

PODERES EMPRESARIALES
Universidad de Córdoba

**DISCRIMINACIONES INDIRECTAS POR RAZÓN DE
SEXO Y CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL/
SSTJCE de 2 de Octubre de 1997, asuntos C-100/95
y C-1/95**

CARMEN MORENO DE TOR

SUPUESTO DE HECHO: En la primera sentencia, la Sra. Brigitte Kding que ejercía funciones de *Sachbearbeiter* en la Oberfinanzdirektion de Bremen a tiempo parcial, solicitó, mediante escrito de 21 de Octubre de 1992, al comité correspondiente del Senator für Finanzen dictamen favorable por el que se le eximiera del examen necesario para ejercer la actividad de asesor fiscal de carácter profesional por considerar que, al 30 de Abril de 1993, cumplía los requisitos exigibles. Su solicitud fue denegada el 11 de Febrero de 1993, por no cubrir el tiempo necesario para ello, en base a la norma existente sobre el cómputo de la etapa trabajada a tiempo parcial, lo que motivó que la Sra. Kding interpusiera recurso ante el Finanzgericht, el cual, a su vez, planteó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una cuestión prejudicial al albergar dudas sobre la compatibilidad de la legislación alemana con la normativa comunitaria.

En la segunda sentencia, la Sra. Hellen Gerster, que había entrado al servicio de la Administración Tributaria del Freistaat Bayern el primero de Agosto de 1966, presentó su candidatura para un puesto vacante en el Finanzamt Nürnberg-West, el 2 de Diciembre de 1993. La promoción se realiza atendiendo a criterios basados en los méritos y la antigüedad; era necesario encontrarse en situación de "período probatorio mínimo", de tres años y medio o cinco años según los casos, período que empieza a contarse desde la última promoción de funcionario y que se produjera una vacante. La Sra. Gerster solicitó que, en el cálculo de su antigüedad en el servicio, le fuera computado el período en el que trabajó a tiempo parcial, desde 1987 hasta la fecha. La Oberfinanzdirektion Nürnberg no admitió su candidatura y desestimó la reclamación presentada por la demandante, la cual interpuso un recurso alegando que el rechazo de su candidatura era contrario al Derecho comunitario. El órgano jurisdiccional planteó tres cuestiones prejudiciales.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: El título de asesor fiscal, aspiración de la Sra. Kording, se concede en Alemania, a las personas que hayan superado el examen de acceso a dicha profesión o que estén exentas de este examen, conforme al art. 35.1 de la *Steuerberatungsgesetz* (Ley reguladora de la Profesión de Asesor Fiscal). El siguiente artículo 38, clave del pleito, establece que estarán exentos, entre otros, "los antiguos funcionarios y empleados del cuerpo superior de la Administración Tributaria que acrediten una experiencia de, al menos, quince años en el ámbito de los tributos gestionados por la Administración Tributaria federal o de los Lander en calidad de "Sachbearbeiter" (condición de la Sra. Kording) o en un puesto al menos equivalente". No distinguía el precepto entre actividad a tiempo completo o a tiempo parcial; la distinción se introdujo más tarde al ser modificado el artículo 36.3 por la Sexta Ley de modificación de 1994, conforme al mismo, la experiencia necesaria para poder presentarse al examen de acceso a la profesión de asesor fiscal podía adquirirse en el marco de una actividad a tiempo parcial; si dicho tiempo no era inferior a la mitad de la jornada habitual, la duración total se prolonga por el tiempo que corresponda, que no podrá superar el doble del plazo previsto en los apartados 1 y 2. Si la actividad es inferior a la mitad de la jornada habitual no será tomada en consideración. Cuando el comité de habilitación emite su dictamen el 11 de febrero de 1993 estima que el legislador estableció la norma considerando que las funciones se ejercían en jornada completa; de ahí que si el candidato trabaja a tiempo parcial los correspondientes períodos han de ser tenidos en cuenta en la proporción en que la jornada individual corresponda a la jornada habitual. Sin embargo, planteado el recurso, el Finanzgericht planteó una cuestión prejudicial solicitando que el Tribunal comunitario se pronunciara sobre la compatibilidad de los preceptos mencionados (arts. 38.1.nº4 a) y 36.3) y el art. 3 de la Directiva comunitaria 76/207 del Consejo, de 9 de Febrero de 1976, "relativa a la aplicación 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"¹ o cualquier otra norma de Derecho comunitario ante la posibilidad de poder generar la aplicación de las normas nacionales una "discriminación indirecta de las mujeres".

