



LA PARIDAD EN LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES: UN ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS KALANKE Y MARSCHALL¹

Cristiane Aquino de Souza

Profesora Adjunta de la Universidad Federal de Ceará. Doctora en Derechos Fundamentales por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster y Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Ceará.

Resumen

La adopción de cuotas legales de género en los Consejos de Administración de las grandes empresas en algunos países es reciente. En este contexto, se ha realizado el análisis de las dos principales decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a las medidas de trato preferente para la promoción en la función pública: las sentencias del caso Kalanke (1995) y Marshall (1997). El objetivo de ese trabajo es identificar si estas sentencias presentan fundamentos para las medidas que establecen la paridad en los Consejos de Administración de las empresas. Eso porque, aunque los casos mencionados no se refieran a empresas, sino a funciones públicas, en ambas situaciones se trata de medidas dirigidas a promover la representación paritaria de género en los espacios de toma de decisiones. Se han identificado relevantes fundamentos para la paridad en la Sentencia Marshall que pueden ser utilizados para los Consejos de Administración de las empresas. Se concluye, por lo tanto, que la Sentencia Marshall ha dado una grande contribución a la fundamentación de las medidas destinadas a alcanzar la paridad de género en los puestos de responsabilidad, tanto en la función pública como en las empresas.

Palabras-clave: Paridad. Género. Toma de decisiones. Sentencias Kalanke y Marschall.

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación "Democracia e Paridade de Gênero", financiado por el Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPQ/Brasil) y por la Fundación Cearense de Apoyo al Desarrollo Científico y Tecnológico (FUNCAP).

1. INTRODUCCIÓN

La infrarrepresentación femenina en los procesos de toma de decisiones políticas y económicas es un problema notorio. En la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing se afirma que la participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones es una pretensión básica de justicia y de democracia. En este documento también se considera que la existencia de barreras estructurales e ideológicas a una mayor participación femenina en la toma de decisiones económicas y políticas debe superarse por medio de la adopción de acciones positivas². De acuerdo con el informe global de desigualdad de género de 2011 del Foro Económico Mundial (WORLD ECONOMIC FORUM, 2011), el área donde se han alcanzado menos progresos concierne a la participación económica y política femenina.

Teniendo en cuenta esta realidad, en la Resolución sobre la igualdad entre mujeres y hombres en 2010 (UNIÓN EUROPEA, 2011a), el Parlamento Europeo considera necesaria la adopción de medidas nacionales que fijen objetivos vinculantes para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad de las empresas, la administración pública y los órganos políticos. Resalta que sólo el 3% de las grandes empresas son lideradas por mujeres. En este sentido, hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas como las cuotas, dirigidas a aumentar la representación de las mujeres en las grandes empresas y en los Consejos de Administración de las empresas en general, en especial en aquellas con participación pública. Por otra parte, la Resolución del Parlamento Europeo (UNIÓN EUROPEA, 2011b) sobre las mujeres y la dirección de empresas insta a estas a alcanzar el porcentaje de 30% de mujeres entre los miembros de los órganos de dirección para 2015 y un 45% para 2020.

La existencia de cuotas electorales destinadas a alcanzar una representación política equilibrada para cada sexo no es novedad en el ordenamiento jurídico de diversos países (AQUINO DE SOUZA, 2013)³. No obstante, la adopción de cuotas legales en los Consejos de Administración de las grandes empresas en algunos países

² En la Plataforma de Acción se denominan medidas positivas.

³ En Europa, las cuotas electorales legales han sido adoptadas en Albania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Macedonia, Montenegro, Polonia, Portugal y Serbia. (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE y UNIVERSIDAD DE ESTOCOLMO, 2011).

es relativamente reciente. Noruega, por ejemplo, desde el 2003⁴ adopta una ley estableciendo que los Consejos de Administración de las empresas deberían tener una representación paritaria (un mínimo de 40% para cada sexo) a partir del año 2008 (COMISIÓN EUROPEA, 2012). Gracias a esta medida, el porcentaje de mujeres en estos órganos creció del 6% en 2002 al 36% en 2008 (COMISIÓN EUROPEA, 2011). Francia adoptó una ley similar en el año 2011, estableciendo que los Consejos de Administración de las compañías con más de 500 personas empleadas o que facturen más de 50 millones de euros deben tener, hasta el año 2014, un 20% de personas de cada sexo y hasta el año 2017, un 40% (HUERTA VIESCA, 201-2012). Italia y Bélgica también adoptaron leyes en este sentido, mientras que España y Holanda establecieron recomendaciones y objetivos en esta misma línea.

