

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)  
de 1 de febrero de 2005 (1)

«Incumplimiento de Estado – Artículos 249 CE y 307 CE – Artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE – Igualdad de trato entre hombres y mujeres – Prohibición del empleo de mujeres para trabajos subterráneos en el sector minero, así como para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo»

En el asunto C-203/03,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 12 de mayo de 2003,

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada por la Sra. N. Yerrell y el Sr. H. Kreppel, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

**República de Austria**, representada por los Sres. H. Dossi y E. Riedl, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans y A. Rosas, Presidentes de Sala, y los Sres. J.-P. Puissochet y R. Schintgen, la Sra. N. Colneric (Ponente) y los Sres. J. Malenovský, J. Klučka, U. Lõhmus y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sr. F.G. Jacobs;  
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 8 de julio de 2004;

dicta la siguiente

## Sentencia

1

En su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), así como en virtud de los artículos 10 CE y 249 CE, al haber mantenido, infringiendo lo dispuesto en dicha Directiva:

— en el artículo 2 del 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 restricciones al empleo de trabajadoras), de 4 de octubre de 2001 (BGBl. II, 356/2001; en lo sucesivo, «Decreto de 2001»), la prohibición general del empleo de mujeres, salvo un número limitado de excepciones, en el sector de la industria minera subterránea.

— En los artículos 8 y 31 del Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo), de 25 de julio de 1973 (BGBl. 501/1973; en lo sucesivo, «Decreto de 1973»), la prohibición general del empleo de mujeres para este tipo de trabajos.

Asimismo, la Comisión solicita que se condene a la República de Austria al pago de las costas.

2

La República de Austria solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso por lo que respecta al Decreto de 2001.

— Condene en costas a la Comisión.

Subsidiariamente, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere admisible el recurso, la República de Austria solicita que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la Comisión.

## **Marco jurídico**

### *Derecho internacional*

3

El artículo 2 del Convenio n° 45 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, «OIT»), de 21 de junio de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, ratificado por la República de Austria en 1937, establece lo siguiente:

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

4

Según el tenor del artículo 3 de dicho Convenio:

«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.»

5

El artículo 7 de dicho Convenio 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.»

6

El Convenio nº 45 de la OIT entró en vigor el 30 de mayo de 1937.

7

El Convenio nº 176 de la OIT, de 22 de junio de 1995, sobre seguridad y salud en las minas, no se refiere únicamente a los hombres, sino que establece normas en materia de seguridad y salud con independencia del sexo del trabajador.

8

La República de Austria ratificó este Convenio el 26 de mayo de 1999, pero no ha denunciado el Convenio nº 45 de la OIT.

### *Derecho comunitario*

9

El artículo 307 CE, párrafos primero y segundo, dispone:

«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. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.»

10

El artículo 2, apartados 1 a 3, de la Directiva 76/207 establece:

«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.»

11

Según el tenor del artículo 3 de dicha Directiva:

«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;

[...]»

12

El artículo 2 de 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 (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), dispone:

«Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.»

13

El artículo 4 de dicha Directiva establece:

«Evaluación e información

1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

— apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;

— determinar las medidas que deberán adoptarse.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo.»

14

Según el tenor del artículo 5 de la Directiva 92/85:

«Consecuencias de los resultados de la evaluación

1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.
2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.
3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.
4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo *mutatis mutandis*.»

15

El artículo 6 de la Directiva 92/85 tiene el siguiente tenor:

«Prohibiciones de exposición

Además de las disposiciones generales relativas a la protección de los trabajadores y, en particular, las relativas a los valores límite de exposición profesional:

- 1) la trabajadora embarazada a que se refiere la letra a) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección A, que ponga en peligro la seguridad o la salud;
- 2) la trabajadora en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud.»

16

El anexo I de dicha Directiva, rubricado «Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo (mencionada en el apartado 1 del artículo 4)», establece:

«A.

Agentes

1.

