

**IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y
MUJERES EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO
STJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-79/99,
Julia Schnorbus y Land Hessen**

EMILIA CASTELLANO BURGUIL

SUPUESTO DE HECHO: El Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de Justicia alemán) ha planteado al Tribunal Europeo de Luxemburgo una serie de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación 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 profesional, y a las condiciones de trabajo. En concreto, el conflicto se suscita en el marco de un litigio sobre el aplazamiento de la solicitud de admisión de la interesada a las prácticas jurídicas preparatorias, las cuales preceden al segundo examen de acceso de la carrera de Derecho. La reclamación de la interesada se concreta en la petición que se realiza al órgano judicial alemán, y que éste traslada al Tribunal Comunitario, para que se constate la existencia de una discriminación por razón de sexo, en particular, en el proceso de selección de los candidatos que reúnan esas prácticas jurídicas preparatorias para la obtención de un puesto de magistratura o en la alta función pública. La supuesta discriminación se produce por la preferencia de los candidatos que se encuentran en un supuesto de concurrencia de circunstancias constitutivas de un "caso de rigor", pudiendo dichas circunstancias responder al cumplimiento de un servicio obligatorio como puede ser el servicio militar.

Por su parte, el demandado considera que dicha cuestión no debe entenderse encuadrada en el ámbito de aplicación de la Directiva mencionada, ya que el conflicto se refiere al período de espera previo a la admisión, garantizada legalmente, a las prácticas jurídicas preparatorias y no contiene elementos que puedan justificar la aplicación de la Directiva.

RESUMEN: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado que no constituye una discriminación directamente basada en el sexo.

* Becaria de FPI de la Junta de Andalucía, miembro del Departamento Antón Meléndez, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

sexo la preferencia de los candidatos masculinos para el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias. Por el contrario, constituye una discriminación indirecta, aunque justificada por razones objetivas e inspirada únicamente en la preocupación de contribuir a compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar o civil obligatorio.

ÍNDICE

1. Regulación legal del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario
2. En especial, 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
3. En particular, el caso alemán
4. Conclusión

1. LA REGULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL DERECHO COMUNITARIO

El Derecho a la igualdad de trato por razón de sexo constituye uno de los temas de mayor interés en la actual Política Social Comunitaria¹. Y ello, a pesar del escaso interés que suscitó en los inicios de lo que hoy es la Unión Europea, que sólo la contempló en un sentido muy limitado como posible factor de desajuste económico, y que se tradujo en la incorporación al Tratado de Roma del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres².

¹ Así lo demuestra la abundante elaboración doctrinal al respecto, entre otros, destacar: PÉREZ DEL RÍO t. "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario". *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Editorial Tecnos, CARL, Madrid, 2000. ROCCELA m. "La significación y alcance de la Directiva sobre Igualdad de trato en las condiciones de trabajo". *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997. Pág. 190. DURÁN LÓPEZ f. "La Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976". *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1990. LÓPEZ LÓPEZ j et al. "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Amsterdam". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. nº 99, 2000, págs. 5-26.

² De acuerdo con su redacción originaria el artículo 119 del TCEE establecía que "Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo [...]". El contenido de este precepto aparece igualmente con-

Desde entonces, diferentes normas de Derecho Comunitario han ampliado progresivamente el campo de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para incorporar a su contenido, por un lado, otros aspectos propios de las relaciones laborales como las condiciones de acceso al empleo, la formación,³ la Seguridad Social⁴, el trabajo autónomo⁵, etc..., y por otro lado para regular elementos necesarios para la eficaz aplicación de este principio como el propio concepto de discriminación (directa o indirecta), o la carga de la prueba⁶ en los supuestos de conductas discriminatorias.

También la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales los Trabajadores de 1989, establece en su artículo 16 la obligación de garantizar "la igualdad de trato entre hombres y mujeres. [Y añade] A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional". Se amplía de esta forma el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque con escasa eficacia dada la ausencia de fuerza vinculante de esta disposición.

A pesar de la importancia del principio de igualdad de trato por razón de sexo, y de la necesidad de su extensión generaliza, el Tratado de Maastricht 1992, recoge el principio de igualdad (artículo 119) en términos idénticos al establecido en el Tratado del año 1957. Aunque se añade un precepto, en el Acuerdo de Política Social (anexo al Protocolo nº XIV sobre Política Social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), el nº 2, que establece el principio para la consecución de los objetivos que los Estados miembros y la pro-

sagrado en normas internacionales como el Convenio de la OIT nº 100 sobre igualdad de remuneración firmado en el año 1951. Asimismo, en el seno de la propia Comunidad Europea dicho precepto ha sido desarrollado por la Directiva 75/117/CEE de 10 febrero de 1975 (DOCE nº L 45, de 19 de febrero de 1975).

³ Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 (DOCE nº L 39 de 14 de febrero de 1976), sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo.

⁴ Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978 (DOCE nº L 6 de 10 de enero de 1979), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social; Directiva 86/378/CE de 24 de julio de 1986 (DOCE nº L 225 de 12 de agosto de 1986), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996).

⁵ Directiva del Consejo 86/613/CEE de 11 de diciembre de 1986 (DOCE nº L 359 de 24 de diciembre de 1986), sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan actividad autónoma, incluidas las agrícolas.

⁶ Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre (DOCE nº L 14 de 20 de enero de 1998), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de se-

Comunidad han marcado en el precepto anterior, ambos incidirán en una serie de ámbitos, entre los que destaca la "igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres". Se produce un reconocimiento genérico del principio de igualdad de trato por razón de sexo, y no sólo desde el punto de vista económico, sino social. Sin embargo, y a pesar de la previsión contenida en el artículo 2.2 del Acuerdo, su eficacia resulta limitada al no vincular a todos los Estados miembros.⁷

En la actualidad, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, además de estar reconocido en una abundante normativa de derecho comunitario derivado, aparece consagrado, por una parte, en el artículo 13 del Tratado de Amsterdam que establece que "sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual".⁸

Y por otro lado, en el Título XI del Tratado de Amsterdam, que bajo la rúbrica de "Políticas social, de educación, de formación profesional y de juventud", recoge una serie de preceptos, entre los que destaca el artículo 137 que señala que para la consecución de los objetivos marcados en el precepto que le precede:

"la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

[...]

- la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo".

A pesar del carácter omnicompreensivo de esta previsión respecto a todas las condiciones de trabajo, tras la firma del Tratado de Amsterdam, se ha optado por mantener el contenido del anterior artículo 119 (ahora artículo 141), y consagrar de forma independiente y expresa el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres por trabajos iguales o que tengan un mismo valor.

En cualquier caso, tras la aprobación del Tratado de Amsterdam, el principio de igualdad de trato en sentido amplio, y no sólo económico, aparece

⁷ Este Acuerdo también contiene un precepto, el nº 6º, que reproduce el contenido del artículo 119 del TUE en cuanto al principio de igualdad salarial.

⁸ Haciendo uso de esta previsión legal, recientemente, se han aprobado dos Directivas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE nº L 180 de 19 de julio de 2000), y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, (DOCE nº L 303 de 2 de diciembre de 2000) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

consagrado de forma expresa como norma de Derecho comunitario. Se elimina de esta forma la necesidad de acudir a normas externas, o a cláusulas generales que prevén la competencia de las instancias europeas, en materias que no estén expresamente atribuidas a las mismas cuando sea necesaria su intervención para la consecución del mercado del objetivo económico que ha precedido desde su origen a lo que ha sucedido en la Unión Europea.

Recientemente, el Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DOCE nº C 80 de 10 de marzo de 2001) incorporado un nuevo apartado a este artículo 13 TA (nuevo apartado 1 del artículo 13), que expresamente declara que "No obstante, lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo de la exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos marcados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251".

Esto va a suponer el reconocimiento de una competencia específica en materia de igualdad de trato en un doble sentido, por un lado, la competencia para "armonizar" los ordenamientos nacionales en la consecución de los objetivos marcados en el punto 1 de este artículo 13, y que podrá ser ejercida según el procedimiento normativo común, por unanimidad, y una vez aprobada la Directiva para "apoyar y coordinar" la actuación de los Estados miembros en la consecución de esos mismos objetivos, y para cuyo ejercicio sólo se exigirá una cualificación.

Por último, la amplitud que caracteriza el principio de igualdad de trato, ha determinado una abundante intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como ha señalado algún autor⁹ "la interpretación del Tribunal comunitario desarrollando el principio de igualdad y estableciendo los límites del mismo, las excepciones que pueden ser aplicables resulta indispensable para que alcance el alcance de la esta Directiva" (Directiva 76/207/CEE). De manera que la aportación no sólo ha sido cuantitativa sino cualitativa, así lo demuestra el propio concepto de discriminación indirecta, que aún cuando hoy aparece regulado en diferentes normas sobre igualdad de trato por razón de sexo, fue desarrollado por la jurisprudencia comunitaria.