En este contexto, parece oportuno volver a la discusión sobre las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativas a las medidas de trato preferencial para la promoción en la función pública: las sentencias del caso Kalanke (TJUE, 1995) y Marshall (TJUE, 1997). Eso porque, aunque los casos mencionados no se refieran a empresas, sino a funciones públicas, en ambas situaciones se trata de medidas dirigidas a promover la representación paritaria de género en los espacios de poder. De esta forma, este artículo pretende discutir las sentencias Kalanke y Marshall, con el objetivo de identificar si estas sentencias presentan fundamentos para las medidas que establecen la paridad en los Consejos de Administración de las empresas.

2. LA SENTENCIA KALANKE

La sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, versa sobre la provisión del puesto de jefe de departamento del servicio de espacios verdes en la ciudad de Bremen. Concurrieron a esta plaza el Sr. Kalanke y la Sra. Glissman. La dirección del Servicio de Parques y Jardines propuso la promoción del Sr. Kalanke, pero el Comité de Personal y, posteriormente, el Comité de Conciliación consideraron que los candidatos poseían la misma capacitación y que debía tener preferencia la mujer, de acuerdo con la ley del Land Bremen, de 20 de noviembre de 1990, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública. Esta norma establece que, en caso de igual capacitación para el puesto superior, se concederá preferencia a

⁴ De inicio, las normas tenían aplicación voluntaria, pero ante su ineficacia, a partir del 2006 pasaron a ser obligatorias para todas las empresas públicas limitadas y para algunas otras empresas, como las cooperativas.

la candidatura femenina frente a la masculina si en el sector en cuestión las mujeres se encuentran infrarrepresentadas. Según la misma ley, se constata esta infrarrepresentación cuando el personal del sexo femenino de un determinado servicio no cubre al menos la mitad de los puestos.

El Sr. Kalanke recurrió de esta decisión ante los Tribunales alemanes, con el argumento de que tenía una capacitación superior a la de la Sra. Glissman y que el régimen de trato preferente en favor del sexo femenino de la mencionada ley es contrario a la Constitución de Bremen, a la Ley Fundamental alemana y al Código Civil alemán. Sus recursos iniciales no prosperaron, pero cuando el caso llega al Tribunal Federal de Trabajo, este plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para saber si los apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE⁵ (UNIÓN EUROPEA, 1976), se oponen a la normativa en cuestión. Las disposiciones de esta Directiva establecen que

Artículo 2

1. 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.
4. La presente 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.

El TJUE ha decidido que la ley del Land Bremen se opone a la referida Directiva, por medio de una fundamentación que ha sido muy criticada por varios autores⁶ (ATIENZA, 1996; REY MARTÍNEZ, 1996; RUIZ MIGUEL, 1996), por algunos órganos de la Unión Europea, como la Comisión Europea⁷ y el Parlamento Europeo, y

⁵ Ha sido modificada por la Directiva 2002/73/CE (UNIÓN EUROPEA, 2002) que afirma, en el art. 1.14: “Los Estados miembros podrán, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración 28 n° del Tratado de Amsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral”. Por otra parte, el art. 1.15 añade que “La prohibición de la discriminación debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento o la adopción de medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo. Tales medidas permiten la existencia de organizaciones de personas del mismo sexo cuando su objetivo principal sea promover las necesidades especiales de tales personas y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres”.

⁶ En algunos casos minoritarios, como en el artículo de Manuel Atienza, la crítica no se dirige al contenido de la decisión final, sino a ciertos argumentos de la fundamentación.

