

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. SIMONE ROZÈS
presentadas el 31 de enero de 1984 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Las cuestiones que han planteado al Tribunal de Justicia los Tribunales de Trabajo de Hamm (asunto 14/83) y Hamburgo (asunto 79/83) suscitan el problema de las consecuencias jurídicas que el Derecho nacional debe atribuir a la violación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, especialmente en el acceso al empleo, tal como lo aplica la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976.¹ Ninguno de dichos órganos jurisdiccionales pone en duda la realidad de la discriminación de que han sido víctimas las demandantes por razón de su sexo. Presentemos brevemente las circunstancias respectivas de los dos casos:

— en el asunto 14/83, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann eran candidatas a dos puestos de asistente social vacantes en un centro penitenciario de Renania del Norte-Westsalia. A pesar de que el consejo de asistentes sociales las había clasificado en los primeros lugares, la administración competente las pospuso, prefiriendo en

último término a dos candidatos masculinos; según el Tribunal de Trabajo de Hamm, la actitud de la administración competente revelaba sin ambigüedades que las dos candidatas habían sido discriminadas por razón de su sexo;

— el Tribunal de Trabajo de Hamburgo llegó a la misma conclusión, en el marco del recurso interpuesto por Doris Harz; la empresa Deutsche Tradax GmbH la excluyó, precisamente por ser mujer, del empleo que había solicitado, a causa de las particularidades que éste presentaba.

Así pues, parece que la violación de la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos está clara; las dudas de los tribunales alemanes proceden de la naturaleza de la reparación reconocida a las víctimas por el apartado 2 del artículo 611 *bis* del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB — Código civil alemán). Este artículo fue introducido en dicho Código civil por la Ley que incorporaba la legislación comunitaria de trabajo, de 13 de agosto de 1980, (BGBl. 1980 I, p. 1308); después de exponer en su apartado 1 el principio de la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, en particular al establecer una relación de trabajo, el apartado 2 enuncia:

¹ DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

* Lengua original: francés.

«si no se establece una relación laboral a causa de la violación del principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1, imputable al empresario, éste está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que el trabajador haya sufrido por el hecho de confiar plenamente en que tal violación no constituiría un obstáculo al establecimiento de la relación laboral».

Así pues, el legislador alemán prevé una indemnización para el candidato excluido por razón de su sexo, por el perjuicio resultante de haber visto defraudada su confianza en el respeto del principio de la no discriminación por el sexo por parte del empresario. No se le reconoce expresamente ningún derecho a ser contratado; únicamente debe repararse el perjuicio sufrido en la confianza («Vertrauensschaden», interés negativo). De acuerdo con ello, los daños y perjuicios que le pueden ser reconocidos sobre esta base sólo cubren los gastos de la candidatura (sello – sobre – gastos de desplazamiento y de formación del expediente) que en general se elevan a algunos DM. Los órganos jurisdiccionales remitentes se preguntan si una reparación tan modesta es conforme con la Directiva comunitaria 76/207. Sus cuestiones prejudiciales, presentadas en términos análogos, se pueden resumir como sigue:

1) La vulneración del principio de igualdad de trato de los trabajadores masculinos y femeninos en materia de acceso al empleo, tal como lo enuncia la Directiva 76/207/CEE,

a) ¿Otorga a la candidata discriminada el derecho a celebrar un contra-

to de trabajo que sancione al empresario recalcitrante? (primera cuestión de los asuntos 14/83 y 79/83).

b) En caso de respuesta negativa, ¿implica esta violación una sanción apreciable económicamente, como es la indemnización de hasta seis meses de salario por ejemplo y/o, llegado el caso, la aplicación de sanciones penales u otras? (tercera cuestión del asunto 79/83 y quinta cuestión del asunto 14/83).

c) En una u otra hipótesis, ¿en qué medida y de acuerdo con qué modalidad debe tener en cuenta el juez nacional las cualificaciones de la candidata discriminada, tanto con respecto al candidato seleccionado como, en su caso, con respecto a los demás candidatos y candidatas también excluidos? (cuestiones segunda y cuarta del asunto 14/83 y cuestiones segunda y cuarta del asunto 79/83).

2) ¿Es directamente aplicable la Directiva 76/207, y más concretamente, sus artículos 1 a 3? (sexta cuestión del asunto 14/83 y quinta cuestión del asunto 79/83).