⁹ ORDÓÑEZ SOLÍS d. La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho de la Unión Europea. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1999. F

2. EN ESPECIAL, 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

De acuerdo con el propio considerando de la Directiva 76/207/CEE¹⁰, esta norma vino a continuar el camino iniciado por otras normas anteriores de Política Social y, en especial, por el Programa de Acción Social de 1974 (DOCE nº C 13 de 12 de febrero de 1974). Este programa había marcado como objetivo prioritario, en la esfera comunitaria y nacional, la realización de acciones dirigidas a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la relación laboral, entendiendo ésta en sentido amplio. De manera que se pretendía asegurar la igualdad de oportunidades en el momento de acceder al mercado de trabajo, durante el desarrollo de la prestación de servicios y finalmente, en el momento de la extinción de la relación laboral.

En cuanto a la primera de estas fases, en la cual se produce el asunto que da lugar a la Sentencia comentada, es abundante la jurisprudencia del Tribunal europeo en el sentido de calificar como discriminatoria la conducta del empresario que se niega a contratar a una mujer por el sólo hecho de ser mujer, y con la intención de eludir los costes económicos derivados de una posible suspensión del contrato de trabajo. (véase, especialmente, STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto C-421/92, G Habermann-Beltermann). Y todo ello, con independencia de que en el proceso de selección de personal resultara o no beneficiario un candidato de sexo masculino, ya que si la candidata posee la cualificación requerida para el desempeño de la actividad o prestación de servicios objeto de la contratación, y la ausencia de esta contratación se produce sólo por motivos de la condición biológica del candidato, dicho comportamiento es contrario al Derecho Comunitario.

En relación con estas cuestiones, el apartado 1º del artículo 2º de esta Directiva enuncia el principio de igualdad de trato de forma negativa al prohibir las conductas discriminatorias. En concreto establece que *"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 [...]"*.

El artículo 2.2 contempla, sin embargo, una excepción a esta regla general al señalar que *"la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Esta-*

¹⁰ El reconocimiento competencial para su aprobación se contenía en el artículo 235 del Tratado de Roma que establecía que *"Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes"*.

dos miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio." (véase STJCE de 30 de junio de 1988, asunto C 318/86, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa)

Como tendrá oportunidad de analizarse seguidamente en el caso de auto si bien no se produce una exclusión en el sentido marcado por la anterior previsión legal, sí se produce una preferencia por los candidatos de sexo masculino. En cualquier caso, y de acuerdo con lo establecido por el Tribunal europeo dicha previsión debe ser interpretada restrictivamente, de manera que no se convierta en una medida de preferencia absoluta e incondicionada por los candidatos de un determinado sexo.

Por su parte, el artículo 3.1 de la Directiva extiende el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a *"las condiciones de acceso al empleo incluidos los criterios de selección, a los empleados o puestos de trabajo, cualquier que sea el sector o rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional"*.

De acuerdo con esta cláusula y según lo establecido por el propio Tribunal europeo, la presente Directiva se refiere tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los funcionarios públicos. Así lo ha puesto de manifiesto este Tribunal en diferentes sentencias (STJCE de 21 de mayo de 1985, Comisión/Francia, de 15 de mayo de 1986, Johnston, y de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia) de las cuales se deduce la ausencia de diferenciación en los empleos del sector público y privado, ya que la igualdad de trato debe estar garantizada con independencia de la naturaleza del empleador, evitando de esta forma que un Estado pueda sustraerse unilateralmente de las obligaciones que impone la Directiva.

Asimismo, otras normas comunitarias que establecen el principio de igualdad de trato en sentido amplio y no sólo por razón de sexo, extienden su eficacia tanto en el sector privado como en el sector público (véase STJCE de 2 de octubre de 1997, asunto C-100/95, Kording). En este sentido, puede consultarse la previsión contenida en el artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que viene a establecer de forma expresa la aplicación de esta norma *"a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos [...]"*.

A pesar de la abundante doctrina jurisprudencial y de estas previsiones legales, lo cierto es que aún hoy existen supuestos en los cuales se admite el tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres, siempre que respondan a criterios objetivos, justificados e imparciales.

3. EN PARTICULAR EL CASO ALEMÁN

En concreto, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz), establece la obligación del servicio militar para los varones en

términos de posibilidad, al establecer que "1.- Los varones que hayan cumplido dieciocho años de edad podrán ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en una unidad de Defensa Civil.

