


# Acción positiva y cuotas de género

Mathias Möschel  
Profesor Asociado  
26 de abril de 2022



Financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea

## Definición(es)/Terminología

**Acción positiva** (Derecho de la UE)

**Acción afirmativa** (Derecho EEUU)

**Medidas especiales (temporales)** (ONU)

**Discriminación positiva** (terminología doctrinal)

### Definición práctica (personal):

La acción positiva es un término general para las medidas (vinculantes y no vinculantes) adoptadas con el fin de lograr la igualdad plena y efectiva de los miembros de los grupos que se enfrentan a consecuencias de una discriminación pasada o presente, o que están en desventaja social o económica.

Incluye aspectos como: políticas inclusivas, financiación específica, divulgación, trato preferente (por ejemplo, cuotas)



## Conceptos básicos

### 1) Igualdad formal

" Tratar igual" - En principio NO a medidas de acción positiva

### 2) Igualdad de oportunidades

" Igualar las reglas del juego" - Sí, pero limitadas a medidas de acción positiva « *soft* »

### 3) Igualdad sustantiva

" Lograr la igualdad de resultados " - Sí, a medidas condicionales e incondicionales, como las cuotas

## Disposiciones (I) - Derecho primario de la UE

### 1) Artículo 157, apartado 4, del TFUE

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

### 2) Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

"La igualdad entre mujeres y hombres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impedirá el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas específicas en favor del sexo menos representado".

## Disposiciones (II) - Derecho derivado de la UE

### 1) Artículo 3 (Directiva 2004/113/CE)

"Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas específicas para prevenir o compensar las **desventajas vinculadas al sexo**".

### 2) Artículo 3 (Directiva 2006/54/CE)

"Los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas en el sentido del apartado 4 del artículo 141 del Tratado con el fin de garantizar en la práctica la plena igualdad **entre hombres y mujeres** en la vida laboral".

### 3) Artículo 5 (Directiva 2000/43/CE)

"Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas vinculadas al **origen racial o étnico**".

### 4) Artículo 7 (Directiva 2000/78/CE)

"Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas relacionadas con cualquiera de los **motivos mencionados en el artículo 1**". [...]

## Disposiciones (III) - Derecho internacional de derechos humanos

### 1) Artículo 4(1) (UN CEDAW)

"La adopción por los Estados Partes de **medidas especiales de carácter temporal** encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en el sentido definido en la presente Convención [...]; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato [...]".

### 2) Artículo 1(4) (CERD de la ONU)

"Las medidas especiales adoptadas con el único fin de asegurar el adecuado adelanto de determinados grupos raciales o étnicos [...] no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron".

### Interpretación del TJUE (Medidas de Acción Positiva (I))

- 1) C-366/99 *Griesmar* (2001) (sólo las funcionarias francesas con hijos tienen derecho a una bonificación a su pensión por cada uno de sus hijos);
- 2) C-476/99 *Lommers* (2002) (las plazas de guardería del Ministerio neerlandés sólo están disponibles, en principio, para el personal femenino; salvo en caso de "urgencia");
- 3) C-319/03 *Briheche* (2004) (ley francesa que exige a determinadas categorías de mujeres, incluidas las "viudas que no se han vuelto a casar", del límite máximo de edad de 45 años para acceder a un empleo en el sector público);
- 4) C-104/09 *Roca Álvarez* (2010) (la ley española establecía que las madres trabajadoras tenían derecho al "permiso de lactancia", mientras que los padres trabajadores sólo tenían derecho al permiso si su cónyuge era también trabajadora por cuenta ajena);



### Interpretación del TJUE (Medidas de Acción Positiva (II))

- 5) C-173/13 *Leone* (2014) (norma francesa que concede una bonificación para el cálculo de la pensión a los funcionarios que se acogieron a la interrupción de la carrera por permiso maternidad/paternidad/parental);
- 6) C-319/03 *Maistrellis* (2015) (legislación griega que deniega el permiso parental por nacimiento a un funcionario cuya esposa no trabaja);
- 7) C-450/18 *WA / INSS* (2020) (ley española que otorga a las madres con dos o más hijos un complemento a las pensiones de incapacidad, no disponible para los padres en una situación similar);
- 8) C-463/19 *Syndicat CFTC* (2020) (Permiso de maternidad adicional para las trabajadoras que crían a sus hijos solas).



## Interpretación del TJUE (I) (cuotas de género)

### 1) C-312/86 *Comisión contra Francia* (1988);

El Código Laboral francés permitía la concesión de derechos especiales a las mujeres (más allá de las normas relacionadas con el embarazo o la maternidad) en los convenios colectivos, sin que existiera un mecanismo de revisión de dichos derechos.

Párrafo 15: No se puede concluir que los derechos especiales de las mujeres en los convenios colectivos estén comprendidos en las excepciones de la directiva aplicable destinadas a "autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, estén destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho".

### 2) C-450/93 *Kalanke* (1995);

Ley regional alemana con una cláusula de desempate que daba automáticamente el puesto de trabajo a candidatas igualmente cualificadas en sectores en los que las mujeres estaban infrarrepresentadas.