En cuanto al problema planteado por la Sra. Gesrter, se parte de la normativa aplicable a los funcionarios del Land de Baviera —el *Laufbahnverordnung*, "Reglamento de la carrera profesional"— que prevé en su artículo 13.2 el modo de computar el trabajo a tiempo parcial; a su tenor, "los períodos de empleo durante los cuales el tiempo de trabajo efectivo sea inferior a la mitad de la jornada habitual no se tendrán en cuenta en el cálculo de la antigüedad. Los períodos de empleo durante los cuales el tiempo de trabajo efectivo equivalga, al menos, a la mitad de la jornada habitual, se computarán en dos tercios para el cálculo de la antigüedad. Los períodos de empleo durante los cuales el tiempo de trabajo efectivo exceda de dos tercios de la jornada habitual se com-

¹ DOCE Serie L 39, de 14 de Febrero de 1976.

putarán en su totalidad para el cálculo de la antigüedad". Es de interés que este precepto fue modificado, de manera que se establece a partir de Octubre de 1995 que para el cálculo de la antigüedad en el servicio a efectos de promoción, trabajadores a tiempo parcial y trabajadores en jornada completa recibirán el mismo trato.

El órgano jurisdiccional alemán —*Bayerisches Verwaltungsgericht*— planteó tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia comunitario: 1º.- si era aplicable el art. 119 del Tratado CEE a los funcionarios públicos; 2º.- Si la respuesta era afirmativa, si era contrario a la norma comunitaria el cómputo en dos tercios del período de empleo con un tiempo de trabajo comprendido entre la mitad y los dos tercios de la jornada habitual a la hora de calcular la antigüedad de los funcionarios, dando lugar a una discriminación indirecta de las mujeres, ya por ser contraria al art. 119 Directiva 75/117/CEE del Consejo, "relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos"², ya, —tercera cuestión común a la sentencia anterior—, por ser contraria a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, "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".

ÍNDICE

1. Consideraciones sobre la discriminación indirecta por razón de sexo
2. La cuestión del papel del contrato a tiempo parcial en el empleo femenino
3. Análisis de las resoluciones judiciales: la cuestión de la antigüedad

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

En ambas sentencias se plantea el problema de discriminación sexual en el empleo zado con el tratamiento que ha de darse a los trabajadores a tiempo parcial. Ello porque, en ambas sentencias, queda puesto de manifiesto que tal tipo de contratos, normalmente, son celebrados por mujeres.

Se pone en tela de juicio la posible vulneración de la prohibición de no discriminación retributiva y del principio de igualdad de trato.

Como las dos resoluciones ponen de relieve, la normativa alemana, en ninguno de los casos, contiene una discriminación directa puesto que, en la primera, la duración total exigida a las personas que realizan funciones de Sac-

² DOCE serie L 45, de 19 de Febrero de 1975.

bearbeiter en la Administración Tributaria y que desean habilitarse como asesores fiscales sin examen se prolonga por igual para los hombres que para las mujeres en virtud de la norma aplicable; en la segunda, el método de cálculo de la antigüedad aplicado a los trabajadores a tiempo parcial, a efectos de promoción, no se determina en función del sexo sino que, de la misma manera, se aplica por igual a hombres y mujeres.

De ahí que lo que se dilucide sea si se genera una discriminación indirecta al recibir el personal femenino, en última instancia, un peor trato a pesar de que la norma no distinga. Es sabido que para el Tribunal comunitario existe tal tipo de discriminación cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de forma neutra, perjudique de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres, y ello no sea objetivamente justificable por motivos diferentes del sexo, de acuerdo con lo prescrito por la Directiva 76/207/CEE³. De una forma muy precisa define este tipo de discriminación la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de Diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁴ en su artículo 2.2 al decir que "...existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse por criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo". Esta Directiva ha venido a reforzar la acción de los instrumentos comunitarios dirigidos a lograr la paridad entre los sexos.

