76/207, relativa a la aplicación del principio de la 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, si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad. La circunstancia de que ningún candidato del sexo masculino se haya presentado al puesto de trabajo que se debía proveer es irrelevante.

2. Aunque la Directiva 76/207 deje a los Estados miembros la libertad de elegir, para sancionar la violación de la prohibición de discriminación, entre las diferentes soluciones idóneas para alcanzar su objetivo, implica no obstante que, cuando un Estado miembro opta por una sanción que forme parte de un régimen de responsabilidad civil, cualquier violación de la prohibición de discriminación basta para generar por sí sola la entera responsabilidad de su autor, sin que puedan tenerse en cuenta las causas de exención previstas por el Derecho nacional.

INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-177/88 *

I. Contexto jurídico

A. *La Directiva 76/207/CEE*

A tenor del apartado 1 de su artículo 1, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70) (en lo sucesivo, «la Directiva»), contempla la aplicación, en los Estados miembros, 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.

El apartado 1 del artículo 2 de esta Directiva señala:

«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.»

El apartado 3 de este artículo enuncia sin embargo que la Directiva «no obstará las disposiciones relativas a la protección de la

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

El apartado 1 del artículo 3 señala que el principio de igualdad de trato así definido se aplica a las condiciones de acceso, incluidos 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. Según el apartado 2 del mismo artículo, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

«a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;

c) [...]»

Por último, el apartado 1 del artículo 9, en su párrafo 1, establece que, en lo que se refiere a las citadas disposiciones, los Estados miembros adoptarán las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a la presente Directiva en un plazo de treinta meses a contar desde su notificación, es decir, con término el 12 de agosto de 1978.

B. *El Derecho nacional*

La «Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen» (Ley neerlandesa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres: Ley de 1 de marzo de 1980, Stbl. 1980, 86) pretende adaptar la legislación neerlandesa a la Directiva 76/207. Mediante su artículo 1, se introdujo un nuevo artículo 1637ij en el «Burgerlijke Wetboek» (Código civil neerlandés). A tenor de este artículo:

«El empresario no puede hacer ninguna distinción, sea directa o indirectamente, entre los hombres y las mujeres por razón, en particular, del estado matrimonial o familiar al otorgarse el contrato de trabajo, en el marco de la formación profesional y en lo que respecta a las condiciones de trabajo [...]

Lo dispuesto por la primera frase del apartado 1 del presente artículo no es aplicable cuando se trata de cláusulas relativas a la protección de la mujer, en particular en materia de embarazo y de maternidad.

Lo dispuesto por la primera frase del apartado 1 del presente artículo no es aplicable cuando se trata de cláusulas que tienen por objeto situar a los trabajadores de un sexo determinado en una posición privilegiada a fin de eliminar las desigualdades de hecho.

[...)»

El apartado 1 del artículo 3 de esta misma Ley dispone:

«En un anuncio de oferta de empleo o durante el examen de las candidaturas para un empleo vacante, no se puede establecer una distinción entre hombres y mujeres, ya sea directa o indirectamente, por razón, en particular, del estado matrimonial o familiar. La prohibición recogida en el presente artículo no es aplicable en los casos en que es determinante el sexo.»

El artículo B2 de la «Algemene Burgerlijke Pensioenwet» [Ley general neerlandesa sobre pensiones de jubilación de la Función Pública (en lo sucesivo, «ABP»): Ley de 6 de enero de 1966, Stbl. 6] establece que los miembros del personal de la enseñanza especial son funcionarios a efectos de esta Ley (aunque, por lo demás, tengan el estatuto de empleado en el sentido del Derecho privado).

El Real Decreto de 19 de diciembre de 1967 (Stbl. 683), adoptado al amparo del artículo B13 de la ABP, se refiere al régimen de ciertos grupos de funcionarios, en el sentido de la APW, en caso de incapacidad laboral por enfermedad o invalidez.

Según el apartado 1 del artículo 2 «el trabajador que se vea incapacitado para ejercer sus funciones a causa de enfermedad percibirá su salario completo durante el mes natural en el cual la incapacidad se haya producido y durante el año siguiente a este mes. Posteriormente recibirá el 80 % de su salario».

A tenor del artículo 3 de dicho Decreto, modificado por el Real Decreto de 24 de diciembre de 1975 (Stbl. 767):

«1. Para la aplicación del presente Decreto, se asimilará a una incapacidad laboral por enfermedad la incapacidad laboral por maternidad, así como la incapacidad laboral por invalidez.