⁷ En 1996, la Comisión Europea propuso enmendar el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE para que éste establezca expresamente que “las medidas proyectadas por esta disposición incluyen

por parte del feminismo. Los argumentos del Tribunal constituyen, básicamente, los siguientes:

21. No obstante, procede precisar que el apartado 4 del artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente.

22. Pues bien, 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.

23. Además, procede añadir 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 apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

La primera observación que parece conveniente hacer es sobre esa referencia a la necesidad de interpretar el apartado 4 del artículo 2 restrictivamente. La expresión más adecuada a ser utilizada en un caso como este sería la mención a la proporcionalidad, es decir, que las medidas que se elaboran con base en el art. 4.2 de la Directiva deben atender a la proporcionalidad y razonabilidad. Por eso, se debería interpretar si la ley del Land Bremen es conforme o no a estos parámetros y justificar por qué. Sin embargo, el Tribunal se limita a afirmar que la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva debe ser restrictiva y que por eso la norma alemana se considera fuera del ámbito de aplicación de la normativa europea, sin una fundamentación consistente.

Esta manera de argumentar o de no hacerlo induce a la conclusión de que el Tribunal adopta su posición por el rechazo de cualquier medida de acción positiva que ocasione un perjuicio individual, sin que sea necesario hacer un balance de los valores que están en juego. No obstante, esta ponderación es importante, ya que el tema concierne al derecho fundamental de igualdad de personas de sexo diferente, de forma que es pertinente un análisis sobre los valores y la realidad relacionada con la normativa. Así, es natural considerar que esta sentencia es producto de un exceso de formalismo jurídico que no analiza la realidad a la que se destinan las normas.

Otro aspecto que llama la atención en la sentencia aparece cuando se considera que la normativa nacional garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción y que tal previsión sobrepasa lo que

las acciones que favorecen la contratación o promoción de un sexo en los casos en que éste esté subrepresentado, a condición de que el empresario siempre tenga la posibilidad de considerar circunstancias particulares en un caso dado”.

constituye una medida de fomento de la igualdad. Está claro que una ley que condiciona la preferencia de la mujer a la igualdad de calificación con el hombre y a la existencia de infrarrepresentación femenina no es absoluta e incondicional.

Manuel Atienza entiende que detrás de la decisión del Tribunal se encuentra el hecho de que la Ley del Land Bremen sólo considera una propiedad para constatar la igualdad de capacitación: la clasificación en el mismo nivel del convenio colectivo. En ese contexto, Atienza afirma que el Tribunal quiso señalar que, además de la clasificación en el mismo nivel y de la pertenencia al sexo infrarrepresentado, se deberían considerar otros aspectos para la promoción que deberían ser ponderados en el caso concreto. Añade que, entendida de esta forma, se trata de una decisión jurídica y moralmente correcta (ATIENZA, 1996). Su manera de entender la sentencia del caso Kalanke se aproxima del contenido de la decisión posterior del caso Marschal (ALEMANY, 1999), en el sentido de que sería necesario posibilitar la consideración de otros factores para la promoción además de la igual capacitación y la pertenencia al sexo infrarrepresentado. De hecho, considero que si la decisión se hubiera inclinado claramente en este sentido sería más coherente. El Tribunal podría haber fundamentado la desproporcionalidad de la medida por considerar que la decisión de promover a la mujer infrarrepresentada, sin tener en cuenta otras propiedades que, además de la igualdad de capacitación, pueden ser importantes para la promoción, genera una carga excesivamente onerosa para el miembro del grupo no contemplado por la medida. Como se observará posteriormente, esta decisión no está exenta de críticas, también porque ninguna sentencia lo está, pero es cierto que en este caso adopta una fundamentación razonable.

El Tribunal también ha afirmado que, al establecer una igualdad de representación de ambos sexos en todos los grados y niveles de un servicio, la medida sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por la de resultados, que no estaría contemplada por la Directa 76/207/CEE. Sobre esto, se analizará la mencionada decisión del caso Marschall, en la cual la misma Corte expone argumentos para justificar que este tipo de medidas pueden ser consideradas como políticas dirigidas a buscar la igualdad de oportunidades.

