

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 14 de enero de 1997 \*

1. Mediante las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, el Arbeitsgericht Hamburg le pide de nuevo que se pronuncie sobre la aplicación 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo <sup>1</sup> (en lo sucesivo, «Directiva» o «Directiva 76/207»).

Lo que se solicita en definitiva al Tribunal de Justicia es que declare si la Directiva 76/207 se opone a que se exija la existencia de una conducta culpable como requisito para la indemnización del perjuicio derivado de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación. Se pregunta además al Tribunal si la Directiva 76/207 se opone a que, en este mismo supuesto, una disposición nacional establezca un límite máximo para la indemnización de daños y perjuicios.

2. Como recuerda el Juez nacional, <sup>2</sup> ya se ha solicitado anteriormente al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuestiones similares. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional desea que se le confirme que los hechos que se le han sometido y las disposiciones de su ley nacional imponen las mismas respuestas.

3. Antes de abordar las cuestiones planteadas, expondré brevemente el marco en el que se sitúa el presente asunto.

### Marco jurídico

*Disposiciones comunitarias pertinentes: la Directiva 76/207*

4. La Directiva 76/207 tiene por objeto la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, garantizando, en particular, a los trabajadores de ambos sexos una auténtica igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.

5. Con este fin, el artículo 2 define el principio de igualdad de trato y sus límites. Así, su

\* Lengua original: francés.

<sup>1</sup> — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

<sup>2</sup> — Traducción francesa de la resolución de remisión, pp. 8 a 10.

apartado 1 dispone que dicho principio 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. Su apartado 2 precisa sin embargo que la Directiva no supone un obstáculo para la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante, en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, así como, en su caso, la formación que lleve a dichas actividades.

6. El artículo 3 de la Directiva especifica el alcance del principio de igualdad de trato en lo que respecta, precisamente, al acceso al empleo. A tenor de su apartado 1, la aplicación de dicho principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluido los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad, y a todos los niveles de la jerarquía profesional. La letra a) del apartado 2 del artículo 3 dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

7. Con arreglo al artículo 6 de la Directiva, los Estados miembros deben introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

### *Derecho nacional*

8. Las disposiciones legales nacionales relativas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la vida profesional que hacen al caso se recogen en el Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán; en lo sucesivo, «BGB») y en la Arbeitsgerichtsgesetz (Ley de procedimiento laboral; en lo sucesivo, «ArbGG»).

9. El apartado 1 del artículo 611a del BGB dispone que un empresario no puede discriminar por razón de sexo a un trabajador en un contrato o al adoptar una decisión, en particular en el marco del establecimiento de una relación laboral, de una promoción profesional, de unas instrucciones o de un despido. Se admiten, sin embargo, las diferencias de trato por razón de sexo si el contrato o la decisión adoptada se refieren a una actividad que, a causa de su naturaleza específica, sólo puede ser desempeñada por trabajadores de uno u otro sexo. El apartado 2 de la misma disposición prevé que si, al establecer una relación laboral, el empresario resulta *responsable* de una violación de la prohibición de discriminación formulada en el apartado 1, «el candidato perjudicado podrá reclamar una indemnización en metálico adecuada, cuyo importe no podrá exceder de tres mensualidades de salario». El salario mensual comprende las prestaciones en efectivo y en especie a las que el trabajador habría tenido derecho por un trabajo de una duración normal en el mes en que se hubiera establecido la relación laboral.

10. Con arreglo al apartado 1 del artículo 611b del BGB, un empresario no puede

ofrecer un empleo únicamente a hombres o únicamente a mujeres, salvo en el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 611a.

11. El apartado 2 del artículo 61b de la ArbGG establece que, si varios candidatos discriminados con ocasión del establecimiento de una relación laboral invocan sus derechos a ser indemnizados en virtud del apartado 2 del artículo 611a del BGB, la suma de las indemnizaciones otorgadas no podrá ser superior, cuando el empresario así lo solicite, a seis mensualidades de salario, o a doce mensualidades si se hubiera organizado un único procedimiento de reclutamiento para establecer varias relaciones laborales. Cuando el empresario haya abonado ya algunas de las indemnizaciones solicitadas, dicha cuantía máxima debe reducirse proporcionalmente. Si la suma de las indemnizaciones a las que tendrían derecho los demandantes sobrepasa este importe máximo, cada indemnización se verá reducida en proporción a dicho importe.