*Agentes físicos*, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

- a) Choques, vibraciones o movimientos;
- b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;
- c) Ruido;
- [...]
- f) Frío y calor extremos;
- g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2.

2.

*Agentes biológicos*

[...]

3.

*Agentes químicos*

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

[...]

- e) Monóxido de carbono;

[...]

B.

Procedimientos

—

Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C. Condiciones de trabajo

—

Trabajos de minería subterráneos.»

17

El anexo II de la Directiva 92/85, rubricado «Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo (mencionada en el artículo 6)», establece:

«A.

Trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2

1.

*Agentes*

a)

Agentes físicos

–

Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

[...]

2.

*Condiciones de trabajo*

–

Trabajos de minería subterráneos.

B.

Trabajadoras en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2

[...]

2.

*Condiciones de trabajo*

–

Trabajos de minería subterráneos.»

*Derecho interno*

18

El artículo 16 del Arbeitszeitordnung (Decreto que regula la jornada de trabajo), de 30 de abril de 1938 (Deutsches RGBl. I, p. 447; GBl.f.d.L.Ö 231/1939; en lo sucesivo, «Decreto de 1938»), establecía:

«Prohibiciones de empleo

(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.»

19

En 1972 se derogó dicha disposición, a excepción del ámbito de las minas subterráneas.

20

Desde el 1 de agosto de 2001, el empleo de mujeres en la industria minera subterránea se encuentra regulado por el Decreto de 2001.

21

El artículo 2 de dicho Decreto, rubricado «Empleo en la industria minera subterránea», tiene el siguiente tenor:

- «(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.»

22

El artículo 4 del mismo Decreto, rubricado «Trabajos que conllevan un especial esfuerzo físico», dispone:

- «(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 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.»

23

El artículo 8 del Decreto de 1973 establece:

- «(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. [...]

24

Según el tenor del artículo 31 del Decreto de 1973:

- «(1)  
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 administrativo previo**

25

La Comisión, considerando que la prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea establecida en el Decreto de 1938 era contraria al Derecho comunitario, al igual que la prohibición similar relativa a los trabajos en medio hiperbárico y a los trabajos de buceo, inició un procedimiento por incumplimiento. Después de haber requerido a la República de Austria para que presentara sus observaciones, la Comisión emitió con fecha 7 de febrero de 2002 un dictamen motivado instando al referido Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse a lo dispuesto en dicho dictamen dentro del plazo de dos meses a partir de su notificación. En lo relativo al empleo en la industria minera subterránea, el dictamen motivado se refería al Decreto de 1938 y no al de 2001, objeto del presente recurso, que se citó por vez primera en la respuesta del Gobierno austriaco a dicho dictamen.

26

Al considerar que las informaciones comunicadas por las autoridades austriacas ponían de manifiesto que seguía existiendo el incumplimiento mencionado en el dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso

## **Sobre el recurso**

### *Sobre la admisibilidad*

Alegaciones del Gobierno austriaco

27

El Gobierno austriaco señala que ha de declararse la inadmisibilidad del recurso de la Comisión por lo que se refiere a la prohibición de emplear a mujeres en la industria minera subterránea. Afirma que el dictamen motivado de la Comisión y el recurso han de fundarse en los mismos motivos y alegaciones. Apoyándose en la sentencia de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica (C-11/95, Rec. p. I-4115), el Gobierno austriaco alega que tan sólo en el supuesto de que se mantengan en su conjunto las medidas contempladas en el procedimiento administrativo previo, los cambios operados en la legislación nacional entre ambas fases del procedimiento no constituirán un obstáculo a la admisibilidad del recurso. Sin embargo, señala que el Decreto de 2001 modificó considerablemente la situación previa existente.

Apreciación del Tribunal de Justicia

28

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 y el recurso han de fundarse en idénticas imputaciones (véase, en particular, la sentencia de 16 de septiembre de 2004, Comisión/España, C-227/01, Rec. p. I-0000, apartado 26).

