

, "Una convivenza voluta  
diritto comunitario e diritto  
di Diritto Pubblico Co-  
666.  
ARRASQUILLA, "El Neofe-  
En: *El Federalismo en*

*Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Co-  
lombia, 1997.

7. Ver MATTHIAS HRNDEGEN, *Derecho Económico Internacional*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké. 1994. pp. 19 a 64.

## Protección comunitaria de los derechos de las trabajadoras embarazadas

### ANTECEDENTES

El Arbeitsgericht Regensburg Landshut planteó, en virtud del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, TCE, dos cuestiones prejudiciales entorno a la correcta interpretación de la directiva 76/206/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la garantía del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el acceso al empleo, formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

La cuestión prejudicial fue planteada durante el curso de un proceso entre la señora Habermann-Beltermann y la Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Ofb. Los hechos que promovieron el proceso, pueden ser resumidos como sigue: La señora Habermann-Beltermann, enfermera diplomada en geriatría, se presentó como candidata a un empleo de guardiana nocturna en una casa de pensionistas. Por razones familiares, la demandante sólo podía trabajar durante las noches. El día 23 de marzo de 1992, fue firmado un contrato de trabajo, con efectos a partir del 1 de abril siguiente, entre la señora Habermann-Beltermann y la empresa Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Ofb (en lo sucesivo Arbeiterwohlfahrt). En

el contrato se estipulaba que la afectada prestaría sus servicios exclusivamente en el horario nocturno de la casa geriátrica. Del 29 de abril al 12 de junio, la demandante no trabajó por causa de enfermedad. Un certificado médico fechado 29 de mayo indicaba que estaba embarazada. La gestación habría comenzado el 11 de marzo de 1992. Mediante carta del 4 de junio de 1992, la Arbeiterwohlfahrt, invocando el artículo 8, parágrafo 1 de la Mutterschutzgesetz (ley relativa a la protección de la madre), ponía término al contrato laboral.

Un breve resumen del contexto normativo comunitario y nacional es necesario para comprender los términos de la cuestión. En virtud del artículo 2, parágrafo 1, de la directiva, «el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación fundada sobre el sexo, indirecta o directamente en lo que se refiere, en especial, al estado matrimonial o familiar». La aplicación de este principio concierne, en particular, a «las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo» (artículo 3, parágrafo 1) así como «las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido» (artículo 5, parágrafo 1). Por último, es necesario recordar que el artículo 2,

parágrafo 3 de la directiva precisa que aquella «no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en cuanto se refiere al embarazo y a la maternidad».

En relación con las disposiciones alemanas, encontramos que el artículo 8, parágrafo 1 de la Mutterschutzgesetz dispone que «las mujeres embarazadas no pueden ser empleadas [...] durante la noche entre las 20 horas y las 6 horas». Esta norma interna debe ser concordada con el artículo 119 del Código Civil alemán que ordena que «quienquiera que al realizar una declaración de voluntad, cometa un error sobre el contenido [...] puede denunciar esta declaración cuando haya lugar a admitir que no la habría realizado si hubiese conocido de la situación de hecho y hubiese apreciado el asunto con discernimiento» (primer apartado) y que «constituye igualmente un error sobre el contenido de la declaración, el error sobre las cualidades de la persona [...] consideradas según el uso como esenciales» (segundo apartado). Por su parte, el artículo 134 dispone que «todo acto jurídico contrario a una prohibición legal es nulo, a menos que la ley disponga lo contrario».

#### CONTENIDO DEL REENVÍO PREJUDICIAL

A pesar de que el juez nacional, apoyándose en la opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias en Alemania, considera que una correcta interpretación de los artículos 2, parágrafo 1; 3, parágrafo 1 y 5 parágrafo 1 de la directiva no se opone a la aplicación de las normas internas sobre nulidad de contratos laborales, decide plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, TJCE, a fin de que le sean absueltos dos interrogantes<sup>2</sup>.

La primera demanda de interpretación se encamina a saber si, a la luz de los principios emanados del asunto C-177/88, de 8 de noviembre de 1990, y del principio de igualdad de trato que figura en el artículo 2, parágrafo 1, de la directiva 76/207, un contrato suscrito entre un empleador y una empleada embarazada, ignorando ambos tal estado, sería nulo por causa de la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres encinta.

La segunda petición de interpretación se plantea en términos de saber si puede considerarse contrario al principio de igualdad de trato que figura en los artículos 3 parágrafo 1 y 5 parágrafo 1 de la directiva, el considerar que el contrato de trabajo concluido con la trabajadora encinta es nulo por violación de la prohibición de trabajar de noche que rige durante el embarazo a fin de proteger a la trabajadora. Igualmente, el juez alemán desea saber si en virtud del principio de igualdad de trato, el empleador está facultado, en razón del error respecto a la existencia de un embarazo al momento de la firma del contrato, a denunciar el contrato de trabajo y a ponerle fin unilateralmente.

#### CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Al abogado general Giuseppe Tesauro considera que no es dable plantear el problema jurídico en términos del «efecto directo» de la directiva, toda vez que el juez nacional, al aplicar las reglas nacionales y en particular el artículo 8 de la ley en materia de protección de la maternidad, está obligado a interpretarlas «a luz de la letra y de las finalidades perseguidas por la directiva».

Considera igualmente que en relación con el artículo 2 parágrafo 3 de la directiva, la

legalidad de la reglamentación alemana, que prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, es indudable. Se trataría en efecto, de una reglamentación que acuerda una protección particular a las trabajadoras que se encuentran en tal situación, y en consecuencia, estaría la norma interna comprendida entre las excepciones previstas por la directiva<sup>4</sup>. Sin embargo, se pregunta el Abogado General, si en el caso en concreto, tal derogación podría legítimamente ser aplicada a efectos de permitir la declaración de nulidad o, en todo caso, la resiliación de un contrato de trabajo concluido con una trabajadora embarazada.

En su concepto, es necesario partir del siguiente principio: las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 2 parágrafo 3 de la directiva, no pueden ser calificadas de derogaciones al principio de igualdad, ya que ellas pretenden asegurar la efectiva substancia del principio de igualdad, al permitir las "desigualdades" que son necesarias para realizarla. Se trataría, en definitiva, de una hipótesis en la cual un trato diferente está autorizado o impuesto en favor y en vista de la protección de las trabajadoras, con el propósito de lograr una igualdad sustancial y no formal, que sería por el contrario, la negación de la igualdad.

Ahora bien, estas discriminaciones justificadas no podrían ser aplicadas precisamente para excluir a las trabajadoras embarazadas del mercado laboral. Tal efecto -agrega el Abogado General- sería contrario tanto a la finalidad perseguida por la norma comunitaria (la igualdad entre hombres y mujeres) como aquella de la norma interna que establece la excepción (admitir un trato diferente en favor de las mujeres embarazadas). Por tanto, la prohibición del trabajo nocturno, legítima en sí misma, no puede ser aplicada de mane-

raque se comprometa la validez de un contrato de trabajo nocturno concluido con una mujer embarazada. En otros términos, la imposibilidad temporal de efectuar un trabajo nocturno, consecuencia de la protección particular acordada a las mujeres encinta, no puede ser invocada para justificar un rechazo de contratación y no puede tener como efecto el impedir la constitución válida de una relación de trabajo. Aquello implica además que el conocimiento de esta situación al momento de la constitución de la relación laboral está desprovisto de toda importancia y *a fortiori* no es posible considerar como legítima la rescisión de un contrato de trabajo firmado cuando la interesada desconocía su estado.

Por último, a la luz del artículo 5 parágrafo 1 de la directiva, disposición que impone la ausencia de discriminaciones fundadas sobre el sexo en relación con el despido, es claro que rescindir un contrato de trabajo por el sólo hecho de que la trabajadora esté encinta constituye una discriminación injustificada.

#### RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

No comparte el TJCE la tesis de la *Arbeiterwohlfahrt*, según la cual la directiva carece de efecto directo, ya que se trata de un litigio entre particulares y la jurisprudencia comunitaria no ha reconocido el efecto directo horizontal de las directivas. Por el contrario, considera el Tribunal que en el presente caso el reenvío versa sobre la interpretación de una directiva ya traspuesta en derecho nacional, de la cual puede servirse el juez nacional para efectos de la interpretación y aplicación de dos disposiciones del código civil alemán. Estas normas se refieren, de una parte, al derecho que tiene una contratante de invo-

la nulidad del contrato, si éste es contrario a una prohibición legal, y, de otra parte, aquella de denunciarlo en razón de un error sobre las cualidades, consideradas como esenciales a la persona con quien se contrató.

A continuación, el TJCE considera necesario determinar si, en el caso en concreto, la declaración de nulidad o la denuncia de un contrato de trabajo constituye una discriminación fundada directamente sobre el sexo, en el sentido de la directiva. A tales fines, es necesario establecer si la razón esencial de la nulidad o de la denuncia del contrato se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o, si por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de los dos.

En este orden de ideas, para el Tribunal es evidente que la ruptura del contrato de trabajo por causa de embarazo no concierne sino a un sexo y que ella constituye una discriminación directa fundada sobre el sexo. Sin embargo, en el presente caso, es necesario precisar que la desigualdad en el trato no se funda directamente en el estado de gravidez de la trabajadora sino que resulta de la prohibición legal del trabajo nocturno durante aquel estado, disposición interna conforme a la directiva.

