CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI presentadas el 26 de febrero de 1985 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el recurso nº 248/83, presentado en la Secretaría el 9 de noviembre de 1983, la Comisión de las Comunidades Europeas prosigue su batalla para que los Estados miembros apliquen clara y exactamente las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE. Es sabido que estos actos imponen la aproximación de los sistemas nacionales en cuanto a la aplicación de la igualdad de retribuciones entre trabajadoras y trabajadores (DO 1975, L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52) y la aplicación 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 (DO 1976, L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

Iniciada hace casi tres años contra la República Italiana mediante un recurso que el Tribunal de Justicia desestimó, y proseguida con éxito parcial frente al Reino Unido, la iniciativa de la Comisión se dirige hoy contra la República Federal de Alemania. Con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE la Comisión reprocha a esta última los siguientes incumplimientos:

1) No adaptación del Derecho interno, en la debida forma, a la Directiva 76/207, respecto a las relaciones de trabajo en el sector público.

2) No adaptación completa del Derecho interno a la Directiva 75/117 en materia de igualdad de retribuciones de los trabajadores en el sector público.

3) No adaptación del Derecho interno, en la debida forma, a la Directiva 76/207, por lo que se refiere al estatuto de las profesiones independientes.

4) Falta de determinación en el Derecho interno del ámbito de aplicación de las excepciones contempladas en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207.

* Lengua original: italiano.

5) Omisión de conferir carácter imperativo a las disposiciones introducidas por el artículo 611 *ter* del Código Civil relativas a la neutralidad de las ofertas de trabajo. [1]

Con objeto de clarificar el contexto fáctico y jurídico en el que se sitúa nuestro litigio es preciso volver la vista atrás. Conforme a los artículos 8 de la Directiva 75/117 y 9 de la Directiva 76/207, la República Federal de Alemania estaba obligada, al igual que los demás Estados miembros, a adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a la normativa comunitaria respectivamente antes de febrero de 1976 y de agosto de 1978. En septiembre de 1980, el Gobierno alemán informó a la Comisión de que el 13 de agosto de ese mismo año el Bundestag había aprobado una ley relativa a la igualdad de trato en el puesto de trabajo (la llamada Ley de adaptación al Derecho comunitario en materia de Derecho laboral).

Esta Ley implica, de hecho, la inserción en el Código Civil de algunas disposiciones nuevas y la modificación de otras ya existentes. Recordaré, en particular, que el artículo 611 *bis* del BGB establece lo siguiente: «El empresario no puede, mediante acuerdo u otra medida, perjudicar a un trabajador por razón de su sexo, en particular al celebrar el contrato de trabajo [...] No obstante, se admite el trato diferenciado por razón del sexo cuando el contrato o la medida se refieran a la naturaleza de la actividad que deba ejercer el trabajador y el sexo constituya un requisito determinante de dicha actividad. En caso de litigio, si el demandante puede probar la existencia de hechos que permitan suponer el trato discriminatorio por razón del sexo, el empresario soportará la carga de la prueba de que dicho trato diferenciado está justificado por motivos objetivos ajenos al sexo o de que el sexo constituye un requisito imprescindible para desempeñar esa actividad.» El artículo 611 *ter* dispone, por el contrario, que «el empresario no puede publicar ningún anuncio de oferta de trabajo, públicamente o dentro de la empresa, únicamente para trabajadores o únicamente para trabajadoras, excepto en los supuestos contemplados en la segunda frase del apartado 11 del artículo 611 *bis*». Por último, el apartado 3 del artículo 612 dispone que «ningún contrato de trabajo establecerá una retribución desigual por razón del sexo entre personas de sexo distinto por un trabajo idéntico o similar. La estipulación de una retribución inferior no se justifica por la existencia de medidas de protección especiales basadas en el sexo del trabajador».

Al menos aparentemente se trata de normas de gran importancia. No obstante, *tota lege perspecta,* la Comisión las consideró insuficientes para alcanzar los objetivos comunitarios. Así, tras un infructuoso intercambio

[1] En el recurso la Comisión también denunciaba la incompatibilidad con la Directiva 76/207 de la Ley alemana relativa a la protección de la maternidad («Mutterschutzgesetz»), pero desistió de esta imputación después de que, el Tribunal de Justicia dictara la sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83,↔ Rec. p. 3047).

de cartas con el Gobierno federal, emitió, el 29 de octubre de 1982, un dictamen motivado reprochando a la República Federal no haber adoptado todas las medidas necesarias para la aplicación de las dos Directivas. Pero, mediante un escrito de 3 de enero de 1983, el Gobierno le respondió que, al completar el BGB en los términos citados, la República Federal había cumplido sus obligaciones plenamente. En efecto, en el sector público y en las profesiones independientes no se requería ninguna adaptación puesto que la normativa que los regula ya cumple, con claridad y certeza, los requisitos impuestos por el Consejo.