De esta serie de cuestiones resulta que el problema esencial, en primer lugar, es comprobar si los Estados miembros están obligados, en virtud de la Directiva 76/207, a

adoptar determinadas sanciones. En segundo lugar, y para el caso que este análisis resultase infructuoso, convendría investigar si el Derecho comunitario impone deberes especiales a los Estados miembros con respecto a la garantía del respeto de las Directivas.

1. ¿Están obligados los Estados miembros, en virtud de la Directiva 76/207, a adoptar determinado tipo de sanciones?

Para contestar a esta pregunta, principal objeto de las cuestiones prejudiciales que se han planteado al Tribunal de Justicia procede recordar, previamente, que una Directiva, a tenor de las disposiciones del artículo 189 del Tratado, «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios».

1. Así pues, la exacta extensión de la competencia estatal en la aplicación se aprecia en función del resultado que deba conseguirse: esta es la solución que el Tribunal de Justicia adoptó en la sentencia *Lee*, en la que se trataba de determinar si la Directiva 72/159/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1972, relativa a la modernización de las explotaciones agrícolas² obligaba a los Estados miembros a establecer un recurso jurisdiccional contra las resoluciones administrativas relativas a las ventajas

resultantes de ella.³ De un modo general, debe examinarse el marco fijado por la Directiva para definir en qué consiste exactamente la obligación de resultado impuesta al Estado miembro y, consiguientemente, la amplitud de la apreciación discrecional de que aquél dispone en la aplicación de esta última.

2. Hagamos la transposición de este proceder a la Directiva 76/207. Ésta tiene por finalidad «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». Este objetivo se reproduce en el artículo 1, mientras que el artículo 2 define el principio de la igualdad de trato y sus límites. Los artículos 3 al 8 permiten delimitar el alcance del principio así definido, que reviste un doble significado:

a) en primer lugar, implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, en cada uno de los ámbitos para los que se adopta la Directiva⁴ y, en particular, «en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la

³ Sentencia de 6 de mayo de 1980, *Lee* (152/79, Rec. p. 1495), apartado 12, y sentencia de 23 de noviembre de 1977, *Enka* (38/77, Rec. p. 2203), apartado 11.

⁴ Apartado 1 del artículo 3; párrafo primero del artículo 4; apartado 1 del artículo 5.

² DO L 96, p. 1; EE 03/05, p. 177.

rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional»;⁵

b) implica, por otra parte, que los Estados miembros están obligados a «adoptar las medidas necesarias» a fin de que en especial:

- se supriman todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o las resultantes de convenios y reglamentos internos de empresas, contrarias al principio de igualdad;⁶
- se permita que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de la igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes;⁷ el artículo 7 viene a completar esta disposición: en efecto, obliga a los Estados miembros a proteger a los trabajadores contra cualquier medida de represalia mediante despido cuando hayan

empleado estos procedimientos jurídicos; el artículo 8 prevé que los Estados miembros están obligados a garantizar la información a los trabajadores. Finalmente, el artículo 9, fija el plazo de aplicación de la Directiva, y el artículo 10 obliga a los Estados miembros a transmitir a la Comisión «todos los datos útiles con el fin de que ésta pueda redactar un informe, que se someterá al Consejo», sobre la aplicación de la Directiva.

Así pues, ninguna disposición de la Directiva prevé expresamente que los Estados miembros estén obligados a establecer una sanción, cualquiera que sea ésta, y *a fortiori*, una sanción de especial naturaleza, por la violación del principio de igualdad de trato. Sólo los artículos 6 y 7 hacen suponer que esta vulneración no dejará de ser sancionada a nivel nacional; sin embargo, la concesión del derecho a recurso jurisdiccional y la exigencia de la protección del demandante no prejuzgan la elección definitiva del tipo de sanción que se deba adoptar.

3. De este análisis sacamos una conclusión doble:

⁵ Directiva 76/207, apartado 1 del artículo 3.

⁶ Apartado 2 del artículo 3; apartados a), b) y c) del artículo 4; apartado 2 del artículo 5.

⁷ Artículo 6 (véanse, sobre este punto, la sentencia de 26 de octubre de 1983, Comisión/Italia (163/82, Rec. p. 3273), apartados 18 a 21, y las conclusiones del Abogado General, punto II, 2).