3. LA SENTENCIA MARSCHALL

La sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997, también corresponde a un caso suscitado en Alemania, en el Land Nordrhein-Westfalia. El Sr. Marschall, que

trabajaba como profesor titular de una escuela, presentó su candidatura para una plaza de grado superior, juntamente con una candidata mujer. Teniendo en cuenta que la concurrente femenina poseía la misma capacitación que Marschall, el organismo público de Ansberg (Nordrhein-Westfalen) informó a éste la intención de promover a la mujer, de acuerdo con la Ley de la Función Pública del Land⁸, cuyo apartado 5 del artículo 25 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.

El Sr. Marschall formuló una reclamación ante el organismo público de Ansberg y, tras haberse desestimado su pretensión, recurrió ante el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen. Este órgano jurisdiccional decide plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para saber si la normativa nacional cuestionada es compatible con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, las mismas disposiciones estudiadas en el caso Kalanke. Sin embargo, esta vez el TJUE decide que la norma cuestionada no se opone a la normativa europea.

Es importante recordar, en primer lugar, que esta sentencia Marschall se ha elaborado a la luz del Tratado de Ámsterdam que, aunque todavía no estaba en vigor, había sido firmado el 2 de octubre de 1997. De conformidad con lo comentado anteriormente, el Tratado de Ámsterdam añade el art. 119.9 al antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁹. Dicho artículo permite a cualquier 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”. También hay que destacar la mencionada propuesta de la Comisión Europea de enmendar el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE para que éste establezca expresamente que

las medidas proyectadas por esta disposición incluyen las acciones que favorecen la contratación o promoción de un sexo en los casos en que éste esté infrarrepresentado, a condición de que el empresario siempre tenga la posibilidad de considerar circunstancias particulares en un caso dado.

⁸ Esta Ley fue publicada el 1 de mayo de 1981 y modificada mediante el artículo 1 de la Séptima Ley de modificación de determinadas normas de la Función Pública, de 7 de febrero de 1995.

⁹ Este dispositivo corresponde al actual artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De tal forma, es probable que estos hechos, agravados por la reacción negativa provocada por la decisión Kalanke, hayan influido en la delimitación de los contornos de la sentencia Marschall.

La fundamentación del Tribunal se ha centrado, básicamente, en dos parámetros. En primer lugar, en la existencia de una “cláusula de apertura” en la disposición controvertida, según la cual las mujeres no tienen preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. La segunda razón consiste en que se considera que la normativa cuestionada se destina a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Sobre la última afirmación, el TJUE afirma que el hecho de que los candidatos de sexo diferente presenten igual capacitación no significa por sí sólo que tengan iguales oportunidades, ya que, incluso en la hipótesis de una misma 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 interrumpan 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 (Apartado 29).

Por eso el Tribunal afirma que la norma impugnada sirve de contrapeso a las consecuencias perjudiciales para las mujeres derivadas del tipo de actitudes descritas y posibilita reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad social. Se verifica, por tanto, que en este aspecto el órgano jurisdiccional de la Unión Europea cambia el entendimiento anterior del caso Kalanke, en cuya sentencia consideró que la medida sustituía la promoción de la igualdad de oportunidades por la de resultados. Es verdad que la disposición controvertida en el caso Marschall añade una cláusula de apertura, pero esto no cambia el propósito de la medida, que sigue siendo el mismo. Por tanto, si para una norma se considera que su finalidad alcanza la igualdad de oportunidades, lo mismo se tiene que entender en relación con la otra.

La sentencia Marschall, al adoptar las argumentaciones del Land y de varios Gobiernos sobre la relación de la medida con la igualdad de oportunidades, se ha centrado en el principal supuesto de la norma: el de que la infrarrepresentación es consecuencia de la desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no sólo para conseguir la igual capacitación necesaria para asumir un puesto o una promoción laboral, sino que también es fruto de la mayor dificultad de las mujeres para ser

elegidas de hecho para el puesto o la promoción solicitada, aun cuando poseen la misma capacitación que los hombres, en virtud de las razones aceptadas por el Tribunal.

Sin embargo, también hay un campo en el que la igualdad de oportunidades y la de resultados no se separan completamente. Y ello porque lograr un mayor equilibrio entre los sexos en los puestos de toma de decisión puede aumentar las oportunidades de las mujeres, en el sentido de que permita a éstas pasar a constatar que es posible ocupar estos lugares en la sociedad y que merece la pena intentar alcanzarlos (RUIZ MIGUEL, 1996).