2. En cualquier caso, se presumirá que la trabajadora encinta está incapacitada para el trabajo a causa del embarazo a partir de la sexta semana anterior a la fecha prevista para el parto, fijada en un certificado emitido por un médico o por una comadrona.

3. En cualquier caso, se presumirá que la trabajadora que acabe de dar a luz está incapacitada para el trabajo a causa del parto durante al menos seis semanas después del día del parto.»

En virtud de lo dispuesto por el artículo 14 de este Decreto:

«Las disposiciones del presente Decreto no son aplicables a los trabajadores que puedan acogerse al estatuto del personal del Estado, de una provincia o de un municipio, que les reconozca derechos en caso de incapacidad laboral por enfermedad o invalidez; tampoco son aplicables a los trabajadores de organismos cuyo régimen propio en materia de incapacidad laboral por enfermedad o invalidez les reconozca derechos que no sean menos ventajosos que los que les corresponderían en virtud del presente Decreto.»

Según la resolución de remisión, la contingencia de incapacidad laboral por enfermedad de los trabajadores del VJV es obligatoriamente competencia de una fundación, la «Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs» (Fondo para las prestaciones sociales en la educación especial) (en lo sucesivo, «Risicofonds»). Esta fundación reembolsa a sus afiliados (los empresarios individuales) en el caso en que un asegurado «caiga enfermo» y quede sujeto a las condiciones establecidas por el Reglamento interno de la Risicofonds sobre la prestación diaria por enfermedad («Ziekengeldreglement»). Según el artículo 6 del Ziekengeldreglement («denegación de la prestación»),

«La dirección puede denegar en todo o en parte el pago de la prestación diaria por enfermedad a un afiliado:

a) en el caso en que un asegurado no fuera apto para ejercer sus funciones en la fecha de entrada en vigor del seguro;

b) en el caso en que la incapacidad de un asegurado para ejercer sus funciones haya sobrevenido dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del seguro, siempre que en el momento de su entrada en vigor el estado de salud del interesado permitiera prever la aparición de esta incapacidad en el plazo de seis meses;

[...]»

Procede señalar que las disposiciones del artículo 6 del Ziekengeldreglement son diferentes de las del artículo 44 de la Ziektewet (Ley neerlandesa sobre el seguro de enfermedad), que, por lo general, establece el régimen de seguros aplicable a los empleados del sector privado y al cual la Sra. Dekker estaba afiliada en el empleo que ocupaba antes de solicitar el empleo en la VJV. Aunque los guiones primero y segundo de la letra a) del apartado 1 del artículo 44 del Ziektewet contengan disposiciones análogas a las del artículo 6 del Ziekengeldreglement, la letra b) del apartado 1 del artículo 44 dispone:

«En caso de que el embarazo sea anterior a la fecha de la entrada en vigor del seguro o en caso de que el parto tenga lugar dentro de un plazo de seis meses después de la entrada en vigor del seguro, lo dispuesto en los artículos precedentes no será de aplicación cuando el seguro, incluyendo los seguros anteriores de la asegurada, no hubiera sido interrumpido por más de 60 días durante el período de embarazo [...]»

Teniendo en cuenta la redacción de la tercera cuestión planteada por el Hoge Raad, conviene también recordar los términos de los artículos 1401 y 1402 del Código civil neerlandés. El artículo 1401 de dicho Código dispone que «cualquier acto ilícito, que cause a otro un perjuicio, obliga a reparación por parte de aquél a quien sea imputable el perjuicio», mientras que el artículo 1402 señala que «cada uno es responsable del perjuicio que haya causado no sólo por sus actos, sino también por su negligencia y por su imprudencia».

II. Hechos y procedimiento

En junio de 1981, la Sra. Dekker presentó su candidatura al puesto de educador en el Centro de formación para jóvenes adultos gestionado por el VJV. El 15 de junio de

1981, informó a la comisión encargada del examen de las candidaturas que estaba embarazada de tres meses. Aunque esta comisión la propuso sin embargo a la dirección del VJV como candidata más apta para ejercer las funciones, la Sra. Dekker recibió posteriormente, mediante carta de 10 de julio de 1981, la noticia de que no sería contratada.