#### Antecedentes de hecho

12. El 17 de noviembre de 1994, el Sr. Nils Draehmpaehl, demandante en el asunto principal, respondió por correo a una oferta de empleo de Urania Immobilienservice OHG publicada en la prensa y redactada como sigue:

«Buscamos para nuestra empresa de distribución una colaboradora de la Dirección con

experiencia. Si puede entenderse con los caóticos empleados de una empresa orientada a la distribución, si quiere prepararles el café, obtener pocas alabanzas y es capaz de trabajar mucho, este es el lugar indicado. En esta empresa hay que saber manejar el ordenador y pensar con los demás. Si de verdad quiere hacer frente a este desafío esperamos sus documentos de solicitud, que habrán de ser claros y terminantes. Pero luego no diga que no le hemos avisado [...]»

13. La parte demandada en el asunto principal no dio respuesta alguna a la carta del Sr. Draehmpaehl. Alegando que él era el candidato más cualificado para el puesto ofrecido y que superaba a la candidata que obtuvo el puesto, el Sr. Draehmpaehl inició ante el Arbeitsgericht de Hamburgo una acción de responsabilidad civil contra Urania Immobilienservice, basada en la discriminación por razón de sexo que consideraba haber sufrido. En su pretensión de indemnización del perjuicio sufrido solicitaba una indemnización de un importe igual a tres mensualidades y media de salario.

14. El Juez *a quo* ha precisado que, en un procedimiento distinto ante otra Sala del órgano jurisdiccional remitente, un candidato diferente había presentado igualmente una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la demandada por unos hechos similares.

15. La parte demandada no ha acudido al acto de conciliación ni se ha expresado sobre el proceso pendiente. Ni el órgano jurisdiccional nacional ni el demandante han conseguido entrar en contacto con ella ni descubrir su dirección actual.

16. Según el órgano jurisdiccional nacional, la oferta de empleo de la demandada infringía el artículo 611b del BGB, dado que manifiestamente estaba reservada en exclusiva a las mujeres, sin justificación alguna para ello.<sup>3</sup> Estimando pues que el demandante había sido objeto de una discriminación por razón de sexo, dicho órgano jurisdiccional consideraba que la demandada estaba obligada a abonar una indemnización.

17. El órgano jurisdiccional nacional señalaba no obstante que las pretensiones del demandante se enfrentaban al obstáculo de la primera frase del apartado 2 del artículo 611a del BGB, que exigía que el demandante aportara pruebas detalladas de que el empresario había incurrido en una conducta culpable,<sup>4</sup> mientras que aquél invocaba meras presunciones.

18. Preguntándose, por una parte, sobre la compatibilidad del apartado 2 del artículo 611a del BGB con la interpretación del artículo 2 de la Directiva 76/207 efectuada por este Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker,<sup>5</sup> y, por otra, sobre la compatibilidad de las disposiciones de Derecho alemán que limitan la cuantía de la indemnización que pueda obtener la

persona discriminada<sup>6</sup> con la interpretación dada por el Tribunal al artículo 6 de la Directiva 76/207 en una sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall II,<sup>7</sup> y considerando por tanto que no podía pronunciarse sobre la demanda, el Arbeitsgericht Hamburg ha planteado al Tribunal de Justicia las cuatro cuestiones prejudiciales de carácter interpretativo que siguen:

«1) Unas disposiciones legales nacionales que someten la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de que el empresario haya incurrido en una conducta culpable, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 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 (76/207/CEE)?

2) Unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que podrán obtener, en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación, los candidatos de uno u otro sexo que hayan sido discriminados en el procedimiento de contratación, pero que no habrían obtenido la

3 — En el sentido del apartado 1 del artículo 611 a del BGB.

4 — Traducción francesa de la resolución de remisión, p. 7, letra a).

5 — Asunto C-177/88, Rec. p. I-3941.

6 — Apartado 2 del artículo 611a del BGB y apartado 2 del artículo 61b de la ArbGG, antes citados.

7 — Asunto C-271/91, Rec. p. I-4367.

plaza vacante si la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la mejor cualificación del candidato contratado, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 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 (76/207/CEE)?

- 3) Unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que podrán obtener, en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación, los candidatos de uno u otro sexo que hayan sido discriminados en el procedimiento de contratación y que habrían obtenido la plaza vacante si la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 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 (76/207/CEE)?

