CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JACOBS
presentadas el 8 de julio de 2004 [1]

1. Mediante el presente recurso, interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, la Comisión alega que la normativa austriaca que prohíbe la incorporación de las mujeres a determinados puestos en la industria minera y a puestos que implican trabajar en un medio hiperbárico y en trabajos de buceo es incompatible con los artículos 2 y 3 de la Directiva de Igualdad de Trato [2] (en lo sucesivo, «Directiva»).

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2. El artículo 2 de la Directiva, por cuanto aquí interesa, dispone:

«1. 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.

2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.

[...]»

1 — Lengua original: inglés.

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

3. El artículo 3, por cuanto aquí interesa, establece:

«1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en 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.

2. Para ello 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;

[...]»

4. Conforme al Derecho comunitario, Austria debía dar cumplimiento a la Directiva, a más tardar, el 1 de enero de 1995, fecha de su entrada en la Comunidad Europea. Sin embargo, en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, [3] debía hacerlo, a más tardar, el 1 de enero de 1994, fecha de entrada en vigor del Acuerdo.

5. El artículo 307 CE prevé, por cuanto aquí interesa:

«Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. [...]»

3 — El Acuerdo se adjunta a la Decisión 94/1/CE, CECA del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993 (DO 1994, L 1, p. 3). Véase, en particular, el artículo 70 y el apartado 18 del anexo XVIII.

Derecho internacional

6. El artículo 2 del Convenio nº 45 de la Organización Internacional del Trabajo, de 21 de junio de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (en lo sucesivo, «Convenio OIT nº 45») establece lo siguiente:

«En los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad.»

7. El artículo 3 dispone:

«La legislación nacional podrá exceptuar de esta prohibición:

a) a las mujeres que ocupen un cargo de dirección y no realicen un trabajo manual;

b) a las mujeres empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales;

c) a las mujeres que, durante sus estudios, realicen prácticas en la parte subterránea de una mina, a los efectos de la formación profesional;

d) a cualquier otra mujer que ocasionalmente tenga que bajar a la parte subterránea de una mina, en el ejercicio de una profesión que no sea de carácter manual.»

8. El artículo 7 establece:

«1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez

años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.»

9. El Convenio nº 45 de la OIT entró en vigor el 30 de mayo de 1937. Por tanto, pudo haber sido denunciado en el plazo de un año a partir del 30 de mayo de 1997. Austria es una de las partes contratantes, que ratificó el Convenio en 1937.

Normativa nacional

10. El artículo 16 del Arbeitszeitordnung (Decreto que regula la jornada de trabajo) de 30 de abril de 1938 (en lo sucesivo, «Decreto de 1938») [4], que estuvo en vigor, según la Comisión, hasta el 31 de julio de 2001, pero que, según el Gobierno austriaco, fue derogada por una ley de 19 de agosto de 1999, [5] establecía:

«1) No se podrá emplear a trabajadoras para la realización de trabajos subterráneos en minas, salinas, plantas procesadoras y canteras o excavaciones subterráneas, ni tampoco para la realización de trabajos en superficie relativos a la extracción, excepto el procesado (separación, lavado), ni relativos al transporte o la carga.

2) Tampoco se podrá emplear a trabajadoras en plantas de coque o en el transporte de materias primas para cualquier tipo de construcción.

3) El Reichsarbeitsminister [Ministro de Trabajo] podrá prohibir totalmente o bajo ciertas condiciones el empleo de trabajadoras por determinados tipos de empresas o para determinados trabajos, que conlleven riesgos especiales para la salud y la moralidad.»

11. Desde el 1 de agosto de 2001, el trabajo de las mujeres en la industria minera subterránea se regula mediante el Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und –beschränkungen für Arbeitnehmerinnen (Decreto del Ministro Federal de Economía y Trabajo relativo a las prohibiciones y

4 — Deutsches RGBl. I, p. 447; GBl.d.L.Ö 231/1939.

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (Ley Federal por la que se derogan leyes y reglamentos federales simples aprobados antes de 1946), BGBl.I, 191/1999.

restricciones al empleo de trabajadoras) de 4 de octubre de 2001 [6] (en lo sucesivo, «Decreto de 2001»).

12. El artículo 2 del Decreto de 2001 establece:

«1) No se podrá emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea.