2.- Quien por razones de conciencia rehuse el servicio militar con las armas, podrá ser obligado a prestar un servicio de sustitución [...]".

Por su parte, la Ley que regula el servicio militar obligatorio establece un plazo de diez meses para la duración del mismo, a los cuales podrán sumarse otros tres meses para la realización del servicio civil (Ley del servicio civil).

En este contexto, y tras la reclamación administrativa previa, se plantean una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo, que pueden ser resumidas en la necesidad de dilucidar si una normativa nacional como la Ley alemana relativa a la formación del jurista (JAG) (Juristenausbildungsgesetz), en su versión del año 1989, puede incluir previsiones como las contenidas en su artículo 24 que señala que "1.- Los juristas en prácticas ingresarán con efectos del primer día laborable de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre o noviembre.

2.- Si el número de solicitudes de admisión a las prácticas jurídicas preparatorias presentadas dentro de plazo para un día de incorporación concreto superara el número de las plazas disponibles, su ingreso podrá aplazarse hasta doce meses, salvo si circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor impiden el aplazamiento. La selección de las personas cuya contratación debe ser aplazada se efectuara por sorteo". Esta previsión legal completa lo señalado en el artículo 23 de esta norma, en el sentido de considerar que los candidatos que habiendo superado el primer examen de Estado pueden solicitar, por una parte, la incorporación a dicho servicio de prácticas jurídicas y, por otra, ser nombrados juristas en prácticas.

Según el artículo 14 del Reglamento relativo a la formación de juristas, en su versión de 8 de agosto de 1994 (Juristenausbildungsordnung) "1.- Existirán las circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de rigor, en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la JAG, cuando el aplazamiento implique desventajas para la candidata o el candidato que, aplicando un criterio estricto, superen considerablemente los perjuicios ocasionados normalmente por dicho aplazamiento. 2.- Se considerarán casos de rigor los siguientes:

[...]

4) la prestación de un servicio obligatorio en el sentido del artículo 12 a, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz o el ejercicio de una actividad de un mínimo de dos años como colaboradora o colaborador en el sentido de la Ley de ayuda al desarrollo (Entwicklungshelfergesetz) de 18 de junio de 1969, modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989, o la prestación de un año de voluntariado social con arreglo a la Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres (Ley de promoción del voluntariado social anual) de 17 de agosto de 1964, modificada por la Ley de 18 de diciembre de 1989."

En resumen, estas normas vienen a justificar una discriminación a favor de los candidatos masculinos, en cuanto al tratamiento de las solicitudes para el

ingreso en las prácticas jurídicas preparatorias, justificada por criterios objetivos tales como la prestación del servicio militar o civil que sólo es obligatorio para los varones. Surge, por tanto, la duda sobre si dicha automática en la preferencia para ser admitidos a dichas prácticas debe o no ir acompañada del análisis de otras circunstancias particulares que pudieran concurrir en los candidatos. O por el contrario, dicha preferencia encuentra su reconocimiento legal en la interpretación a sensu contrario que pudiera hacerse de la excepción contenida en el artículo 2.4 de la Directiva, y que favorece la adopción de medidas activas para contrarrestar la desigualdad de las mujeres en los mercados de trabajos, ocasionadas, estas desigualdades, por roles sociales y por obligaciones que han sido asumidas por tradición, y que las han convertido en sujetos menos competitivos en dichos mercados. Todo ello, teniendo en cuenta que en el caso planteado (prestación del servicio militar o civil obligatorio) es el hombre el sujeto perjudicado por los valores y atribuciones tradicionales. En definitiva, el régimen previsto en la norma nacional alemana lo que hace es compensar una desventaja a la que no están expuestas las mujeres.

El fundamento jurídico 28 de esta Sentencia da respuesta a la cuestión prejudicial sobre si disposiciones nacionales como las controvertidas en este litigio están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva comentada (Primera cuestión prejudicial planteada por el órgano nacional). En este sentido, el Tribunal europeo declara el carácter comprensivo de la Directiva 76/207/CEE respecto a supuestos como el aquí analizado, ya que esas prácticas preparatorias "constituyen un período de formación y una condición pre necesaria para acceder a un empleo en la magistratura o en la alta función pública, [y por tanto] dicho retraso puede incidir en el desarrollo de la carrera de los interesados."