Respecto a la cláusula de apertura, el TJUE considera que

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 sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas (TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, 1997, Apartado 33, subrayado mío).

En esta sentencia el Tribunal también podría haber desarrollado más la relación que establece entre la cláusula de apertura y el derecho individual de igualdad del miembro no contemplado por la medida. Sin embargo, se entiende implícito en el fallo la comprensión de que la norma controvertida es proporcionada porque, al posibilitar la consideración de otros factores para la promoción, además de la igual capacitación y de la pertenencia al sexo infrarrepresentado, no genera una carga excesivamente onerosa para el hombre.

Como ya se ha afirmado, por un lado, esta parece ser una fundamentación razonable, ya que de hecho es posible que haya casos excepcionales en los que cierta circunstancia personal del candidato masculino puede hacer inclinar la balanza a su favor. Como ejemplo de ello se suele citar una eventual minusvalía por parte del hombre (MARTÍN VIDA, 1998). Sin embargo, siempre queda la peligrosa posibilidad de que, detrás de un análisis objetivo de los criterios sobre la persona de los candidatos, se encuentre el propósito de favorecer al candidato hombre por el hecho de serlo, ya que se deja un margen de subjetividad para la Administración Pública. En este caso la norma no alcanzaría su finalidad.

Por ello es importante resaltar la exigencia del TJUE de que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas¹⁰. Por lo tanto, nunca es exagero insistir que, sin duda, el sentido de la norma es el de que, en caso de igual capacitación y de infrarrepresentación femenina, la opción por el candidato masculino debe ser excepcional, por lo que la decisión de promoverlo en detrimento de la mujer debe estar fundamentada y siempre puede ser objeto de revisión por los órganos jurisdiccionales pertinentes.

Hay que resaltar que la decisión está mejor fundamentada y es más coherente que la anterior, referente al caso Kalanke. No obstante, es cierto que los parámetros establecidos por el Tribunal y la referencia a una interpretación restrictiva indican la dificultad en aceptar una medida más incisiva de trato preferente para las mujeres que la presentada en el caso Marschall. El TJUE ha adoptado los mismos parámetros de la sentencia Marschall en varios casos posteriores. Entre éstos se pueden citar la sentencias Badeck¹¹ (TJUE, 2000a); Katarina Abrahamsson¹² (TJUE, 2000b) y Julia

¹⁰ Sobre eso es interesante observar que en un caso posterior (Sentencia Badeck, de 28 de marzo de 2000) presentado al TJUE, la propia ley determina que ciertos criterios, que tradicionalmente perjudican la promoción de mujeres, como la antigüedad, la edad y el tiempo transcurrido desde la última promoción, sólo se pueden considerar cuando sean de relevancia para la aptitud, la capacidad y la competencia de las candidatas y candidatos. Por otro lado, esta ley también establece que “no podrán tomarse en consideración ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge. El trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivados por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados, acreditada esta circunstancia mediante certificado médico, no podrán afectar de forma negativa a la evaluación de la actividad profesional ni a la promoción profesional. Esto no supondrá la equiparación sistemática de los permisos a los períodos de empleo”. (apartado 3 del artículo 10 de la Ley del Land Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública, adoptada el 21 de diciembre de 1993).

¹¹ Esta sentencia versa sobre el análisis de la compatibilidad de algunas normas con la Directiva 76/207/CEE, entre las cuales se puede destacar la regla estableciendo que cuando las mujeres están infrarrepresentadas, en un caso concreto de igualdad de cualificación entre una candidata y un candidato, las decisiones de selección deben favorecer a la candidata, cuando no se oponga a ello ningún motivo de rango jurídico superior. El Tribunal entiende que esta y todas las demás normas cuestionadas son compatibles con el derecho comunitario.

¹² En este caso la norma impugnada establece que “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”. El TJUE considera que esta medida es contraria a las normas comunitarias porque posibilita dar preferencia al sexo infrarrepresentado aun cuando no tengan la misma calificación que los competidores del otro sexo, con la única condición de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada uno de los sexos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. El Tribunal entiende que se trata de una preferencia

Schnorbus¹³ (TJUE, 2000c), o la sentencia Lommers (TJUE, 2002), que versa sobre la reserva de plazas de guardería para las funcionarias del Ministerio de Agricultura holandés.