29

No obstante, esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los supuestos 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, por el contrario, solamente se ha restringido (sentencia de 11 de julio de 2002, Comisión/España, C-139/00, Rec. p. I-6407, apartado 19). En tal hipótesis, si se produce un cambio legislativo a lo largo del procedimiento administrativo previo, el recurso podrá referirse a disposiciones nacionales que no sean idénticas a las contempladas en el dictamen motivado.

30

La sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, no se opone a esta interpretación. En el apartado 74 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que basta que el sistema establecido por la legislación aludida en el curso del procedimiento administrativo previo haya sido mantenido en su conjunto por las nuevas medidas adoptadas por el Estado miembro con posterioridad al dictamen motivado y contra las que se dirige el

recurso. Con la anterior declaración, el Tribunal de Justicia no excluyó que baste asimismo que las nuevas medidas introduzcan excepciones en el sistema objeto del dictamen motivado, subsanando de este modo parcialmente las deficiencias imputadas. De no admitirse el recurso en tal supuesto, un Estado miembro podría obstaculizar el procedimiento por incumplimiento modificando ligeramente su legislación ante cada dictamen motivado que se le notificase, manteniendo sin embargo la normativa impugnada.

31

En el presente asunto, el artículo 2 del Decreto de 2001 prohíbe, tal y como hacía el artículo 16 del Decreto de 1938, emplear a mujeres en la industria minera subterránea. A diferencia del Decreto anterior, el Decreto de 2001 establece determinadas excepciones que limitan el alcance de la prohibición. No obstante, la admisión del recurso no vulnera, en el caso de autos, el derecho de defensa, ya que durante el procedimiento administrativo previo pudieron presentarse todos los argumentos, en particular de tipo médico o físico, en favor de la prohibición absoluta, siendo dichos argumentos, en esencia, los que se han alegado para justificar la prohibición matizada por excepciones.

32

Por consiguiente, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Gobierno austriaco.

### *Prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea*

Sobre la Directiva 76/207

– Alegaciones de las partes

33

La Comisión afirma que el artículo 2 del Decreto de 2001, que no autoriza el empleo de mujeres en la industria minera subterránea más que para un número limitado de actividades, no es compatible con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207. Señala que, a pesar de que la propia Directiva contiene determinadas restricciones a la prohibición de discriminación, no cabe ampararse en éstas, en el caso de autos, para justificar la prohibición de empleo controvertida.

34

Según la Comisión, la actividad ejercida en el sector de la industria minera subterránea no constituye uno de los supuestos contemplados por el artículo 2, apartado 2, de dicha Directiva.

35

En cuanto a la excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, la Comisión alega que los riesgos a los que están expuestas las mujeres en la industria minera subterránea no son, en general, de naturaleza diferente a aquellos a los que están igualmente expuestos los hombres.

36

El Gobierno austriaco, apoyándose en esta última disposición, afirma que el artículo 2 del Decreto de 2001 es conforme con la Directiva 76/207.

37

Según dicho Gobierno, el trabajo en la industria minera subterránea implica una carga permanente del aparato locomotor, una posición forzada y tareas que frecuentemente se han de realizar con los brazos alzados, en una atmósfera altamente cargada, en particular, de polvo de cuarzo, óxido nítrico y monóxido de carbono y que presenta, la mayor parte del tiempo, valores térmicos e higrométricos superiores a la media. Señala que, como consecuencia, los trabajadores suelen padecer de afecciones pulmonares, articulares y de la columna vertebral (síndrome de la rodilla del minero, hernias discales, reumatismo muscular).

38

Afirma que la masa y la fuerza muscular, la capacidad vital, la absorción de oxígeno, el volumen sanguíneo y el número de eritrocitos de las mujeres son, por término medio, inferiores a los de los hombres. Sostiene que las mujeres sometidas a un esfuerzo físico considerable en su puesto de trabajo están expuestas a un mayor riesgo de aborto, así como de osteoporosis durante la menopausia y padecen con mayor frecuencia de migrañas.