Sobre el fondo del asunto, y por tanto, respondiendo a la cuestión prejudicial relativa a la posibilidad de que la normativa nacional alemana albeque o no una discriminación directa o en todo caso, indirecta basada en el sexo, debe responderse, a la primera de las opciones, negativamente ya que como señala el Tribunal europeo en su fundamento jurídico 33 "según los criterios definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerarse que sólo las disposiciones que se aplican de forma diferente a la función del sexo de las personas interesadas constituyen una discriminación directamente basada en el sexo (véase, especialmente, la sentencia de 17 febrero de 1998, asunto C-249/96 Grant)".¹¹ (Segunda cuestión prejudicial).

¹¹ El concepto de discriminación directa además de haber sido definido legalmente ha sido objeto de un amplio tratamiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Entre otras, pueden consultarse las Sentencias de 9 de noviembre de 1991, asunto C-177/88 Dekker, de 14 de julio de 1994, asunto C-32/93 Webb, de 5 de marzo de 1994, asunto C-421/92, G Habermann-Beltermann, de 30 de junio de 1998, asunto C-394/96, Mary Brown.

En cuanto a la posibilidad de que dicha previsión legal constituya una discriminación indirecta¹² (Tercera cuestión prejudicial), entendiéndose por tal aquella que se produce "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros afecta a un porcentaje considerablemente mayor de personas de un solo sexo"; la Comisión europea ha entendido que en el caso de autos el porcentaje de candidatos de sexo femenino admitidos a las prácticas en el año 1998, de forma preferente por la aplicación de los llamados "casos de rigor", era sustancialmente inferior al número de candidatos de sexo masculino que habían podido beneficiarse, por concurrir en ellos alguna circunstancia especial, de ese trato de favor. Y todo ello, a pesar de que el número de solicitudes de candidatos de sexo femenino era notablemente superior al número de solicitudes de candidatos masculinos.

Concluye la Comisión calificando dicho comportamiento como discriminación indirecta en perjuicio de los candidatos de sexo femenino, ya que es contrario a la Directiva utilizar criterios o pruebas de selección que desfavorezcan al colectivo femenino y no estén justificados por motivos objetivos y proporcionales. En este sentido, el Tribunal de Justicia europeo comparte la argumentación de la Comisión y declara que "[...] las disposiciones controvertidas revelan, por sí mismas, una discriminación indirecta puesto que, en virtud del Derecho nacional aplicable, las mujeres no están sujetas a la obligación de prestar el servicio militar y, por tanto, no pueden acogerse a la prioridad prevista por las mencionadas disposiciones de la JAG para los casos de rigor" (Fundamento jurídico 38).

Una vez constatada la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, restaría por analizar la posibilidad de su justificación de acuerdo con la cláusula contenida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, y por tanto, se trataría de analizar la interpretación a sensu contrario del contenido de dicha previsión legal.¹³ (Cuestiones prejudiciales cuarta, quinta, sexta y séptima).

¹² Sobre el concepto de discriminación indirecta puede consultarse entre otros, SENDEN I. "La igualdad salarial en la legislación comunitaria". *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Op. Cit. pág. 147. SÁEZ LARA c. *Mujeres y Mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*. Colección Estudios. CES. Madrid, 1994. Asimismo, puede verse STJCE de 31 de marzo de 1981, asunto C-96/80, Jenkins, STJCE de 13 de mayo de 1988, asunto C-170/84, Bilka C. kaufhaus., STJCE de 13 de julio de 1989, asunto C-171/88, Rinner-Kuhn, STJCE de 15 de diciembre de 1994, asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Sadt Lengerich y otros, STJCE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Regina, STJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-322/98, Bärbel Kachelmann.

¹³ En aplicación de este apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, se dicta la STJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, Hellmut Marschall. En esta sentencia, se confirma la preferencia a favor de las mujeres para el acceso de un puesto en la Administración pública alemana, concretamente, en un supuesto de promoción en el centro escolar de Schwerte, con el fin de "neutralizar la situación de desigualdad en la que se encuentran las candidatas femeninas en relación con los candidatos masculinos", y siempre que no concurra en la persona de otro candidato "motivos que inclinan la

Esta interpretación a sensu contrario viene avalada por la argumentación realizada por la Comisión europea y por el propio Tribunal europeo en el caso de autos, ya que consideran, por un lado, que dicha previsión legal se refiere "tanto a hombres como mujeres" (Fundamento jurídico 42), y por otro lado destacan el carácter proporcionado y objetivo de la medida al declarar que "ventaja conferida a los interesados, cuya prioridad puede aplicarse en perjuicio de los demás candidatos durante un período máximo de doce meses, no desproporcionada, ya que el retraso que han sufrido a causa de las citadas actividades es, por lo menos, equivalente a dicha duración" (Fundamento jurídico 46).

