

## La acción positiva en el derecho comunitario

1. Disposiciones sobre la acción positiva
  - Artículo 2(4), Directiva 76/207/CE
  - Artículo 141(4) CE
    - Introducido por el Tratado de Amsterdam,
      - Firmado por los jefes de Estado el 2 de octubre de 1997
      - En vigor desde el 1 de mayo 1999
  - Directiva 2002/73/CE, que modifica la directiva 76/207/CEE
    - Directiva Refundición 2006/54/CE
2. Jurisprudencia
  - Pre-Amsterdam
  - Post-Amsterdam
3. Conclusiones

### Directiva 76/207/CE y Artículo 141(4) CE

- Artículo 2(4), Directiva 76/207/CE
  - ...medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el Artículo 1(1).
- Artículo 141(4) CE
  - ...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.

## Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE

- Artículo 1(2)(nuevo Artículo 2(8))
  - Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado
- Artículo 2(3)
  - Los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, así como la información sobre estas medidas y su aplicación

## Directiva Refundición 2006/54/CE

- Transposición: 15 de agosto 2008
- Sin cambios substanciales en las disposiciones sobre acción positiva.
  - Artículo 2(8) es ahora Artículo 3.
  - Artículo 2(3) es ahora Artículo 31(3).

## Jurisprudencia Pre-Amsterdam

- Comisión contra Francia, Asunto 312/88 [1988] ECR 6315
- Kalanke, Asunto C-450/93 [1995] ECR I-3051
- Marschall, Asunto C-409/95 [1997] ECR I-6363  
– 11 de noviembre 1997

## Comisión contra Francia, 312/88 Antecedentes de hecho

- *French Labour Code allowed employers to maintain terms of employment contracts or collective agreements granting special rights to women:*
  - *Extended maternity leave*
  - *Reduction in working hours for women aged 59*
  - *Early retirement*
  - *Time off for sick children,*
  - *Extra days' holiday each year per child*
  - *Day off on the first day of the school term*
  - *Hours off on Mother's Day*
  - *Daily breaks for women working on computer equipment or as typists or switchboard operators*
  - *Bonuses from the birth of the second child for calculating pensions*
  - *Payment of allowances to mothers who have to pay costs of nursery or child minders*

## Comisión contra Francia 312/88 Fundamentos de derecho

- *As regards the exception provided for by Article 2(4) [of Directive 76/207] it has the precise, limited object of authorising measures which, although discriminatory in appearance, actually aim to eliminate or reduce de facto inequalities which may exist in actual working life...there [was nothing] to indicate that the general retention of [special] rights for women in collective agreements may correspond to the situation envisaged by this provision. (para 15)*

## Comisión contra Francia 312/88 AG Sir Gordon Slynn

- *“It is not permissible to argue, as France appears to argue, that because women in general have been discriminated against then any provisions in favour of women in the employment field are per se valid as part of an evening-up process.”*

## Kalanke, Asunto C-450/93

### Fallo

- Una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (párrafo 22)

## Marschall, Asunto C-409/95

### Fundamentos de derecho

- 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 (párrafo 24)

## Marschall, Asunto C-409/95

### Fallo

- ...una normativa nacional que... contiene una cláusula de apertura no sobrepasa [los límites del artículo 2(4)] 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.

## Jurisprudencia Post-Amsterdam

1. Badeck, Asunto C-158/97 [2000] ECR I-1875
2. Abrahamsson, Asunto C-407/98 [2000] ECR I-5539
3. Lommers, Asunto C-476/99 [2002] ECR I-2891
4. Briheche, Asunto C-391/03 [2004] ECR I-8807 (Second Chamber)

## Badeck, Asunto C-158/97

### Antecedentes de hecho

- La ley de Hessen sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres
  1. En los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior.
  2. Los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos.
  3. En aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, reserva a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación.
  4. En caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas.
  5. La participación de la mujer en la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control sea al menos igual.

## Badeck, Asunto C-158/97

### Fallo sobre la medida #1 (prioridad)

- Garantiza que el sexo del candidato nunca será determinante a los efectos de un procedimiento de selección cuando, en una situación dada, no sea necesario. Esto ocurre, en particular, cuando se desvirtúa el significado que deriva de la circunstancia de que las mujeres estén infrarrepresentadas como indicio de que existe una situación desfavorable para ellas.
- Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la vista de lo que antecede, si la normativa de que trata el asunto principal garantiza que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos

## Badeck, Asunto C-158/97

### Fallo sobre la medida # 2 (objetivos vinculantes)

- Compatible con el derecho comunitario porque no fija un límite absoluto,
- sino que se refiere al número de personas que hayan adquirido una formación profesional adecuada, lo cual significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia en favor de las mujeres.

