se deduce de las normas que confieren a los administrados el derecho a tener conocimiento de todos los documentos considerados por la administración. Pues bien, es evidente que esta última disposición no tiene por finalidad imponer un procedimiento contradictorio, sino imponer la absoluta transparencia del órgano de que se trata y reconocer a los ciudadanos el derecho a presentar observaciones o a aportar nuevos elementos. Sin embargo, en mi opinión, respecto a la competencia específica del órgano de remisión en el presente asunto —competencia que consiste en el control de la legalidad de los actos de la administración de las Universidades y de los establecimientos de Enseñanza Superior— no queda excluido que el artículo 14 y, sobre todo, el artículo 17 de la Ley sobre la gestión administrativa puedan garantizar a los interesados un proceso contradictorio. En efecto, el artículo 17, en particular, permite, en todos los casos, que los administrados que impugnan una decisión de la administración ante la Comisión de Recursos puedan presentar sus observaciones sobre cualquier elemento posterior que emane de terceros interesados y, del mismo modo, que los interesados cuyo nombramiento o cuya promoción sean impugnados estén informados del recurso y, además, puedan presentar sus observaciones.

En consecuencia, considero que, pese a la «atipicidad» de este procedimiento contra-

9 — En las conclusiones presentadas en el asunto Gabalfrisa y otros, me referí, en particular, a la sentencia Dorsch Consult, antes citada, en la que, rechazando la tesis de la Comisión, que mantenía que el órgano competente «no interviene, según este último ha indicado, en un procedimiento contradictorio», el Tribunal de Justicia se limitó a afirmar que «la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto». Dicha afirmación, carente de una motivación relacionada con el caso que allí se examinaba, provoca en realidad cierta perplejidad si se considera que, anteriormente, el Tribunal de Justicia había declarado la admisibilidad de cuestiones prejudiciales planteadas en procedimientos en los que el carácter contradictorio no estaba ausente, sino sólo diferido hasta un (a veces eventual) momento posterior (véanse las sentencias, antes citadas en la nota 8, Politi y Pretore di Salò, así como las sentencias de 28 de junio de 1978, Simmenthal, 70/77, Rec. p. 1453, y de 21 de abril de 1988, Pardini, 338/85, Rec. p. 2041).

10 — Esta interpretación está confirmada por la doctrina: véanse Ragnemalm, H.: «Administrative justice», *Juristförlaget*, Estocolmo, 1991, p. 210, y Strömberg, H.: «Allmän förvaltningsrätt», *Liber Ekonomi*, 19.ª ed., Lund, 1998, en particular, p. 80.

dictorio, puede admitirse que la Comisión de Recursos responde a la exigencia fijada en la materia por el Derecho comunitario para que pueda declararse la admisibilidad de una petición de decisión prejudicial.

19. b) En cuanto al segundo requisito, que exige la independencia de los miembros de la Comisión de Recursos, subrayo, como ya lo he hecho en otras circunstancias, que el requisito de independencia de los Jueces constituye un elemento esencial para el reconocimiento del carácter de «órgano jurisdiccional» de un órgano administrativo en el sentido y a efectos del artículo 177 y que es preciso examinar con extremo rigor la cuestión de si las disposiciones nacionales se corresponden con la exigencia de independencia de un órgano al que, si bien en un marco específico y con fines determinados, se le atribuye el carácter de jurisdicción.

En el presente asunto, resulta que los miembros de la Comisión son nombrados por el Gobierno por un tiempo determinado (artículo 9 del Reglamento sobre las instrucciones aplicables a la Comisión). Las leyes y los reglamentos que regulan esta Comisión no mencionan la duración de la función ni los casos en los que la administración puede remover a los miembros de la Comisión. Por lo que se refiere a la duración, se supone que está mencionada en el acta de nombramiento y que basta para garantizar la permanencia y la estabilidad del órgano.