- 4) Unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas

nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo global de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones de todos los perjudicados por una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación, cuando sean varias las personas que solicitan indemnización, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 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 (76/207/CEE)?»

### Análisis

19. Recordemos, con carácter preliminar, que es jurisprudencia reiterada que, en el marco del procedimiento previsto por el artículo 177 del Tratado CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una medida nacional con el Derecho comunitario. En cambio, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación comprendidos en el ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle determinar si las disposiciones nacionales son compatibles con este último.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> — Véase, entre otras, la sentencia de 1 de febrero de 1996, Perilli (C-177/94, Rec. p. I-161), apartado 9.

20. Es preciso por tanto formular de otro modo las cuestiones planteadas. Así, en su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación requiera la prueba de una conducta culpable por parte del empresario. Las cuestiones segunda y tercera se refieren a la compatibilidad con la Directiva 76/207 del establecimiento de un límite máximo a las indemnizaciones eventualmente exigibles. En su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia si el Derecho comunitario se opone a unas disposiciones nacionales que establecen un límite máximo para la suma de indemnizaciones, como el que prevé el apartado 2 del artículo 61b de la ArbGG.

### Sobre la primera cuestión

21. El órgano jurisdiccional nacional se pregunta si la respuesta que este Tribunal de Justicia dio en su sentencia Dekker es pertinente para el litigio que se le ha sometido.

22. Recordemos que en dicho asunto se planteaba el caso de la negativa a contratar a una candidata a un puesto de trabajo por hallarse embarazada. El órgano jurisdiccional neerlandés se preguntaba en particular si los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207 eran compatibles con una disposición legislativa nacional que exigía la prueba de la culpa del empresario para conceder una indemnización

de daños y perjuicios basada en la violación del principio de igualdad de trato.

23. El Tribunal de Justicia siguió las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon<sup>9</sup> y, basándose en una jurisprudencia ya asentada,<sup>10</sup> confirmó que, aunque con arreglo al artículo 6 de la Directiva 76/207 los Estados miembros son libres para elegir los medios necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, cuando la sanción elegida está comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, la violación de la prohibición de discriminación basta, *por sí sola*, para generar la entera responsabilidad de su autor, sin que pueda exigirse la prueba de una conducta claramente culpable por parte del empresario ni tomar en consideración las causas de exención previstas por el Derecho nacional.<sup>11</sup>

24. La Comisión y el demandante en el asunto principal<sup>12</sup> sostienen que dicha sentencia ha respondido ya a esta primera cuestión que hoy se plantea al Tribunal de Justicia.

25. El Gobierno alemán alega, en cambio, que la sentencia Dekker no permite llegar automáticamente a la conclusión de que la

9 — Conclusiones en el asunto Dekker (puntos 34 a 37).

10 — Sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891).

11 — Sentencia Dekker, apartados 22 a 26.

12 — Observaciones de la Comisión (puntos 19 a 22) y del demandante en el asunto principal (puntos 39 a 43).

disposición nacional controvertida es incompatible con las disposiciones de la Directiva. En su opinión, dicha sentencia sólo se refiere al requisito de conducta culpable en Derecho neerlandés. Ahora bien, al contrario de lo que ocurre en este último, la conducta culpable en Derecho alemán no pone en entredicho la eficacia de las disposiciones comunitarias. En efecto, aunque en Derecho alemán el requisito de la existencia de una conducta culpable es siempre necesario para que exista una responsabilidad del empresario, resulta fácil aportar la prueba de dicha conducta culpable, puesto que unos actos deliberados o *cometidos por negligencia*, como los casos de culpa leve, bastan para generar dicha responsabilidad. Además, los casos de exoneración de responsabilidad del empresario son particularmente estrictos.<sup>13</sup>

26. No comparto el punto de vista del Gobierno alemán. A mi juicio, la sentencia Dekker es clara y enteramente aplicable al presente asunto. En efecto, aparte de la diferencia de sexos, los litigios que dieron origen a los dos procedimientos prejudiciales son idénticos. En ambos casos, una relación laboral no se ha establecido,<sup>14</sup> o ni siquiera se ha contemplado su posibilidad,<sup>15</sup> exclusivamente por razones relacionadas con el sexo del candidato. En ambos casos, la normativa nacional debatida subordina la responsabilidad del empresario a la prueba de una conducta culpable distinta del acto o comportamiento discriminatorio. Una disposición legal nacional de ese tipo permite así al empresario evitar que se le exija una responsabilidad invocando una razón ajena a la discriminación sexual y pone en peligro, de modo evidente, la eficacia de las disposiciones de la Directiva. Me remito a este respecto

a los argumentos que expuso el Abogado General Sr. Darmon.<sup>16</sup>

27. Por consiguiente, propongo al Tribunal que responda como sigue a la primera cuestión planteada: cuando la sanción elegida por el Estado miembro está comprendida en un régimen de responsabilidad civil del empresario, el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207 se oponen a que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con ocasión de la contratación de un trabajador esté subordinada a la existencia de una conducta culpable, por escasa que sea su gravedad.

