CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 14 de noviembre de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante dos series de cuestiones prejudiciales, el *Hoge Raad* de los Países Bajos y el *Højesteret* de Dinamarca nos invitan a efectuar una reflexión general sobre la maternidad y sobre el lugar que debe reservársele, teniendo en cuenta el principio comunitario de la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos, en la vida económica y social de nuestras sociedades europeas.

2. Los hechos del asunto C-177/88 se resumen del siguiente modo. En junio de 1981, la Sra. Dekker presentó su candidatura a un puesto de educador en el centro de formación para jóvenes adultos PLUS en Wormer, en los Países Bajos (en lo sucesivo, «el centro de formación»). El 15 de junio de 1981, informó a la comisión encargada de efectuar el examen de las candidaturas de que estaba embarazada de tres meses. Esta comisión la propuso a la dirección del centro de formación como la candidata más apta para desempeñar la función. Sin embargo, el 10 de julio de 1981, la Sra. Dekker recibió una carta del centro señalándole que éste había decidido no contratarla, debido a que, tras haber consultado al Fondo para las prestaciones sociales en la educación especial (*Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs;* en lo sucesivo, «el Risicofonds»), había averiguado que el reembolso de las prestaciones diarias que debería pagar no estaba garantizado por este organismo y que, por lo tanto, no estaría en condiciones de contratar a un sustituto durante el período de descanso por maternidad.

3. En efecto, los empleados del centro de formación no están sujetos a la Ley general sobre el seguro de enfermedad *(Ziektewet)* sino a un Real Decreto de 19 de diciembre de 1967 [1] (en lo sucesivo, «el Decreto») y a un Reglamento relativo a las prestaciones diarias por enfermedad (el *Ziekengeldreglement;* en lo sucesivo, «el Reglamento»), que puede establecer excepciones. Sin embargo, los derechos que establece este Reglamento en favor de los trabajadores no deben ser menos ventajosos que los que obtendrían mediante la aplicación del Decreto. [2] El párrafo 1 del artículo 3 del Decreto asimila a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad la incapacidad por causa de maternidad. Por otra parte, en su artículo 6, el Reglamento dispone que «la dirección (del Risicofonds) podrá denegar total o parcialmente el pago de las prestaciones diarias por enfermedad a un afiliado en el caso de 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 próxima aparición de esta incapacidad en el plazo de seis meses». En tal caso, el empresario que debe pagar las prestaciones diarias [3] a los empleados durante el

* Lengua original: francés.

1 — Stbl. nº 683, adoptado al amparo de la *Algemene Burgerlijke Pensioenwet,* Ley general sobre las pensiones civiles de jubilación de la función pública.

2 — Artículo 14 del Real Decreto.

3 — Salario íntegro durante dieciocho meses, después el 80 % del salario: artículo 4 del *Ziekengeldreglement.*

período de baja por enfermedad, y que debe hacerse reembolsar por el Risicofonds, no recibe ninguna devolución por parte de este último y soporta él solo el pago de las prestaciones.

4. Parece comprobado que, aunque el Risicofonds tenía facultades de apreciación para denegar o aceptar el pago de las prestaciones diarias que el centro de formación hubiera debido pagar a la Sra. Dekker durante el período de descanso por maternidad, ya había denegado antes su aceptación en circunstancias similares. Por otra parte, la sentencia que efectúa la remisión prejudicial declara que el centro no ha cometido, al parecer, un acto ilícito al dar por cierto que, en el caso de que hubiera contratado a la Sra. Dekker, el Risicofonds se hubiera negado a pagarle las prestaciones diarias que hubiera tenido que pagar a su empleada.

5. Los dos primeros órganos jurisdiccionales (el *Arrondissementsrechtbank* de Haarlem y el *Gerechtshof* de Amsterdam) consideraron sucesivamente que la negativa de contratación por parte del centro de formación era contraria a la Ley neerlandesa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres,[4] por la que se adapta el Derecho neerlandés a lo dispuesto por la Directiva 76/207/CEE del Consejo[5] (en lo sucesivo, «la Directiva»). Sin embargo, parece ser que estos órganos jurisdiccionales consideraron que las dificultades económicas que hubiera tenido que afrontar el centro de formación si hubiera contratado a la Sra. Dekker constituían una causa de exención de responsabilidad que privaba de carácter ilícito a la denegación de contrato.

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* de 1 de marzo de 1980, que introduce un nuevo artículo 1637ij en el *Burgerlijk Wetboek* (Stbl. 1980, nº 86).