Párrafo 16: "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 infrarepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo".



## Interpretación del TJUE (II) (cuotas de género)

### 3) C-409/95 *Marschall* (1997)

La legislación regional alemana da prioridad a las candidatas igualmente cualificadas en los niveles de carrera en los que las mujeres están infrarrepresentadas, a menos que razones específicas de un candidato masculino inclinen la balanza a su favor.

Párrafo 33: la "cláusula de salvaguardia" hace que este régimen sea compatible con el derecho de la UE porque garantiza la evaluación de las circunstancias individuales de los candidatos

### 4) C-158/97 *Badeck* (1999);

Las normas de la administración pública alemana dan prioridad a las funcionarias en los ascensos, en el acceso a la formación y la contratación en sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, cuando la candidata está igualmente cualificada que el candidato masculino y sólo si no hay razones "de mayor peso legal" que inclinen la balanza a favor del candidato masculino.

La legislación de la UE no lo impide



### Interpretación del TJUE (III) (cuotas de género)

5) C-407/98 *Abrahamsson* (2000)

La normativa sueca para los nombramientos del profesorado universitario prevé la preferencia a los candidatos del sexo menos representado (aunque estén menos cualificados), si la diferencia de cualificaciones es limitada y no socava la objetividad del proceso de selección.

Apartado 55: Aunque el Derecho de la UE permite a los Estados miembros "mantener o adoptar medidas que prevean ventajas especiales destinadas a prevenir o compensar las desventajas en las carreras profesionales con el fin de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres [...], **no puede deducirse [...] que permita un método de selección como el controvertido [...] que resulta ser[...] desproporcionado con respecto al objetivo perseguido"**.

6) C-79/99 *Schnorbus* (2000)

La ley alemana da preferencia a los solicitantes a las prácticas jurídicas preparatorias a la abogacía cuando han completado el servicio militar/civil obligatorio

Apartado 47: Compatible con el Derecho de la UE "en la medida en que están justificadas por razones objetivas e inspiradas únicamente por la preocupación de contribuir a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio".

[7] E-1/02 *Órgano de Vigilancia de la AELC contra Noruega* (2003)

La norma noruega que permite la reserva de puestos académicos a miembros del género infrarrepresentado viola los Acuerdos del EEE y la legislación de la UE aplicable].



### Interpretación del TJUE (IV) (cuotas de género)

- Resumen del considerando 25 de la propuesta de directiva sobre cuotas de género en los consejos de administración de las empresas (siguiente diapositiva)

"En algunos casos se puede conceder **prioridad** al género menos representado en la selección para el acceso al empleo o a la promoción, siempre que el candidato del género menos representado tenga la **misma cualificación** que su competidor del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional, que la **prioridad no sea automática e incondicional** sino que pueda ignorarse si existen motivos específicos que inclinen la balanza en favor un candidato individual del otro género, y que la candidatura de cada uno de los aspirantes haya sido objeto de una **valoración objetiva** que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona **de los** candidatos."



## Preguntas/cuestiones abiertas (I)

### 1) Propuesta de Directiva "Cuotas de género en los consejos de administración"

Propuesto en 2012, pero debido a la resistencia de (algunos) Estados miembros se estancó; ahora hay algún movimiento en el Consejo (4 de marzo de 2022, Doc. 6468/22);

- Se aplicará a las empresas que cotizan en bolsa y no a las PYME (art. 3);
- Los Estados miembros deben garantizar que las empresas que cotizan en bolsa alcancen el objetivo de que los miembros del sexo menos representado ocupen al menos el 40 % de los puestos de administradores no ejecutivos, o el objetivo de que los miembros del sexo menos representado ocupen al menos el 33 % de todos los puestos de administrador, incluidos los ejecutivos y no ejecutivos, **para finales de 2027** (artículo 4, apartado 1);
- Las empresas que cotizan en bolsa en las que los miembros del sexo menos representado representan menos del 10 % de los trabajadores pueden quedar exentas (apartado 6 del artículo 4);
- **El mérito debe seguir siendo parte de los medios para lograr el objetivo** (Art. 4a));
  - Medidas de aplicación efectivas, proporcionadas y disuasorias (Art. 7);
  - Se permiten medidas más favorables si no crean una discriminación injustificada ni obstaculizan el buen funcionamiento del mercado (art. 8);
    - Cláusula de extinción: 31 de diciembre de 2038 (art. 10).

## Preguntas/cuestiones abiertas (II)

### 2) Cuotas de género en las universidades de la UE (hoy)

#### a) Universidad de Viena (Austria)

"La Universidad de Viena es un empleador con igualdad de oportunidades y valora la diversidad.

A igualdad de cualificaciones, se dará preferencia a las candidatas"

#### b) Normativa búlgara sobre cuotas en la enseñanza superior

La legislación búlgara establece una cuota de sexo 50/50, que puede ser adaptada por las universidades/programas. Se han presentado algunas impugnaciones a nivel nacional (por ejemplo, contra la Universidad Militar, donde la cuota fijada era mucho más baja para las mujeres).