Por tanto, la delicada cuestión de la justificación de una causa de tratamiento diferenciado, en supuestos de discriminación indirecta, aparece convalidada por la interpretación de las instituciones europeas en el sentido de considerar, de acuerdo con la normativa social comunitaria, que existen supuestos en los cuales la concurrencia de causas objetivas justifican un tratamiento diferenciado. Siempre que ello vaya acompañado de una alta dosis de transparencia que posibilite, por un lado, la realización del principio de seguridad jurídica, y por otro, el necesario control, por parte de las instituciones europeas, de las instituciones nacionales, y de los propios interesados, para justificar el comportamiento diferenciado. En relación con esto último, debe recordarse la importancia que el Tribunal europeo otorga al denominado "principio de interpretación conforme" según el cual corresponde al Tribunal nacional la interpretación y aplicación del derecho interno "conforme con las exigencias del Derecho comunitario aplicable y, cuando ello no sea posible, declarar inaplicable la ley nacional"¹⁴.

balanza a su favor", lo que habilitaría a la Administración para optar por el candidato de sexo masculino. Y ello porque como se señala en el fundamento jurídico 29 de esta sentencia, "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". Un comentario de esta Sentencia puede encontrarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO m. "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE". *Relaciones Laborales 1997, tomo II*. Asimismo puede verse STJCE de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, Kalanke.

¹⁴ ORDÓÑEZ SOLÍS d. comenta este principio al analizar la STJCE de 8 de febrero de 1988, asunto C-157/86, Murphy, entre otras. Pág. 286. Este mismo autor declara que "la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe realizarse por todos los implicados en la integración europea; no sólo las instituciones europeas sino también por los aplicadores y destinatarios naturales del ordenamiento comunitario, los jueces y ciudadanos comunitarios." Op. cit., pág. 364.

4. CONCLUSIÓN

La Sentencia comentada, ha venido a declarar por una parte, que las disposiciones de un Estado miembro, que regulan la admisión a prácticas jurídicas preparatorias, estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, en cuanto que regulan un requisito previo para acceder a un empleo en la Administración pública. Y por otra, que estas disposiciones pueden establecer criterios de diferenciación entre hombres y mujeres para el acceso a dichas prácticas siempre que los criterios sean proporcionados y objetivos.

En cuanto a la aplicabilidad al caso de autos del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, que expresamente se refiere a la posibilidad brindada a los Estados miembros para incluir en sus ordenamientos nacionales previsiones legales 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, incluye, asimismo, las medidas nacionales encaminadas a favorecer las desigualdades que pudieran afectar a los hombres en cuanto obligados a ciertos deberes cívicos de los cuales se excluyen a las mujeres.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA STJCE DE 30 DE JUNIO DE 1998 (Asunto C-394/1996 [Mary Brown contra Rentokil Ltd.]

FERNANDO ELORZA GUERRERO*
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS*

SUPUESTO DE HECHO: La presente sentencia tiene su origen en el litigio de la señora Brown contra Rentokil Ltd en relación con el despido de aquella ocurrido durante su embarazo. En Agosto de 1990 la señora Brown informó a la empresa de que estaba embarazada, presentando al poco tiempo una serie de certificados de baja de cuatro semanas relacionados con diferentes trastornos imputables al embarazo, dejando de trabajar a mediados de Agosto de 1990.

La empresa había incluido una cláusula en los contratos de trabajo de los miembros de su personal, por la que, en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer.

En noviembre de 1990 los representantes de la empresa comunicaron a la señor Brown que había transcurrido la mitad del período de veintiséis semanas y le recordaron que su contrato finalizaría el 8 de Febrero si antes de esa fecha no había reanudado su trabajo, tras un reconocimiento médico independiente.

La señora Brown no reanudó su trabajo con posterioridad a la comunicación, quedando acreditado que nunca se consideró que pudiera hacerlo antes del término del período de veintiséis semanas. Mediante carta de 30 de Enero de 1991, con efecto de 8 de Febrero de 1991, fue despedida durante el embarazo. Su hijo nació el 22 de Marzo de 1991.

En el momento del despido de la señora Brown, estaba vigente la *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*, cuyo art. 33 establecía que una trabajadora ausente del trabajo total o parcialmente por causa del embarazo o de parto tenía derecho, siempre que concurrieran determinados requisitos, a rea-

* Profesores del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social