5 — 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

6. El *Hoge Raad*, al que se sometió el litigio, ha planteado al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales que, en síntesis, pretenden obtener una interpretación de los artículos 2 y 3 de la Directiva, con el fin de determinar, por una parte, la licitud de una negativa de contratación por razón de embarazo en relación con el principio de igualdad de trato en materia de acceso al empleo y, por otra, las consecuencias de una eventual violación del principio comunitario respecto a las normas de Derecho interno en materia de responsabilidad civil.

7. Para resolver este asunto, sin embargo, es necesario resolver previamente ciertas dificultades que la Comisión ha puesto de manifiesto en sus observaciones escritas. En lo esencial, esta institución considera que el Derecho neerlandés no se ha adaptado correctamente a la Directiva, ya que, aunque existe una Ley de «adaptación«, subsisten en el Derecho interno de este Estado miembro disposiciones reglamentarias contradictorias. Por consiguiente, teniendo en cuenta la sentencia Marshall[6] de este Tribunal de Justicia, habría que preguntarse si realmente pueden alegarse estas disposiciones de la Directiva contra el centro de formación, teniendo en cuenta que no existe el llamado efecto «horizontal».[7]

8. Llegamos aquí a una de las dificultades que no puede dejar de plantear la ambigua situación del Derecho nacional de que se trata en este asunto. En efecto, la coexistencia de la Ley neerlandesa relativa a la igualdad de trato de los hombres y de las mujeres en materia de acceso al empleo y el Real Decreto, cuyo artículo 3, al asimilar la maternidad a la enfermedad, podría muy bien ser contrario a la Directiva, constituye para los particulares, según los propios términos de la sentencia de este Tribunal en el asunto Comisión contra Francia:

6 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, Rec. 1986, p. 723).

7 — Observaciones escritas de la Comisión, pp. 14 y 15 de la versión francesa.

«una situación de hecho ambigua al mantener [...] un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen de invocar el Derecho comunitario».[8]

9. Me parece que esta contradicción de normas de Derecho interno de distinto rango puede fundamentar, llegado el caso, un recurso de la Comisión por incumplimiento, de acuerdo con la citada sentencia de este Tribunal. Si se pretende concebir de modo unitario la noción de adaptación incorrecta del Derecho interno, hay que considerar que la simple existencia de un texto reglamentario particular, contrario a una ley de carácter más general por la que se haya adaptado el Derecho interno a la Directiva, induce a declarar que la adaptación no se ha hecho correctamente. Aunque es cierto que, como este Tribunal de Justicia ha señalado en una sentencia Kolpinghuis Nijmegen,

«la cuestión de si las disposiciones de una Directiva pueden invocarse, como tales, ante un órgano jurisdiccional nacional sólo se plantea si el Estado miembro de que se trata no ha adaptado el ordenamiento nacional a la Directiva dentro del plazo, o si ha hecho una adaptación incorrecta»,[9]

no ha definido la noción de adaptación incorrecta. De cualquier modo, esta noción no puede ser definida de modo distinto según se someta al Tribunal de Justicia un recurso por incumplimiento o una cuestión prejudicial.

10. Considerando que en el presente caso ha existido una adaptación incorrecta, la Comisión deduce que, de acuerdo con la sentencia Marshall, la Directiva sólo puede alegarse frente al Estado y sus organismos. Sin embargo me parece que esta deducción obedece a una inversión de los términos. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha subrayado hasta qué punto el derecho de los justiciables de alegar ante los Tribunales una Directiva frente a un Estado miembro que la incumple constituye una garantía mínima.[10] La jurisprudencia de este Tribunal, designada corrientemente como del «efecto directo de las Directivas», no es más que una *ultima ratio*, destinada a paliar en lo posible la no adaptación del Derecho interno o la adaptación incorrecta a una Directiva. Por lo tanto, si otra técnica del Derecho comunitario permite conferir plena eficacia al párrafo 3 del artículo 189 del Tratado, es preciso recurrir a ella antes de examinar la cuestión de un eventual «efecto directo».

11. La jurisprudencia de este Tribunal, en cuanto a la *interpretación del Derecho nacional* de acuerdo con las exigencias del Derecho comunitario, me parece particularmente adaptada a una situación como la del presente caso. En efecto, tal como el Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones,

«al aplicar el Derecho nacional y, sobre todo, las disposiciones de una ley nacional especialmente promulgada con el fin específico de ejecutar una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y del fin de la Directiva para conseguir el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado»,[11]

y ello tanto si el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva ha expirado como si no.[12]

8 — Sentencia de 4 de abril de 1974 (Comisión/Francia, 167/73, Rec. 1974, p. 359, apartado 41) *(traducción provisional)*.