³ El concepto de discriminación indirecta ha tenido su origen en E.E.U.U. y su admisión ha supuesto una importante conquista en la lucha por la igualdad entre sexos. Se debe a los tribunales americanos la elaboración, a través de su jurisprudencia, del concepto del "disparate impact" que se inició a raíz de la sentencia del caso *Griggs v. Duke Power Company*, 401, U.S. 424 (1971); se planteaba en dicha sentencia si constituía discriminación la exigencia de tener estudios secundarios para acceder a un empleo y se consideró que, con dicho requisito, se discriminaba a un colectivo: el negro, con mayores dificultades para acceder a la enseñanza. Ello motivó una interpretación progresiva y amplia de la "Civil Rights Act" de 1964, que fue recogida con posterioridad en la "Civil Rights Act" de 1991 (SÁEZ LARA C., "Mujeres y mercado de trabajo". Ed. CES. Madrid. 1993, pgs. 50 y ss.).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acogió este concepto, claramente, en su sentencia de 13 de Mayo de 1986 (asunto 170/84, "Bilka"), al declarar que "se infringe el art. 119 del Tratado por la vía de una "discriminación indirecta" cuando la medida adoptada —exclusión por una sociedad de grandes almacenes de sus trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de la empresa— afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo"; se resaltan en esta sentencia dos notas importantes en la apreciación de esta discriminación: la medida afecta mayormente a las mujeres como colectivo y la carga de la prueba en contrario corresponde al empresario.

⁴ DOCE L 14, 20.1.98.

La eliminación de estas situaciones tuvo, en su inicio, un fundamento exclusivamente económico⁵; ya el art. 7 del Tratado de Roma prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad y el siguiente artículo 119 recogió el principio de igualdad en materia retributiva entre trabajadores masculinos y femeninos, centrándose la atención en éste último sin profundizar en el esbozo problema de la discriminación en relación a un principio de igualdad de que se hallaba latente⁶. La toma de conciencia del problema se manifestó en las Directivas mencionadas, la 75/117/CEE de 10 de Febrero de 1975, sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres y la 76/207/CEE de 15 de Febrero de 1976, completadas con la Directiva 79/7/CEE de 19 de Diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social⁷; la primera introduciendo la exigencia de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor, prohibiendo la discriminación por razón de género; la segunda amplía el ámbito de la exigencia de igualdad a todas las actividades profesionales⁸ y en todas las condiciones de trabajo; la tercera extiende el principio al campo de la seguridad social y fue complementada por la Directiva 86/378/CEE de 24 de Julio de 1986⁹, a su vez modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de Diciembre de 1996. La modificación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Amsterdam (2.10.1997) permitió dar una nueva redacción al art. 119, que pasó a ser el art. 141, recogiendo un principio

⁵ Vid. DURAN LÓPEZ F., "Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de Febrero de 1976", en AA.VV. "Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo", profesor M. Alonso Olea". MTSS. Madrid. 1990, pg. 400. Vid. BORRAJO DACTILÓGRAFO E., "La no discriminación salarial por razón de sexo y la lucha por el derecho". *Actas de la Conferencia de la OIT sobre la Igualdad de Oportunidades y el Empleo*, Acta de la Conferencia de la OIT sobre la Igualdad de Oportunidades y el Empleo, 1993, pgs. 96-3, pg. 814.

⁶ ALARCÓN CARACUEL afirma que este principio no se encuentra ausente del Derecho Comunitario sino que se manifiesta fragmentariamente en estado latente. ROCCELLO sostiene que, desde luego, el principio de igualdad de trato no está "en absoluto implícito en la lógica del art. 119 del Tratado" sino que la base jurídica para la adopción de la Directiva 76/207, esencial en la materia, ha sido el art. 235 del Tratado (ALARCÓN CARACUEL M.R., "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea" y ROCCELLA M., "La significación y alcance de la Directiva sobre Igualdad de Trato en las Condiciones de Trabajo", en AA.VV. "La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral" (Coord. J. Cruz Villalón). Ed. Aranzadi. Pamplona. 1993, pgs. 22 y 189 respectivamente).