2. A continuación, la Comisión interpuso el presente recurso, destinado fundamentalmente a que el Tribunal de Justicia declare que la República Federal de Alemania ha aplicado parcial e insuficientemente las dos Directivas citadas. En otras palabras, según la demandante nos encontramos ante el ejemplo clásico de incumplimiento por parte del Estado en materia de Directivas. El Gobierno alemán no está de acuerdo con ello. Afirma que, puesto que, en los sectores indicados por la Comisión, la normativa alemana responde de manera adecuada a los objetivos fijados por la Comunidad incluso en el plano constitucional y con efecto directo, en el presente asunto se trata más bien de una *dispensa de la adaptación del Derecho interno a la Directiva.* En opinión del Gobierno alemán el presente asunto constituye un fiel reflejo de la situación que un sector doctrinal autorizado define como «armonía [comunitaria] preestablecida».

¿Está fundada esta tesis? En primer lugar, procede partir de una premisa. Recordaré que, conforme al artículo 189 del Tratado, la Directiva «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Como señala la doctrina a la que he aludido, este acto se caracteriza, así, por dos elementos que el intérprete debe tener en cuenta *simultáneamente:* el primero, que consiste en el «modelo legislativo» concebido y propuesto por la Comunidad a los Estados, es constante y, al mismo tiempo, obligatorio en el sentido de que *vincula sin alternativa* a todos los Estados miembros de manera uniforme; el segundo, que consiste en la aplicación del modelo en el ordenamiento jurídico nacional, es , por así decirlo, variable, en la medida en que cada Estado miembro es *libre, pero con posibles limitaciones,* de llevarlo a cabo en la forma y con los medios que elija.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha precisado en varias ocasiones el alcance de uno y otro elemento. Así, a propósito del primero, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «es importante que cada Estado miembro ejecute las Directivas controvertidas de un modo que se ajuste plenamente a las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las Directivas» (sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica, 102/79,↔ Rec. p. 1473). A propósito del elemento variable, el Tribunal de Justicia ha sostenido que la facultad de elegir los procedimientos y los medios destinados a garantizar la aplicación de la

Directiva no obsta a que los Estados miembros destinatarios de aquélla «estén obligados a adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido» (sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83,↔ Rec. p. 1891, apartado 15; véanse asimismo las conclusiones de la Abogada General Sra. Rozès, punto I, 1). Además, «no dispensa a los "Estados" de la obligación de traducir las disposiciones de la Directiva en disposiciones nacionales que tengan carácter imperativo» (sentencia de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos, 96/81, Rec. p. 1791).

Por tanto, examinaré, basándome en el criterio de la apreciación simultánea, los objetivos y el alcance de las dos Directivas citadas para verificar, a continuación, si la «armonía preestablecida» del ordenamiento jurídico alemán responde verdaderamente de forma completa y puntual a las exigencias comunitarias. Como he señalado, el primer objetivo de la Directiva 76/207 es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En particular, como se dice en la sentencia von Colson, la Directiva pretende garantizar a los trabajadores de uno y otro sexo una igualdad de oportunidades efectiva en el acceso al empleo. La aplicación de este principio implica dos obligaciones complementarias a cargo de los Estados miembros:

a) Eliminar, en los diferentes sectores contemplados por la Directiva, toda discriminación por razón del sexo, suprimiendo todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato [apartado 2 del artículo 3, letra a) del artículo 4 y apartado 2 del artículo 5].

b) Adoptar las medidas necesarias para permitir a cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación, hacer valer sus derechos ante los tribunales. Estas medidas deberán ser «suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva» y permitir que los interesados puedan invocarlas «efectivamente» ante los órganos jurisdiccionales nacionales (sentencia Von Colson, respecto al artículo 6).

Ahora bien, si son tales las obligaciones que la Directiva 76/207 impone a los Estados miembros y si son tales los límites a los que están sometidos los Estados miembros en la elección de los medios para aplicar la prohibición de discriminación, ¿los artículos 3 (nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo), 12 («todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión») y 33 («todos los alemanes tienen el mismo derecho, según su aptitud, capacidad y méritos, a acceder a los cargos públicos») de la Constitución alemana –repito– pueden garantizar por sí solos una *igualdad efectiva de trato* en el acceso a los cargos públicos o a las profesiones independientes así como la *certeza y la efectividad* de las situaciones jurídicas queridas por esa Directiva?

Paso a la Directiva 75/117. Adoptada basándose en el artículo 100 del Tratado, la

finalidad de este acto consiste en la aproximación de las leyes mediante las cuales los Estados miembros aplican al principio de igualdad de retribución entre trabajadores de distinto sexo. A tal fin impone a los Estados miembros la obligación de:

a) Suprimir las discriminaciones entre hombres y mujeres que se deriven de disposiciones legislativas contrarias al principio de igualdad de retribución (artículo 3).

b) Introducir en su respectivo ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por la no aplicación del principio de igualdad de retribución, pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional (artículo 2).