Esta carta alegaba, como motivo de la negativa, la circunstancia de que ya estaba embarazada en el momento de presentar su candidatura y se le señalaba que la motivación económica de dicha negativa consistía en que, según las informaciones obtenidas por el VJV, este organismo no hubiera conseguido el pago de las prestaciones diarias durante la ausencia de la Sra. Dekker por el embarazo y el parto. Por ello, el VJV se hubiese visto obligado a pagar a la Sra. Dekker, durante el primer año, el 100 % y, durante el segundo año, el 80 % del último salario, sin que el Risicofonds le reembolsara estas cantidades. Por consiguiente, al VJV le hubiera resultado económicamente imposible contratar a un sustituto, lo que hubiera podido provocar, además, una reducción de la plantilla.

Dado que el Arrondissementsrechtbank y el Gerechtshof de Amsterdam desestimaron sucesivamente los recursos de la Sra. Dekker mediante los cuales pretendía que se condenara al VJV al pago de daños y perjuicios por «lucro cesante», ésta interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Gerechtshof.

Por considerar que el asunto plantea cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva 76/207 del Consejo que pueden influir en la interpretación que se haga de la Ley neerlandesa por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva, así como de la legislación preexistente, el Hoge Raad planteó, mediante resolución de 24 de junio de 1988 y al amparo del artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Viola directa o indirectamente el principio de igualdad de trato que establecen 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)] un empresario que se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que ha considerado apta, cuando dicha negativa se basa en las consecuencias perjudiciales que acarrearía a dicho empresario el estado de embarazo en que la candidata ya se encontraba al solicitar el puesto de trabajo, a causa de normas dictadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad para el trabajo, en las que la incapacidad para desempeñar una actividad por causa de maternidad se equipara con la incapacidad para desempeñar una actividad por causa de enfermedad?

2) ¿Debe responderse de distinta forma en caso de que no hubiera candidatos masculinos?

3) ¿Es compatible con los artículos 2 y 3:

a) que, una vez probado que se ha violado el principio de igualdad de

trato en perjuicio de la candidata a la que se ha negado el puesto, aún se exija la culpa del empresario para que se estime una demanda fundada en dicha violación, o

b) que, una vez probado que se ha violado dicho principio, el empresario pueda, por su parte, invocar una causa justificativa sin que se dé alguno de los casos que prevén los apartados 2 a 4 del artículo 2?

4) En el caso de que pueda exigirse que haya habido culpa del empresario o puedan invocarse causas justificativas, en el sentido de la cuestión nº 3, ¿es suficiente para que no exista culpa o para que se dé una causa justificativa, respectivamente, que el empresario corra riesgos como los del caso de autos, o deben interpretarse los artículos 2 y 3 en el sentido de que el empresario debe soportar dichos riesgos, salvo en el caso de que haya adquirido la absoluta certeza de que la prestación por incapacidad para el trabajo vaya a ser denegada o de que vaya a sufrir una reducción de personal, y haya hecho todo lo posible para evitar tal eventualidad?»

La resolución del Hoge Raad se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de junio de 1988.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, presentaron observaciones escritas: la Sra. Dekker, parte demandante en el litigio principal, representada por el Sr. Van Dijk, Abogado de La Haya; el VJV, parte demandada en el litigio principal, representado por el Sr. J. L. de Wijkerslooth, Landesadvocaat; el Gobierno del Reino Unido, representado por la Srta. J. A. Gensmantel, del Treasury Solicitor's Department, en calidad de Agente; el Gobierno neerlandés, representado por el Sr. E. F. Jacobs, Secretario General del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente, y la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. K. Banks y el Sr. B. J. Drijber, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de Agentes.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió, el 7 de junio de 1989, iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. Sin embargo, solicitó por escrito al Gobierno neerlandés que, antes del 15 de julio de 1989, le proporcionase una copia íntegra del Ziekengeldreglement, que recibió dentro del plazo establecido.

III. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

Sobre la primera cuestión (existencia de una discriminación directa o indirecta)

La *Sra. Dekker* alega que los dos órganos jurisdiccionales han considerado que en principio se había infringido la Ley relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues el Tribunal dio por probada una infracción al artículo 1637ij del Código civil neerlandés (introducido por el artículo 1 de esta Ley) y el Tribunal de apelación de Amsterdam apreció una infracción al artículo 3 de esta misma Ley. Estos órganos

jurisdiccionales desestimaron, sin embargo, la demanda de daños y perjuicios debido a que el empresario había alegado una causa de exención de la responsabilidad que privaba a la infracción legal de su carácter de acto ilícito. Sin embargo, el hecho de que las normas fijadas por las autoridades públicas asimilen la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad y la incapacidad por maternidad no quita a la referencia que hizo el empresario al embarazo de la candidata su carácter de referencia vinculada al sexo de esta última. Las disposiciones reglamentarias se limitan a prever la existencia de derechos análogos en favor de trabajadores que, por distintos motivos, no puedan ejercer su actividad profesional.