⁷ DOCE Serie L 6, de 10 de Enero de 1979.

⁸ Excepto para aquellas profesiones en que "...el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio" (art. 2.2.).

⁹ DOCE Serie L 225, de 12 de Agosto de 1986.

igualdad más allá de los límites retributivos y extendiéndolo a las esferas del empleo, ocupación y oportunidades^{10 11}.

A juicio de ALARCÓN, la "*vis expansiva*" del principio de igualdad de trato se frena a partir del año 1995 por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, como se manifestó, en relación a las acciones positivas en la

¹⁰ A estas normas han seguido otras en la misma línea. En primer lugar, cabe citar el Acta Única Europea de 17 de Febrero de 1986, que introdujo objetivos no estrictamente económicos; el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1992 y que incorpora un Protocolo XIV específicamente dedicado a Política Social, y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (9.12.1989), aunque carezca de eficacia vinculante para los Estados miembros; entre las Directivas, la 86/613/CEE del Consejo de 11 de Diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; 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; la Directiva 96/3/CE del Consejo de 3 de Junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de Diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; hay que incluir también la Directiva 97/81/CEE sobre trabajo a tiempo parcial, a la que más adelante nos referiremos, que tiene especial consideración con las mujeres dada la femineización de este tipo de contrato; entre otras normas de especial calado en esta materia cabe citar la Recomendación del Consejo de 13 de Diciembre de 1984 (84/635/CEE) relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer; la Recomendación de la Comisión de 27 de Diciembre de 1991 (92/131/CEE) relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo; el Reglamento (CE, CECA, Euratom) n°781/98 del Consejo de 7 de abril de 1998 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas comunidades en materia de igualdad de trato; la Comunicación de la Comisión Europea "Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias", de 4 de marzo de 1998 (DOCE C-122 final); la Resolución de Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, relativa a "La participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar", de 31 de Julio de 2000 (DOCE Com 218/02).

¹¹ Vid. sobre el Tratado de Amsterdam, y concretamente sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres, ROBIN-OLIVIER S., "La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam". *Droit Social* n°8, Jn. 1999, pgs. 619 y ss. También, SÁNCHEZ-DURÁN AZAÑA Y., "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: ¿avance "sustancial" del Tratado de Amsterdam?". *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n°24, 1999, pgs.383 y ss.

sentencia "*Kalanke*"¹² y en relación a la discriminación indirecta en la "*Nolte*" y "*Megner*"¹³. Ello no obsta, sin embargo, para considerar que el labor del Tribunal ha sido y sigue siendo esencial en la aplicación y desarrollo de este principio como se refleja en anteriores y posteriores sentencias¹⁴. Al mismo tiempo, la Comunidad, últimamente, ha ido adoptando una normativa de especial trascendencia en este campo. Cabe destacar la Directiva 2000/43/CE del Consejo¹⁵, de 29 de Junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y de mayor conexión con la materia en estudio la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁶ que persigue luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y de la ocupación (art. 1) y para cuya aplicación será esencial la doctrina comunitaria sentada sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Por último señalar la importancia de que la Unión Europea reconozca los derechos, libertades y principios que aparecen contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de Diciembre de 2000¹⁷, destacando un capítulo III sobre la Igualdad, en el que se prohíbe la discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo (art. 21) y esta

¹² Vid. sobre esta sentencia de 17 de Octubre de 1995 (Asunto C-450/93) en relación a la doctrina contenida en la sentencia "*Marshall*" de 11 de Noviembre de 1997 (Asunto C-409/95), que matiza, en favor de la mujer, la doctrina contraria sentada en la anterior MORENO DE TORO C., "La igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva en el Tratado de la Unión Europea y en la doctrina del Tribunal de Justicia", *Tribuna Social* n° 103, JI. 1999, pgs. 27 y ss.