2) El apartado 1 no se aplicará a:

1. trabajadoras con responsabilidades técnicas o de dirección que no realicen un trabajo que requiera un esfuerzo físico considerable;

2. trabajadoras empleadas en un servicio social o de sanidad;

3. trabajadoras que deban realizar prácticas profesionales como parte de sus estudios o formación equivalente, durante dichas prácticas;

4. trabajadoras empleadas en la industria minera subterránea con carácter meramente eventual, en un puesto que no requiera un esfuerzo físico considerable.»

13. El artículo 4 establece lo siguiente:

«1) No se podrá emplear a trabajadoras para la realización de trabajos que impliquen levantar, cargar, empujar, girar o transportar de otro modo pesos, de forma que exijan un esfuerzo físico especial que supongan una carga fisiológica excesiva para ellas.

2) A la hora de evaluar los trabajos señalados en el apartado 1, deberán valorarse los factores determinantes de esfuerzo y carga, en particular, el peso así como su tipo y

6 — BGBl. II, 356/2001.

forma, el método y velocidad del transporte, la duración y frecuencia de los trabajos y la capacidad de las trabajadoras.

3) El apartado 1 no se aplicará a aquellos trabajos que las trabajadoras realicen únicamente durante períodos breves o en condiciones en que no sea previsible un peligro para su vida o salud.»

14. El artículo 8 del Druckluft- und Taucherarbeiten- Verordnung (Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo) de 25 de julio de 1973 [7] (en lo sucesivo, «Decreto de 1973») establece, por cuanto aquí interesa, lo siguiente:

«1) Para la realización de trabajos en medio hiperbárico sólo se podrá emplear a trabajadores de sexo masculino de 21 o más años de edad que sean aptos para ello desde el punto de vista de la salud. [...]

2) [...] Siempre y cuando cumplan el requisito de la salud señalado en el apartado 1, se podrá emplear asimismo a trabajadoras de 21 o más años de edad para tareas de supervisión u otros trabajos en medio hiperbárico que no supongan un gran esfuerzo físico. [...]»

15. El artículo 31, por cuanto aquí interesa, establece:

«Únicamente se podrá emplear como buzos a trabajadores de sexo masculino de 21 o más años de edad, aptos para ello desde el punto de vista de la salud y que posean los conocimientos específicos y la experiencia profesional necesaria a efectos de protección de los trabajadores. [...]»

Procedimiento

16. Mediante escrito de 29 de septiembre de 1998, la Comisión se dirigió a las autoridades austriacas solicitando información detallada sobre la prohibición de incorporar a las mujeres a determinados puestos en la industria minera y a puestos que implican trabajar en un medio hiperbárico.

7 — BGBl. 501/1973.

17. Austria cumplió esta exigencia mediante escrito de 2 de marzo de 1999. Remitió a la Comisión las disposiciones relevantes del Decreto de 1938 y del Decreto de 1973, relativas a la excepción establecida en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva y manifestó expresamente que no tenía intención de modificar las normas sobre el trabajo de las mujeres en la minería.

18. Al considerar que las prohibiciones relativas al empleo de las mujeres establecidas en los Decretos de 1938 y 1973 eran incompatibles con la Directiva, la Comisión remitió el 29 de abril de 1999 un escrito de requerimiento a Austria.

19. En su respuesta de 2 de julio de 1999, Austria se refirió a su anterior escrito. Añadió que el artículo 16 del Decreto de 1938 no era aplicable a todas las actividades mineras y que, además, la autoridad minera había aceptado introducir cierto número de excepciones a dicho Decreto. Asimismo, Austria manifestó que tenía en proyecto una evaluación de la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo en el sector minero, que comprendería las dos disposiciones controvertidas.

20. La Comisión no quedó satisfecha con tal respuesta y remitió a Austria un dictamen motivado el 7 de febrero de 2002. Austria respondió el 11 de abril de 2002 explicando que su legislación relativa a la prohibición de contratar mujeres en la industria minera había sido modificada mediante el Decreto de 2001.

21. Al considerar que las prohibiciones relativas al empleo de las mujeres establecidas en el Decreto de 1973 y en el Decreto de 2001 eran contrarias al Derecho comunitario, la Comisión interpuso el presente recurso en el cual solicita que se declare que Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva y del artículo 10 CE en relación con el artículo 249 CE.

Admisibilidad

22. Austria alega que el recurso es inadmisible por lo que respecta a la prohibición relativa al empleo de las mujeres en la industria minera subterránea. Sostiene que, conforme a reiterada jurisprudencia, [8] el dictamen motivado de la Comisión y el recurso han de fundarse en los mismos motivos y que las modificaciones a la legislación nacional adoptadas entre la emisión del dictamen motivado y el recurso ante

8 — Véanse las sentencias de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Grecia (C-105/91, Rec. p. I-5871) y de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica (C-11/95, Rec. p. I-4115).

el Tribunal únicamente afectan a la admisibilidad de éste en los casos en los que las medidas impugnadas en el procedimiento administrativo se hayan mantenido en su conjunto. No sucede así en el caso que nos ocupa, porque las medidas no se han mantenido en su conjunto.

23. Es cierto que el objeto de un recurso interpuesto al amparo del artículo 226 CE está circunscrito por el procedimiento administrativo previsto por dicha disposición y, en consecuencia, el dictamen motivado de la Comisión y el recurso han de fundarse en los mismos motivos y alegaciones. [9]

24. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado específicamente que esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los casos una coincidencia perfecta entre las disposiciones nacionales mencionadas en el dictamen motivado y las que aparecen en el recurso. Cuando, entre estas dos fases del procedimiento, se haya producido un cambio legislativo, basta efectivamente con que el sistema establecido por la legislación aludida en el procedimiento administrativo previo haya sido mantenido en conjunto por las nuevas medidas adoptadas por el Estado miembro posteriormente al dictamen motivado y contra las que se dirige el recurso. [10]

25. Las modificaciones de la legislación austriaca no produjeron ningún cambio sustantivo importante en la prohibición relativa al empleo de las mujeres en la industria minera subterránea. El Decreto de 1938 establecía una diferencia de trato respecto a varios tipos de actividades que equivalía a una amplia prohibición del empleo de las mujeres en la industria minera, mientras que el Decreto de 2001 establecía una única excepción general y preveía un reducido número de excepciones dirigidas a actividades muy específicas como, por ejemplo, la experiencia laboral adquirida en la industria minera. De ello se deduce que el sistema establecido por la legislación aludida en el curso del procedimiento administrativo previo se ha mantenido en conjunto por las nuevas medidas adoptadas por Austria.

26. Además, el Tribunal de Justicia subrayó también que no es necesaria una coincidencia perfecta entre la parte dispositiva del dictamen motivado y las pretensiones del recurso cuando el objeto del litigio no se ha ampliado ni se ha modificado, sino que solamente se ha restringido. [11] En el presente caso, Austria alega en su defensa en cuanto al fondo que el Decreto de 2001 ya no prevé una prohibición absoluta del empleo de las mujeres en las minas, sino que sólo mantiene algunas prohibiciones y restricciones específicas a dicho trabajo. Por lo tanto, parece ser

9 — Véase la sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 8, apartado 73.

10 — Véase la sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 8, apartado 74, y la jurisprudencia allí recogida.

11 — Véase la sentencia de 11 de julio de 2002, Comisión/España (C-139/00, Rec. p. I-6407), apartado 19.

que, en la medida en que cambió la legislación, el objeto del recurso de la Comisión solamente se ha restringido.

27. Por último, he de añadir que la alegación de Austria basada en el artículo 307 CE [12] implica que el Decreto de 2001 es esencialmente una nueva adopción del Decreto de 1938.

28. A la luz de lo anteriormente expuesto, considero que la excepción de inadmisibilidad carece de fundamento.

Prohibición relativa al empleo de las mujeres en la industria minera subterránea

La Directiva

29. La Comisión alega que la prohibición relativa al empleo de las mujeres en la industria minera subterránea contenida en el artículo 2 del Decreto de 2001 es contraria a la Directiva, cuyo artículo 3, apartado 1, prohíbe la discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso al empleo. Añade que Austria reconoce implícitamente la naturaleza desproporcionada de la prohibición toda vez que, para todos los demás sectores, el artículo 4 del Decreto de 2001 prevé la valoración caso por caso de cuándo ha de permitirse a las mujeres realizar un trabajo que requiere un esfuerzo físico.

30. No se discute que la normativa controvertida trata de distinto modo a hombres y mujeres con respecto al empleo en la industria minera. Por tanto, la cuestión es si, como alega Austria, cabe admitir este trato distinto al quedar amparado por la excepción que establece el artículo 2, apartado 3, de la Directiva.