39

Alega que las mujeres corren mayores riesgos que los hombres cuando cargan con grandes pesos, dado que sus vértebras son, por término medio, de inferior tamaño. Asimismo, indica que con el número de partos incrementa el riesgo de hernia lumbar.

40

El Gobierno austriaco concluye que, debido a las diferencias morfológicas existentes, por término medio, entre hombres y mujeres, el trabajo físicamente extenuante en la industria minera subterránea expone a las mujeres a mayores riesgos, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el trabajo nocturno, en el que mujeres y hombres están sometidos a las mismas cargas.

41

Sobre este particular, la Comisión alega que el propio Gobierno austriaco declaró en el procedimiento administrativo previo, que «la extensión de las variables de medición energética es considerable y las zonas de intersección con los valores masculinos medidos son amplias, por lo que procede efectuar una apreciación individual».

– Apreciación del Tribunal de Justicia

42

Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207, la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso a los empleos o puestos de trabajo. No se discute que el artículo 2, apartado 1, del Decreto de 2001 trata de forma diferente a hombres y mujeres en cuanto al empleo en la industria minera. Puesto que el Gobierno austriaco se ampara en la excepción prevista en el artículo 2, apartado 3, de la citada Directiva, ha de examinarse si tal diferencia de trato es acorde con dicho precepto y está por tanto autorizada.

43

Como declaró el Tribunal de Justicia, en particular, en la sentencia de 30 de junio de 1998, *Brown* (C-394/96, Rec. p. I-4185), apartado 17, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

44

Precisamente a causa del hecho de que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, por su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos que suponen un riesgo para la seguridad o la salud, el legislador comunitario, al adoptar la Directiva 92/85, estableció un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos, así como la prohibición de ejercer determinadas actividades.

45

No obstante lo anterior, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que afectan por igual a hombres y mujeres y que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas (véanse, en este sentido, 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).

46

Tampoco está permitido excluir a las mujeres de un empleo por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares.

47

En el caso de autos, si bien es cierto que el Decreto de 2001 prevé excepciones a la prohibición del empleo de mujeres en la industria minera subterránea, el ámbito de aplicación de la prohibición general establecida en el

artículo 2, apartado 1, de dicho Decreto continúa siendo muy amplio, en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para con el feto.

48

La excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, punto 1, de dicho Decreto sólo se refiere a los puestos de dirección y a las funciones técnicas realizadas por personas que ocupen puestos «con responsabilidades», situadas por tanto en un nivel superior de la jerarquía. La excepción prevista en el punto 2 de dicho apartado sólo afecta a las trabajadoras empleadas en los servicios sociales o de sanidad, y los puntos 3 y 4 del mismo apartado regulan únicamente situaciones concretas limitadas temporalmente.

49

Una normativa como ésta excede de lo necesario para garantizar la protección de la mujer a efectos del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

50

De lo anterior se deduce que la prohibición general del empleo de mujeres en el sector de la industria minera subterránea establecida en el artículo 2, apartado 1, del Decreto de 2001, aun interpretada en relación con el apartado 2 de dicha disposición, no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

Sobre el artículo 307 CE y el Convenio nº 45 de la OIT

– Alegaciones de las partes

51

El Gobierno austriaco sostiene que, con independencia de las razones de orden médico alegadas, las restricciones al empleo de mujeres en la industria minera subterránea, dentro de los límites previstos por la nueva normativa, se justifican igualmente por el hecho de que la República de Austria se encuentra vinculada por el Convenio nº 45 de la OIT, que ratificó en 1937.

52

Señala que, de conformidad con las sentencias de 2 de agosto de 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), apartados 17 y siguientes, y de 3 de febrero de 1994, Minne (C-13/93, Rec. p. I-371), apartado 19, corresponde en todo caso a los Estados miembros ejercitar los derechos derivados de tales tratados. El Gobierno austriaco concluye que, dado que tuvo que adaptar su Derecho interno a la prohibición de empleo recogida en el Convenio nº 45 de la OIT, no está obligada a aplicar en este aspecto los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207.