9 — Sentencia de 8 de octubre de 1987 (80/86, Rec. 1987, p. 3969, apartado 15).

10 — Sentencia de 6 de mayo de 1980 (Comisión/Bélgica, 102/79, Rec. 1980, p. 1473, apartado 12).

11 — Sentencia 80/86, antes citada, apartado 12; véase también la sentencia de 10 de abril de 1984 (Von Colson, 14/83, Rec. 1984, p. 1891); sentencia de 4 de febrero de 1988 (Murphy, 157/86, Rec. 1988, p. 673).

12 — Sentencia 80/86, antes citada, apartado 15.

12. La posibilidad de invocar (la Directiva) no sólo es eficaz frente al Estado y los organismos que directa o indirectamente emanen de la autoridad estatal, ya que la norma jurídica que se aplica sigue siendo la ley nacional, en cierta medida iluminada por la interpretación ahora conforme al Derecho comunitario. [13]

13. En otros términos, si un Estado miembro no ha adaptado correctamente su Derecho interno a una Directiva, a pesar de haber promulgado una ley de «adaptación», habida cuenta de la subsistencia de otras normas del Derecho interno contrarias, no es menos cierto que el Juez nacional debe dar a su Derecho nacional, y en particular a las disposiciones de la ley por la que se efectúa la «adaptación», una interpretación conforme a las exigencias de la Directiva.

14. En la sentencia Mazzalai, el Tribunal ha desestimado una declinatoria de competencia presentada por el Gobierno de un Estado miembro, declarando que,

«a tenor del artículo 177, el Tribunal de Justicia es competente para resolver, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con independencia de que sean directamente aplicables o no». [14]

15. Es preciso señalar que mi propuesta conduce —pero esto ya se deduce de la jurisprudencia del Tribunal— a una distinción, que no ha sido puesta de manifiesto a menudo, entre la posibilidad de invocar una directiva, cuando no existan normas nacionales que permitan alcanzar sus objetivos, para disfrutar directamente de la *aplicación de sus disposiciones* (teoría llamada del «efecto directo» [15]) y la posibilidad de invocar una directiva a los meros efectos de *interpretación del Derecho nacional* y en particular de las disposiciones internas por las que se efectúa la adaptación al texto comunitario (teoría llamada de la «interpretación conforme»). Si la primera está limitada sólo a aquellas disposiciones de las directivas que sean lo suficientemente precisas e incondicionales y, según la jurisprudencia de este Tribunal, no puede regular las relaciones entre particulares, la segunda es muy general, *sea cual fuere el efecto, directo o no,* de la directiva y sean cuales fueren las partes.

16. Debe entenderse, pues, que la cuestión prejudicial se limita a la interpretación de la Directiva, y su redacción ambigua no puede significar que el Juez *a quo* haya querido interrogar al Tribunal sobre la cuestión del efecto directo.

17. El Juez *a quo* deberá pues interpretar las disposiciones pertinentes de la Ley neerlandesa a la luz de la interpretación que este Tribunal haga de la Directiva de que se trata.

18. Los hechos del asunto C-179/88 pueden exponerse más brevemente. La Sra. Hertz fue contratada el 15 de julio de 1982 como empleada en Aldi Marked. En junio de 1983 dio a luz un hijo y cuando acabó su período de descanso por maternidad reinició su actividad. De junio de 1984 a junio de 1985 estuvo de baja por enfermedad du-

13 — Véase sobre este aspecto Galmot, Yves, y Bonichot, Jean-Claude: «La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national», en *Revue française de droit administratif,* enero-febrero de 1988, los cuales manifiestan: «El mecanismo de interpretación conforme al Derecho comunitario permite pues dar a las directivas sus plenos efectos precisamente en el caso de que los requisitos exigidos para que sean directamente aplicables en Derecho interno no se cumplan».

14 — Sentencia de 20 de mayo de 1976 (111/75, Rec. 1976, p. 657, apartado 7).

15 — Véanse las reservas de Pierre Pescatore sobre esta expresión en «L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification», Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV,* p. 171.

rante cien días laborables. Mediante carta de 27 de junio de 1985, se le comunicó su despido debido a sus repetidas ausencias por causa de enfermedad.

19. Según la resolución de remisión prejudicial no se discute que las bajas por enfermedad de la Sra. Hertz entre junio de 1984 y junio de 1985 se deben a su parto.

20. La *Højesteret* de Dinamarca, a quien se le sometió el litigio, ha planteado al Tribunal dos cuestiones prejudiciales que tienen esencialmente por objeto saber, por una parte, si ha de interpretarse que las disposiciones de la Directiva y, en particular, su artículo 5 prohíben el despido de una mujer por causa de enfermedad cuando esta enfermedad sea consecuencia de su embarazo y su maternidad y, por otra parte, si, en caso afirmativo, esta prohibición está o no limitada en el tiempo.