31. En concreto, Austria sostiene que está claro que, como regla general y desde un punto de vista biológico, las mujeres no tienen la misma constitución que los hombres y son físicamente más débiles. En consecuencia, el trabajo físicamente extenuante en la industria minera subterránea implica un mayor esfuerzo físico por su parte y las expone a mayores riesgos para su salud que a los hombres. Austria alega que no es éste el caso por lo que respecta al trabajo

12 — Véanse los puntos 39 y ss. *infra*.

nocturno, que expone a hombres y mujeres al mismo esfuerzo físico. Por consiguiente, no cabe aplicar por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, invocada por la Comisión, según la cual las prohibiciones relativas al trabajo nocturno para las mujeres son contrarias a la Directiva. [13]

32. Austria llega a la conclusión de que, por tanto, con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva, está justificado mantener la prohibición relativa al empleo de las mujeres en la industria minera cuyo propósito es, a su juicio, proteger a las mujeres.

33. En mi opinión dicha disposición, como resulta además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pretende dirigirse a las necesidades específicas de las mujeres y, por tanto, su protección puede quedar justificada en determinadas situaciones. El Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que al permitir a los Estados miembros mantener o establecer disposiciones destinadas a la protección de la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», la Directiva reconoce, en relación con el principio de igualdad, la justificación de proteger las necesidades de la mujer en un doble aspecto. Se trata de asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a éste, hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones. [14]

34. Por lo tanto, el artículo 2, apartado 3, no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que afectan del mismo modo a hombres y mujeres y que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas. [15]

35. Cabe señalar que, pese al empleo del término «especialmente» en el artículo 2, apartado 3, el Tribunal de Justicia no ha aceptado el uso de la excepción por ningún motivo distinto de consideraciones relacionadas con el embarazo y la maternidad. Aunque la palabra «especialmente» indica que esta excepción puede referirse a situa-

13 — Véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4017), de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), y de 13 de marzo de 1997, Comisión/Francia (C-197/96, Rec. p. I-1489).

14 — Véase la sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047), apartado 25.

15 — Véanse las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 44, y de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, Rec. p. I-69), apartado 30.

ciones distintas del embarazo y de la maternidad, éstas ejemplifican el alcance de estas excepciones. [16]

36. Las distintas situaciones previstas por el artículo 2, apartado 3, son claramente diferentes, por tanto, de las recogidas en la legislación austriaca, que excluye de tal trabajo a todas las mujeres con independencia de sus aptitudes y condiciones físicas.

37. A mi juicio, es irrelevante que, como señala Austria, su normativa prevea excepciones a la prohibición general. El Tribunal de Justicia ha afirmado con claridad que el principio de igualdad de trato no permite excluir de manera general a las mujeres de un determinado trabajo, aun cuando haya excepciones, cuando dicho trabajo no está prohibido para los hombres. [17] En cualquier caso, las excepciones con arreglo a la normativa austriaca tienen un alcance sumamente restringido.

38. Por consiguiente, llego a la conclusión de que la prohibición relativa al empleo de las mujeres en las minas no está comprendida en el ámbito de la excepción del artículo 2, apartado 3, de la Directiva.

El Convenio OIT

39. Austria alega que las restricciones al empleo de mujeres están justificadas por sus obligaciones de Derecho internacional que se derivan del Convenio OIT nº 45, que, como es anterior a la adhesión de Austria al Tratado CE, sigue siendo obligatorio en virtud del artículo 307 CE.

40. El primer párrafo del artículo 307 CE prevé que las disposiciones del Tratado no afectan a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios Estados no miembros, por otra. El artículo 307 CE tiene alcance general y se aplica a todo convenio internacional, sea cual fuere su objeto, que pueda tener incidencia en la aplicación del Tratado. [18]

41. Austria sostiene que de conformidad con la citada disposición, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, [19] los Estados miembros no tienen que aplicar el Derecho comunitario cuando dicha aplicación sea incompatible con sus obligaciones derivadas de un tratado o convenio interna-

16 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn presentadas el 21 de septiembre de 1988, Comisión/Francia (312/86, Rec. p. 6315).

17 — Véase la sentencia Stoeckel, citada en la nota 13, apartado 19.

18 — Véanse las sentencias de 14 de octubre de 1980, Burgoa (812/79, Rec. p. 2787), apartado 6, y de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal (C-84/98, Rec. p. I-5215), apartado 52.

19 — Véase la sentencia Levy, citada en la nota 13.

cional celebrado con Estados no miembros antes de su adhesión al Tratado CE. Invoca, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Levy [20] y Minne [21] para apoyar su alegación de que la prohibición relativa al empleo de las mujeres está permitida en virtud del artículo 307 CE.