Además, para *garantizar* la aplicación de este principio, el artículo 6 impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas necesarias «conforme a sus circunstancias nacionales y a sus sistemas jurídicos». A este respecto, en la sentencia de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83,↔ Rec. p. 427), el Tribunal de Justicia afirmó: «Debe admitirse que los Estados miembros pueden dejar, en primer lugar, que los interlocutores sociales apliquen el principio de igualdad de retribución. Sin embargo, esta facultad no los exime de la obligación de garantizar, mediante las aprobadas medidas legales [...], que todos los trabajadores de la Comunidad puedan beneficiarse en toda su extensión de la protección prevista por la Directiva. *La garantía estatal debe cubrir todos los casos en que no exista otra protección efectiva [...]* »

Ahora bien, si son éstas las obligaciones que la Directiva 75/117 impone a los Estados miembros y si son éstos los límites a los que están sometidos los Estados en la elección de los medios que permitan aplicar el principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores de los dos sexos, ¿puede el artículo 3 de la Constitución alemana («nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo») garantizar efectivamente por sí solo una *igualdad efectiva* de las retribuciones, así como la *certidumbre y la efectividad* de las situaciones jurídicas queridas por el acto?

Considero que la respuesta a las dos cuestiones que acabo de formular debe ser negativa.

3. En primer lugar señalaré que, a diferencia de lo que afirma el Gobierno federal, el Tribunal de Justicia nunca ha reconocido, ni siquiera implícitamente, que un principio constitucional de aplicación directa constituya una medida suficiente para adaptar el Derecho interno a una Directiva. En efecto, en la sentencia de 26 de noviembre de 1983, Comisión/Italia (163/82, Rec. p. 3273), se limita a reproducir las explicaciones proporcionadas por el Gobierno Italiano, poniendo de manifiesto que la Comisión no pudo refutarlas. Por otra parte, el mismo Gobierno explicó, en esa ocasión, cómo se aplica

el artículo 24 de la Constitución Italiana («cualquier persona puede actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos»): «una vez comprobada –afirmaba– la existencia de una norma material en protección de un interés individual, no es necesario [en principio] ningún acto legislativo especial para garantizar la protección de este interés», puesto que dicha protección se deriva, de manera general y absoluta, de la norma de rango superior. En otras palabras, el artículo 24 se invocó como *norma constitucional de principio en la materia* (en tanto que factor común a las otras normas específicas) en un sistema ya rico en disposiciones precisas materiales y formales (justamente las que dicho Gobierno mencionó en primer lugar).

La tesis del Gobierno alemán parte, por el contrario, de una afirmación diametralmente opuesta. En efecto, este Gobierno afirma que los artículos 3, 12 y 33 de la Constitución no sólo son suficientes por sí mismos para hacer efectivo el principio de igualdad de trato, sino que se impiden la adopción de normas ordinarias. Dicho de otra manera, estos artículos son *necesariamente* las únicas normas que pueden aplicar las Directivas de que se trata. Pero –he aquí lo decisivo– ¿pueden también garantizar esta aplicación *en concreto?* Es indudable que *pueden* hacerlo. En efecto, ninguna disposición del Tratado o del Derecho derivado excluye explícitamente la posibilidad de ejecutar una Directiva mediante normas constitucionales. No obstante, es obvio que éstas deberán atenerse a las obligaciones y a los requisitos impuestos por el acto comunitario, con los efectos, la certeza y la claridad características de las normas ordinarias adoptadas *ad hoc*. Ahora bien, precisamente aquí es donde aparecen los problemas.

Comenzaré señalando que los artículos controvertidos –y sobre todo, el artículo 3– se imponen al legislador, influyen en la función jurisdiccional y vinculan directamente la actividad de la Administración Pública. Por el contrario, no atribuyen a los particulares, especialmente a los trabajadores y a los ciudadanos que aspiran a ocupar un puesto de trabajo, derechos subjetivos que éstos puedan invocar ante los tribunales. Para estos particulares, reconoce el propio Gobierno alemán, «representan únicamente la expresión de principios de valor general» y, por ese motivo, el Bundestag consideró que debía ejecutar la Directiva 76/207 completando el Código Civil con los artículos mencionados. Por el contrario, afirma el mismo Gobierno, no eran necesarias intervenciones análogas respecto al acceso a la Función Pública. En efecto, puesto que las normas constitucionales obligan directamente a la Administración, el principio de igualdad previsto en el artículo 3 basta para excluir que un candidato sea objeto de discriminación por razón de su sexo.

Aquí existe un primer motivo de perplejidad: la misma regla produce efectos *horizontalmente* distintos: actúa de manera distinta según la situación en la que se la invoque. Aplicaré a la materia una escala de cero a diez: para quienes se apresten a celebrar un contrato de trabajo, el efecto protector del artículo 3 equivale a cero o, como mucho, puesto que expresa un «juicio de valor general», equivale a uno; por el

contrario, para un candidato a un empleo público, este efecto (aunque veremos que las cosas son muy diferentes) corresponde a diez.