21. Como ya he dicho, estos dos asuntos fundamentales solicitan al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el lugar que hay que reservar, en nuestras sociedades europeas, a la maternidad.

22. Durante mucho tiempo, la vida económica, ámbito reservado a los hombres, no hubo de tener en cuenta las diferencias fisiológicas entre los dos sexos. Esto ya no es así hoy en día y, por lo tanto, hay que realizar la difícil conciliación de las exigencias de la vida profesional con la maternidad.

23. Plantear un problema equivale a veces a resolverlo. ¿Existe un acontecimiento que esté más relacionado con la propia especificidad de la mujer? ¿Puede concebirse la igualdad de trato entre trabajadores femeninos y masculinos sin tener en cuenta la maternidad?

24. Tal exigencia no ha sido ignorada, por otra parte, por el legislador danés, ya que, mientras la Directiva, en el apartado 1 de su artículo 2, se refiere a «toda discriminación por razón de sexo [...] en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar», las leyes danesas nº 161 y nº 162, de 12 de abril de 1978, relativas a la igualdad de trato entre los hombres y mujeres en materia de empleo, se refieren a las discriminaciones «en lo que se refiere, en particular, al *embarazo* o al estado matrimonial o familiar». [16]

25. Por lo tanto, me parece que, en el asunto Dekker, la negativa a contratar a la candidata debido a su inminente maternidad, al tomar en cuenta un acontecimiento que afecta exclusivamente a las trabajadoras, constituye una discriminación *directa* basada en el sexo. En efecto, no me parece posible aplicar a este caso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Jenkins, [17] Bilka [18] y Rinner-Kühn [19] sobre las discriminaciones indirectas, que sólo se han aplicado cuando existían elementos que en abstracto podían afectar a ambos sexos —por ejemplo, la condición de trabajador a tiempo parcial—, pero que en concreto resultaban vinculados con más frecuencia a la situación de las mujeres que a la de los hombres. La maternidad sólo puede afectar —y perdonen esta verdad de Perogrullo— a las mujeres; tenerla en cuenta para justificar una negativa de contrato es pues por naturaleza una discriminación directa por razón de sexo.

16 — La cursiva es mía.

17 — Sentencia de 31 de marzo de 1981 (96/80, Rec. 1981, p. 911).

18 — Sentencia de 13 de mayo de 1986 (170/84, Rec. 1986, p. 1607).

19 — Sentencia de 13 de julio de 1989 (171/88, Rec. 1989, p. 2743).

26. Sería vano mantener que tal posición sólo tiene relación con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, que prevé que ésta «no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad». Este artículo sólo pretende permitir a los Estados miembros adoptar medidas *contrarias* al principio de igualdad de trato para poder conceder una protección especial a las trabajadoras, por ejemplo permitiéndoles que puedan disfrutar de ciertos derechos. En otros términos, se trata en particular de lo que el Derecho americano llama «*affirmative action*». El Tribunal de Justicia se ha basado en este artículo y, en su sentencia Hofmann,[20] reconoció la compatibilidad con la Directiva de una legislación que concedía sólo a las mujeres el disfrute de un período de descanso por maternidad sin conceder a los padres un permiso similar. Por el contrario, aquí sólo se trata de establecer la estricta igualdad entre los trabajadores masculinos y femeninos, a fin de que, al concurrir en el mercado de empleo, no se tenga en cuenta un acontecimiento que afecta exclusivamente a las trabajadoras.

27. Aún debo precisar que este principio no influye sobre la posibilidad que tienen los Estados miembros, por lo que respecta a la concesión de las prestaciones diarias en materia de período de descanso por maternidad, de fijar los requisitos de antigüedad en el seguro o en el trabajo. Ambas cosas son distintas. El empresario no puede negarse a contratar. Si llegado el caso su empleada no cumple el requisito reglamentario de antigüedad en el seguro de trabajo, el principio de igualdad de trato exige que sea tratada como sus homólogos masculinos y que eventualmente no perciba las prestaciones diarias.

20 — Sentencia de 12 de julio de 1984 (184/83, Rec. 1984, p. 3047).