42. Estos asuntos planteaban la cuestión de si el principio de igualdad de trato se oponía a que un Estado miembro prohibiera el trabajo nocturno a las mujeres en circunstancias en que otro Convenio OIT anterior al Tratado exigía tal prohibición. El Tribunal de Justicia declaró esencialmente que aunque tal prohibición era contraria al principio de igualdad de trato, la Directiva no podía aplicarse en la medida en que las disposiciones nacionales hayan sido adoptadas para garantizar el cumplimiento, por parte del Estado miembro, de obligaciones derivadas de un convenio comprendido en el ámbito del artículo 307 CE.

43. Sin embargo, la Comisión se refiere al segundo párrafo del artículo 307 CE, que obliga al Estado miembro a recurrir a todos los medios apropiados para eliminar cualquier incompatibilidad entre tal convenio y el Tratado, y alega que, por tanto, Austria debía haber denunciado el Convenio el 30 de mayo de 1997 con arreglo al artículo 7. [22]

44. Tanto el asunto Levy como el asunto Minne provienen de una petición de decisión prejudicial. En ninguno de ellos el órgano jurisdiccional nacional remitente solicita orientación sobre el efecto del segundo párrafo del artículo 307 CE. Tampoco se planteó este tema por ninguna de las partes que presentaron observaciones al Tribunal de Justicia, aunque en el asunto Minne, el Tribunal de Justicia señaló que el Estado miembro en cuestión (Bélgica) había denunciado de hecho el Convenio de que se trataba. [23]

45. En el presente caso, en cambio, se está solicitando que el Tribunal de Justicia declare que Austria ha infringido el Derecho comunitario. Ya he manifestado mi opinión de que el Decreto de 2001 es contrario, en efecto, a la Directiva. Al objeto de decidir si Austria puede invocar, como alega, el artículo 307 CE para justificar su normativa, es preciso determinar si de acuerdo con el párrafo segundo de dicha disposición, recurrió a todos los medios apropiados para eliminar incompatibilidades entre dicha normativa y las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Además,

20 — Citada en la nota 13.

21 — Véase la sentencia de 3 de febrero de 1994 (C-13/93, Rec. p. I-371).

22 — Expuesto en el punto 8 *supra*.

23 — Véase el apartado 15 de la sentencia.

este tema fue planteado por las partes. Si el Tribunal de Justicia queda convencido de que Austria podía haber eliminado la incompatibilidad entre las disposiciones nacionales y el Derecho comunitario pertinente, pero que no lo hizo, Austria ya no podría invocar el artículo 307 CE.

46. En su sentencia Comisión/Portugal, [24] el Tribunal de Justicia aborda expresamente el problema al que se enfrenta un Estado miembro cuando sus obligaciones derivadas del Derecho internacional y del Derecho comunitario entran en conflicto. En ese supuesto, el Tribunal de Justicia declaró que si bien los Estados miembros tienen, en el marco del artículo 307 CE, la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. Por consiguiente, no puede negarse que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de un acuerdo, le incumbe denunciarlo. [25] El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que Portugal había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la normativa comunitaria, al no haber denunciado ni adaptado un acuerdo con un tercer país que entraba en conflicto con dicha normativa. [26]

47. Por lo tanto, el párrafo segundo del artículo 307 CE comprende, como sugiere su redacción, situaciones en las que un convenio puede ser renegociado por las partes contratantes o denunciado unilateralmente con arreglo a sus términos. Por lo que respecta al presente caso, cabe señalar que trece partes contratantes, incluidos seis Estados miembros, [27] ya denunciaron el Convenio OIT nº 45. La mayoría de esas partes denunciantes justificaron su denuncia en que el Convenio es incompatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Además, en 1996 el Consejo de Administración de la OIT invitó a los Estados partes en el Convenio OIT nº 45 a considerar la ratificación del Convenio OIT nº 176 de 1995 sobre seguridad y salud en las minas, que describe como «la norma actualizada en este terreno que [en la práctica] comprendía el ámbito del Convenio nº 45», y la posible denuncia del Convenio nº 45. [28] El Convenio nº 176 se aplica por igual a hombres y mujeres.

48. De lo anterior se deriva que en circunstancias como las controvertidas, en que Austria tenía legalmente la oportunidad de

24 — Citada en la nota 18.

25 — Véase el apartado 58 de la sentencia.

26 — Véase el apartado 61 de la sentencia.

27 — Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia y Reino Unido.