En el caso de una incapacidad por enfermedad, el Risicofonds puede negar la prestación tanto a los hombres como a las mujeres. El perjuicio producido por la negativa al pago de la prestación diaria por maternidad es un perjuicio que sólo puede afectar a las trabajadoras. El empresario que alega este perjuicio alega una incapacidad que sólo puede ser padecida por un sexo y, por ello, establece una discriminación prohibida por la Directiva.

La Sra. Dekker pone de manifiesto que los órganos jurisdiccionales nacionales no han respondido a la cuestión de si una referencia al embarazo implica una discriminación directa o indirecta. La doctrina la considera una discriminación indirecta, al igual que la discriminación indirecta por referencia a la situación familiar citada por la Directiva. La Sra. Dekker estima que tal referencia implica una discriminación directa. En efecto, en el presente caso, no se trata precisamente de situaciones familiares creadas a consecuencia del embarazo, sino de una situación totalmente vinculada al sexo que consiste en la incapacidad para ejercer una actividad profesional durante el período de descanso por maternidad.

Si se considerase que la referencia al embarazo debiera valorarse como una discriminación indirecta, la Sra. Dekker señala que no puede admitirse que la discriminación realizada por el empresario esté justificada objetivamente, puesto que éste rechazó su candidatura inmediatamente después de saber que el Risicofonds podía denegar la prestación, lo cual es contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad del Derecho comunitario. El empresario, por otra parte, no hizo nada para comprobar si la facultad de denegación iba a ser ejercida, como tampoco se esforzó en evitar el uso de la facultad de denegación o de prevenir las consecuencias lesivas de un eventual ejercicio de esta facultad.

La Sra. Dekker considera, por último, que las consecuencias que podía esperar el empresario no eran tan serias como para que resultase necesario olvidar por dicho motivo el interés que ella tiene en que se respete el principio de igualdad de trato.

Por el contrario, el *VJV* considera que debe responderse negativamente a la primera cuestión del Hoge Raad. Dadas ciertas indicaciones sobre el concepto de «hora de prestación» en el contexto neerlandés y sobre la relación de esta última con el personal de una organización como el VJV, expresada en número de puestos de la plantilla, el VJV señala que, para él, la negativa a contratar a una candidata no constituye, en el sentido de la Directiva, una discriminación directa o indirecta por el hecho de que la candidata sea una mujer. Incluso cuando una candidata tiene las aptitudes necesarias

para el empleo que pretende, un empresario puede tener razones perfectamente válidas para no ofrecerle un contrato de trabajo (por ejemplo, que exija un salario demasiado alto). Sólo cuando la negativa del empresario se base exclusiva o principalmente en el hecho de que no desea que el empleo sea ocupado por una mujer, sin que se pueda alegar un motivo legítimo que lo justifique, esta negativa constituye una discriminación directa o indirecta. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia demuestra la necesidad de tener en cuenta el motivo del empresario: véanse las sentencias de 31 de marzo de 1981 (Jenkins, 96/80, Rec. 1981, p. 911), 13 de mayo de 1986 (Bilka, 170/84, Rec. 1986, p. 1607), 11 de junio de 1987 (Teuling, 30/85, Rec. 1987, p. 2497) y 15 de mayo de 1986 (Johnston, 222/84, Rec. 1986, p. 1651).

En el presente caso, el VJV no ofreció el empleo a la Sra. Dekker no porque fuera una mujer ni tampoco porque estuviera embarazada, sino porque el asegurador del VJV le había advertido que en caso de licencia por maternidad y de incapacidad laboral ulterior, eventualmente relacionada con la maternidad, el Risicofonds podía negarse a pagar cualquier prestación. Esto hubiera tenido como consecuencia que el VJV no hubiera podido contratar a un sustituto, y esto, a su vez, debido a la aplicación de la normativa sobre subvenciones, hubiera comprometido seriamente la continuidad de la actividad y de las oportunidades de trabajo ofrecidas por el VJV.