Por el contrario, la falta de una normativa específica sobre los requisitos y las modalidades de remoción de los miembros de la Comisión hace albergar dudas en cuanto a la independencia de dicho órgano. En realidad, me suscita perplejidad la posibilidad de deducir tal carácter, como aduce el Gobierno sueco, de la norma constitucional que consagra el principio de autonomía de todas las administraciones nacionales (Capítulo 11, artículo 7). En efecto, destaco que la Constitución enuncia, sólo para los Jueces, la lista exhaustiva de los casos en los que puede disponerse su remoción y que esta norma no se aplica a los órganos administrativos ni, por tanto, a los miembros de la Comisión de Recursos (artículo 5).

20. En el ordenamiento jurídico sueco, aparte de la norma constitucional citada que consagra el principio de autonomía de los órganos administrativos para la adopción de sus actos, la Ley sobre la gestión administrativa contiene una lista exhaustiva de los casos en los que las autoridades administrativas pueden recusar a los miembros de los órganos administrativos o en los cuales estos mismos miembros tienen la obligación de comunicar las circunstancias que pueden constituir motivos de recusación en lo que a ellos respecta (artículos 11 y 12).

Ahora bien, según la sentencia Köllensperger y Atzwanger, [11] recientemente pronunciada por el Tribunal de Justicia y recordada por el propio Gobierno sueco, la lectura de las normas relativas a la recusación y a la abstención de los miembros de

11 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1999 (C-103/97, Rec. p. I-551).

un órgano en relación con las que prohíben la ingerencia de otros órganos del Estado permite llegar a la conclusión de que se ha satisfecho la exigencia antes mencionada, requisito necesario para reconocer la naturaleza «jurisdiccional» del órgano administrativo de que se trata, con arreglo al artículo 177 del Tratado. En dicha sentencia se ha declarado que, «el Tribunal de Justicia no puede suponer que esta disposición se aplica de forma contraria a la Constitución [nacional] y a los principios del Estado de Derecho».

Se desprende de esta jurisprudencia que la relación entre las dos normas excluye que el instrumento de la remoción de los miembros de las autoridades administrativas pueda transformarse en una forma de ingerencia en la libertad y autonomía de razonamiento de los miembros de la Comisión. En otras palabras, esta jurisprudencia implica que, en el marco de dicha legislación, el derecho de remoción no puede constituir un elemento para enervar la independencia de dicha Comisión. En mi opinión, esta interpretación es extremadamente amplia en la medida en que, para valorar la independencia del órgano de remisión, no impone como único criterio de apreciación la existencia de los mismos motivos o de motivos análogos a los que pueden justificar la remoción de los magistrados, sino la existencia de un deber general de no ingerencia en las actividades de los órganos administrativos del Estado, asociado al derecho a recusar los miembros de las diversas autoridades de que se trate y al deber de abstención que incumbe a sus miembros. A mi parecer, este deber no puede en todo caso bastar para garantizar la independencia absoluta de la Comisión de Recursos porque un requisito esencial, como es el de la independencia del órgano de que se trata, debe estar garantizado por disposiciones claras en interés primordial de los justiciables que, en su caso, deben poder referirse a ellas sin tener que recurrir a operaciones interpretativas complejas para identificar y demostrar el derecho a ser juzgados por órganos independientes. En efecto, la independencia del órgano jurisdiccional asegura la protección de un interés de carácter general y constituye un valor esencial en el que se inspira la relación entre el justiciable y el órgano jurisdiccional. [12]

21. Por las razones que acabo de exponer, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de la petición prejudicial.

## Sobre el fondo

22. Para examinar el fondo del asunto, en primer lugar, trataré las cuestiones primera y tercera conjuntamente y, posteriormente, las cuestiones segunda y cuarta. En efecto, el primer par de cuestiones se refiere al sistema general de acciones positivas en materia de nombramientos en los establecimientos de Enseñanza Superior y en las Universidades, mientras que el segundo par

12 — Por lo tanto, dudo de que la presunción de legalidad de los actos de los órganos del Estado, a la que se refiere la sentencia Köllensperger, sea garantía suficiente para que una autoridad administrativa juzgue con plena y absoluta independencia. En efecto, no es la regularidad de los actos de estos órganos que es pertinente para apreciar el requisito de autonomía e independencia del «Juez remitente», sino más bien el contenido de las normas nacionales en que se funda la acción de estas autoridades.

se refiere a la aplicabilidad de dicho sistema a sectores circunscritos de la enseñanza pública.