Esta realidad ya es suficientemente inquietante. Y lo es mucho más si se considera que, como se ha señalado en la vista, únicamente algunos funcionarios de la Administración Pública están vinculados a ésta mediante una relación laboral de Derecho público. Respecto a los otros, se prevé la celebración de contratos de trabajo; por consiguiente, la protección se rige por las nuevas normas del BGB. «Los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares –ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de enero de 1985, anteriormente citada– exigen [...] una formulación inequívoca que permita a las personas afectadas conocer sus derechos y obligaciones de manera clara y precisa.» La escala de valores a la que he hecho alusión impone excluir que el artículo 3 cumpla estos requisitos severos de certeza en relación con las dos vías para acceder a un empleo en la Administración Pública. Por el contrario, debemos considerarla como una norma inadecuada y ambigua, al menos por lo que se refiere a su aptitud para garantizar de manera imparcial la igualdad de trato en el acceso a la Función Pública.

Por lo demás, la *propia naturaleza* (o, si se prefiere, el rango, la función) del artículo 3 hace, si no absolutamente imposible, al menos altamente improbable que, como pretende el Gobierno federal, pueda constituir una situación real de «armonía preestablecida». Permítaseme desarrollar esta teoría, que considero de gran interés teórico y práctico.

La Directiva 75/117 se limita a establecer la «aproximación» de los Derechos nacionales en materia de igualdad de retribuciones porque el Consejo ha tenido en cuenta el hecho de que este principio ya existía en el arsenal legislativo de los Estados miembros, si bien bajo formas y con efectos distintos; por tanto, es comprensible que, considerando sus legislaciones a la altura del modelo comunitario, algunos Estados hayan podido considerarse dispensados de la obligación de adaptarla al mismo. El caso de la Directiva 76/207 es completamente diferente. Esta Directiva prescribe *directamente* la aplicación del principio de igualdad entre los sexos, haciendo abstracción de la eventual existencia de normas que lo sancionen en los distintos ordenamientos jurídicos internos. Además, no sólo exige que se supriman las normas contrarias a este principio, sino también las ambiguas y obsoletas. En otras palabras, es indudable que, entre los dos actos, el más incisivo, el más enérgico es el último: ello explica, en mi opinión, por qué los Estados miembros han adaptado a ella su legislación adoptando normas *específicas*.

Añadiré que numerosos ordenamientos jurídicos nacionales se atuvieron al modelo comunitario respecto a todas las formas en las que se expresa el trabajo humano y, por tanto, también el empleo público, aunque, en algunos de ellos, la materia ya estaba

ampliamente regulada. Francia, por ejemplo, adoptó dos leyes, una en 1982 (relativa exclusivamente al sector público) y otra en 1983. Los Países Bajos, Bélgica, Dinamarca y Grecia han hecho algo parecido. Pero el caso más significativo es el de Italia. En el sector público este Estado podía aprovecharse de la existencia de normas constitucionales más precisas que las alemanas (artículo 51: «Todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder a los cargos públicos [...] en condiciones de igualdad») así como de normas específicas de desarrollo (artículo 1 de la Ley de 9 de febrero de 1963, nº 66: «La mujer puede acceder a todos los cargos, profesiones y empleos públicos [...] sin limitaciones de funciones y de desarrollo de la carrera») y, sin embargo, tuvo en cuenta los requisitos de claridad y certidumbre que exige la normativa comunitaria y, como ha podido comprobar el propio Tribunal de Justicia, ha desarrollado el principio de igualdad de trato de manera que excluye, en la medida humanamente posible, cualquier discriminación entre sus nacionales.

¿Quiero decir con ello que la República Federal de Alemania estaba obligada a adoptar una ley únicamente porque los otros Estados lo han hecho? Evidentemente no. Lo que pretendo poner en evidencia es otra cosa. El desinterés de la Directiva por las normas estatales preexistentes y orientadas en el mismo sentido, su contenido rígido, su lenguaje desacostumbradamente incisivo y la manera con que una gran parte de los Estados miembros han creído obligatorio adaptar su Derecho a la misma demuestran que el objetivo central del acto puede traducirse en los siguientes términos: *impedir toda posibilidad discrecional* (las sentencias del Tribunal de Justicia dirían: toda falta de certeza y de claridad) en la aplicación del principio que prohíbe tratar de manera distinta a los trabajadores y a las trabajadoras. Ahora bien, no existe disposición menos apropiada que la norma constitucional para garantizar un resultado de este tipo.