El elemento determinante era pues el riesgo económico que corría el VJV al contratar a la Sra. Dekker. Si bien es cierto que existe una relación entre el embarazo de la Sra. Dekker y la decisión de no contratarla, esta relación constituía, para el VJV, un elemento totalmente ajeno a su esfera de influencia.

El VJV tampoco ha elaborado un argumento que le permitiese esencialmente oponerse a la contratación de una mujer (embarazada), ya que los hechos comprobados por el Hoge Raad ponen de manifiesto que el VJV estaba dispuesto a aceptar la ausencia de la Sra. Dekker durante su período de descanso por maternidad. El único problema que se planteaba era el de saber si durante dicho período podía pagar a un sustituto de la Sra. Dekker.

Con carácter previo, el *Gobierno neerlandés* impugna en cierta medida la interpretación de la normativa en cuestión que aparentemente aceptan las dos partes en el litigio principal. En su opinión, puesto que los regímenes como el que gestiona el Risicofonds no deben dar lugar a que los empleados disfruten derechos menos amplios que los que tendrían en virtud del régimen de seguros aplicable con carácter general, la facultad del Risiconfonds para negar las prestaciones diarias a la Sra. Dekker no hubiera tenido un efecto obligatorio. Considera además que la equiparación de la maternidad a la incapacidad laboral por enfermedad no es aplicable por lo que respecta al derecho a la prestación.

Por lo que se refiere a la respuesta que debe darse a la primera cuestión prejudicial, el Gobierno neerlandés considera que el hecho de no contratar a una mujer debido a que está embarazada equivale a practicar una discriminación entre hombres y mujeres. Una discriminación por razón de la maternidad está, además, tan vinculada al sexo que debe hablarse de una discriminación directa.

El *Gobierno británico* considera que las disposiciones del apartado 1 del artículo 3 en relación con las del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva no permiten negar un em-

pleo a una mujer porque no está en condiciones de trabajar o porque va a dejar de estarlo, cuando este empleo no hubiera sido negado a un hombre por el mismo motivo. El alcance de la Directiva no es mayor; en particular, no obliga a que se conceda a una mujer porque esté embarazada o porque va a ausentarse a causa de su maternidad un trato más favorable que el que hubiera disfrutado un hombre que estuviera en circunstancias similares. Sin embargo, aunque la Directiva no exige un trato más favorable, no es menos cierto que el apartado 3 del artículo 2 permite a los Estados miembros establecer disposiciones en beneficio específico de las mujeres en materia de embarazo o de parto, autorizando así una excepción a la finalidad general de la Directiva, que es la de aplicar la igualdad de trato. El Gobierno británico propone por lo tanto que se responda del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial:

«Al negarse a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, porque se había dado cuenta de que debido a su embarazo la candidata no estaba en condiciones de trabajar o iba a dejar de estarlo, un empresario infringe el principio de igualdad de trato, a que se refieren el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, sólo en la medida en que no hubiese negado un contrato de trabajo a un candidato de sexo masculino tras darse cuenta de que éste no estaba en condiciones de trabajar o dejaría de estarlo por causa de enfermedad. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 2 permite que las disposiciones legales de un Estado miembro prohíban a un empresario que se niegue a contratar a una candidata porque, debido a su embarazo, no está en condiciones de trabajar o dejará de estarlo. Tales disposiciones no necesitan pues una revisión de acuerdo con el apartado 2 del artículo 5 (de la Directiva). Sin embargo, si un Estado miembro no tiene tales disposiciones, la Directiva 76/207/CEE no le impone su adopción.»

Tras haber explicado los hechos y el desarrollo del procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales y haber comentado la legislación nacional de que se trata, la *Comisión* señala con carácter previo que las cuestiones planteadas por el Hoge Raad pueden relacionarse directamente con el artículo 1401 del Código civil neerlandés. En efecto, para que nazca la responsabilidad extracontractual, es preciso que exista un acto ilícito, lo cual sucedería en el supuesto de que existiera una infracción de la Ley sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres. La cuestión de si existe tal infracción depende de la interpretación que se dé a dicha Ley. Teniendo en cuenta que ésta aplica la Directiva, las disposiciones deben interpretarse a la luz de esta última (véanse la sentencia de 11 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. 1984, p. 1891; y la sentencia de 10 de abril de 1984, Harz, 79/83, Rec. 1984, p. 1921).