Ahora bien, una norma como la francesa, que establece una cuota de 40% para cada sexo dirigida a la composición de los Consejos de Administración de las empresas se presenta rígida, al menos en apariencia. Las nominaciones tienen que alcanzar el mencionado porcentaje para no ser consideradas nulas. Es necesario elegir a los miembros del Consejo de Administración, teniendo en cuenta la necesidad de obtener una representación de género equilibrada, sin posibilidad de haber excepciones en función de la supuesta superioridad de méritos o de circunstancias personales excepcionales en las personas del sexo sobrerrepresentado.

Esta supuesta rigidez disminuye cuando la norma establece un plazo de adaptación. Por otro lado, se observa que, en la Sentencia Marschall (TJUE, 1997, apartado 29), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha presentado fundamentos que pueden ser aplicados a las medidas que establecen la paridad en los Consejos de Administración de las empresas. En el apartado 29 de esta sentencia el Tribunal ha reconocido que existe la tendencia a promover preferiblemente a los hombres, en perjuicio de las mujeres, en virtud de ciertos perjuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de las personas del sexo femenino en la vida activa. Por otra parte, ha resaltado también el temor de que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a las tareas del hogar y familiares. De esa forma, en la práctica, muchos talentos femeninos se desperdician en virtud de esta discriminación estructural. Como se ha mencionado en la Sentencia Marshall, “el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí sólo que tengan iguales oportunidades” (TJUE, 1997, apartado 30). La paridad no impide la meritocracia, sino que permite a las mujeres con mérito la misma oportunidad

automática, sin criterios claros y que no da margen al examen de las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos.

¹³ En este caso se cuestiona una Ley del Land Hesse sobre el acceso a las prácticas jurídicas preparatorias anteriores al segundo examen de la carrera de Derecho. Esta norma confiere prioridad a los candidatos que hubieran prestado servicio militar. El TJUE decide por la compatibilidad de la Ley con las normas comunitarias porque, aunque se trata de una discriminación indirecta, ésta se encuentra justificada por razones objetivas (contribuir a compensar el retraso sufrido en los estudios derivado de la prestación del servicio militar obligatorio) y no implica una preferencia absoluta, ya que existen otras reglas de preferencia, como haber sido cooperante, ser portador de minusvalía grave, etc.

de también acceder al poder, aquellas que por su sexo y las circunstancias sociales que este conlleva, no serían elegidas para una posición superior.

La Sentencia Marshall ha dado un gran salto en dirección a la igualdad de género en los procesos de toma de decisiones, al considerar que la medida cuestionada de trato preferente para la promoción de la mujer en la función pública puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos sociales y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad social (TJUE, 1997, apartado 31).

Así pues, la mencionada Sentencia constituye un importante punto de partida para la fundamentación de las medidas que establecen la paridad en los Consejos de Administración de las empresas. Actualmente, como ya se afirmó, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (UNIÓN EUROPEA, 2002), afirma, en el art. 1.14, que

los Estados miembros podrán, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales

Por otra parte, es oportuno resaltar que la propia Comisión Europea¹⁴ ha anunciado la intención de proponer una normativa para garantizar que las empresas que cotizan en Bolsa adopten medidas eficaces para alcanzar una representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración, en el supuesto de que esto no se consiga mediante medidas voluntarias.

4. CONCLUSIÓN

La Sentencia Kalanke (TJUE, 1995) ha considerado la normativa que establece un trato preferente de género para la promoción en la función pública en la ciudad de Bremen es contraria al derecho europeo. Esta decisión considera que la medida sustituye la igualdad de oportunidades por la de resultados, sin argumentos razonables. La sentencia Marshall (TJUE, 1997), a su vez, subraya que una medida semejante, pero con cláusula de apertura, al estar destinada a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, es conforme con el Derecho europeo.

¹⁴ De conformidad con la Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la dirección de las empresas (UNIÓN EUROPEA, 2011).