28 — Véanse los Informes del Consejo de Administración para la 267ª reunión (noviembre de 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, la 268ª reunión (marzo de 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, la 270ª reunión (noviembre de 1997), GB.270/15, y la 274ª reunión (marzo de 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (disponibles en el sitio web de la OIT: www.ilo.org).

denunciar el Convenio OIT nº 45 en el plazo de un año a partir del 30 de mayo de 1997 [29] y de ese modo garantizar el mismo trato entre hombres y mujeres conforme a la Directiva en lo que se refiere al acceso al empleo en la industria minera subterránea, Austria no tiene posibilidad de invocar en este procedimiento el párrafo primero del artículo 307 CE para justificar una normativa nacional incompatible con la Directiva.

49. Sin embargo, Austria alega que no pudo saber, a tiempo para denunciar el Convenio OIT nº 45, que su normativa era contraria al Derecho comunitario o que la Comisión consideraba que las disposiciones controvertidas eran contrarias al Derecho comunitario, toda vez que la primera comunicación de la Comisión sobre el tema se envió en septiembre de 1998.

50. No puede acogerse esta alegación. Como hemos mencionado anteriormente, [30] la Directiva empezó a ser aplicable a Austria a la entrada en vigor del Acuerdo EEE, el 1 de enero de 1994 y, conforme al Derecho comunitario, Austria debía dar cumplimiento a la Directiva, a más tardar, el 1 de enero de 1995. Así, con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva, Austria debía suprimir lo antes posible toda norma contraria al principio de igualdad de trato, y la fecha de cualquier comunicación de la Comisión no es relevante al respecto.

51. De lo anterior se desprende que Austria no puede invocar en este procedimiento el Convenio OIT nº 45 para evitar cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva.

La prohibición relativa al empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo

52. La Comisión alega que la prohibición relativa al empleo de mujeres en puestos que implican trabajar en un medio hiperbárico y en trabajos de buceo, contenida en los artículos 8 y 31 del Decreto de 1973, es contraria al Derecho comunitario.

53. Austria responde que dicha prohibición es conforme con los requisitos de la Directiva y, en particular, que está justificada por las mismas razones que la prohibición

29 — Véase el artículo 7 del Convenio, expuesto en el punto 8 *supra*.

30 — Véase el punto 4 *supra*.

relativa al empleo en las minas, es decir, debido a la naturaleza del trabajo que requiere un esfuerzo físico unida a la capacidad física, generalmente menor, de las mujeres, como es su capacidad respiratoria.

54. Es cierto que, como en el caso del trabajo en una mina, las actividades en las que se centra la normativa austriaca pueden suponer algún esfuerzo físico por parte de la persona que las realiza. No obstante, puesto que Austria no ha aportado prueba alguna de que tal trabajo dé lugar a riesgos que afectan de distinto modo a hombres y mujeres o a riesgos que sean específicos de las mujeres y de los que necesiten ser especialmente protegidas en el sentido del artículo 2, apartado 3, de la Directiva, ese hecho no puede justificar que todas las mujeres sean excluidas de tales actividades. [31]

55. El hecho de que la prohibición relativa a las mujeres que trabajan en un medio hiperbárico tenga dos excepciones limitadas (en comparación con la prohibición general relativa a las mujeres para realizar trabajos de buceo, que no admite excepciones) no la hace compatible con la Directiva. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que el principio de igualdad de trato no permite una exclusión general de las mujeres de un determinado trabajo, aun cuando haya excepciones, cuando tal trabajo no está prohibido para los hombres. [32] En segundo lugar, está claro en cualquier caso que las excepciones no están objetivamente justificadas en el sentido del artículo 2, apartado 3, porque sólo permiten que las mujeres realicen una función de supervisión o un trabajo en un medio hiperbárico que no implique un esfuerzo físico excesivo. Por lo tanto, no están comprendidas en la categoría de excepciones relacionadas con el embarazo o la maternidad que se recogen en el artículo 2, apartado 3.

56. Por consiguiente, considero que la prohibición relativa al empleo de mujeres en puestos que implican trabajar en un medio hiperbárico y en trabajos de buceo es incompatible con la Directiva.

31 — Véase la discusión en los puntos 33 a 36 *supra*.

32 — Véase la sentencia Stoeckel, citada en la nota 13, apartado 19.

Conclusión

57. En consecuencia, considero que el Tribunal de Justicia debe:

«1) Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, al haber mantenido los artículos 8 y 31 del Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, de 1973, y al introducir los artículos 2 y 4 del Decreto del Ministro Federal de Economía y Trabajo relativo a las prohibiciones y restricciones al empleo de trabajadoras, de 4 de octubre de 2001.

2) Condenar en costas a la República de Austria.»