A. Los Estados miembros tienen una facultad discrecional de apreciación en cuanto al tipo de sanciones aplicables por la violación del principio desarrollado por la Directiva: este punto de vista no se discute en las observaciones presentadas en los dos asuntos. Por lo demás, el Derecho comparado, tal como lo ha sintetizado la Comisión, muestra la diversidad de soluciones adoptadas. Solamente Italia prevé el derecho a la

contratación, mientras que todos los Estados miembros, salvo la República Federal de Alemania y los Países Bajos, establecen al menos dos tipos de sanciones, ya sean civiles, penales o administrativas.⁸ Así, la Directiva 76/207 no obliga a los Estados miembros a prever sanciones tales como el derecho a celebrar un contrato o una indemnización equivalente a seis meses, uno o dos años de salario, o cualquier otro tipo de sanciones.

Por consiguiente, las cuestiones segunda, tercera y cuarta tanto del asunto 14/83, como del asunto 79/83, carecen de objeto, ya que fueron planteadas para caso de respuesta afirmativa; únicamente debe subrayarse que, según una jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia considera que corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar los hechos y las normas de procedimiento aplicables al litigio de que conoce.⁹

B. La cuestión del efecto directo de la Directiva o de determinadas disposiciones de ésta ya no es pertinente; como hemos señalado, la Directiva no implica ninguna obligación incondicional y suficientemente precisa que obligue a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, en este caso, a establecer sanciones de uno

u otro tipo;¹⁰ este punto no ha sido discutido por las partes en el caso de autos.

Así pues, debemos contestar que la Directiva 76/207 no obliga a los Estados miembros a establecer sanciones de un determinado tipo en caso de violación del principio de no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos. Ello no quiere decir, sin embargo, que los Estados miembros tengan libertad para imponer cualquier sanción; no existe contradicción alguna en ello: hay que tener presentes en este punto, las exigencias que implica para todo Estado miembro la aplicación de una norma de Derecho comunitario.

II. ¿Impone el Derecho comunitario obligaciones especiales a los Estados miembros para la aplicación de las Directivas?

Ya hemos visto que los Estados miembros están obligados a conseguir el resultado de la incorporación del principio de igualdad de trato en los sectores a que se refiere la Directiva 76/207. Esta obligación debe concretarse en la supresión de las discriminaciones existentes; se completa por el establecimiento del derecho a recurso jurisdiccional, o protegido por la legislación nacional.

La garantía del respeto de la obligación incorporada de este modo no se limita a estas disposiciones de carácter procesal, en

⁸ Informe de la Comisión de 9 de febrero de 1981, p. 201, COM(80) 832 final.

⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de marzo de 1979, ICAP (222/78, ↔ Rec. p. 1163), apartados 10 y 11.

¹⁰ Sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, ↔ Rec. p. 53), apartados 25 y 52.

efecto, la efectividad misma del principio aplicado por los Estados miembros depende también de la sanción de su posible violación. Aunque la Directiva guarda silencio sobre este problema, dejando a las autoridades nacionales la tarea de tomar las medidas necesarias,¹¹ no podemos olvidar en este punto la naturaleza de las obligaciones generales que se imponen a dichas autoridades en la ejecución de toda norma comunitaria. A este respecto, el artículo 5 del Tratado establece que:

«los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia nos permite precisar el alcance de esta obligación general.

1. Tratándose de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el Tribunal de Justicia ha declarado, en la sentencia 61/81, que la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, tiene por finalidad hacer efectivo el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119

¹¹ Véase, para el caso de sanciones nacionales por la infracción de un Reglamento, la sentencia de 2 de febrero de 1977, *Amsterdam Bulb* (50/76, Rec. p. 137), apartados 32 y 33.

del Tratado,¹² para deducir de ello «que corresponde en primer lugar a los Estados miembros garantizar la aplicación de este principio por medio de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas adecuadas, de modo que todos los trabajadores de la Comunidad puedan gozar de protección en este terreno».¹³

En el mismo asunto este Tribunal de Justicia se refirió¹⁴ al artículo 6 de la Directiva que nos ocupa, el cual establece que los Estados miembros «conforme a sus circunstancias nacionales y sus sistemas jurídicos, tomarán las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución. Garantizarán la existencia de medios eficaces que permitan velar por el respeto de este principio».

Este Tribunal concluyó que la legislación del Reino Unido, que otorgaba al empresario la facultad de oponerse a todo sistema de clasificación profesional, impidiendo así que un trabajador estableciera la equivalencia del trabajo efectuado con el fin de apli-

¹² Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

¹³ Sentencia de 6 de julio de 1982, *Comisión/Reino Unido* (61/81, Rec. pp. 2601 y ss., especialmente p. 2624), apartado 7.