## Badeck, Asunto C-158/97

### Fallo sobre medida #3 (plazas formación)

- No resulta contrario al derecho comunitario.
- No conduce a una rigidez absoluta.
  - Si las candidaturas femeninas fueran insuficientes, más de la mitad de las plazas de formación profesional podrán ser cubiertas con hombres.
- Lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública.
- La cuota sólo se aplica a las plazas de formación respecto de las cuales el Estado no ejerce un monopolio.
  - Por tanto, se trata de casos de formación para los cuales también hay plazas disponibles en el sector privado, ningún candidato masculino queda definitivamente excluido de la formación



**Badeck, Asunto C-158/97**  
**Fallo sobre medida # 4 (entrevista)**

- No supone alcanzar un resultado definitivo, sino que ofrece posibilidades adicionales a las mujeres cualificadas para facilitar su acceso al mundo laboral y a su carrera.
- También prevé que se efectúe un examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convoque a los candidatos cualificados que reúnan todos los requisitos exigidos o previstos.
- En consecuencia, se trata de una disposición que... está encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva.

*Badeck, Asunto C-158/97*

**Fallo sobre medida #5**

(órganos de representación, de gestión y de control)

- Dicha disposición no es de carácter imperativo, y reconoce que a menudo la composición de los órganos colegiados viene determinada por disposiciones legales, y que la plena consecución de la participación de las mujeres en pie de igualdad exigiría, en todo caso, una modificación de las Leyes correspondientes.
- Tampoco puede aplicarse a los cargos atribuidos mediante elección.
- Como esta norma no tiene carácter imperativo, deja un cierto margen que permite tener en cuenta otros criterios.

## Abrahamsson, Asunto C-407/98

### Antecedentes de hecho

- Un candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea la capacitación suficiente para el puesto, podrá ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, siempre que la diferencia entre las respectivas capacitaciones no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.
- Se presentaron ocho candidatos para una vacante en la Universidad de Göteborg, entre ellos las Sras. Abrahamsson, Destouni, Fogelqvist, y el Sr. Anderson.
- La Comisión de Nombramientos efectuó dos votaciones :
  1. el Sr. Anderson resultó ser el primero y la Sra. Destouni la segunda, teniendo en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos.
  2. la Sra. Destouni fue clasificada primera, el Sr. Anderson segundo y la Sra. Fogelqvist tercera, teniendo en cuenta tanto los méritos científicos como las normas de acción positiva.
- La Sra. Destouni renunció a su candidatura.
- El Rector nombró a la Sra. Fogelqvist teniendo en cuenta las normas de acción positiva.

## Abrahamsson, Asunto C-407/98

### Fallo

1. La ley sueca no es compatible con el Artículo 141(4) y la Directiva.
2. El hecho de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta , es irrelevante.
3. No se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.
4. Una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

## Lommers, Asunto C-476/99

### Fundamentos de Derecho

- El argumento basado en el hecho de que las mujeres tienden más fácilmente a interrumpir su carrera profesional para asumir la guarda de sus hijos de corta edad, no tiene la misma fuerza respecto de dichos funcionarios.
- La circunstancia de que la esposa del Sr. Lommers podría, eventualmente, tener dificultades para continuar su carrera profesional por tener que ocuparse de la guarda de los hijos de corta edad del matrimonio, no es pertinente a los efectos de apreciar el fundamento de la medida controvertida en el litigio principal en relación con el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva ya que, por lo que respecta a las condiciones de trabajo determinadas por un empleador, el principio de igualdad de trato no puede aplicarse, por definición, más que entre los trabajadores que éste emplea.

## Lommers, Asunto C-476/99

### Fallo

- El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador.
- Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos.

## Briheche, Asunto C-391/03

### Antecedentes de hecho

- Ley No. 2001-397 suprimen los límites de edad para el acceso al empleo en el sector público para determinados grupos de mujeres:
  - madres de tres o más hijos,
  - viudas que no se hayan vuelto a casar
  - divorciadas que no se hayan vuelto a casar
  - separadas legalmente
  - solteras con al menos un hijo a cargo
- Sr. Briheche, de 48 años de edad, viudo, que no se ha vuelto a casar y que tiene un hijo a cargo, presentó su candidatura a varias oposiciones convocadas por la Administración Pública francesa.
- Su candidatura fue desestimada por el motivo de que superaba la edad máxima establecida

## Briheche, Asunto C-391/03

### Fallo

- Dicha normativa reconoce una prioridad absoluta e incondicional a las candidaturas de determinados grupos de mujeres, entre las que figuran las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, reservándoles la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación
- No resulta admisible con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva.
- Tampoco resulta admisible con arreglo al artículo 141 CE, apartado 4, que resultan, en todo caso, desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido.