

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. GIUSEPPE TESAURO  
presentadas el 27 enero de 1994 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

1. Las cuestiones prejudiciales planteadas a este Tribunal de Justicia por el *Arbeitsgericht Regensburg* se refieren a la interpretación de algunas disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo <sup>1</sup> (en lo sucesivo, «Directiva»).

El Juez nacional pide, en particular, que se dilucide si, en el sentido y a los efectos de dicha Directiva, es incompatible con el principio de igualdad de trato la aplicación de una normativa nacional que, prohibiendo la realización de trabajo nocturno durante el embarazo, permite que se considere viciado de nulidad o, en cualquier caso, que se resuelva el contrato de trabajo celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorantes ambos de tal circunstancia en el momento de firmar el contrato.

2. Para comprender el tenor de la cuestión, es necesario resumir brevemente el contexto normativo comunitario y nacional.

Con arreglo al apartado 1 del artículo 2 de la Directiva: «El principio de igualdad de trato [...] 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». La aplicación de dicho principio afecta, en particular, a «las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo» (apartado 1 del artículo 3), así como a «las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido» (apartado 1 del artículo 5). Por último, debe recordarse que el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva precisa que la misma «no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad».

Entre las disposiciones nacionales alemanas aplicables, debe mencionarse en primer lugar el apartado 1 del artículo 8 de la *Mutterschutzgesetz* (Ley de protección de la maternidad), conforme al cual «las mujeres embarazadas [...] no pueden trabajar [...] por la noche, entre las 20 y las 6 horas [...]». A los efectos del presente asunto, debe citarse también el artículo 119 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán), con arreglo al cual «la persona que, al expresar una declaración de voluntad, hubiere incurrido

\* Lengua original: italiano.

1 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

en error en cuanto a su contenido [...], puede impugnar dicha declaración cuando se demuestre que no la habría expresado si hubiera conocido la situación de hecho y evaluado la cuestión con conocimiento de causa» (apartado 1), y «constituye igualmente un error sobre el contenido de la declaración el error inherente a las cualidades de la persona [...] cuando éstas deban ser consideradas esenciales conforme a la costumbre» (apartado 2). Finalmente, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 134, conforme al cual «cualquier acto jurídico contrario a una prohibición establecida por Ley es nulo, salvo que la Ley disponga lo contrario».

3. Vuelvo ahora a los hechos que originaron el presente asunto. El 23 de marzo de 1992, la Sra. Habermann, auxiliar de clínica diplomada en geriatría, fue contratada por el Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Niederbayern/Oberpfalz (en lo sucesivo, «Arbeiterwohlfahrt») como cuidadora nocturna en una residencia de ancianos. El correspondiente contrato de trabajo, con arreglo al cual la Sra. Habermann debía realizar exclusivamente trabajo nocturno, surtía efectos a partir del 1 de abril. Mediante certificado médico de fecha 29 de mayo de 1992 se supo que la Sra. Habermann, que había interrumpido su actividad laboral por causa de enfermedad desde el 29 de abril, estaba embarazada. Según lo que ha podido determinar el Juez nacional, el embarazo se había iniciado el 11 de marzo de 1992, es decir doce días antes de que se firmara el contrato de trabajo.

Invocando el apartado 1 del artículo 8 de la Ley de protección de la maternidad, que prohíbe a las trabajadoras embarazadas la realización de trabajo nocturno, el Arbeiterwohlfahrt comunicó a la Sra. Habermann, mediante escrito de 4 de junio

de 1992, que consideraba nulo el contrato de trabajo celebrado el 23 de marzo de 1992.

4. De la resolución de remisión se deduce que la doctrina y la jurisprudencia alemanas coinciden en considerar que, cuando no existe una excepción expresa, la infracción de la prohibición del trabajo nocturno da lugar a la nulidad del contrato a efectos del artículo 134 del Código Civil alemán. Además, en la misma resolución se dice claramente que el citado escrito de 4 de junio de 1992 puede interpretarse también como resolución del contrato de trabajo, dado que, conforme al apartado 2 del artículo 119 del Código Civil alemán, el contrato puede ser impugnado por el empresario, con la consiguiente ineficacia del mismo, debido al error relativo a la existencia del embarazo en el momento de celebrarse el contrato, error que se refiere a una cualidad de la persona considerada esencial.

Por albergar dudas en cuanto a la compatibilidad de la práctica jurisprudencial que deduce de la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas la nulidad del contrato de trabajo o, en cualquier caso, permite su resolución, con el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva comunitaria, el Juez nacional consideró oportuno plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

5. Más en particular, plantea:

- b) el hecho de que el empresario esté facultado para impugnar el contrato de trabajo y, por lo tanto, para extinguirlo, alegando error sobre la existencia de un embarazo en el momento de su celebración?»

« 1) ¿Hay que interpretar los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de noviembre de 1990, dictada en el asunto C-177/88, relativo a la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39, p. 40), y el principio de igualdad de trato del apartado 1 del artículo 2 de dicha Directiva, 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, en el sentido de que el contrato de trabajo celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambas partes la existencia de embarazo, no está viciado de nulidad por existir una prohibición de ocupación (trabajo nocturno) motivada por el embarazo?

Como se deduce fácilmente de su formulación, las dos cuestiones que acaban de citarse no exigen dos respuestas distintas, teniendo en cuenta que la primera plantea, en términos más generales, los interrogantes que se especifican posteriormente en la segunda. En consecuencia, considero que, en este punto, basta con limitarse al examen de esta última, en la medida en que plantea el problema de la compatibilidad con el principio de la igualdad de trato de la posibilidad de considerar que el contrato de trabajo (celebrado con una mujer embarazada que, en el momento de firmarlo, ignoraba el embarazo) está viciado de nulidad a efectos del artículo 134 del Código Civil [caso a], o bien de la facultad de que dispone el empresario, con arreglo al artículo 119 del mismo, de impugnar el contrato de que se trata y solicitar su resolución [caso b].

2) ¿Sería, en especial, contrario al principio de igualdad de trato del apartado 1 del artículo 3 y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207:

- a) el hecho de considerar nulo el contrato de trabajo celebrado con la trabajadora embarazada debido a que infringe la prohibición de ocupación (trabajo nocturno) durante el embarazo, establecida para proteger a la mujer embarazada;

6. Una vez precisado lo anterior, es necesario detenerse, con carácter preliminar, en una cuestión de principio planteada por el Arbeiterwohlfahrt, que alega que la Directiva 76/207 no puede aplicarse para resolver el litigio principal, teniendo en cuenta que se trata de un litigio entre dos sujetos privados y que, hasta el momento, el Tribunal de Justicia ha excluido la eficacia directa horizontal de las Directivas.

Ahora bien, considerando que, como se ha dicho anteriormente, la posibilidad de invocar la nulidad del contrato de trabajo en un caso como el de autos depende de la interpretación que los órganos jurisdiccionales superiores alemanes hayan dado de las propias normas adoptadas de conformidad con la Directiva 76/207 (a la cual ha sido correctamente adaptado el Derecho interno, según se deduce de los autos), no me parece acertado plantear el problema en términos de «efectos horizontales» de la Directiva.

En efecto, observo que, en el presente asunto, se pide al Juez nacional que determine si existe o no un derecho de la mujer a conservar su puesto de trabajo con arreglo al principio de igualdad de trato establecido en la Directiva 76/207 y, por consiguiente, a las disposiciones nacionales adoptadas para aplicarla. Como declaró el Tribunal de Justicia hace tiempo, en una situación de este tipo, «independientemente de los efectos de la Directiva, su interpretación puede suponer para el Juez nacional un criterio útil para garantizar que la Ley adoptada para la aplicación de la misma será interpretada y aplicada de manera conforme con las exigencias del Derecho comunitario»<sup>2</sup> (*traducción no oficial*).

A ello debe añadirse que, como ha precisado el propio Tribunal de Justicia, al aplicar el Derecho nacional «el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado».<sup>3</sup>

En definitiva, en un caso como el de autos no se plantea un problema de efectos «horizontales» de la Directiva de que se trata, ya que, al aplicar las normas nacionales oportunas y, en particular, el artículo 8 de la Ley de protección de la maternidad, el Juez nacional está obligado a interpretarlas a la luz de la letra y de la finalidad perseguida por la Directiva.