¹⁴ *Ibidem*, apartado 10.

car el principio de igualdad de retribución, no se ajustaba a los objetivos de la Directiva. En aquel caso, la omisión del Reino Unido comprometía la misma efectividad del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Ciertamente, la Directiva 76/207 no contiene una disposición análoga al artículo 6 de la Directiva 75/117, pero exige, no obstante, que los Estados tomen todas las «medidas necesarias» para aplicar la Directiva: las medidas nacionales cuya función sea la incorporación de una Directiva deben servir al cumplimiento efectivo de la obligación de obtener un resultado, que se impone al Estado miembro.¹⁵ A este respecto está claro que el efecto práctico del mismo principio de igualdad de trato, tal como resulta del artículo 119 del Tratado, depende de ello. Nos parece posible precisar aún más el alcance de la obligación que deben cumplir así los Estados miembros.

2. De un modo más general, si por un momento prescindimos de la aplicación del artículo 119 del Tratado, la remisión al Derecho interno, en efecto, no es ilimitada.

En materia de devolución de cantidades indebidamente pagadas, el Tribunal de

Justicia consideró que:

«la aplicación del Derecho nacional no debe afectar al alcance ni a la eficacia del Derecho comunitario haciendo prácticamente imposible la recuperación de las cantidades irregularmente abonadas».

Tampoco debe someterla

«a condiciones o modalidades menos favorables que las que se aplican a procedimientos similares de naturaleza puramente interna, debiendo las autoridades nacionales proceder en esta materia, con la misma diligencia que emplean en la aplicación de las legislaciones nacionales correspondientes, de modo que eviten todo cuanto pueda restar eficacia al Derecho comunitario».

Finalmente, imponiendo límites a la remisión, este Tribunal ha juzgado, «por lo que respecta a las relaciones con los procedimientos dirigidos a solucionar conflictos del mismo tipo, pero puramente nacionales, que la aplicación del Derecho nacional en virtud de la remisión debe hacerse de un modo no discriminatorio con relación a estos procedimientos».¹⁶

¹⁵ Véase, a propósito de una Recomendación de la CECA, el alcance dado a las sanciones por la vulneración de sus objetivos, la sentencia de 12 de julio de 1962, Países Bajos/Alta Autoridad (9/61, Rec. pp. 413 y ss., especialmente p. 463).

¹⁶ Sentencia de 6 de mayo de 1982, Fromme (54/81, Rec. p. 1449), apartado 6; véase asimismo la jurisprudencia recogida por el Abogado General Sr. VerLoren van Themaat en el mismo asunto, p. 1469.

De esta decisión, que sintetiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resulta una triple exigencia, como señaló el Abogado General VerLoren van Themaat: ¹⁷

- a) las medidas nacionales a las que se remite no deben en ningún caso comprometer la eficacia de las normas comunitarias;
- b) en consecuencia, no deben ser menos eficaces que «la práctica de ejecución nacional», —por retomar la misma expresión del Abogado General— relativa a las normas de Derecho interno comparables; ¹⁸
- c) así pues, éstas no pueden, sin ser discriminatorias, tratar los justiciables menos favorablemente que en caso de aplicación de las normas nacionales.

En resumen, dichas normas, sin dejar de ser neutrales respecto al Derecho comunitario, deben ser tan eficaces como las normas nacionales de aplicación y no discriminatorias para los ciudadanos de los Estados miembros. Todas estas condiciones acumuladas precisan el alcance de las obligaciones que se imponen a los Estados miembros siempre que el Derecho comunitario deja cierto margen de apreciación en la ejecución de las normas comunitarias.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1470.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1471.

No es sorprendente, pues, que este Tribunal de Justicia haya aplicado lo antedicho de una manera especialmente clara en el caso de las sanciones que puede imponer un Estado miembro por la infracción de las formalidades administrativas sobre control de extranjeros.

3. En efecto, los Estados miembros han conservado, en materia de libre circulación de personas, la facultad de controlar la presencia de súbditos extranjeros en su territorio. ¹⁹ A este fin, pueden, en particular, imponerles el respeto de las formalidades administrativas previstas por la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, ²⁰ como la posesión de determinados documentos de identidad o de residencia, ²¹ o la obligación de información prevista por el apartado 2 del artículo 8. ²² No obstante,

¹⁹ Sentencias de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, ↔ Rec. p. 497), apartado 42, y de 7 de julio de 1976, Watson y Belmann (118/75, Rec. p. 1185), apartado 17.

²⁰ DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88.