La Comisión se pregunta, sin embargo, si en el presente caso se trata realmente de una cuestión de Derecho comunitario. Según los antecedentes de hecho, el VJV renunció a contratar a la Sra. Dekker porque la normativa nacional asimila, por una parte, el embarazo a la enfermedad y, por otra, concede a la dirección del Risicofonds la facultad de negarse a pagar las prestaciones por enfermedad cuando un trabajador quede incapacitado para trabajar en un plazo de seis meses a causa de una «enfermedad» que era previsible al entrar en vigor el seguro.

De todo ello deduce la Comisión la conclusión de que la normativa nacional, o al menos su aplicación en la época de los hechos controvertidos, no se atenía al principio de igualdad de trato recogido por la Directiva. Puesto que sólo pueden quedar embarazadas las mujeres, la norma de los seis meses puede afectar a más mujeres que a hombres. Además, como esta norma se aplica sobre todo en los casos de nuevos empleos que no han sido precedidos por otro empleo al que corresponda el mismo régimen de seguro, es legítimo suponer que afecta sobre todo a jóvenes trabajadores que, tratándose de mujeres y habida cuenta de su edad, es probable que tengan hijos. Se trate o no en el presente caso de una discriminación directa, la normativa produce en cualquier caso el efecto de una discriminación indirecta, lo cual es contrario a la obligación que le imponen a los Países Bajos el apartado 2 *ab initio* y la letra a) de ese mismo apartado del artículo 3 de la Directiva. De todo ello se deduce que el verdadero problema en el presente caso reside en el Derecho nacional y no en los actos del empresario.

Por lo que respecta a las obligaciones que corresponden al empresario en virtud de la Directiva, la Comisión pone de manifiesto que la normativa nacional no le impone una determinada obligación. Le deja la libertad de aplicarla o no, al mismo tiempo que impone una carga económica a aquel empresario que, a pesar de sus disposiciones, respete la prohibición de discriminación basada en el sexo.

Es legítimo preguntarse, pues, si se puede exigir del empresario o bien que olvide totalmente esta normativa nacional discriminatoria o bien que la impugne en justicia por incompatibilidad con la Directiva o con la Ley sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. El resultado de tal procedimiento sería sin embargo muy incierto y, además, tal exigencia equivaldría a imponer al empresario una obligación que de hecho corresponde al Estado. Esto parece contrario a lo que el Tribunal de Justicia ha decidido en la sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, p. 723), ya que equivaldría a imponer directamente obligaciones al empresario.

Por último, la Comisión considera que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si la razón invocada por el empresario para apartarse de una excepción al principio de la igualdad de trato se explica, en efecto, por el incumplimiento del Estado consistente en no adaptar total y correctamente su Derecho interno a la Directiva.

Sobre la segunda cuestión (incidencia de la falta de candidatos masculinos)

La *Sra. Dekker* considera que en su caso existe una discriminación prohibida, porque la referencia a su embarazo está directamente relacionada con su sexo. Por ello, la imposibilidad de contratarla que alega el empresario nunca hubiera podido afectar a un hombre. La Directiva se refiere sin embargo a la prohibición de cualquier tipo de criterios que puedan afectar exclusivamente (discriminación directa) o casi exclusivamente (discriminación indirecta) a uno de los sexos al ser seleccionados en el mercado de trabajo. Además, pretender que era indispensable que hubiera candidatos del otro sexo plantearía problemas de procedimiento insuperables, ya que la demostración de que han presentado su candidatura personas del otro sexo depende totalmente de datos que debe aportar la parte demandada.

Según el *VJV,* la segunda cuestión exige una respuesta afirmativa. No se trata del efecto discriminatorio de una medida en abstracto, sino de la decisión concreta de un empresario de no contratar a un determinado candidato. El apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva prohíben toda discriminación basada en el sexo; de ello se sigue que, cuando para cubrir determinado puesto de trabajo un empresario elige exclusivamente entre candidatos del sexo femenino, la adopción de dicha decisión no puede constituir una discriminación basada en el sexo. En tal caso un empresario sólo puede guiarse por consideraciones económicas o de gestión. El hecho de que sepa que cierta candidata causará baja sin que pueda sustituirla, cuando no sucede lo mismo con otra candidata, puede inducirle a preferir a esta otra, lo que no tiene nada que ver con la discriminación por razón del sexo.