7. Y paso al fondo del asunto. El propio Juez nacional señala que el hecho de considerar nulo el contrato de trabajo con una trabajadora embarazada, por el hecho de que durante el embarazo ésta no puede llevar a cabo la prestación laboral a que está obligada por contrato, podría impedir a las mujeres el acceso a determinados empleos por razón de su sexo, ya que el embarazo existente (aunque ignorado) en el momento de firmarse el contrato implicaría la nulidad del mismo. Por consiguiente, a causa del embarazo, se prohibiría a las mujeres el acceso a determinados puestos de trabajo, aun cuando la prestación laboral no pudiera llevarse a cabo sólo provisionalmente.

En estas circunstancias, la declaración de nulidad equivaldría a una negativa de contratación, en cuanto que produce efectos *ex tunc* y, por lo tanto, exactamente el mismo efecto que un contrato nunca celebrado. Por el contrario, la resolución del contrato, efectuada debido al error sobre la existencia del embarazo y que determina la extinción de la relación laboral con efectos *ex nunc*, quedaría asimilada al despido.

2 — Sentencia de 20 de mayo de 1976, Mazzalai (111/75, Rec. p. 657), apartado 10.

3 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. 1-4135), apartado 8.

8. Es cierto que, aparte de la calificación jurídica formal, ambos casos producen, de hecho, la pérdida del puesto de trabajo de la mujer afectada. No obstante, considero necesario examinar el problema en relación con ambos supuestos, como solicita el Juez nacional.

Respecto al supuesto de negativa de contratación, la norma aplicable es el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, que sanciona el principio de igualdad de trato en relación con las condiciones de acceso al trabajo, incluidos los criterios de selección. En la sentencia Dekker, mencionada por el propio Juez nacional en su primera cuestión, el Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre la interpretación de dicha disposición, afirmó que «la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo»,<sup>4</sup> incompatible en cuanto tal con la Directiva. Por consiguiente, el embarazo no puede tomarse en consideración para negar la contratación y ello, evidentemente, con independencia del tipo de actividad.

9. Es verdad que el caso de autos se diferencia del caso Dekker, por lo menos a primera vista, por el hecho de que la negativa de contratación no constituye una consecuencia directa e inmediata del embarazo, sino de la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas, que, esta vez sí, se impone en función del embarazo. En consecuencia, es la infracción de la prohibición del trabajo nocturno la que determina, como

consecuencia posterior, el vicio inicial de la relación laboral.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la continuación del trabajo nocturno supondría incumplir una norma penal, en el curso del procedimiento se afirmó que en un caso como éste no puede hablarse de discriminación directa por razón de sexo, tanto más en cuanto que el apartado 3 del artículo 2 de la propia Directiva deja a los Estados miembros la facultad de adoptar o mantener en vigor medidas destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad».

10. A este respecto, debe precisarse que no se discute la conformidad de la normativa alemana que prohíbe a las mujeres embarazadas el trabajo nocturno con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva. En efecto, se trata de una normativa que concede una protección especial a las trabajadoras que se encuentran en dicha situación y que, por lo tanto, está ciertamente incluida entre las excepciones previstas por la Directiva.

No obstante, es necesario preguntarse, a los efectos del presente asunto, si la excepción de que se trata puede legítimamente aplicarse de forma tal que permita la declaración de nulidad o, en cualquier caso, la resolución de un contrato de trabajo celebrado con una trabajadora embarazada. Esta es la cuestión de principio que se plantea en el caso de autos.

4 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12.

11. A este respecto, señalo en primer lugar que, como ha destacado el propio Tribunal de Justicia,<sup>5</sup> el objeto de la especial protección y, por este motivo, de la posible desigualdad de trato, es la condición específica de la mujer en el período anterior e inmediatamente posterior al parto. En segundo lugar, si se examinan con detenimiento, las disposiciones adoptadas de conformidad con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva sólo pueden ser definidas impropriadamente como excepciones al principio de igualdad, ya que las mismas tienen por objeto, más bien, asegurar la efectividad sustancial del principio de igualdad, permitiendo aquellas «desigualdades» que sean necesarias para alcanzarla. En definitiva, se trata de supuestos en los que se permite o se impone un trato distinto, en favor y para la protección de las trabajadoras, con objeto de alcanzar una igualdad sustancial y no formal, que sería, por el contrario, la negación de la igualdad.

Siendo ésta, indiscutiblemente, la *ratio* de la norma, considero que debe excluirse, por lo menos en principio, que las «discriminaciones» autorizadas para tener en cuenta la maternidad, es decir, para proteger a las mujeres, puedan aplicarse de forma tal que las mismas queden excluidas del mercado de trabajo. En efecto, es evidente que si debiera llegarse a tal conclusión, quedaría completamente traicionada tanto la finalidad de la Directiva (garantizar la igualdad de trato hombre-mujer) como la de la excepción (permitir desigualdades de trato *en favor* de las mujeres embarazadas para proteger la especificidad de dicha condición). En efecto, la igualdad sustancial hombre-mujer en el plano laboral exige que no se tome en consideración, ni siquiera respecto al

momento del acceso al trabajo, un acontecimiento que —por definición— afecta únicamente a las mujeres. Y, procede recordarlo, sería paradójico que el reconocimiento de la función social de la maternidad y la consiguiente protección de las mujeres embarazadas se produjese a través de la exclusión de las mismas del mercado de trabajo.

12. Las consideraciones anteriores me llevan a la conclusión de que la prohibición del trabajo nocturno, que en sí es conforme a Derecho, no puede aplicarse de forma tal que quede en entredicho la validez de un contrato de trabajo nocturno con una mujer embarazada, sino únicamente como prohibición de ejercer efectivamente una actividad laboral nocturna.<sup>6</sup> En otras palabras, la imposibilidad temporal de realizar un trabajo nocturno, consecuencia de la especial protección que se concede a las mujeres embarazadas, no puede invocarse para justificar una negativa de contratación ni puede producir el efecto de impedir la constitución válida de una relación laboral.

En definitiva, el principio de igualdad de trato establecido en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva excluye que el embarazo pueda tomarse en consideración para negar la contratación, incluso para un trabajo nocturno. Esto implica, además, que es absolutamente irrelevante el conocimiento de dicha

5 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Hoffmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25.

6 — Además, la propia norma nacional establece la prohibición de «destinar» a las mujeres embarazadas a un trabajo nocturno y no la prohibición de contratar mujeres que se encuentren en dicha situación.

situación en el momento de la constitución de la relación laboral y que, *a fortiori*, no puede considerarse conforme a Derecho la resolución de un contrato de trabajo celebrado cuando la interesada no conocía su embarazo.

13. Por otra parte, respecto al supuesto de resolución del contrato, es importante el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, disposición que exige que no existan discriminaciones por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones inherentes al despido. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia Hertz que «el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada». <sup>7</sup> Por consiguiente, el Tribunal de Justicia consideró también el despido por razón del embarazo de la trabajadora como discriminación directa basada en el sexo y, por lo tanto, incompatible con la Directiva.

Ahora bien, la resolución de un contrato de trabajo por el mero hecho de que la trabajadora de que se trate esté embarazada sólo puede constituir, al menos en principio, una discriminación directa por razón de sexo: ello es particularmente evidente en el caso de autos. En efecto, basta señalar, a este respecto, que el hecho de permitir la resolución del contrato como consecuencia del error relativo a una cualidad esencial inherente a la persona, cuando la cualidad de que se trata es precisamente el embarazo, implica necesaria-

mente que sólo las mujeres podrán encontrarse en dicha situación. <sup>8</sup> Además, como destaca el Juez *a quo* en la resolución de remisión, la propia Ley de protección de la maternidad alemana excluye el supuesto de despido por causa del embarazo (artículo 9).

14. También es significativa al respecto la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. <sup>9</sup> En efecto, la misma dispone que debe reconocerse a una mujer embarazada que realiza un trabajo nocturno el derecho a ser trasladada al trabajo diurno o el derecho a un permiso (artículo 7), sin que ello pueda, en ningún caso, implicar la pérdida del puesto de trabajo (artículo 10).

Aunque dicha Directiva no ha entrado todavía en vigor (los ordenamientos jurídicos internos deberán haberse adaptado a la misma para el mes de octubre de 1994), las disposiciones que acaban de mencionarse confirman la interpretación que se ha dado del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, es decir, que no se permite la resolución del contrato de trabajo debido al embarazo, aun cuando exista una prohibición legal de trabajo nocturno.

8 — A este respecto, procede recordar que, refiriéndose precisamente a la sentencia Hertz, antes citada, el Bundesarbeitsgericht consideró, modificando su jurisprudencia anterior, que un empresario no puede obtener la resolución del contrato de trabajo celebrado con una mujer embarazada basándose en el apartado 2 del artículo 119 del Código Civil, es decir, alegando que fue inducido intencionalmente a error respecto a la existencia del embarazo (sentencia de 15 de octubre de 1992, 2 AZR 227/92).

9 — DO L 348, p. 1.

7 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979), apartado 13.

15. En el curso del procedimiento se ha afirmado también que la declaración de nulidad del contrato de trabajo o el despido no deberían, en un caso como el de autos, considerarse discriminaciones directas por razón del sexo, en la medida en que están motivados por un elemento (prohibición legal de un determinado tipo de actividad) que produciría las mismas consecuencias respecto a un trabajador de sexo masculino que se encontrase en las mismas circunstancias.

Desde ahora diré que dicha teoría carece de fundamento y que no considero que, a este respecto, pueda ser eficazmente invocada la sentencia Hertz,<sup>10</sup> en la cual el Tribunal de Justicia declaró que el despido de una trabajadora a causa de sus repetidas bajas por enfermedad, enfermedad inherente a un embarazo o a un parto, no constituye una discriminación directa por razón del sexo, si tales bajas son posteriores al período de permiso por maternidad, y provocarían también, en las mismas circunstancias, el despido de un trabajador de sexo masculino. En efecto, en tal caso, se aplicaban a los trabajadores de ambos sexos los mismos requisitos (un determinado número de ausencias en un determinado período de tiempo). Por el contrario, en el caso de autos, la extinción de la relación laboral se debe a una circunstancia (el embarazo) que, con seguridad, es aplicable únicamente a las mujeres.

16. A continuación, procede destacar que tampoco puede invocarse, para justificar la supuesta discriminación, el perjuicio económico que sufre el empresario por el hecho de emplear a una persona que disfruta de un permiso durante todo el período del embarazo, aunque debe reconocerse que el mantenimiento de la relación laboral, en una situación como la del caso de autos, produce un aumento de las cargas económicas que puede resultar particularmente sensible para los pequeños empresarios.

El Tribunal de Justicia, que se pronunció a este respecto en la sentencia Dekker, declaró en efecto que «la denegación de contratación debida a las consecuencias económicas de la baja por maternidad se basa esencialmente en el embarazo. Esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad».<sup>11</sup> Tales consideraciones son igualmente válidas en el caso de autos, teniendo en cuenta la irrelevancia, desde esta perspectiva, del hecho de que los desembolsos económicos serán mayores cuanto más largo sea el período de baja laboral.

17. Finalmente, tampoco me parece que tenga relevancia alguna el argumento del Arbeiterwohlfahrt, según el cual la solución adoptada podría llevar a abusos por parte de las mujeres. En efecto, es evidente que no podrá hablarse de abusos cuando se reconozca que las mujeres embarazadas no pier-

10 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, antes citada, especialmente los apartados 14 a 17.

11 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990, antes citada, apartado 12.



den —por este mero hecho— el derecho a ser contratadas y a mantener el puesto de trabajo.

Además, si se parte del supuesto de que una mujer puede incluso «programar» el nacimiento de un hijo en función de una posibilidad de trabajo nocturno, debería reconocérsele también la capacidad de hacer sus cálculos de forma tal que quedara embarazada *después* de la firma del contrato: ello

le evitaría los problemas con los que se encontró la Sra. Habermann. En efecto, procede destacar el hecho de que habría sido suficiente que el embarazo se hubiera iniciado no el 11 sino el 24 de marzo, día siguiente al de la firma del contrato, para que éste quedara protegido de cualquier impugnación. En definitiva, no me parece que el problema jurídico que se plantea en el caso de autos pueda resolverse con arreglo a una remota e improbable posibilidad de abusos.

18. En consecuencia, a la luz de las anteriores consideraciones, propongo que se responda de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Regensburg:

- « 1) El apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE se oponen a una interpretación del Derecho nacional que suponga la nulidad de un contrato de trabajo celebrado con una mujer embarazada, cuando dicha nulidad es consecuencia únicamente de la prohibición de realizar un trabajo nocturno, establecida para la protección de las mujeres embarazadas.
  
- 2) El apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a la resolución de un contrato de trabajo celebrado con una mujer embarazada a causa de un error respecto a la existencia de un embarazo. »