²¹ *Ibidem*, artículos 3, 4 y 7.

²² Véase la sentencia 118/75, apartado 18 y ss., citada en la nota 19 *supra*; sentencia de 14 de julio de 1977, Sagulo (8/77, ↔ Rec. p. 1495), apartados 4 y 5, y sentencia de 3 de julio de 1980, Pieck (157/79, ↔ Rec. p. 2171), apartado 17.

aunque de ello se derive la facultad que tienen los Estados miembros de prever sanciones por la infracción de las disposiciones nacionales adoptadas de acuerdo con la Directiva, aquéllos no pueden, sin embargo, imponer cualquier sanción; en efecto, éstas deben ser «comparables» a las que se aplican a infracciones nacionales de la misma importancia y ser proporcionadas a la naturaleza de la infracción cometida, de manera que no se obstaculice el principio de la libre circulación de personas.²³

La función de las sanciones nacionales así establecidas por los Estados miembros es garantizar el respeto de las disposiciones administrativas que permiten controlar la regularidad de la presencia, de la circulación y del establecimiento en su territorio de ciudadanos de los Estados miembros no nacionales del país. Si trasladamos a este terreno la triple exigencia anteriormente citada, podremos decir que la eficacia de estas sanciones está doblemente limitada:

- en primer lugar, supone que las sanciones son equivalentes a las que se aplican a infracciones comparables en Derecho interno,
- implica también que estas sanciones, por su carácter desproporcionado con relación a la gravedad de la infracción, no

²³ Véase la sentencia 118/75 citada en la nota 19 *supra*, apartado 21; sentencia 8/77 citada en la nota 22 *supra*, apartado 13; sentencia 157/79, apartado 19, citada en la nota 22 *supra*.

deben afectar al alcance de los principios de libre circulación y de igualdad de trato.

Esta interpretación —sanción eficaz si es proporcionada y equivalente a una sanción nacional— se explica por la siguiente consideración: las formalidades a que la Directiva 68/360 somete a los trabajadores migrantes constituyen una ordenación necesaria del principio fundamental de la libre circulación de los mismos; la facultad de control reconocida así a los Estados miembros debe interpretarse, consiguientemente, de un modo muy estricto, para evitar que dichas disposiciones lleguen a imposibilitar el disfrute de los derechos conferidos a los súbditos comunitarios por el mismo Tratado (artículos 7 y 48).²⁴

4. Por el contrario, la misma interpretación nos lleva a dar prioridad a la exigencia de eficacia cuando las sanciones nacionales están destinadas a *garantizar el respeto de un principio fundamental establecido por el Tratado*, como es el principio de igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos.²⁵ Estas sanciones, para poder garantizar la ejecución de la obligación impuesta por el Tratado y reproducida por el artículo 2 de la Directiva 76/207, de

²⁴ Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras en el citado asunto 48/75, y la sentencia 118/75, apartado 18; ambos citados en la nota 19 *supra*.

²⁵ Véanse el apartado 3 de la Directiva 68/360 citada en la nota 20 *supra*, y la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, → Rec. p. 455), apartado 12.

acuerdo con la exigencia general impuesta por el apartado 1 del artículo 5 del Tratado, deben ser *eficaces, es decir, disuasorias*; en caso contrario quedaría comprometida la doble finalidad, tanto económica como social,²⁶ del artículo 119, permitiendo que las empresas infringieran sin riesgo la prescripción comunitaria y privando a los trabajadores del sexo femenino de la protección a que tienen derecho en virtud del mismo Tratado. La naturaleza de la sanción debe, a nuestro parecer, responder a las dos condiciones que este Tribunal de Justicia ha establecido al efecto, limitando las sanciones que acompañan al incumplimiento de las formalidades administrativas en materia de libre circulación. Efectivamente, tratándose de sanciones, subsiste la exigencia de que posean un carácter equivalente y proporcionado, pero en tal caso esta exigencia está al servicio de su eficacia, tratándose de sanciones destinadas a garantizar el respeto de un principio fundamental de la Comunidad. Por consiguiente, para ser adecuadas, las sanciones nacionales impuestas por un Estado miembro a la violación del principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos deben ser:

- comparables a las sanciones aplicadas a infracciones de la misma importancia,
- proporcionadas a la gravedad de la infracción cometida, constituida por la violación de un principio fundamental de

la Comunidad.

En función de estos imperativos se debe apreciar el carácter disuasorio de las sanciones previstas por una legislación o una reglamentación nacional dada.