*Sobre las cuestiones primera y tercera*

23. Mediante la formulación de las cuestiones primera y tercera, la Comisión de Recursos pide que se dilucide si las acciones positivas enunciadas en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, están comprendidas en un régimen nacional, como el sueco, que prevé el nombramiento, de entre el personal docente de los establecimientos de Enseñanza Superior y de las Universidades, de un candidato del sexo infrarrepresentado incluso en el caso de que no sea el primero de la clasificación, siempre que, en lo que se refiere a sus méritos y aptitudes, el candidato del sexo infrarrepresentado sea idóneo para ejercer las funciones inherentes al puesto vacante y que la diferencia entre los candidatos, clasificados en el primero y en el segundo lugar, respectivamente, no implique, en caso de seleccionar al segundo, una violación del deber de apreciar a los candidatos de modo objetivo, deber previsto por la Ley general sobre la Función Pública (1994:260).

En caso de respuesta negativa, el Juez de remisión pide que se dilucide si dicho régimen puede ser considerado lícito a la luz de la práctica administrativa, según la cual un candidato del sexo infrarrepresentado sólo puede ser preferido si sus méritos y aptitudes son iguales (o casi iguales) a los del candidato clasificado en primer lugar.

24. Por consiguiente, estas cuestiones suscitan nuevamente la problemática a la que me confronté en las conclusiones presentadas el 10 de junio de 1999, en el asunto Badeck (C-158/97), a las cuales me remito en lo que respecta a las observaciones generales sobre el alcance de las acciones nacionales positivas y los límites que les impone el Derecho comunitario. En el caso de autos, recordaré las líneas directrices de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, tales como resultan de las sentencias Kalanke, antes citada, y Marschall. [13]

25. En la sentencia Kalanke de 1995 —invocada por los demandantes en el procedimiento principal en apoyo de sus pretensiones en dicho procedimiento y mencionada por el órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión— la acción positiva estaba prevista por una Ley del Land de Bremen en la que se disponía que, «al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, [...] se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas» y que «para determinar la capacitación sólo se tendrán en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que deba proveerse o del cuerpo». El Tribunal de Justicia declaró que esa normativa, que establece que, en una promoción, *las mujeres que tienen la misma capacitación que su*

13 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

*competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia* en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, no sólo se opone al artículo 2, apartado 1, de la Directiva, en cuanto «entraña una discriminación por razón de sexo» (apartado 16), sino que tampoco cabe incluirla en las acciones positivas previstas en el apartado 4 de dicho artículo, ya que «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de 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 artículo 2, apartado 4, de la Directiva» (apartado 22). El Tribunal de Justicia añadió a continuación que «un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el artículo 2, apartado 4, por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades» (apartado 23).

En la sentencia Marschall, el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 4, apartados 1 y 4, de la Ley de la Función Pública del Land Nordrheim-Westfalen, en cuanto dispone que, cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales. Esta Ley introduce, además, una excepción a la aplicación del principio de prioridad, que permite al empleador abstenerse de cumplir tal disposición cuando «concurran en la persona de un candidato [de sexo masculino] motivos que inclinen la balanza a su favor».[14] Basándose en la existencia de esta «cláusula de excepción», el Tribunal de Justicia consideró que el sistema era suficientemente flexible, es decir, carente del automatismo que caracterizaba a la Ley del Land de Bremen examinada en la sentencia Kalanke, y declaró, por tanto, que la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, no se oponía a las medidas adoptadas por el Land Nordrheim-Westfalen. Según el fallo de la sentencia, el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a dicha norma siempre que «garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios personales de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline en favor del candidato masculino»,