Al adoptar las argumentaciones del Land y de varios Gobiernos sobre la relación de la medida con la igualdad de oportunidades, la Sentencia Marshall se ha centrado en el principal supuesto de la norma: el de que la infrarrepresentación es consecuencia de la desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no sólo para conseguir la igual capacitación necesaria para asumir un puesto o una promoción laboral, sino que también es fruto de la mayor dificultad de las mujeres para ser elegidas de hecho para el puesto o la promoción solicitada, aun cuando poseen la misma capacitación que los hombres, en virtud de la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos, en perjuicio de las candidatas femeninas.

Con ello, la Sentencia Marshall ha dado una grande contribución a la fundamentación jurídica de las medidas destinadas a alcanzar la paridad de género en los Consejos de Administración de las empresas.

BIBLIOGRAFÍA E OTRAS FUENTES

ALEMANY, Macario. Las estrategias de la igualdad: La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. **Isonomía**, n. 11, p. 95-113, octubre 1999.

AQUINO DE SOUZA, Cristiane. Paridad y cuotas electorales en Europa. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, v. 18, n. 1, p. 72-97, ene./abr. 2013.

ATIENZA, Manuel. Un comentario al caso Kalanke. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, p. 11-122, 1996.

COMISIÓN EUROPEA. The Quota-instrument: different approaches across Europe (European Commission's Network to promote women in decision-making in politics and the economy), junio 2011. Disponible en: <ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/quota-working_paper_en.pdf>. Acceso el: 6 de jun. 2013.

_____. **Women in economic decision-making in the EU: Progress Report**, 2012. Disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-on-boards_en.pdf>. Acceso el: 6 de jun. 2013.

HUERTA VIESCA, María Isabel. La nueva regulación francesa sobre paridad en los consejos de administración de las grandes sociedades. **Revista de derecho de sociedades**, n. 37, p. 227-234, 2011-2012.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE y UNIVERSIDAD DE ESTOCOLMO. 2011. Disponible en: <<http://www.quotaproject.org/about.cfm>>. Acceso el: 6 jun. 2013.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario: reflexiones al hilo de la sentencia Marschall. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 53, p.313-336, mayo/agosto 1998.

REY MARTÍNEZ, Fernando. La discriminación positiva de mujeres: Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Kalanke. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 47, p.309-332, mayo/agosto 1996.

RUIZ MIGUEL. La discriminación inversa y el caso Kalanke. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, p.123-140, 1996.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 17 de octubre de 1995. **Caso Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen**. Asunto C-450/93, 1995.

_____. Sentencia de 11 de noviembre de 1997. **Caso Hellmut Marshall contra Land Nordrhein-Westfalen**. Asunto C-409/95, 1997.

_____. Sentencia de 28 de marzo de 2000. **Caso Badeck contra otros**. Asunto C-158/97, 2000a.

_____. Sentencia de 6 de julio de 2000. **Caso Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist**. Asunto C-407-98, 2000b.

_____. Sentencia de 7 de diciembre de 2000. **Caso Julia Schnorbus contra Land Hessen**. Asunto C-79/99, 2000c.

_____. Sentencia de 19 de marzo de 2002. **Caso H. Lommers contra Minister Van Landbouw**, Natuurbeheer en Visserij. Asunto C-476/99, 2002.

UNIÓN EUROPEA. 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. **Diario Oficial de la Unión Europea**, de 14 de febrero de 1976, n. 39.

_____. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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, 2002/73/CE. **Diario Oficial de la Unión Europea**, de 5 de octubre de 2002, n. 269.

_____. **Resolución del parlamento Europeo sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea – 2010 (2010/2138 (INI))**, 2011a. P7_TA(2011)0085, 8 de marzo de 2011. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0085&language=ES>>. Acceso el: 4 jun. 2013.

_____. **Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la dirección de las empresas (2010/2115 (INI))**, 2011b. P7_TA(2011)0330, 6 de julio de 2011. Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0330+0+DOC+XML+V0//ES>>. Acceso el: 6 jun. 2013.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The global gender gap report 2011**. Colonia/Genebra: World Economic Forum. Disponible en: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GenderGap_Report_2011.pdf>. Último acceso el: 4 jun. 2013.

Recebido em 01/07/2014

Aprovado em 16/06/2015

Received in 01/07/2014

Approved in 16/06/2015