28. La dificultad reside mucho más, y el asunto Dekker lo demuestra ampliamente, en la existencia de legislaciones que ponen a cargo de los empresarios el pago parcial de las prestaciones diarias durante el período de descanso por maternidad. En efecto, si en España, en Italia, en Francia, en Portugal y en Luxemburgo son los organismos de Seguridad Social quienes pagan las prestaciones y los empresarios se limitan a pagar las cotizaciones a los diferentes regímenes de Seguridad Social, en otros Estados una parte de las prestaciones corre a cargo del empresario. Así, en la República Federal de Alemania, si el seguro de enfermedad paga un subsidio de maternidad,[21] el suplemento debe ser pagado por el empresario.[22] En Bélgica, la trabajadora tiene derecho, al principio del período de descanso por maternidad, a que el empresario le pague el salario garantizado semanal o mensual.[23] En Dinamarca, la administración municipal paga el 90 % del salario cuatro semanas antes de la fecha prevista para el parto y hasta 24 semanas después de éste; el empresario paga sin embargo la mitad del salario durante cinco meses, pero está subrogado en los derechos de su empleada frente a la administración municipal.[24] En el Reino Unido, las prestaciones[25] son pagadas por el empresario, que es reembolsado por el Estado.[26]

29. En Derecho neerlandés, me limitaré a examinar la situación particular de los trabajadores de la educación especial, que constituye el objeto de las dificultades planteadas por el asunto Dekker. En este sentido, como ya he dicho antes, el apartado 1

21 — *Mutterschaftsgeld*, art. 200 RVO, 25 DM máximo por día.

22 — *Arbeitgeberzuschuß*, art. 14 MuSchG.

23 — Artículos 55 y 75 de la Ley de 3 de julio de 1978 sobre el contrato de trabajo.

24 — *Lovbekendtgørelse* nº 949, de 23 de diciembre de 1986, artículo 33, y nº 516, de 23 de julio de 1987, artículo 7.

25 — *Statutory Maternity Pay*.

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, secciones 46 a 50.

del artículo 3 del Real Decreto asimila la incapacidad laboral por causa de enfermedad a la incapacidad laboral por causa de maternidad. Por otra parte, como ya he indicado, el artículo 6 del Reglamento relativo a las prestaciones diarias por enfermedad permite al Risicofonds negarse a reembolsar al empresario las prestaciones diarias cuando el asegurado quede incapacitado para ejercer sus funciones dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigor del seguro, siempre que en este momento el estado de salud del asegurado permita manifiestamente prever la aparición de esta incapacidad.

30. Tengo perfecta conciencia del hecho de que, si hubiera contratado a la Sra. Dekker, el centro de formación hubiera experimentado probablemente dificultades económicas porque el Risicofonds no se hubiera hecho cargo de las prestaciones a las que la interesada tenía eventualmente derecho. Sin embargo, no me parece que el principio de igualdad de trato, tal como propongo que sea considerado, deba ceder el paso ante tales dificultades, que proceden esencialmente de la asimilación del embarazo a la enfermedad, asimilación técnicamente justificada cuando se trata del cálculo del importe de las prestaciones diarias, pero totalmente criticable cuando da lugar a una negativa de contratación.

31. Para asegurar el pleno efecto de la Directiva y la efectividad del principio de igualdad de trato en materia de acceso al empleo, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para que la obligación que tienen los empresarios de contratar a una mujer embarazada —siempre que sea la más competente, lo que no se discute en el asunto C-177/88— no les coloque, debido a la aplicación de las disposiciones de Derecho interno en particular en materia de Seguridad Social, en una situación menos favorable que si hubieran contratado a un trabajador masculino.

32. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión que el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que la negativa por parte de un empresario a contratar a una trabajadora porque está embarazada constituye una discriminación basada directamente en el sexo, sean cuales fueren las consecuencias económicas que ello pueda acarrear al empresario.

33. Los motivos que me han inducido a formular esta propuesta me mueven a sugerir al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión en el sentido de que es indiferente que haya habido o no candidatos de sexo masculino en el momento de la contratación.

34. Las cuestiones tercera y cuarta se refieren a la eventual aplicación de las normas de Derecho interno en materia de responsabilidad civil. El Juez *a quo* pregunta en síntesis si, ante una discriminación cometida por un empresario infringiendo la Directiva, son aplicables las disposiciones del Derecho nacional sobre la exigencia de un acto ilícito y la eventual existencia de causas de exención de la responsabilidad. Nos encontramos ante las dificultades clásicas de delimitación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico nacional. Este Tribunal de Justicia, en sus sentencias Von Colson y Kamann,[27] Harz[28] y Comisión contra Alemania,[29] ha examinado ya estas dificultades en lo que respecta a las sanciones de las discriminaciones prohibidas

27 — Sentencia de 10 de abril de 1984 (14/83, Rec. 1984, p. 1891).

28 — Sentencia de 10 de abril de 1984 (79/83, Rec. 1984, p. 1921).