14 — El Gobierno del Land Nordrheim-Westfalen, que debía aclarar cuáles son, en concreto, los «motivos que concurran en la persona de un candidato de sexo masculino», que permitan concederle preferencia, declaró que dichos motivos comprenden criterios secundarios de selección tales como «la antigüedad en el servicio y los motivos de orden social», como por ejemplo la circunstancia de que el candidato tenga a su cargo una familia. De dicha respuesta se deduce que los elementos a que se refiere la Ley pueden estar comprendidos tanto en el ámbito de las «cualificaciones», es decir, del perfil profesional de los candidatos —elementos que, como la antigüedad en el servicio, ya son tenidos en cuenta en la fase previa del procedimiento de clasificación de los candidatos— como en las situaciones ajenas a la idoneidad del candidato para ejercer las tareas inherentes a su trabajo y, por tanto, a situaciones desventajosas que, al igual que aquéllas en que se basa la acción de corrección en favor de las mujeres, necesitan de una protección particular.

y que «tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas».

26. En las conclusiones presentadas en el asunto Baldeck, señalé que, basándose en esta jurisprudencia cabe llegar a la conclusión de que una acción de promoción de la mujer en el mundo laboral, que prevé la obligación de conceder preferencia a los candidatos de sexo femenino y establece, por tanto, cuotas de presencia femenina en la Función Pública y en el sector privado, se considera legal desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario cuando permita al empleador seleccionar al candidato con el perfil profesional más idóneo. Además, dicha acción de promoción no debe alterar en ningún caso la apreciación de los méritos y la capacitación de los candidatos de sexo masculino. Con tal objeto, por una parte, el sexo debe constituir un criterio complementario para definir el perfil de los candidatos, criterio que debe concurrir con aquéllos en los que se basa la valoración global de los candidatos y, por otra parte, la obligación de conceder preferencia a las mujeres no debe suponer que no se tengan en cuenta, al evaluar a los candidatos no beneficiados por la acción positiva, situaciones particulares de orden personal, las cuales, aun cuando son ajenas a la valoración del perfil profesional de los candidatos, pueden ser indicio de situaciones sociales que revisten la misma importancia que las que deben afrontar normalmente las mujeres. [15]

27. El sistema sueco controvertido en el presente asunto tiene dos características: permite a la administración —pero en absoluto le impone— dar prioridad al candidato del sexo infrarrepresentado aun cuando su capacitación y sus méritos sean inferiores a los de un candidato que sea el primero de la clasificación; [16] además, según las fuentes normativas mencionadas por la Comisión de Recursos, a la hora de la selección, en lo que respecta a los candidatos no beneficiados por la acción positiva, la administración no tiene la posibilidad de tener en cuenta circunstancias y situaciones particulares de orden personal.

Respecto a estas características, la incompatibilidad de este sistema con la Directiva

15 — A ello añadí que la apreciación de la legalidad de la medida, asimismo, implica necesariamente tomar en consideración la situación global que ha hecho necesaria la medida compensadora. La eventual desproporción entre la medida compensadora y el contexto social en que actúa (pienso, por ejemplo, en una diferencia insignificante entre los porcentajes de presencia femenina y masculina en una empresa o en un sector público) puede hacer desaparecer los requisitos que legitiman la acción positiva, requisitos que están vinculados necesariamente a elementos fácticos. Incumbe al Juez nacional apreciar la existencia de tales requisitos en el marco de un procedimiento en que se impugne una determinada contratación o promoción y se discuta, por tanto, la existencia de la obligación de conceder preferencia.

16 — El artículo 15 *bis* del Reglamento 1993:100 sobre la enseñanza en las escuelas superiores prevé la posibilidad de que la administración designe, en vez del candidato seleccionado sobre la base de sus méritos y de sus aptitudes, al candidato del sexo infrarrepresentado cuando éste sea un candidato adecuado para el puesto que se ha de proveer. El Reglamento 1995:936, relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación, creados con vistas a favorecer la igualdad, como el controvertido en el litigio principal, dispone, en su artículo 3, que la administración está obligada a dar prioridad a los candidatos del sexo infrarrepresentado cuando concurran los requisitos del artículo 15 *bis* del Reglamento 1993:100.

me parece indudable, así como me parece indudable, más en particular, la imposibilidad de incluir tal sistema entre las acciones positivas enunciadas en el artículo 2, apartado 4, de la misma Directiva.

28. En efecto, como he recordado anteriormente, en Derecho comunitario, una acción positiva destinada a favorecer a las mujeres en el mundo laboral se considera compatible con el principio de no discriminación cuando la obligación de preferencia impone siempre que exista equivalencia real de las capacitaciones y méritos respectivos de los candidatos preseleccionados. Como destaqué anteriormente en las conclusiones presentadas en el asunto Badeck, si bien dicha equivalencia constituye una ficción respecto a la imposibilidad o a la dificultad extrema de un *ex aequo* entre dos o más candidatos, no obstante constituye una atenuación de la obligación de preferencia. En efecto, permitir o imponer la elección del candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado aun cuando exista una diferencia de capacitación o de méritos, significaría, en mi opinión, establecer un sistema de preferencia absoluta e incondicional y, por consiguiente, reservar los puestos a las mujeres. Ello tendría, además, por consecuencia vaciar de significado al propio principio de selección de candidatos, puesto que el criterio ya no dependería de una comparación entre los distintos candidatos, sino de la aptitud de los candidatos «privilegiados» para asumir las funciones inherentes al puesto que se ha de proveer.

Considero que el carácter absoluto e incondicional del derecho a la preferencia concedida a los candidatos pertenecientes al sexo infrarrepresentado (o sea, en este caso, a las mujeres) no queda enervado cuando la normativa, como es el caso de la sueca, establece que el candidato del sexo infrarrepresentado sólo se beneficia del derecho de prioridad para el nombramiento si la diferencia entre el candidato privilegiado y el candidato excluido no es importante; en efecto, la comparación entre los candidatos y la consiguiente apreciación de sus capacitaciones sólo asume una función subordinada frente al privilegio concedido al candidato del sexo infrarrepresentado, con la consecuencia evidente de desnaturalizar completamente la función de la selección.

Esta consideración no puede refutarse por la observación de la Comisión de Recursos acerca del alcance de la «obligación de objetividad» a la que la administración está vinculada cuando evalúa a los candidatos para su selección. Según el órgano remitente, «la exigencia de objetividad [prevista por la Constitución sueca y recordada durante los trabajos preparatorios del Reglamento 1995:936, sobre determinados puestos de profesor y adjunto de investigación, creados para la igualdad de trato] implica que una medida de discriminación positiva no debería aplicarse cuando llevara consigo el riesgo de una pérdida de eficacia más patente en el seno de las actividades indicadas, si no se seleccionara al aspirante más cualificado». [17]

17 — Página 8 de la resolución de remisión.

Añadiré que la prioridad concedida cuando las aptitudes sean iguales hace difícil establecer si una discriminación que se ha efectuado en detrimento del candidato del sexo infrarrepresentado va más allá de lo necesario para que pueda funcionar la discriminación positiva. Por lo tanto, es evidente que estas dificultades son más graves [18] en el caso de que exista una diferencia de nivel entre los candidatos.

Por lo tanto, ha de excluirse que una acción positiva de este tipo sea compatible con la Directiva que, según la interpretación del Tribunal de Justicia, no admite ninguna forma de preferencia absoluta de los candidatos pertenecientes al sexo infrarrepresentado, en cuanto dicha forma de discriminación positiva es en todo caso desproporcionada en relación con la finalidad perseguida.

29. Al formular la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional de remisión recuerda que, según la práctica administrativa sueca relativa al artículo 15 *bis* del Reglamento sobre la Enseñanza Superior (Reglamento 1993:100), la prioridad concedida a los candidatos pertenecientes al sexo infrarrepresentado sólo se aplica en caso de que los candidatos posean méritos iguales o casi iguales. A este propósito, el órgano jurisdiccional de remisión recuerda que, según el proyecto del Reglamento 1993:936, «pese a que el esfuerzo por lograr la igualdad de trato es una razón objetiva a los efectos de la Constitución, esta disposición implica que existe un límite a la magnitud de la diferencia entre las capacitaciones en el caso de la discriminación positiva». [19] Es evidente que la práctica administrativa sueca vincula dicha legislación con el modelo clásico de acción positiva desarrollado por el Derecho comunitario. Sin embargo, no incumbe al Tribunal de Justicia, sino al Juez nacional, determinar la importancia que asume esta práctica en el ordenamiento jurídico nacional y apreciar el alcance respecto al contenido de la normativa nacional.