53

La Comisión alega que la conclusión a la que llega el Gobierno austriaco a partir de las sentencias Levy y Minne, antes citadas, es demasiado general.

54

Según la Comisión, la interpretación del artículo 307 CE efectuada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal (C-84/98, Rec. p. I-5215), apartados 51 y 53, resulta directamente aplicable al caso de autos. El Convenio nº 45 de la OIT incluye, en su artículo 7, una cláusula de denuncia. La Comisión afirma que, indudablemente, la República de Austria pudo haber denunciado dicho Convenio con efectos desde el 30 de mayo de 1997, fecha posterior a aquella en que la Directiva adquirió carácter vinculante para Austria a raíz de la ratificación del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3). Señala que la República de Austria habría debido efectuar dicha denuncia en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 76/207.

55

El Gobierno austriaco replica que no podía saber que el Derecho aplicable en este ámbito en Austria fuera contrario al Derecho comunitario, ni que la Comisión iba a considerar las disposiciones controvertidas contrarias al Derecho comunitario. Señala que el primer escrito de la Comisión sobre esta cuestión data del

29 de septiembre de 1998, por lo que no será posible denunciar el Convenio nº 45 de la OIT antes del 30 de mayo de 2007.

56

Considera que la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, no impone a los Estados miembros la obligación general de denunciar los acuerdos internacionales contrarios al Derecho comunitario. Señala que dicha interpretación se desprende igualmente de la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Austria (C-475/98, Rec. p. I-9797), apartado 49, en la que el Tribunal de Justicia declaró, en relación con los acuerdos denominados «de cielo abierto», que, en caso de introducirse modificaciones en uno de tales acuerdos celebrado con anterioridad a la adhesión, los Estados miembros tienen prohibido no sólo contraer nuevas obligaciones internacionales, sino también mantener en vigor dichas obligaciones si no respetan el Derecho comunitario. Según el Gobierno austriaco, si existiese la obligación general de denunciar los acuerdos contrarios al Derecho comunitario, no hubiera sido necesario declarar que un acuerdo queda confirmado cuando se modifica parcialmente.

– Apreciación del Tribunal de Justicia

57

Con arreglo al artículo 307 CE, párrafo primero, las disposiciones del Tratado CE no afectarán a las obligaciones que resulten de convenios celebrados, 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.

58

La República de Austria, que se adhirió a la Comunidad Europea con efectos desde el 1 de enero de 1995, había ratificado el Convenio nº 45 de la OIT con anterioridad a esa fecha. El artículo 2 de dicho Convenio establece una prohibición general de emplear a mujeres para los trabajos subterráneos de las minas, y su artículo 3 autoriza determinadas excepciones del mismo tipo que las previstas en el Decreto de 2001. No se discute que dicho Decreto aplica las obligaciones derivadas del citado Convenio sin excederse de las restricciones al empleo de mujeres previstas en el mismo.

59

En estas circunstancias, si bien es cierto que la República de Austria puede, en principio, ampararse en el artículo 307 CE, párrafo primero, para mantener en vigor las disposiciones nacionales que aplican las referidas obligaciones, debe tenerse en cuenta que el párrafo segundo del mismo precepto establece que, en la medida en que los convenios anteriores a efectos del párrafo primero de dicho artículo sean incompatibles con el 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.

60

De conformidad con la conclusión a la que ha llegado el Tribunal de Justicia en el apartado 50 de la presente sentencia, las obligaciones derivadas del Convenio nº 45 de la OIT para la República de Austria son incompatibles con los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207.

61

Como se deduce del apartado 50 de la sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal (C-62/98, Rec. p. I-5171), entre los medios apropiados para eliminar tal incompatibilidad, a los que hace referencia el artículo 307 CE, párrafo segundo, figura, en particular, la denuncia del convenio controvertido.