29 — Sentencia de 21 de mayo de 1985 (248/83, Rec. 1985, p. 1459).

por la Directiva. Aquí se trata de saber si la infracción del Derecho comunitario puede permanecer sin sanción cuando el empresario puede alegar que no existe un acto ilícito por su parte o que existen causas de exención de la responsabilidad derivadas del Derecho nacional.

35. En este sentido, me parece que si, ante una discriminación que infringiese el texto comunitario, se exigiese la prueba de una infracción *clara* cometida por el empresario se restaría eficacia a las disposiciones de la Directiva. Es cierto que el derecho de la responsabilidad civil «clásica» supone la existencia de un acto ilícito, de un perjuicio y de un vínculo de causalidad entre el acto ilícito y el perjuicio. Me parece, sin embargo, que en tal supuesto el acto ilícito consiste en la propia infracción de la norma comunitaria, mediante el acto o la conducta discriminatoria.

36. De modo semejante, admitir la eficacia de causas de exención, necesariamente distintas según los Derechos de los Estados miembros, disminuiría notablemente la eficacia del principio comunitario de la igualdad de trato, así como la unidad de aplicación de la norma comunitaria. Una vez que una trabajadora ha demostrado la existencia de discriminación respecto a ella, así como el perjuicio producido por esta discriminación, no me parece que el empresario pueda alegar ninguna causa de exención de la responsabilidad basada en el Derecho nacional, y el Juez nacional tendrá que imponer entonces la sanción de esta conducta aplicando su Derecho interno, ya que, en esta materia, la Directiva ha dejado libertad de opción a los Estados miembros, a condición de que, según la jurisprudencia de este Tribunal, las sanciones «sean lo bastante eficaces como para alcanzar el propósito de la Directiva». [30]

30 — Sentencias 14/83 y 79/83, antes citadas.

37. En consecuencia propongo al Tribunal que responda a la tercera cuestión en el sentido de que, cuando se ha demostrado la existencia de una infracción del principio de la igualdad de trato, es incompatible con los artículos 2 y 3 de la Directiva exigir además la prueba de que el empresario ha cometido un acto ilícito o admitir la posibilidad de que alegue una causa de exención de la responsabilidad basada en el Derecho interno, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en los apartados 2 a 4 del artículo 2.

38. Por consiguiente, no es necesario responder a la cuarta cuestión.

39. El asunto Hertz exige de modo quizás aún más apremiante la difícil conciliación del principio de la igualdad de trato y las exigencias de la vida económica.

40. ¿Cómo considerar los períodos de enfermedad sobrevenidos tras el descanso por maternidad, pero que tienen directamente su causa en el embarazo y el parto? ¿Es necesario o no aplicarles el régimen en cierto sentido «de derecho común» de las bajas por causa de enfermedad?

41. En este sentido los Derechos de los Estados miembros son muy distintos. En efecto, en numerosos Estados el origen de la enfermedad no se tiene en cuenta, pero las legislaciones imponen sin embargo con mucha frecuencia un plazo antes de permitir al empresario proceder a un despido por causa de enfermedad. Así, en Irlanda, la *Unfair Dismissals Act* permite a los empresarios despedir a un empleado a causa de frecuentes bajas por enfermedad que le impidan ocupar su puesto de trabajo. En Luxemburgo, el empresario puede poner fin al contrato la-

boral transcurrido un plazo de tres meses a partir del mes siguiente al de la aparición de la enfermedad y, para los obreros, transcurrido un plazo de veintiséis semanas.[31] Por último, en Francia, el empresario no puede resolver el contrato de trabajo durante el período de suspensión del contrato, así como durante las cuatro semanas siguientes a este período.[32] Luego puede despedir a su empleado por bajas reiteradas por causa de enfermedad.

42. Por el contrario, en Derecho italiano, el empresario no puede poner fin al contrato de trabajo en caso de complicaciones posteriores al período de descanso por maternidad, pero determinadas por el embarazo o el parto,[33] y ello, a tenor del artículo 2110 del Código civil, durante un período determinado por los convenios colectivos en función de la antigüedad.[34] También está prohibido despedir a una trabajadora durante el período comprendido entre el principio del embarazo hasta el final del primer año de vida del niño. En el Derecho griego, el legislador distingue entre el caso específico de una enfermedad provocada por el parto, y que sólo puede justificar una medida de despido si el empresario puede demostrar la existencia de una «razón grave»,[35] y el caso de las enfermedades de derecho común, en las cuales el despido está justificado por la mera superación de los períodos legales de permisos por enfermedad.