30. En cualquier caso, como ya he destacado, para que una acción positiva sea considerada compatible con el Derecho comunitario, es necesario además que el régimen prevea la posibilidad de que la administración, en el momento de la selección y en relación con los candidatos no beneficiados por la discriminación positiva, tenga en cuenta las circunstancias y las situaciones particulares de orden personal que pueden ser indicio de situaciones sociales que revisten la misma importancia que las que deben afrontar normalmente las mujeres. Pues bien, según lo afirmado por el órgano jurisdiccional de remisión y por el Gobierno sueco, no resulta que la legislación que ha establecido la acción positiva controvertida o la práctica administrativa en la materia prevean dicha posibilidad de no ser aplicada. No obstante, corresponde al Juez nacional apreciar si dicha obligación resulta de otras fuentes normativas, que imponen a la administración conceder

18 — En la respuesta a una cuestión formulada por el Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del artículo 15 *bis*, Capítulo 4, del Reglamento 1993:100, el Gobierno sueco enuncia que, entre veintiún puestos asignados en las escuelas superiores, se nombraron cinco mujeres con arreglo al Programa de Promoción de Mujeres. Tres de estos cinco nombramientos fueron impugnados ante la Comisión de Recursos. En ambos casos, la Comisión estimó que el nombramiento vulneraba la exigencia de objetividad y, en consecuencia, anuló las decisiones de nombramiento.

19 — Página 10 de la resolución de remisión.

un trato privilegiado a las personas que se encuentran en situaciones personales que hacen difícil su inserción en el mundo laboral.

31. Sobre la base de las precedentes observaciones, considero que el Derecho comunitario, y en particular el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no autorizan a un Estado miembro a establecer un sistema de selección por el cual el candidato del sexo infrarrepresentado que posee la capacitación suficiente deba ser nombrado en lugar del candidato del otro sexo, cuando este último sea el candidato más idóneo en base a la apreciación de sus méritos y de su competencia, aunque la obligación de dar prioridad al sexo infrarrepresentado no se aplique en caso de que la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que dicha medida vulnere la exigencia de objetividad que la administración está obligada a respetar al seleccionar a los candidatos.

Por el contrario, el Derecho comunitario no se opone a una práctica administrativa, según la cual el candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede obtener la prioridad sobre el candidato del sexo opuesto, siempre que sus capacitaciones sean iguales o casi iguales, y que la legislación nacional obligue a la administración a tomar en consideración, a la hora de la selección y respecto de los candidatos no beneficiados por la acción positiva, las circunstancias y situaciones particulares de orden personal que pueden ser un indicio de situaciones sociales que tienen la misma importancia que las que deben afrontar normalmente las mujeres.

*Sobre las cuestiones segunda y cuarta*

32. Mediante las cuestiones segunda y cuarta, la Comisión de Recursos pide que se dilucide si el régimen sueco, contenido en la legislación que he mencionado, es ilícito cuando el programa de promoción de igualdad de oportunidades se refiere a un «número de puestos predeterminado y limitado», como es el caso del Reglamento 1995:936, sobre determinados puestos de profesor y adjunto de investigación creados para promover la igualdad de trato, o se aplica a los puestos creados en el marco de un programa específico de una Escuela Superior y de una Universidad en concreto, que permite la discriminación positiva (éste es el caso con arreglo al artículo 15 *bis*, Capítulo 4, del Reglamento 1993:100) (segunda cuestión), o si el mismo régimen se aplica únicamente a puestos de nivel inferior o a puestos de máximo nivel (cuarta cuestión).