5. De este modo, llegamos al examen del apartado 2 del artículo 611 *bis* del BGB, objeto del presente recurso. A este respecto, las demandantes y el agente del Gobierno alemán han mantenido ante este Tribunal un debate contradictorio tendente a determinar la facultad de apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales con respecto a esta disposición, y en especial, la posibilidad de aplicar en su lugar el Derecho común de la reparación en Derecho civil; la Comisión ha manifestado sus dudas sobre la eficacia de una evolución jurisprudencial de esta naturaleza. Por otro lado, las partes han debatido ampliamente la naturaleza de las sanciones alternativas que pudieran sustituir la reparación prevista por el apartado 2 del artículo 611 *bis*, alegando, por un lado, el derecho a la celebración de un contrato y, por otra, en su defecto una reparación en especie por un importe económico sensible, sobre la base de las distintas disposiciones nacionales reguladoras de la materia.

No nos corresponde, en el marco del artículo 177, definirnos sobre cuestiones que competen a la exclusiva apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, por corresponder a la aplicación del Derecho interno. No obstante, a propósito de las sanciones aplicables al incumplimiento de las medidas de control de los extranjeros,

²⁶ Véase la sentencia 43/75, apartados 8 al 12, citada en la nota 25 *supra*.

este Tribunal de Justicia reconoció que al juez nacional confrontado a la inadaptación de la legislación nacional en materia de sanciones, le «incumbe [...] hacer uso de la libertad de apreciación a él reservada con el fin de llegar a una penalización apropiada al carácter y a la finalidad de las disposiciones comunitarias que se trata de sancionar». ²⁷ Nos parece que debe imponerse la misma obligación al juez nacional que, a la luz de los criterios puestos de relieve por el Tribunal de Justicia, aprecie el carácter inadecuado de las sanciones aplicadas a la violación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres del artículo 119 del Tratado, tal como lo precisa la Directiva 76/207.

Teniendo en cuenta estas observaciones y el conjunto de la jurisprudencia anteriormente señalada ¿qué respuesta podemos dar a los jueces nacionales?

En primer lugar, podemos señalar que, en sus observaciones, las partes en el procedimiento principal han reconocido el carácter *no disuasorio* de la reparación resultante del apartado 2 del artículo 611 *bis* del BGB, en la medida en que existen posibilidades de sanciones más fuertes, en especie o en metálico.

En segundo lugar, debe señalarse que la reparación del «perjuicio de confianza» es tanto más inadecuada cuanto que es *aleatoria*; en efecto, Doris Harz ha señalado, sin que le contradijeran, que la finalidad de la disposición nacional impugnada —indemnizar la confianza legítima defraudada de la candidata— podría no ocasionar reparación alguna si el empresario hubiera manifestado claramente su intención de no contratar a ningún candidato femenino.

La *insuficiente eficacia* de la reparación limitada únicamente al perjuicio de confianza resulta evidente, en último término, de la aplicación de los imperativos antes enunciados al apartado 2 del artículo 116 *bis*. En el transcurso de la vista el agente del Gobierno alemán ha tenido que llegar a precisar que infracciones comparables a una discriminación por razón de sexo, cometidas con ocasión del acceso al empleo, como las discriminaciones raciales o religiosas, o bien el fraude o la corrupción en la contratación, serían objeto de sanciones a la vez penales y civiles, consistiendo estas últimas en una reparación en especie o, en su defecto, en la indemnización de daños y perjuicios sustanciales. Así pues, una reparación que se limitara al importe de los gastos realizados por la candidata discriminada no puede garantizar el respeto de un principio tan fundamental como la igualdad de trato de los trabajadores masculinos y femeninos, por lo demás, consagrado por la ley fundamental de la República Federal de Alemania, dado que infracciones comparables son objeto de sanciones más disuasorias, proporcionadas a la gravedad de la infracción cometida.

²⁷ Véase la sentencia 8/77, apartado 12, citada en la nota 22 *supra*.

En conclusión, pues, propongo que se responda a las cuestiones prejudiciales remitidas por los Tribunales de Trabajo de Hamm y Hamburgo del siguiente modo:

- El reembolso de los gastos efectuados por una candidata para solicitar un empleo dado no constituye una reparación adecuada para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos, tal como resulta del artículo 119 del Tratado CEE y de la Directiva 76/207/CEE, dado que, para infracciones comparables las leyes o reglamentos nacionales prevén sanciones más proporcionadas a la gravedad de la infracción cometida.