#### Sobre las cuestiones segunda y tercera

28. Mediante estas dos cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la interpretación del artículo 6 de la Directiva 76/207 efectuada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Marshall II se opone a unas medidas del tipo de las que establece el Derecho alemán al fijar un límite máximo a las indemnizaciones que puedan exigirse.<sup>17</sup> En la resolución de remisión se precisa que las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral no prevén este tipo de limitación. En la vista se produjo un largo debate sobre este punto, sobre cuyo resultado no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse. En efecto, es jurisprudencia

13 — Observaciones del Gobierno alemán (puntos 4 y 5).

14 — Asunto Dekker.

15 — Caso de autos.

16 — Punto 35 de sus conclusiones en el asunto Dekker.

17 — Apartado 1 del artículo 611a del BGB y apartado 2 del artículo 61b de la ArbGG.

reiterada del Tribunal de Justicia que el artículo 177 del Tratado se basa en un claro reparto de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia<sup>18</sup> y que, por esta razón, no puede conducir al Tribunal de Justicia a interpretar o aplicar el Derecho nacional.<sup>19</sup> Debo pues expresar mi opinión en función de los datos jurídicos y materiales facilitados por el Juez nacional.

Por otra parte, se pide al Tribunal de Justicia que precise si la respuesta depende de la cualificación profesional del candidato víctima de una discriminación por razón de sexo.

29. Examinemos en primer lugar si la respuesta al problema planteado por el Juez remitente depende del grado de cualificación profesional del candidato víctima de la discriminación sexual.

30. No me parece que sea así, y ello por tres razones como mínimo.

18 — Véanse, en particular, las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend y Loos (26/62, Rec. p. 1); de 5 de octubre de 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555), apartados 17 a 19, y de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros (asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361), apartado 10.

19 — Véanse, en particular, las sentencias de 6 de abril de 1962, De Geus (13/61, Rec. p. 89), y de 20 de octubre de 1993, Balocchi (C-10/92, Rec. p. I-5105), apartados 16 y 17.

31. *En primer lugar*, es preciso señalar que, al igual que en el asunto Dekker, el empresario sólo se negó a tomar en consideración la posibilidad de establecer una relación laboral con el candidato al empleo debido a su sexo, y no por razones relacionadas con su cualificación profesional. El Juez nacional incurre en una confusión entre dos conceptos totalmente distintos: el de la pérdida de una oportunidad por razón de sexo y el de la apreciación objetivamente errónea de la cualificación profesional del candidato por parte del empresario.

32. Como el perjuicio sufrido con motivo de la contratación a causa de la discriminación sexual es un perjuicio diferente, es preciso indemnizarlo con independencia de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir el candidato lesionado y sin que la reparación de este otro eventual perjuicio pueda afectar en modo alguno a la reparación de la discriminación mencionada, ni en su principio ni en su cuantía.

33. *Por otra parte*, según reiterada jurisprudencia, en caso de violación de la prohibición de discriminación, el artículo 6 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer una sanción que debe garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz<sup>20</sup> y tener un efecto disuasorio real respecto del

20 — Sentencias Van Colson y Kamann (apartado 23) y Dekker (apartado 23).

empresario.<sup>21</sup> Pues bien, considero que sería contrario a la eficacia de las disposiciones de la Directiva que la reparación de los perjuicios derivados de dicha discriminación requiriera que el candidato perjudicado probara una cualificación profesional superior o igual a la que tenía el candidato contratado por el empresario.

34. *Por último*, la reparación del perjuicio causado al no haber tenido en cuenta los méritos y cualificación profesional de un individuo, hombre o mujer, no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 —*a menos, naturalmente, que disimule una discriminación sexual*—. Así pues, sólo cabe remitir a la aplicación de su Derecho nacional al Juez que conoce del asunto principal.