El TJCE, apoyándose en el hecho de encontrarse ante un contrato a término indefinido, concluye que el impedimento temporal que por causas legales aqueja a la trabajadora encinta, no podría justificar la anulación o la denuncia del contrato laboral.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea absuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez alemán, en el sentido de estimar que en virtud de la directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en ejecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo

relativo al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, se opone a que un contrato de trabajo, sin determinación de duración, relativo a un trabajo que debe realizarse por las noches, acordado entre un empleador y una empleada encinta ignorando ambos la gravidez, de una parte sea declarado nulo en razón de la prohibición legal nacional del trabajo nocturno, durante el embarazo y, de otra parte, a que éste sea denunciado por el empleador alegando un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora al momento de la firma del contrato.

#### COMENTARIO A LA SENTENCIA

Desde un punto de vista general, el presente asunto se enmarca dentro de la evolución del sistema de protección de los derechos fundamentales por el juez comunitario. Como es sabido, fue a partir de un fallo del 12 de noviembre de 1969, conocido como asunto *Stauder*' —considerado por Petersman como una «histórica decisión»— que el TJCE establecería las bases de un sistema de protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario. El citado órgano judicial afirmó en aquella ocasión: «que, así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto el tribunal asegura». A partir de esta fecha, y haciendo una apretada síntesis de la evolución jurisprudencial del TJCE, especialmente de los asuntos *Internationale Handelsgeellschaft*" del 17 de diciembre de 1970 y del asunto *Nold* del 14 de mayo de 1974, el órgano judicial ha creado todo un sistema de protección de los derechos fundamen-

tales, elevándolos al rango de principios generales del derecho comunitario, remitiéndose a las tradicionales constitucionales de los estados miembros y a los instrumentos internacionales ratificados por aquéllos, tales como la Convención N° 111 de la OIT en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres o el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

Ahora bien, este sistema de protección comunitario de los derechos fundamentales no ha sido ajeno al tema de la eficacia de éstos en las relaciones *inter privatos*. El ejercicio de los derechos fundamentales a nivel comunitario no constituye tan sólo una barrera a la acción o a la inactividad de los poderes públicos frente al ciudadano, sino que representa además un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho positivo, el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres es consagrado en el artículo 119 del TCE que impone la obligación a cada Estado miembro de garantizar el principio de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos por el mismo trabajo. A lo largo de la vida de la Comunidad Europea, esta disposición ha sido desarrollada por varias directivas tendientes a lograr una igualdad real entre hombres y mujeres en el campo laboral. El Tratado de Arnsterdam", recientemente suscrito, agrega dos apartados al artículo 119 del TCE. En el primero se establece que el Consejo, previa consulta al CES, adoptará las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo. En el segundo, se dispone que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adop-

tar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

Por su parte, el TJCE ha elaborado una valiosa jurisprudencia tendiente a asegurar el respeto del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. En el asunto *Johnston* <sup>14</sup> del 15 de mayo de 1986, el Tribunal dispuso que los particulares podían invocar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres establecido en los artículos 2, 1, 3, 1 y 4 de la directiva 76/207. Algunos años más tarde, en el asunto *Foster*, del 12 de julio de 1990, el Tribunal consideró que las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva podían invocarse por los justiciables frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con las que se deriven de las normas aplicables en relaciones entre particulares.

El caso que ocupa el centro de nuestra atención se enmarca, pues, dentro de esta evolución del derecho positivo y de la jurisprudencia del TJCE. En efecto, se trata de un típico asunto de *Drittwirkung* (eficacia hacia terceros o triple efecto) a nivel comunitario, en el cual se dan cita problemas tales como los efectos del derecho comunitario en las relaciones entre particulares, la garantía del derecho a la igualdad de trato, de oportunidades y de acceso al trabajo entre hombres y mujeres y la interpretación de las normas internas a la luz del derecho comunitario.

Un primer aspecto que es necesario precisar es la noción de particular. Como lo anota la profesora Araceli Mangas", el

TJCE ha utilizado indistintamente los términos administrados, nacionales o particulares incluso de manera abusiva, como en el caso de un ayuntamiento que fue considerado como un particular a efectos de poder invocar una directiva frente al poder central. La noción de particular es, por tanto, aleatoria y funcional.

La calificación de particular es esencial en determinados eventos, como por ejemplo, cuando se pretende alegar un derecho o una obligación establecidos en una directiva que no ha sido traspuesta en derecho interno. Según la opinión del TJCE sentada a partir del asunto *Marshall+*, un particular no puede exigirle a otro el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una directiva no traspuesta o traspuesta incorrectamente. Este fue precisamente el argumento esgrimido en el presente asunto por la compañía *Arbeiterwohlfahrt*. Tal defensa fue rechazada por el TJCE, toda vez que la directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres había sido traspuesta al derecho alemán. La protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, en el presente caso el derecho a la igualdad, quedaba por tanto asegurada.