Tomemos precisamente el artículo 3 de la Constitución alemana. Todos sabemos qué efecto debe reconocérsele; pero es evidente que se dirige principalmente al legislador y que su primer objetivo es prevenir y suprimir las discriminaciones introducidas por vía legislativa ¿Qué sucederá entonces con las desigualdades de trato derivadas de circunstancias de hecho y no imputables, en ningún caso, a una norma de jurídica ordinaria? Evidentemente, impugnándolas mediante un recurso de inconstitucionalidad, la víctima de la discriminación no podrá obtener una sentencia de eficacia *erga omnes,* que pueda ser invocada por cualquier persona que se encuentre en una situación análoga. Cuando eso sea posible, su eliminación sólo se podrá garantizar sometiendo el asunto a un Juez ordinario; por tanto, será puntual y dependerá completamente de la potestad discrecional.

La tesis de Bonn (la «armonía preestablecida» también puede existir en caso de normas constitucionales) es, en definitiva, sumamente frágil. Por lo demás, mi impresión es que no responde a una convicción teórica auténtica, sino que sólo constituye un expediente, una suerte de *deus ex machina,* empleado en la escena del litigio para construir una avanzadilla defensiva contra

las imputaciones de la demandante. Veamos, a continuación, si las demás alegaciones mediante las que el Gobierno demandado las rechaza, son más sólidas.

4. Recordaré que el primer incumplimiento censurado a la República Federal es la falta de adaptación de su Derecho interno a la Directiva 76/207 por lo que se refiere a las relaciones de trabajo en el sector público. La Comisión afirma que el nuevo artículo 611 *bis* del BGB se aplica únicamente a las relaciones de trabajo privado; por tanto, no existen normas específicas que garanticen la igualdad efectiva de acceso al empleo público entre hombres y mujeres. El Gobierno alemán replica, en primer lugar, que habida cuenta del límite establecido por el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, la Directiva no se aplica a la Función Pública. Pero la excepción que, por lo demás, sólo se ha invocado ocasionalmente en el transcurso del procedimiento, es, evidentemente, dilatoria. No es necesario, por tanto, detenerse en ella.

Pasaré al fondo. Tras exponer la tesis «constitucional» que acabo de criticar, el Gobierno demandado le resta buena parte de su fuerza afirmando que son, *sobre todo,* dos normas jurídicas ordinarias de carácter sólido las que prohíben el trato discriminatorio en el acceso a la Función Pública. Así, el artículo 7 de la Beamtenrechtsrahmengesetz de 1 de julio de 1957 dispone que «la selección de los candidatos se efectuará en función de las aptitudes, capacidades y méritos, sin distinción por razón del sexo», mientras que el artículo 8 de la Bundesbeamtengesetz de 14 de julio de 1953 establece que «mediante el anuncio de ofertas de empleo se invitará a presentar candidaturas. La selección se efectuará en función de las aptitudes, capacidades y méritos, sin distinción por razón del sexo». Por otra parte, para proteger al candidato o al funcionario víctima de una discriminación, el Derecho procesal establece numerosas vías de recurso que dan lugar a sanciones apropiadas y considerablemente disuasorias.

La parte demandante no discute la exactitud de estos datos: sin embargo, niega que las normas citadas posean la efectividad necesaria. Ello ha generado una polémica que se ha prolongado durante todo el procedimiento creando confusión: la Comisión, por ejemplo, ha sostenido que el criterio de las «aptitudes» es eficaz aparentemente, pero débil, e incluso, a la luz de los hechos, produce el efecto contrario; el Gobierno alemán ha respondido que esta censura no se basa en ninguna prueba. Por mi parte, no tengo elementos para poner en uno u otro platillo de la balanza. No obstante, considero conveniente señalar, para lo mucho o poco que se pueda deducir de ello, la respuesta que el Ministro alemán del Interior dio, hace aproximadamente tres meses, a una pregunta de numerosos parlamentarios relativa a las mujeres en el sector público: «El Gobierno –afirmó– continuará siguiendo la evolución [...] del acceso de las mujeres al sector público federal. A menos que cese la tendencia positiva actual, habrá que decidir qué medidas suplementarias deben adoptarse para que la igualdad jurídica ya alcanzada entre hombres y mujeres en el sector público *se garantice también plena-*

mente en la práctica concreta» (Deutscher Bundestag, 10.ª legislatura, documento 10/2461, 26 de noviembre de 1984).

Difícilmente impugnable en el plano de la efectividad, debido a la falta de documentos en los que encontrar un apoyo seguro, la defensa alemana presenta, sin embargo, un punto débil en el terreno menos resbaladizo de la tutela jurisdiccional y es raro que la Comisión no lo haya percibido. Me refiero a la equivalencia que establece el Gobierno demandado entre las normas que acabo de citar y el nuevo artículo 611 *bis* del BGB. Era efectivamente necesario –afirma– conceder una tutela jurisdiccional particular a los trabajadores, que carecían de ella, pero no a los funcionarios que, en virtud de la ley fundamental y de las medidas adoptadas en los años cincuenta, ya gozaban de una tutela igual de eficaz, o tal vez más.