El *Gobierno neerlandés* considera que es irrelevante que no existan candidatos masculinos. El propio motivo de la negativa (basada en el sexo de la interesada) infringe la prohibición de discriminación cualesquiera que sean las circunstancias de hecho del caso considerado, ya que estas circunstancias sólo son pertinentes para la cuestión de si se trata de una discriminación indirecta.

El *Gobierno británico* considera que el hecho de que no haya habido candidatos del sexo masculino no provoca ninguna diferencia, a condición de que la candidata pueda demostrar que un candidato del sexo masculino con aptitudes comparables hubiera disfrutado de un trato más favorable.

La *Comisión* considera que el hecho de que sólo hayan solicitado el empleo mujeres no cambia nada, puesto que lo determinante es la razón de la decisión del empresario. La desestimación de la candidatura de una mujer a causa de su embarazo constituye respecto a esta mujer una discriminación por razón del sexo, ya que una negativa por tal motivo sólo puede, por definición, dirigirse a una mujer.

Sobre la tercera cuestión (eventual necesidad de culpa por parte del empresario o de una causa de exención de su responsabilidad)

De los términos de la Directiva la *Sra. Dekker* deduce que, como el principio de igualdad de trato prohíbe que las mujeres resulten perjudicadas en relación con los hombres, no puede admitirse que los empresarios sigan efectuando una discriminación porque las consecuencias de la igualdad de trato son demasiado desfavorables. Este principio implica, por el contrario, que el empresario corre el riesgo de sufrir un perjuicio económico y que a él le corresponde asegurarse, en su caso, contra las consecuencias lesivas derivadas de ello.

El *VJV* considera por su parte que no resulta cómodo dar una respuesta a la tercera cuestión, puesto que la distinción que se hace entre la cuestión nº 3, letra a), y la cuestión nº 3, letra b), está parcialmente relacionada con el Derecho nacional aplicable al presente caso, que establece diferencias entre las causas de justificación (que suprimen el carácter ilícito de una acción) y las causas de exención (que eliminan la responsabilidad y la obligación de reparar el perjuicio), mientras que la propia Directiva no establece tal distinción. La Directiva sólo permite responder a la cuestión de si la violación del principio de igualdad de trato puede estar justificada en un caso determi-

nado, con independencia de la cuestión de si se trata de una causa de exención o bien de una causa de justificación respecto a las reglas del Derecho nacional.

Los apartados 2 a 4 del artículo 2 se dirigen a los Estados miembros y aportan precisiones respecto a su competencia legislativa. No excluyen sin embargo que, al contratar a un determinado candidato, un empresario individual pueda alegar una justificación que le permita prescindir del principio de igualdad de trato fuera de los casos previstos por estos apartados. No se pueden hacer recaer sobre un empresario individual las consecuencias de una normativa vigente en los Países Bajos que, en materia de prestaciones de seguros, asimila la enfermedad y el embarazo, cuando estas consecuencias pueden comprometer seriamente la continuidad de la actividad y las oportunidades de trabajo que dicho empresario ofrece.

El *Gobierno neerlandés* considera que, para acoger una demanda basada en la violación del principio de la igualdad de trato, no es necesario que exista culpa o, en su caso, falta de justificación por parte del empresario. La Directiva no contiene ningún indicio en este sentido y la admisión de estos elementos comprometería gravemente el objetivo perseguido por la Directiva.

El *Gobierno británico* considera que, si se demuestra que ha existido una violación del principio de igualdad de trato en detrimento de la candidata que no ha sido seleccionada, no es necesario que exista también culpa imputable al empresario para acoger una demanda de reparación basada en esta violación. Lo mismo sucedería en el caso de que el empresario invocase una causa de exención de responsabilidad. Por el contrario, si se diera uno de los casos mencionados en los apartados 2 a 4 del artículo 2 de la Directiva no existiría, en realidad, ninguna violación del principio de igualdad de trato.

La *Comisión* señala que, en su opinión, si el empresario viola el principio de la igualdad de trato, es incompatible con la Directiva el hecho de subordinar su responsabilidad a un requisito adicional. O bien existe violación de este principio (en cuyo caso el Derecho nacional debe prever las sanciones apropiadas) o bien no hay violación (en cuyo caso no son necesarias las sanciones).