En relación con la protección judicial al derecho a la igualdad, el asunto que nos ocupa es paradigmático. Nos encontramos, de una parte, con una norma comunitaria de derecho derivado que persigue garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con las condiciones de acceso, remuneración y condiciones de trabajo. Por otra parte, encontramos una norma de derecho interno que establece una excepción a la norma comunitaria al prohibir el trabajo nocturno a las mujeres embarazadas. Su violación se sanciona con la nulidad o la rescisión del contrato laboral celebrado en contra de sus manda-

tos. El fin perseguido por la excepción es loable: proteger a la futura madre. Sin embargo, el resultado en el mundo de los hechos es adverso: discriminación en el mercado laboral.

Esta aparente contradicción entre la norma comunitaria y la norma interna nos revela que en ocasiones la búsqueda de una igualdad real es salpicada por efectos perversos que se generan al momento de aplicar tales normas protectoras. La sentencia del TJCE va precisamente encaminada a hacer frente a esos efectos no deseados que se generan al imponer limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos laborales. De nada sirve proteger a la mujer embarazada prohibiendo contratarla para ejercer trabajos nocturnos si la aplicación de la norma va a generar un efecto no querido: su exclusión del mundo laboral.

Nos parece que el TJCE con muy buen tino salva la situación, afirmando que la norma interna debe ser interpretada a la luz de la norma comunitaria. En efecto, no existe contradicción entre aquéllas, sino complementariedad. No estamos ante una antinomia entre las dos normas jurídicas. Por tanto, el respeto de la norma comunitaria no le impone al juez, en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, inaplicar la norma interna en favor de la norma superior jerárquicamente. Debe, eso sí, aplicar la norma interna orientándose por la letra y el espíritu de la directiva.

Consideramos igualmente acertada la irrelevancia que el TJCE ha acordado a la ausencia del conocimiento, por parte de los contratantes, del estado de gravidez de la trabajadora al momento de firmar el contrato. Como lo anota el Abogado General Tesauro en sus conclusiones, no se puede partir de la mala fe de la trabajadora.

El haber estimado el TJCE improcedente la cancelación o declaratoria de nulidad del contrato por un "error" en una de las cualidades de las partes contratantes, nos demuestra igual mente que la teoría de la *Drittwirkung* irradia también claramente el ámbito del derecho civil y que tal hecho es tomado en cuenta por el juez comunitario. Las clásicas nociones del derecho privado, que vienen desde el derecho romano, deben ser interpretadas a la luz de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Esta apreciación tiene un valor incalculable toda vez que el derecho comunitario se apoya sobre el principio de primacía sobre el derecho interno. Pensemos por un momento que con este fallo se están protegiendo los derechos de las mujeres de quince estados europeos. La clásica protección de los derechos fundamentales en las relaciones verticales u horizontales, acordada por los textos constitucionales, es desbordada por la protección comunitaria. La teoría de la *Drittwirkung* ha irradiado por toda Europa.

ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA

Abogado de la Universidad Externado de Colombia  
Doctorando en Derecho Constitucional Económico  
Universidad de Salamanca

1. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, TJCE. Sentencia del 5 de mayo de 1994, asunto *Harbermann-Beltermann* contra *Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Ofb.*, C-421/92, tomado de su versión original en francés.

2. *Ibid.*, p. 4.

3. TJCE. conclusiones del Abogado General M. Guiseppa Tesauro, presentadas el 27 de enero de 1994. en el asunto *Harbermann-Beltermann* contra *Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Ofb.*, tomado en su versión original en francés.

4. *Ibid.*, p. 5.

5. TJCE. Sentencia del 11 de noviembre de 1969, asunto *Stauder*, C-29/69, Rec. 1969, p. 424.

6. TJCE. Sentencia del 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11-70, Rec. 1970.

7. TJCE. Sentencia del 14 de mayo de 1974, asunto *Nold*, C-41/73, 1974.

8. TJCE. Sentencia del 18 de octubre de 1989, asunto *Orkem*, C-374/87, Rec. 1989, p. 3285.

9. *Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas*, edición preparada por Araceli Mangas Martín. Madrid: Tecnos, 1996.

10. Proyecto de Tratado de Amsterdam, Secretaría General del Parlamento Europeo, CON/400/97, Bruselas, 19 de junio de 1997.

11. TJCE. Sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto 222/84, Rec. 1986.

12. ARACELI MANGAS MARTIN y DIEGO LINÁN NOGUERAS. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Me Graw Hill, 1996, p. 402.

13. TJCE. Sentencia del 26 de febrero de 1986, *Marshall*, C-152/84.