35. Por consiguiente, no resulta pertinente para la solución del litigio la precisión que solicitó el Juez nacional, explícitamente en su segunda pregunta e implícitamente en la tercera, a propósito de la cualificación profesional del candidato discriminado por razón de sexo.

36. En las mencionadas cuestiones prejudiciales, el Juez nacional solicita pues al Tribu-

nal de Justicia que se pronuncie sobre la aplicación al presente asunto de la solución adoptada en la sentencia Marshall II.<sup>22</sup> Precisa así que, en su Derecho interno, a diferencia de las disposiciones nacionales habituales en Derecho civil y en Derecho laboral,<sup>23</sup> la sanción de la violación del principio de no discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso al empleo consiste en una indemnización pecuniaria, en el marco de un régimen de responsabilidad civil del empresario, limitada al importe correspondiente a tres mensualidades de salario. El salario corresponde al que habría percibido el candidato seleccionado.

37. Recordemos que, con ocasión de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia tuvo efectivamente que responder a una cuestión similar planteada por un Tribunal británico.

38. La Sra. Marshall, víctima de un despido discriminatorio, solicitaba el pago de una indemnización. El Industrial Tribunal evaluaba la pérdida económica sufrida por aquella a causa de su despido discriminatorio en un importe superior al límite máximo fijado para este tipo de perjuicios en la letra b) del apartado 1 del artículo 65 de la Sex Discrimination Act 1965. El órgano jurisdiccional

22 — Traducción francesa de la resolución de remisión, p. 8, letra b).

23 — Véase el punto 28 de estas conclusiones.

21 — Véase, en particular, la sentencia Marshall II (apartado 24).

remitente dudaba en especial de la compatibilidad de dicha disposición nacional con el artículo 6 de la Directiva 76/207.

39. La Comisión y el demandante en el asunto principal sostienen que puede aplicarse en parte dicha sentencia al presente caso.

40. El Gobierno alemán lo niega. Según él, la sentencia Marshall II no es pertinente, pues se dictó en un supuesto específico de despido discriminatorio, que no puede equipararse al supuesto actual de negativa a contratar discriminatoria. Añade que la sentencia Von Colson y Kamann, antes citada, sí lo es y que las disposiciones legales alemanas que se debaten respetan los principios que estableció el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, pues prevén la concesión de una indemnización adecuada al perjuicio sufrido y suficientemente disuasoria para el autor de la discriminación.

41. No me parece que los principios establecidos en estas dos sentencias no puedan conciliarse. A mi juicio, la sentencia Marshall II precisa y desarrolla los principios subyacentes en la sentencia Von Colson y Kamann. Recordemos con precisión los principios establecidos en dichas sentencias.

42. En la sentencia Von Colson y Kamann, el Tribunal de Justicia recordó, en primer lugar, que, conforme al artículo 5 y al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, corresponde a los Estados miembros adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de los objetivos que persigue la Directiva 76/207, y a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar el Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva.<sup>24</sup> Por lo que respecta a la Directiva, el Tribunal de Justicia recordó asimismo que el objetivo que persigue el legislador comunitario es garantizar la efectividad del principio de no discriminación de los trabajadores por razón de sexo.

43. A continuación, el Tribunal de Justicia precisó que sin un sistema de sanciones adecuado no puede hacerse efectiva esta igualdad de oportunidades.<sup>25</sup> Por lo que respecta a su artículo 6, el Tribunal declaró que «de esta disposición se desprende que los Estados miembros están obligados a adoptar medidas *suficientemente eficaces* para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva y hacer que esas medidas puedan ser invocadas *efectivamente* ante los Tribunales nacionales por las personas interesadas. Tales medidas pueden comprender, por ejemplo, disposiciones que obliguen al empresario a contratar al candidato discriminado o que garanticen una indemnización pecuniaria *adecuada*, reforzadas, eventualmente, por un sistema de multas. No obstante, debe hacerse constar que la Directiva no impone una sanción determinada, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar su

<sup>24</sup> — Apartados 15 y 26.

<sup>25</sup> — Apartado 22.

objetivo». <sup>26</sup> Además, las medidas adoptadas los Estados miembros deben «[...] tener un efecto disuasorio real respecto del empresario». <sup>27</sup>

44. En la sentencia Marshall II, tras recordar dichos principios, <sup>28</sup> el Tribunal de Justicia decidió que era preciso considerar las características propias de cada caso de violación del principio de igualdad <sup>29</sup> y se pronunció sobre la necesidad de que la sanción destinada a garantizar el restablecimiento del principio de igualdad de trato tras un despido discriminatorio fuera «adecuada».