43. He estado tentado —¿cómo negarlo? — de proponer al Tribunal una solución en la cual los estados patológicos que fueran consecuencia directa, cierta y preponderante del embarazo o del parto gozarían de una especie de «inmunidad», en el sentido de que el principio de igualdad de trato se opone a la posibilidad de que el empresario, durante un plazo razonable a contar desde la maternidad, despidiese a su empleada. Pero, por una parte, me parece que el estado actual del Derecho comunitario no recoge tal exigencia y, por otra parte, que esta solución, aparentemente sugestiva, no dejaría de provocar numerosos efectos negativos difíciles de remediar.

44. En efecto, la Directiva, en el apartado 3 de su artículo 2, ha confiado a los Estados miembros la tarea de adoptar las disposiciones adecuadas «relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y la maternidad». Esta disposición, a mi parecer, marca el límite de la intervención del Derecho comunitario en su estado actual. La Directiva impone la estricta igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos, es decir, en el presente caso, la prohibición de tratar los estados patológicos con origen en la maternidad menos favorablemente que los que tienen un origen distinto; pero de ningún modo impone a los Estados miembros la obligación de establecer *discriminaciones positivas,* tratando mejor a aquéllos que a éstos, sino que simplemente les deja la facultad de hacerlo.

45. Por otra parte, esta solución no deja de crear serias dificultades. En efecto, si las complicaciones provocadas por el parto son muy graves, la trabajadora podrá permanecer incapacitada para trabajar durante largos años, sin que su empresario pueda despedirla —y todo el mundo reconocerá que

31 — Artículo 8 de la Ley de 12 de noviembre de 1971 y artículo 8 de la Ley de 24 de junio de 1970.

32 — Artículos L 122-25 y siguientes del Código de Trabajo.

33 — Ley de 30 de diciembre de 1971 sobre la maternidad.

34 — Según parece, la jurisprudencia efectúa una aplicación amplia de esta disposición, exigiendo que transcurra un plazo razonable antes de su posible despido, una vez que haya expirado el mencionado período.

35 — Artículo 15 de la ley nº 1483/1984.

aquí abordamos las dificultades planteadas por la segunda cuestión del juez *a quo*. Esta consecuencia no carece de gravedad cuando su único efecto es el de obligar al empresario a conservar a la interesada en su plantilla sin que tenga que contribuir al pago de una prestación por enfermedad o, ulteriormente, de una pensión de invalidez. En efecto, la buena marcha de la empresa podría quedar comprometida por la dificultad de nombrar inmediatamente un sustituto para el puesto de que se trata. Pero, sobre todo, las dificultades más serias aparecen cuando el empresario, que no puede despedir a su empleada, está obligado legalmente a contribuir, aunque sea parcialmente, directamente o no, al pago de las prestaciones de Seguridad Social que ésta ha devengado, como sucede en las legislaciones sociales de ciertos Estados miembros. Así, en la República Federal de Alemania, el empresario continúa pagando el salario al empleado que se encuentra de baja por enfermedad durante seis semanas.[36] En Italia, la prestación diaria por enfermedad es pagada en principio por los organismos de la Seguridad Social,[37] pero los convenios colectivos pueden obligar a los empresarios a pagar suplementos a los tipos señalados por la ley.[38] En los Países Bajos, al parecer, el empresario sólo está obligado a hacerse cargo del pago de las prestaciones diarias en circunstancias específicas —y en particular, como lo muestra el asunto Dekker respecto a la educación especial, en razón de su negligencia al haber contratado a un trabajador cuya enfermedad era previsible.

46. Me parece también que las eventuales dificultades económicas con las que pueda enfrentarse un empresario obligado a conservar entre su personal a una empleada con incapacidad laboral por maternidad puede inducir a numerosos empresarios a negarse a contratar mujeres embarazadas, probablemente con pretextos falaces, o incluso mujeres cuya edad permita prever una próxima maternidad. Tales conductas son evidentemente contrarias al principio de la igualdad de trato, pero es dudoso que puedan ser fácilmente comprobadas y sancionadas. Aquí puede verse cómo una solución protectora para algunas mujeres que han tenido graves dificultades posnatales —es decir, en términos estadísticos, una solución aplicable a un porcentaje felizmente ínfimo de situaciones— puede acarrear un peligro para el conjunto de las mujeres que deseen acceder al mercado laboral.