Pero la equivalencia así afirmada no existe. Como se recordará, el artículo 611 *bis* prevé que «en caso de litigio, si el trabajador puede probar la existencia de hechos que permitan suponer el trato discriminatorio [...] el empresario soportará la carga de la prueba de que el trato diferenciado está justificado por motivos objetivos ajenos al sexo o de que el sexo constituye un requisito determinante para desempeñar esa actividad profesional». Ahora bien, esta facultad de actuar basándose en un simple *fumus* y la inversión de la carga de la prueba que se deriva de él sólo se establece en caso de candidatos a un empleo público. Para obtener la declaración de ilegalidad del procedimiento de la Administración, el candidato dispone ciertamente de múltiples vías de recurso; pero, en cualquier caso, deberá demostrar al Juez la infracción concreta de la norma ordinaria y, eventualmente, de la norma constitucional.

Añadiré que en Alemania la selección de los funcionarios no se lleva a cabo mediante concurso, sino generalmente a través de una elección discrecional de la Administración interesada en proveer la plaza vacante. Aun admitiendo que el candidato se dé cuenta de que ha sido víctima de una discriminación, la prueba que se le exige de ello no es precisamente fácil.

En definitiva, la posición procesal del funcionario es mucho más débil que la del trabajador por cuenta de una empresa privada o la de un empleado público que presta sus servicios en virtud de un contrato laboral. En sus escritos y respondiendo a preguntas del Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán ha dedicado decenas de páginas a explicar las vías de recurso abiertas a este justiciable y las sanciones que pueden imponerse a un acto discriminatorio de la Administración; pero nada ha dicho a propósito de los derechos y deberes de las partes en los respectivos procesos. No creo que este silencio sea fortuito porque la tesis conforme a la cual la República Federal está dispensada de adaptar su Derecho interno a la Directiva se derrumba precisamente ante el obstáculo de la tutela jurisdiccional.

5. Análogas consideraciones *in apicibus* pueden emitirse a propósito de la segunda imputación que la Comisión formula contra Alemania: no haber adaptado el Derecho

interno a la Directiva 75/117 en materia de igualdad de retribuciones entre trabajadores y trabajadoras del sector público. En efecto, también a este respecto la principal alegación del Gobierno demandado se basa en el efecto directo y obligatorio del artículo 3 de la Constitución. A ello añade una alegación subsidiaria: la clasificación de las retribuciones de los funcionarios atendiendo a la función y al grado –se dice– impide por sí sola cualquier posibilidad de trato discriminatorio.

En realidad, el artículo 3 nada dice a propósito de «la igualdad de retribución [...] para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor» (véase el artículo 1 de la Directiva y el párrafo tercero del artículo 612 del BGB). Lo mismo cabe decir respecto a la normativa sobre retribuciones, que establece únicamente las normas para el cálculo de su importe y no contiene ninguna prohibición de distinguirlas por razón del sexo. En suma, no existe en Derecho alemán una norma que establezca claramente y con carácter general la obligación de no efectuar discriminaciones entre los trabajadores de los dos sexos en materia de retribución .

6. La tercera imputación se refiere a la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva 76/207 respecto a los trabajadores independientes. El Gobierno demandado la rechaza invocando el artículo 12 de la Constitución, que establece que «todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión» y que, combinado con lo dispuesto en el artículo 3, excluye consiguientemente cualquier posibilidad de discriminación por razón del sexo. En los casos en que el acceso a una profesión independiente se supedita a una autorización administrativa, continua la demandada, el Juez puede ordenar a la Administración que admita al ciudadano víctima de la discriminación al ejercicio de la actividad de que se trate (artículo 42 de la Verwaltungsgerichtsordnung).

A este respecto debe señalarse que el artículo 12 no contiene ninguna prohibición de discriminación por razón del sexo. Es aun menos apto que el artículo 3 para garantizar, por sí solo y con suficiente claridad y certidumbre, la igualdad de trato que la Directiva pretende alcanzar; como es evidente, esta aptitud tampoco puede deducirse de la «combinación» de este artículo con la norma que sanciona el principio de igualdad. En cuanto a la garantía de tutela jurisdiccional invocada, no considero, aunque sólo sea porque el Juez no está obligado a invocarla, que tenga un alcance tal que pueda cercenar la posición privilegiada en la que se encuentra la Administración. Por consiguiente, también en este caso el Derecho alemán carece de una norma que responda de manera adecuada a los objetivos del legislador comunitario.

7. La cuarta imputación se refiere al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207. Conforme a esta disposición los Estados están obligados a definir puntualmente las actividades profesionales que pretenden sustraer al principio de igualdad de trato. Según la Comisión, la mayor parte de sus

destinatarios se han adaptado en gran parte a dicha disposición estableciendo listas, aunque no siempre sean impecables, de actividades excluidas. No ha sucedido así en Alemania: por consiguiente, la Comisión no puede ejercer el control que le impone el apartado 2 del artículo 9 respecto a la observancia de la normativa comunitaria por parte de dicho Estado.

