

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 11 de noviembre de 1997(1)

□[234s«Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Igual capacitación de candidatos de distinto sexo - Preferencia por las candidatas femeninas - Cláusula de apertura»□[s

En el asunto C-409/95,

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

Hellmut Marschall

y

Land Nordrhein-Westfalen,

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 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. Gulmann, H. Ragnemalm y M. Wathelet, Presidentes de Sala; G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, P.J.G. Kapteyn (Ponente), J.L. Murray, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann y L. Sevón, Jueces;

Abogado General: Sr. F.G. Jacobs;

Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre del Land Nordrhein-Westfalen, por el Bezirksregierung Arnsberg, representado por la Sra. Juliane Kokott, catedrática de la Heinrich Heine Universität Düsseldorf;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. Alberto José Navarro González, Director General de Coordinación Jurídica e Institucional Comunitaria, y la Sra. Gloria Calvo Díaz, Abogado del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en calidad de Agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por las Sras. Catherine de Salins, sous-directeur de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y Anne de Bourgoing, encargado de misión de la misma Dirección, en calidad de Agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. Wolf Okressek, Ministerialrat del Bundeskanzleramt; Verfassungsdienst, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. Tuula Pynnä, Consejera Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. Lotty Nordling, rättschef del Departamento de Comercio Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente;

- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. Lindsey Nicoll, del Treasury Solicitor's Department, en calidad de Agente, asistida por la Sra. Eleanor Sharpston, Barrister;
- en nombre del Gobierno noruego, por la Sra. Beate B. Ekeberg, Jefe de Servicio en funciones del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. Jürgen Grunwald, Consejero Jurídico, y la Sra. Marie Wolfcarius, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales del Land Nordrhein-Westfalen, representado por la Sra. Juliane Kokott; del Gobierno neerlandés, representado por el Sr. Hans van den Oosterkamp, juridisch adviseur del Ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente; del Gobierno finlandés, representado por el Sr. Holger Rotkirch, Jefe del Servicio de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente; del Gobierno sueco, representado por la Sra. Lotty Nordling; del Gobierno del Reino Unido, representado por las Sras. Lindsey Nicoll y Eleanor Sharpston y por el Sr. Michael Beloff, QC, y de la Comisión, representada por el Sr. Jürgen Grunwald y por la Sra. Marie Wolfcarius, expuestas en la vista de 11 de marzo de 1997;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de mayo de 1997;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante resolución de 21 de diciembre de 1995, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de diciembre siguiente, el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión 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. Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen (en lo sucesivo, «Land») sobre la candidatura del primero a un puesto de promoción en el centro escolar de Schwerte (Alemania).
3. La segunda frase del apartado 5 del artículo 25 de la Beamtengesetz (Ley de la Función Pública del Land), en la versión publicada el 1 de mayo de 1981 (GVNW, p. 234), modificada en último lugar mediante el artículo 1 de la Séptima Ley de modificación de determinadas normas de la Función Pública, de 7 de febrero de 1995 (GVNW, p. 102; en lo sucesivo, «disposición controvertida»), dispone lo siguiente:

«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, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor; [...]»
4. Según las observaciones del Land, la norma de preferencia prevista por esta disposición introduce un criterio de promoción suplementario, el de la condición de mujer, destinado a neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos. En efecto, en caso de igual capacitación, el empresario tiende a promover a un hombre antes que a una mujer, debido a la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres, tales como la edad, la antigüedad y el hecho de que el candidato

sea el cabeza de familia que asegura la única fuente de ingresos del hogar.

5. Al establecer que debe darse preferencia en las promociones a las mujeres, «salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor», el legislador, señala el Land, eligió conscientemente un concepto jurídico impreciso con objeto de garantizar la suficiente flexibilidad y, en particular, para dejar a la Administración un margen de apreciación que le permita tener en cuenta todos los motivos que puedan concurrir en la persona de los candidatos. Por consiguiente, a pesar de la norma de preferencia, la Administración siempre puede optar por el candidato de sexo masculino basándose en los criterios, tradicionales o no, de promoción.
6. De la resolución de remisión resulta que el Sr. Marschall trabaja para el Land como profesor titular y que percibe la retribución correspondiente al nivel de base del grado A 12.
7. El 8 de febrero de 1994 presentó su candidatura para la promoción a una plaza de grado A 13 («Docente capacitado para la enseñanza secundaria de primer grado y que ejerza como tal») del centro escolar de Schwerte. Sin embargo, el Bezirksregierung Arnsberg le informó de que tenía intención de nombrar a una candidata para esa plaza.
8. El Sr. Marschall formuló una reclamación que el Bezirksregierung desestimó, mediante decisión de 29 de julio de 1994, debido a que la candidata seleccionada debía forzosamente ser promovida conforme a la disposición controvertida, puesto que, según los informes de calificación, dicha candidata y el Sr. Marschall tenían igual capacitación, y el número de mujeres de grado A 13 en el momento en que se publicó la vacante era inferior al de hombres.
9. Entonces, el Sr. Marschall interpuso un recurso ante el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen con objeto de que se ordenara al Land que lo promoviera al puesto controvertido.
10. Tras comprobar que el Sr. Marschall y la candidata seleccionada tenían igual capacitación para cubrir la plaza vacante, el órgano jurisdiccional nacional considera que la solución del litigio depende de la compatibilidad de la disposición controvertida con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva.
11. A este respecto, el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, basándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, Rec. p. I-3051), señala que la preferencia que la disposición controvertida concede, por principio, a las mujeres parece constituir una discriminación en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva. Esta discriminación no desaparece por el hecho de que, a título excepcional, pueda preferirse al candidato de sexo masculino.
12. El órgano jurisdiccional nacional también duda de que la disposición controvertida esté amparada por la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva y que se refiere a las medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La base de apreciación de los candidatos quedaría indebidamente reducida, puesto que el único elemento que se tiene en cuenta es la proporción numérica de hombres y mujeres en la categoría de que se trate. Además, en su opinión, la disposición controvertida no mejora la capacidad de las mujeres para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres, sino que prescribe un resultado, mientras que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva únicamente autoriza las medidas que tienen por objeto la igualdad de oportunidades.
13. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, 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 (76/207/CEE), ¿se oponen a una normativa nacional conforme a la cual, en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del correspondiente puesto de promoción de una carrera, tengan un menor número de mujeres que de hombres, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, en caso de igual capacitación (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) de candidatos de uno y otro sexo, salvo que concurran en la persona de un candidato de