45. En sus conclusiones en la sentencia Marshall II, el Abogado General Sr. Van Gerven definía la «indemnización adecuada» como aquella indemnización que es suficientemente elevada para tener un carácter de sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. <sup>30</sup> Así pues, dicho concepto debía distinguirse del de reparación íntegra del perjuicio sufrido. <sup>31</sup>

46. Separándose de este análisis, el Tribunal de Justicia declaró que, en el supuesto de un despido discriminatorio, sólo la readmisión de la persona discriminada o, alternativamente, la reparación pecuniaria íntegra del

perjuicio sufrido pueden restablecer la situación de igualdad <sup>32</sup> y satisfacer los requisitos subyacentes en el concepto de «sanción adecuada». Por lo tanto, el Tribunal estimó que el artículo 6 de la Directiva no permite admitir la fijación de un límite máximo al importe de la indemnización que se puede exigir en caso de despido discriminatorio «[...] dado que limita *a priori* el importe de la indemnización a un nivel que no es necesariamente conforme con el requisito de garantizar una igualdad de oportunidades efectiva mediante la reparación adecuada del perjuicio sufrido por un despido discriminatorio». <sup>33</sup> De este modo el Tribunal de Justicia precisó la sentencia Von Colson y Kamann.

47. El margen de apreciación que se deja a los Estados miembros en la aplicación de la solución escogida para garantizar el restablecimiento del principio de igualdad en caso de despido discriminatorio es por tanto escaso: o bien la readmisión, o bien la reparación íntegra del perjuicio con arreglo a las normas nacionales vigentes. <sup>34</sup>

48. Considero pues que de estas sentencias se deduce que el Tribunal de Justicia ha establecido el principio de que, cuando los Estados miembros optan por reparar los perjuicios causados por una situación discriminatoria prohibida por la Directiva 76/207 en el marco de un régimen de responsabilidad civil del empresario, la reparación debe ser una reparación íntegra.

26 — Apartado 18; el subrayado es mío.

27 — Apartado 23; el subrayado es mío.

28 — Apartados 23 y 24.

29 — Apartado 25.

30 — Punto 18 de sus conclusiones.

31 — *Ibidem*, punto 17.

32 — Sentencia Marshall II (apartados 25 y 26).

33 — *Ibidem*, apartado 30; el subrayado es mío.

34 — *Ibidem*, apartado 36.

49. En el presente caso, la medida elegida por la normativa alemana para garantizar el respeto de los derechos de un candidato discriminado por razón de sexo con motivo de la contratación es una indemnización limitada a tres mensualidades de salario, a diferencia —según el Juez remitente— de las demás normas de Derecho civil y de Derecho laboral. Existen a mi juicio dos razones para prohibir disposiciones de este tipo.

50. *En primer lugar*, se opone a ellas la solución a la que se llegó en las sentencias Von Colson y Kamann y Marshall II, puesto que, como deduje anteriormente de dichas sentencias, en ellas se estableció el principio de reparación íntegra de los perjuicios causados por una discriminación prohibida por la Directiva 76/207.<sup>35</sup>

51. En el supuesto de que no se aceptara dicha interpretación, ello equivaldría a considerar que la reparación de los perjuicios derivados de dicha discriminación no es siempre íntegra, y que resulta necesario por tanto adaptar dicha regla a los diferentes supuestos de discriminación. En consecuencia, el Tribunal de Justicia tendría que declarar caso por caso cuál es la regla que debe aplicarse; por ejemplo, diciendo que en caso de una negativa a contratar la indemnización no será íntegra, en caso de una negativa a ofrecer formación profesional tampoco [...]; pueden existir múltiples supuestos en los que los trabajadores son víctimas de discriminación por razón de sexo y en los que, por consiguiente, el Tribunal de Justicia tendría que pronun-

ciarse y, eventualmente, modificar su jurisprudencia.