El Gobierno alemán alega que la Directiva establece la obligación de enunciar, una por una, las actividades profesionales a las que no se aplica el principio de igualdad. Pero, lo que en realidad exige la Directiva es otra cosa: la garantía de que el sexo representa efectivamente una condición *sine qua non* para el ejercicio de estas actividades. Y, caso de ser así, el artículo 611 *bis* del BGB, que dispone que «se admite el trato diferenciado por razón del sexo cuando el contrato o la medida se refiera a la naturaleza de la actividad que deba ejercer el trabajador y el sexo constituya un requisito determinante de dicha actividad», responde plenamente a los requisitos del modelo comunitario. El hecho, continúa, de que algunos Estados hayan elaborado listas no prueba nada, puesto que los medios de aplicación de la Directiva se dejan a elección de los órganos nacionales. Por último, el control periódico de las actividades excluidas no implica necesariamente la existencia de una lista específica. Puede ejercerse fácilmente examinando las leyes que, caso por caso, prevean una excepción del principio de igualdad de trato

.

Esta tesis no puede admitirse. El apartado 2 del artículo 2 dispone que «la [...] *Directiva no obstará* [en alemán "steht nicht entgegen"] la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales [...] para las cuales el sexo constituye una condición determinante». Leyendo esta norma a la luz del apartado 1 del artículo 2, conforme al cual el principio de igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón del sexo», aparece claramente que su finalidad no consiste en autorizar a los Estados miembros a admitir trato discriminatorio siempre que sea necesario, porque tal facultad está ya *in rerum natura* y la Directiva no la atribuye sino que le «viene impuesta»; dicha finalidad consiste más bien en evitar que la prohibición de discriminación *impida o haga imposible* el ejercicio de actividades *y únicamente de tales actividades* en las que el sexo constituye una condición determinante. Desde este punto de vista una indicación puntual de las actividades excluidas es más que conveniente; es necesaria si se quiere que la prohibición «de toda discriminación» no se vea eludida mediante una facultad incontrolable de establecer excepciones. Por lo demás, sólo así se explica la razón de que conforme al apartado 2 del artículo 9, deban examinarse periódicamente dichas actividades.

Ahora bien, al establecer que el trato diferenciado es lícito cuando el sexo representa una «condición determinante» de la actividad que deba ejercerse, el artículo 611 *bis* del BGB hace algo superfluo: confirma casi *verbatim* la facultad del Estado de poner límites al ámbito de aplicación de la Directiva. Por el contrario, no hace lo que habría debido hacer: no precisa las actividades respecto a la cuales la República Federal

pretende hacer uso de esa facultad. Por último, es conveniente señalar que, en contra de lo que opina el Gobierno alemán, la norma del apartado 2 del artículo 2 no entra en el elemento llamado «variable» de la Directiva 76/207 (respecto al cual los Estados disponen de cierto margen de maniobra). Constituye un aspecto esencial de su elemento constante que, como es sabido, vincula sin alternativa al legislador nacional. Así lo han entendido, por lo demás, los Estados que han elaborado las listas a las que me he referido.

8. El quinto incumplimiento que la Comisión reprocha a Alemania consiste en no haber adaptado suficientemente su Derecho interno a la Directiva 76/207 en materia de ofertas de empleo. La Comisión afirma que, en virtud del artículo 3 («La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón del sexo en las condiciones de acceso [...] a los empleos o puestos de trabajo [...]») las normas nacionales que regulan las ofertas de trabajo y de empleo están incluidas en el concepto de «condiciones de acceso» y, por consiguiente, están sometidas a la normativa comunitaria. De ello se deduce que los Estados miembros están obligados a prohibir cualquier discriminación también en esta esfera. Ahora bien, al establecer que «el empresario no puede publicar ofertas de empleo [...] dirigidas únicamente a los trabajadores masculinos o únicamente a los trabajadores femeninos» (artículo 611 *ter* del BGB), la República Federal ha adoptado una norma no imperativa y, por ende, inadecuada para cumplir los requisitos de certeza exigidos por el legislador comunitario.

El Gobierno demandando rechaza esta imputación. Las ofertas de empleo, señala, constituyen un paso previo al procedimiento de selección; por consiguiente, son ajenas al concepto de «condiciones de acceso» y, por tanto, están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva. Pero, aún siguiendo la tesis contraria, no puede afirmarse que el artículo 611 *ter* esté en contradicción con los objetivos de la Directiva comunitaria. Efectivamente, aunque no sea imperativa, esta norma impone al empresario una «obligación jurídica», cuyo incumplimiento puede ser sancionado en el marco del procedimiento establecido en el artículo 611 *bis*.