sexo masculino motivos particulares que inclinen la balanza a su favor ("sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen")?»

14. El Land, los Gobiernos austriaco, español, finlandés, noruego y sueco y la Comisión consideran que una norma nacional como la disposición controvertida constituye una medida destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.
15. A este respecto, el Land señala que la preferencia concedida a las candidatas femeninas está destinada a servir de contrapeso de los criterios tradicionales de promoción, aunque sin suplantarlos. El Gobierno austriaco considera que una norma nacional como la controvertida está destinada a corregir procedimientos discriminatorios de selección de personal.
16. Los Gobiernos finlandés, sueco y noruego añaden que la norma nacional controvertida favorece el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad y contribuye, de esa forma, a reequilibrar los mercados de trabajo, que, en su estado actual, siguen estando ampliamente compartimentados en función del sexo, concentrando el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional. Según el Gobierno finlandés, la experiencia demuestra que las acciones que se limitan a intervenir en la orientación y la formación profesionales de las mujeres, o en el reparto de responsabilidades profesionales y familiares, no bastan para poner fin a esta compartimentación de los mercados de trabajo.
17. Por último, el Land y todos estos Gobiernos estiman que la disposición controvertida no garantiza a las mujeres una preferencia absoluta e incondicional. Por tanto, no sobrepasa los límites trazados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kalanke, antes citada.
18. Por el contrario, los Gobiernos francés y del Reino Unido consideran que la disposición controvertida no está amparada por la excepción del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.
19. A este respecto alegan que, al conceder preferencia a las candidatas femeninas, esta disposición va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y pretende establecer una igualdad de representación entre hombres y mujeres. Por consiguiente, es aplicable el razonamiento seguido en la sentencia Kalanke, antes citada.
20. Los Gobiernos francés y del Reino Unido añaden que la existencia de una cláusula de excepción no menoscaba en absoluto el carácter discriminatorio de la disposición controvertida. Dicha cláusula se aplicaría sólo excepcionalmente y, por tanto, no tiene incidencia en un asunto «normal» en el que ningún motivo relacionado específicamente con la persona del candidato masculino podría por sí mismo prevalecer sobre la obligación general de promover a la candidata femenina. Además, formulada la cláusula de excepción en términos a la vez generales e imprecisos, vulneraría el principio de seguridad jurídica.
21. Del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva resulta que ésta tiene como objetivo la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere, en particular, 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».
22. A tenor del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, ésta «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».
23. En el apartado 16 de la sentencia Kalanke, antes citada, el Tribunal de Justicia señaló que una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.

24. No obstante, procede señalar que, a diferencia de la normativa examinada en la sentencia Kalanke, la disposición controvertida contiene una cláusula conforme a la cual las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor («Öffnungsklausel»; en lo sucesivo, «cláusula de apertura»).
25. Por consiguiente, debe examinarse si una norma nacional que contenga tal cláusula está destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el sentido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.
26. Esta última 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 (véanse las sentencias de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia, 312/86, Rec. p. 6315, apartado 15, y Kalanke, antes citada, apartado 18).
27. 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 (sentencia Kalanke, antes citada, apartado 19).
28. 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» (sentencia Kalanke, apartado 20).
29. Pues bien, como han subrayado el Land y varios de los Gobiernos que han presentado observaciones, resulta que, incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas, debido, particularmente, a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia.
30. Por estos motivos el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades.
31. De ello se deduce que puede estar incluida en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 2 una norma nacional conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos anteriormente y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.
32. No obstante, procede recordar que, puesto que el apartado 4 del artículo 2 constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción establecida en esta disposición (sentencia Kalanke, antes citada, apartados 21 y 22).
33. A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la sentencia Kalanke, una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, 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 relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos

e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

34. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si se cumplen estos requisitos, basándose para ello en un examen del alcance de la disposición controvertida, tal y como ha sido aplicada por el Land.
35. Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que:
- o dicha norma 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 relativos a la persona 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 a favor del candidato masculino, y que
 - o tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

Costas

36. Los gastos efectuados por los Gobiernos español, francés, neerlandés, austriaco, finlandés, sueco, del Reino Unido y noruego 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 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,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen mediante resolución de 21 de diciembre de 1995, 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, no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que:

- **dicha norma 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 relativos a la persona 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 a favor del candidato masculino, y que**
- **tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.**

Rodríguez Iglesias Gulmann Ragnemalm

Wathelet

Mancini Moitinho de Almeida Kapteyn

Murray

Edward Puissechet Hirsch Jann

Sevón

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 11 de noviembre de 1997.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

[1](#): Lengua de procedimiento: alemán.