47. Por último, me parece que los criterios que este Tribunal de Justicia pudiera adoptar para decidir en qué casos el estado patológico debe quedar amparado por la protección debida a la maternidad —existencia de un vínculo de causalidad directo, cierto y preponderante— así como para determinar la duración de esta protección —recurso a una noción de plazo razonable difícil de determinar— pueden poner en aprietos tanto a los empresarios como a los jueces nacionales. ¡Cuáles no serían las dificultades de estos últimos para determinar si una trabajadora puede ser despedida o no! Aquí podemos presentir cómo una solución semejante —cuya oportunidad, por otra parte, no discuto— exige la intervención de un legislador, comunitario o nacional, que fije con precisión sus detalles, en particular respecto a la duración de la protección y a su financiación.

36 — Art. 47 SGB V.

37 — Artículos 15 a 18 de la Ley nº 1204 de 30 de diciembre de 1971.

38 — Garofalo: *Indennità di malattia e maternità*, Milán, 1986; Riva-Sanseverino: *Libro Quinto*, «Del lavoro da commentario del codice civile», Bolonia/Roma, 1986, pp. 449 a 503, 515 y 516.

48. Me parece que la solución debe consistir en una distinción entre los riesgos normales del embarazo y del parto, es decir, las complicaciones habituales que acompañan a estos acontecimientos y que a veces dan lugar a la concesión de un período adicional de descanso por maternidad, riesgos que deben disfrutar de una protección comunitaria porque participan de la especificidad del estado de maternidad, por una parte, y, por otra, los estados patológicos que no corresponden a los riesgos ordinarios del embarazo y que por lo tanto deben recibir el mismo trato que las situaciones de enfermedad de «derecho común». En mi opinión, es el carácter de normalidad del riesgo vinculado a la maternidad lo que en este caso debe guiar al Tribunal de Justicia. En otros términos, a falta de disposiciones de Derecho nacional que concedan una protección específica a la mujer, el empresario debe poder despedir a su empleada una vez finalizado el período de descanso por maternidad y, en su caso, una vez finalizado el período de baja adicional. Así, cuando la trabajadora haya agotado todas las posibilidades legales de descanso por maternidad, las bajas por enfermedad, aunque ésta tenga su origen en el embarazo o en el parto, no pueden entenderse comprendidas entre los riesgos normales de la maternidad y, en consecuencia, deben considerarse del mismo modo que las de cualquier otro trabajador, salvo que el legislador nacional haya establecido una protección específica basándose en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva.

49. De modo más general, me parece que el principio de la igualdad de trato entre los trabajadores masculinos y femeninos debe pretender que se ponga remedio a las dificultades específicas de las mujeres provocadas inevitablemente por su situación de embarazo. Pero la necesidad de adaptar las normas que rigen el mercado de empleo sólo seguiría vigente mientras que el riesgo de maternidad conserve un carácter de «normalidad» en el curso de la vida. En mi opinión, la solución debe residir en la dualidad de estos dos principios.

50. Así, las mujeres deben poder acceder a un empleo sin que pueda tenerse en cuenta su situación de maternidad próxima que les impedirá momentáneamente cumplir con las exigencias de la vida profesional. Así, la conservación del puesto de trabajo no debe resultar afectada por su falta de disponibilidad, siempre que ésta forme parte de los riesgos habituales del embarazo. Así, cuando una situación no forme ya parte de estos riesgos habituales, sino que proceda de una verdadera patología, no puede por el contrario deducirse del principio de igualdad de trato una protección específica, que sólo podría justificar una discriminación positiva compatible, en su caso, con el Derecho comunitario basándose en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva.

51. Éstas son pues las conclusiones que propongo al Tribunal de Justicia:

— En el asunto C-177/88:

1) 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 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, deben interpretarse en el sentido de que la negativa de un empresario a contratar a una trabajadora porque está embarazada constituye una discriminación directamente basada en el sexo.

2) La respuesta a la primera cuestión no resulta modificada porque existan o no candidatos del sexo masculino al empleo de que se trata.

3) Cuando se ha demostrado la existencia de una violación del principio de la igualdad de trato, tal como ha sido reconocido en estos artículos, los artículos 2 y 3 de la Directiva citada se oponen a que la sanción de esta infracción quede subordinada a la prueba de que el empresario haya cometido un acto ilícito o a la inexistencia de causas de exención de la responsabilidad derivadas del Derecho interno, distintas a las mencionadas en los apartados 2 a 4 del artículo 2.

4) No procede responder a la cuarta cuestión.

— En el asunto C-179/88:

1) El apartado 1 del artículo 2 y el artículo 5 de la misma Directiva deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la aplicación del apartado 3 del artículo 2, el despido de una trabajadora, fuera de los períodos de descanso por maternidad, a causa de bajas debidas a una enfermedad que tiene su origen en el embarazo o en el parto no constituye una discriminación directamente basada en el sexo.

2) No procede responder a la segunda cuestión.