62

No obstante, debe destacarse que, con posterioridad a su adhesión a la Comunidad Europea, la República de Austria únicamente tuvo oportunidad de denunciar el Convenio nº 45 de la OIT, según las reglas establecidas en el artículo 7, apartado 2, de dicho Convenio, durante el año siguiente al 30 de mayo de 1997. Sin embargo, en aquel momento aún no se había declarado de forma suficientemente clara la incompatibilidad entre la prohibición regulada en dicho Convenio y las disposiciones de la Directiva 76/207, como para poder exigir del Estado miembro la denuncia del Convenio.

63

Debe añadirse que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Convenio nº 45 de la OIT, la próxima ocasión de que dispondrá la República de Austria para denunciar dicho Convenio tendrá lugar a la expiración del período de diez años que comenzó el 30 de mayo de 1997.

64

Por lo tanto, la República de Austria no ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho comunitario al haber mantenido en vigor disposiciones nacionales como las contenidas en el Decreto de 2001.

65

De las consideraciones precedentes se deduce que ha de desestimarse el recurso por lo que se refiere a la prohibición de emplear a mujeres en el sector de la industria minera subterránea.

#### *Prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo*

#### *Alegaciones de las partes*

66

La Comisión considera que cabe aplicar sus observaciones acerca de la prohibición de emplear a mujeres en la industria minera subterránea igualmente a la prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo. Señala que una prohibición general del empleo de mujeres establecida sin atender a una apreciación individual no se justifica por supuestas necesidades particulares de protección de la mujer.

67

En opinión del Gobierno austriaco, las restricciones al empleo reguladas en los artículos 8 y 31 del Decreto de 1973 se justifican igualmente por motivos de orden médico referidos específicamente a la actividad de las mujeres.

68

El Gobierno austriaco señala que los trabajos en medio hiperbárico y los trabajos de buceo conllevan, en la mayoría de los casos, una gran carga desde el punto de vista físico, por ejemplo en el ámbito de la construcción de metros en medio hiperbárico, así como en los trabajos de buceo para el saneamiento de puentes. Afirma que la prohibición de emplear a mujeres para trabajos físicamente extenuantes en medio hiperbárico y la prohibición de emplearlas para trabajos de buceo se justifican por el hecho de que las mujeres disponen de una capacidad respiratoria inferior a la de los hombres, así como de un nivel de eritrocitos menos elevado.

#### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

69

La prohibición absoluta de emplear a mujeres para trabajos de buceo no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

70

La gama de trabajos de buceo es amplia e incluye, por ejemplo, actividades en los ámbitos de la biología, la arqueología, el turismo y la policía criminal.

71

La prohibición absoluta impuesta por el artículo 31 del Decreto de 1973 excluye a las mujeres incluso de trabajos que no conllevan una gran carga desde el punto de vista físico, por lo que resulta evidente que excede de lo necesario para garantizar la protección de la mujer.

72

En materia del empleo en medio hiperbárico, el Decreto de 1973 excluye a las mujeres de los trabajos que supongan un gran esfuerzo físico.

73

A pesar de que el Gobierno austriaco alega, para justificar dicha exclusión, que las mujeres disponen de una capacidad respiratoria inferior y de un nivel de eritrocitos menos elevado, su argumento parte de la base de los valores medios medidos sobre mujeres para compararlos con los de los hombres. Sin embargo, el propio Gobierno austriaco ha admitido durante el procedimiento administrativo previo que, en relación con dichas variables, las zonas de intersección de los valores individuales femeninos con los valores individuales masculinos son amplias.

74

En estas circunstancias, una normativa que excluye proceder a una apreciación individual y que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres, no está autorizada con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 y constituye una discriminación por razón de sexo.

75

A la vista de las consideraciones precedentes, procede 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 al haber mantenido en los artículos 8 y 31 del Decreto de 1973 una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso.

## **Costas**

76

A tenor del artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dado que el recurso de la Comisión sólo se ha estimado parcialmente, cada parte cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

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 en los artículos 8 y 31 del Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo), de 25 de julio de 1973, una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso.**

2)

**Desestimar el recurso en todo lo demás.**

3)

**Cada parte soportará sus propias costas.**

Firmas

---

1-

Lengua de procedimiento: alemán.