Tampoco estoy de acuerdo con esta tesis. Afirmar que la oferta de trabajo no forma parte del procedimiento de selección me parece absurdo: constituye precisamente su punto de partida o, si se quiere, el acto que inicia ese procedimiento. En cualquier caso –el argumento es *ad hominem,* pero de gran importancia– es el propio Bundestag quien, al hacerla objeto de una norma especial en el marco de la Ley de 13 de agosto de 1980, ha mostrado que la considera, al menos, íntimamente vinculada a la normativa de acceso al puesto de trabajo en condiciones de igualdad.

La segunda objeción de la demandada me parece más seria; más seria pero también inaceptable. En efecto, el Gobierno demandado no ha probado convincentemente que los litigios que tengan por objeto la neutralidad de las ofertas estén también comprendidos en el concepto de litigio en el sentido del artículo 611 *bis* (es decir, relativo a una

discriminación por razón del sexo). Personalmente considero que esta norma abre una vía de recurso a las víctimas de una oferta que no sea neutra; pero la insistencia con que el mismo Gobierno ha defendido su primera tesis –la oferta es ajena a la normativa de las condiciones de acceso– me hace sospechar que la posibilidad de intentar el recurso a que se refiere el artículo 611 *bis* sea, al menos, controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia (véase, a este respecto, *Molitor*: «Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit im Recht der Arbeit 1984», nº 1, p. 16). Aunque se reconozca la posibilidad de interponer el recurso, la acción, como reconoce la propia demandada, no estaría destinada a que se declarara el incumplimiento de una obligación imperativa. Ahora bien, habida cuenta de que el artículo 611 *bis* contiene una reserva para los supuestos de exclusión de actividades para cuyo ejercicio el sexo constituye una condición determinante y estos casos no se identifican puntualmente, el empresario podrá fácilmente justificar ante el Juez las eventuales discriminaciones contenidas en su oferta.

Una vez dicho esto, estoy convencido de que, a la luz del criterio conforme al cual los efectos de las Directivas deben apreciarse simultáneamente, el problema de las ofertas puede resolverse refiriéndose al objetivo fundamental de la normativa comunitaria. Como se ha señalado (véase el punto 3 *supra)*, consiste en impedir que el principio de igualdad de trato se aplique de manera discrecional; el artículo 611 *ter*, que deja al empresario una amplia facultad discrecional en la redacción de las ofertas, está, por ese motivo, en contradicción con la Directiva 76/207 .

9. Me parece útil hacer una última consideración. Como ya he dicho, el recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia pretende garantizar a todos los beneficiarios y, sobre todo, a los ciudadanos que buscan trabajo, la claridad y la certidumbre que son indispensables para una observancia efectiva de las disposiciones comunitarias relativas a la igualdad de retribuciones y a la igualdad de trato en el acceso al trabajo. La Comisión ha intentado demostrar que, en la República Federal de Alemania, dos sectores importantes –la Función Pública y las profesiones independientes– escapan a la protección prevista por el Consejo. El Gobierno alemán lo ha negado remitiéndose esencialmente a las normas nacionales de mayor jerarquía, aquellas que, por su rango en la «Stufenbau» de los preceptos, ejercen una influencia en el legislador, los órganos jurisdiccionales y la Administración. El Tribunal ya conoce mi opinión sobre esta tesis; permítaseme, pues, exponer qué consecuencias podrían desprenderse de su admisión.

Primera consecuencia. Si el Tribunal de Justicia reconociera que las fuentes primarias de un Estado pueden cumplir por sí solas las obligaciones establecidas por el legislador comunitario, tales fuentes, que, en el sistema interno,confieren a las normas inferiores el carisma de la legalidad constitucional, poseerían ellas mismas el de la «legalidad comunitaria» y lo transmitirían necesariamente a todas las normas nacionales que las desarrollan y que, al mismo

tiempo se consideran adoptadas en aplicación de una Directiva.

Segunda consecuencia. El órgano jurisdiccional alemán, italiano y, mañana, español o portugués, al que, en el marco de un litigio laboral, se solicitara que no aplicara una norma nacional por ser incompatible con una Directiva, ya no necesitaría dirigirse al Tribunal de Justicia para obtener una interpretación prejudicial. Le bastaría acudir a los criterios internos que regulan la aplicación de las normas primarias o, en su defecto, someter el problema al Tribunal Constitucional. ¿Es este resultado conforme con los principios que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enuncia desde hace años a propósito de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno? Al Tribunal de Justicia corresponde ahora decidirlo.

10. Basándome en todas las consideraciones expuestas hasta este momento, propongo al Tribunal de Justicia que decida que, al no adoptar todas las medidas necesarias para atenerse a la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, y a la Directiva 75/117/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren al principio de igualdad de retribución, la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le impone el artículo 189 del Tratado CEE.

Habida cuenta del criterio aplicable en caso de que una parte pierda el proceso, debe condenarse en costas al Gobierno demandado.