Por lo que se refiere al motivo económico que eventualmente podría liberar de responsabilidad al empresario, la Comisión considera que el problema está en saber si el perjuicio económico real o eventual para el empresario constituye en sí mismo una causa que pudiera autorizarle a no aplicar el principio de igualdad de trato, tema sobre el cual el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de pronunciarse en el contexto de la Directiva aquí controvertida. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174) (véase la sentencia de 11 de junio de 1987, Teuling, antes citada) y de las sentencias dictadas sobre el principio de la igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos (véanse en particular las sentencias de 21 de marzo de 1981, Jenkins, antes citada, y 13 de mayo de 1986, Bilka, antes citada), la Comisión deduce que los motivos que se explican mediante factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación basada en el sexo no chocan con el principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al trabajo, y esto a pesar del hecho de que la prohibición de la discriminación por razón de sexo forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el Derecho comunitario (véase la sentencia de 15 de junio de 1978,

Defrenne, 149/77, Rec. 1978, p. 1365). Según la Comisión, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si la decisión del empresario responde a estos criterios.

Sobre la cuarta cuestión (amplitud de los riesgos que debe soportar el empresario)

La *Sra. Dekker* subraya que esta cuestión implica una respuesta afirmativa a la tercera cuestión, lo que no puede tener otro alcance que el de admitir que se están alegando situaciones específicas de fuerza mayor. Pero la fuerza mayor debe ser de tal naturaleza que el nacimiento de la relación laboral se convierta en un acto carente de sentido. Aunque existiera la certeza absoluta de que las consecuencias temidas por el empresario se producirán efectivamente, no puede olvidarse su responsabilidad, dado que el empresario está obligado a soportar estas consecuencias. Llegar a una conclusión distinta equivaldría a atribuir a los trabajadores individuales las consecuencias negativas, desde el punto de vista práctico y económico, del principio de igualdad de trato.

En opinión del *VJV,* la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, Johnston, antes citada, constituye la base de la respuesta a la cuarta cuestión y corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir si los motivos en los que se basó el VJV están, en efecto, justificados y legitiman la medida concretamente adoptada. Este órgano jurisdiccional debe comprobar si la negativa a otorgar el contrato laboral hubiera podido ser evitada. El VJV considera, sin embargo, que esta sentencia va demasiado lejos cuando se expresa en términos tan amplios y cuando exige que un empresario esté totalmente seguro de que la prestación le será denegada o de que los puestos de trabajo se perderán y que el empresario haya hecho todo lo posible para evitar tales consecuencias. El VJV defiende más bien la tesis de que debe exigirse sólo del empresario que se informe debidamente del punto de vista del asegurador y que compruebe adecuadamente el contenido de las normas que regulan la prestación, teniendo en cuenta que el empresario también debe resolver un procedimiento de selección con cierta diligencia, tanto en interés de los candidatos como en el de su propia organización.

El *Gobierno neerlandés* no ha adoptado una posición explícita sobre la respuesta a dar a esta cuestión, y el *Gobierno británico* se limita a observar que esta cuestión no se plantea si se responde a la tercera como él sugiere.

La *Comisión* considera que la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial puede encontrarse, en principio, mediante aplicación de los criterios mencionados por el Tribunal de Justicia en el asunto Bilka, antes citado. En el presente caso, según la Comisión, puede estimarse que la negativa de un empresario a celebrar un contrato de trabajo con una aspirante que había considerado apta y que está embarazada no constituye una violación del principio de igualdad de trato si esta negativa está objetivamente justificada y el juez nacional comprueba que esta negativa está subordinada a un interés económico superior de la empresa y que es necesaria a tal fin. Por lo que respecta al primer elemento, conviene tener en cuenta los intereses de la empresa como entidad económica, intereses que pueden englobar los intereses de los (demás) trabajadores. Por lo que respecta al segundo elemento, se trata de determinar si el mismo fin no hubiera podido alcanzarse mediante una medida menos radical, siendo este último requisito una aplicación del principio de proporcionalidad.

En virtud de todo lo expuesto, la Comisión propone al Tribunal de Justicia que responda a las cuatro cuestiones prejudiciales del Hoge Raad del siguiente modo:

«Un empresario del sector privado no viola el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres recogido en el apartado 1 del artículo 2 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo cuando el Estado miembro en cuestión no ha adaptado correctamente el Derecho interno a dicha Directiva y cuando resulta que el acto del empresario, contra el cual recurre una candidata a un empleo invocando dicho principio, se explica por esta omisión del Estado miembro.»

Gordon Slynn
Juez Ponente