52. Dicha interpretación no me parece ni justificable ni razonable. En efecto, en todos estos diferentes supuestos (despido, negativa a contratar, ...), el trabajador o el candidato a la contratación se ha visto en la misma situación: ha sufrido una discriminación por razón de sexo porque el empresario ha incurrido en un mismo comportamiento censurable. Ahora bien, el principio general de igualdad en Derecho comunitario exige que las situaciones comparables no se traten de forma distinta y las situaciones distintas no se traten de igual forma, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.<sup>36</sup> Por esta razón, ante unas situaciones similares vividas por los trabajadores, hay que aplicar una misma regla, y la reparación de sus perjuicios debe ser una reparación íntegra.<sup>37</sup>

53. No obstante, es cierto que los perjuicios sufridos por los trabajadores discriminados pueden ser de diferente importancia. El Juez nacional debe examinar no sólo los diferentes supuestos de violación del principio de igualdad que se presenten, sino también las diferentes circunstancias de cada caso concreto dentro de un mismo supuesto de violación del principio de igualdad. En cualquier caso, únicamente el Juez que conoce del litigio es

35 — Punto 48 de estas conclusiones.

36 — Véase, como más reciente, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Accrington Beef y otros* (C-241/95, Rec. p. I-6701).

37 — Sentencia Marshall II (apartado 26).

competente para valorar los perjuicios sufridos con arreglo a las normas nacionales vigentes, tomando en consideración todas las circunstancias que habitualmente tiene en cuenta.

54. *En segundo lugar*, y con carácter subsidiario, el principio de la autonomía procesal de los Derechos nacionales se opone también a las disposiciones de la ley alemana que se consideran. El respeto de dicho principio implica que, cuando el Derecho comunitario no ha procedido aún a una armonización, los Estados miembros son libres de escoger la solución adecuada para garantizar dicha protección jurisdiccional, pero la sanción escogida debe ser al menos tan protectora como las adoptadas en el marco de un régimen jurídico nacional comparable.<sup>38</sup> Ahora bien, el Juez remitente ha precisado al Tribunal que no es éste el caso.

55. En conclusión, por lo que respecta a las cuestiones segunda y tercera sugiero al Tribunal que declare que una limitación *a priori* del perjuicio susceptible de indemnización causado por una negativa a contratar discriminatoria resulta contraria al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 3, así como al artículo 6 de la Directiva 76/207.

### Sobre la cuarta cuestión

56. En esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que

dilucide si las disposiciones de la Directiva 76/207 se oponen a unas medidas como las establecidas por el Derecho alemán, que permiten al empresario obtener una limitación del importe de la indemnización que puede reclamar la persona discriminada por razón de sexo con motivo de la contratación cuando sean varias las demandas de indemnización basadas en una discriminación por razón de sexo que se han presentado. En otras palabras, esta disposición legal nacional permite, a diferencia de las demás disposiciones del Derecho civil y del Derecho laboral,<sup>39</sup> modificar el importe de la indemnización que debe abonarse en función del número de candidatos. Por esta razón, la indemnización que pueden reclamar estos últimos es susceptible de experimentar una clara reducción a causa del límite máximo fijado.

57. En este punto me permito remitir al Tribunal al razonamiento que desarrollé anteriormente, pues no existe diferencia alguna entre las dos cuestiones. De nuevo en este caso se trata de normas cuya consecuencia es limitar el importe de la indemnización del perjuicio que efectivamente sufrió el candidato discriminado por razón de sexo en un procedimiento de contratación.

58. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la cuarta cuestión prejudicial.

38 — Véase, en particular, la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia (68/88, Rec. p. 2965), apartados 23 y 24.

39 — Véase el punto 28 de estas conclusiones.

## Conclusión

59. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente:

- «1) Cuando la sanción de la violación del principio de no discriminación en materia de contratación elegida por un Estado miembro está comprendida en un régimen de responsabilidad civil, el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una disposición legal nacional someta la indemnización de los perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo en un procedimiento de contratación de un trabajador al requisito de existencia de una conducta culpable del empresario.
  
- 2) El apartado 1 del artículo 2, el apartado 1 del artículo 3 y el artículo 6 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que unas disposiciones legales nacionales —a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral— establezcan *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que pueden obtener en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación los candidatos o candidatas que hayan sido discriminados en el procedimiento de contratación.
  
- 3) El apartado 1 del artículo 2, el apartado 1 del artículo 3 y el artículo 6 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que unas disposiciones legales nacionales —a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral— establezcan *a priori* un límite máximo global de seis mensualidades de salario a la suma de las indemnizaciones de todas las personas discriminadas por razón de sexo en un procedimiento de contratación, cuando sean varias las personas que reclaman indemnización.»