La cuestión se limita esencialmente a lo siguiente: ¿debe considerarse compatible con el Derecho comunitario una acción

positiva que es en sí misma ilícita en caso de que tenga un ámbito de aplicación circunscrito?

33. En mi opinión, la extensión del ámbito de aplicación de la acción positiva no tiene importancia alguna acerca de su compatibilidad con el Derecho comunitario, puesto que dicha compatibilidad se basa principalmente en la interpretación de las normas que regulan el ejercicio de la obligación o de la facultad de la administración para conceder prioridad a los candidatos pertenecientes al sexo infrarrepresentado y, eventualmente, en el carácter necesario de dicha acción respecto a la condición social efectiva de las personas a las que pretende favorecer. Dicha apreciación no puede referirse al ámbito de aplicación del régimen ni, por tanto, a la extensión de sus efectos. Es decir, no se refiere a la importancia de las repercusiones sociales de tal sistema. Juzgar la legalidad de una acción positiva basándose en la apreciación de la extensión de sus consecuencias sociales significaría poner la acción positiva en un pie de igualdad con cualquier otra forma de discriminación entre sexos.

A la inversa, como ya señalé en el asunto Badeck,[20] si es verdad que la licitud de dichas disposiciones se funda en la posibilidad de conciliar la acción positiva con el principio de no discriminación, también es verdad que el principio de no discriminación, así como el de igualdad de oportunidades —en los cuales se funda la acción positiva— no son completamente contradictorios: en efecto, si la igualdad sustancial puede realizarse mediante medidas que, por su objeto, tienen carácter discriminatorio, en realidad persigue el mismo objetivo que el primer principio, aunque con una dimensión adicional ya que el legislador se encarga de corregir situaciones de dificultad real de algunos sectores de la población, dificultades a las que no se podría hacer frente asegurando la observancia del principio general de no discriminación.

34. Por consiguiente, considero que la Directiva 76/207 no permite a un Estado miembro adoptar un programa de acciones positivas en sí mismo ilícito aun cuando la legislación nacional hubiese limitado la aplicación de estas acciones a un número de puestos predeterminado y limitado, o únicamente a los puestos creados en el ámbito de un programa específico adoptado por un único establecimiento de enseñanza. Este régimen es incompatible con el Derecho comunitario cuando dicha legislación se aplica tanto a los puestos de nivel inferior como a los puestos de nivel superior.

20 — En el punto 26.

## Conclusión

35. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por el Överklagandenämnden för högskolan, por no ser esta Comisión un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado CE.

Con carácter subsidiario, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo:

«1) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no permite que un Estado miembro adopte un régimen de selección por el cual el candidato del sexo infrarrepresentado que posee la capacitación suficiente deba ser nombrado en lugar del candidato del otro sexo, cuando este último sea el candidato más idóneo en base a la apreciación de sus méritos y de su competencia, aunque la obligación de dar prioridad al sexo infrarrepresentado no se aplique en caso de que la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que dicha medida vulnere la exigencia de objetividad que la administración está obligada a respetar al seleccionar a los candidatos.

2) Por el contrario, el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica administrativa según la cual el candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede obtener prioridad sobre el candidato del sexo opuesto siempre que las capacitaciones sean iguales o casi iguales y que la legislación nacional obligue a la administración a tomar en consideración,

en el momento de la selección y respecto de los candidatos no beneficiados por la acción positiva, las circunstancias y situaciones particulares de orden personal que puedan ser un indicio de situaciones sociales que tienen la misma importancia que las que deben afrontar normalmente las mujeres.

3) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no permite a un Estado miembro adoptar un régimen de contratación como aquel al que se refiere el punto 1, aun cuando la legislación nacional hubiese limitado la aplicación de acciones positivas a un número de puestos predeterminado y limitado o únicamente a los puestos creados en el ámbito de un programa específico adoptado por un único establecimiento de enseñanza. Estas normas son incompatibles con el Derecho comunitario aunque sólo se apliquen a los puestos de nivel inferior o a los de máximo nivel.»