¹³ En estas sentencias (ambas de 14 de Diciembre de 1995 -Asunto C-137/94 y Asunto C-444/93), el Tribunal considera conforme a la Directiva 79/7/CEE (art. 4.1) la exclusión del trabajo a tiempo parcial de menos de quince horas semanales de la protección por invalidez y vejez y por vejez, enfermedad y desempleo respectivamente, "aunque afecte a muchas más mujeres que hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo". A juicio de ALARCÓN, el Tribunal lo que hace es introducir un "*animus discriminandi*" como requisito para considerar que una determinada regulación se opone al principio de igualdad..." (Vid. del autor, *op. cit.* pg. 28), lo que se opone —como resalta PÉREZ DEL RÍO— al concepto de discriminación, que es de tipo objetivo, de manera que se atiende a una conducta calificada por el resultado sin que sea relevante la intención del sujeto (Vid. ALARCÓN CARACUEL M.R., *op. cit.* pg. 28; PÉREZ DEL RÍO T., "Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral" Tomo I. Estudios 11. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla. 1999, pg. 12).

¹⁴ Vid. sobre esta materia, el estudio de T. PÉREZ DEL RÍO, *op. cit.* pgs. 19 y ss.

¹⁵ DOCE n° L 180 de 19 de Julio de 2000.

¹⁶ DOCE n° L 303 de 2 de Diciembre de 2000.

¹⁷ DOCE 2000/C 364/01.

blece que esta igualdad será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23)¹⁸.

Estas consideraciones sobre la discriminación y, en concreto, la indirecta son necesarias para el análisis de estas sentencias y requiere, a su vez, prestar atención a la normativa y a la valoración jurisprudencial del tipo de contrato celebrado: el contrato a tiempo parcial.

Ambos conceptos están íntimamente ligados ya que las mayoría de las limitaciones y exclusiones de "beneficios" que sufren los trabajadores a tiempo parcial pasan a constituir esta clase de discriminaciones al afectar mayoritariamente al personal femenino.

2. LA CUESTIÓN DEL PAPEL DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL EN EL EMPLEO FEMENINO

El trabajo a tiempo parcial ha sido objeto de regulación específica a nivel comunitario gracias a la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de Diciembre de 1997 "relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES", que recoge el acuerdo al que dichas organizaciones llegaron el 6 de Junio de 1997¹⁹ 20.

Uno de los objetivos fundamentales ha sido erradicar toda discriminación posible contra este tipo de trabajadores a la vez que dotar de flexibilidad la organización del trabajo, de manera que corresponda a los deseos de los trabajadores y a los requisitos de la competencia²¹.

¹⁸ Sobre su elaboración y contenido, vid. BRAIBANT G., "La Carte des droits fondamentaux". Droit Social n°1. Enero 2001, pgs. 69 y ss.

¹⁹ DOCE L 14, de 20 de enero de 1998. A los efectos de esta Directiva se considera "trabajador a tiempo parcial" a aquél cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un "trabajador a tiempo completo comparable" (Cláusula 3 del Acuerdo); el apartado 2 de dicha cláusula da la definición de "trabajador a tiempo completo comparable", esencial a la hora de determinar este tipo de trabajadores, considerándolo como un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar, teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En su defecto, según el apartado 3, se acudirá al convenio colectivo aplicable o a la legislación, convenios colectivos y prácticas nacionales. (Para un análisis de estos conceptos, vid. CABEZA PEREIRO J., "Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES". Actualidad Laboral 2000-2, pg. 341).

²⁰ Sobre los antecedentes de esta Directiva, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., "Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario". Relaciones Laborales n° 15-16. La Ley 1998-I, pgs. 190 y ss. También, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I., "El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE". Actualidad Laboral 1998, pgs. 575 y ss.

²¹ Considerando 5° de la Directiva.

En este sentido, estos contratos se han utilizado por los empresarios como mecanismo de ajuste de las plantillas en etapas de crisis económica, como se constató en la Comunidad Europea durante la recesión de 1990-1994; en otro caso, ha servido de recurso a las mujeres para mantenerse en el mercado laboral y a la vez cumplir sus "obligaciones domésticas"; ello ha desembocado en la consideración de que mientras este contrato es para éstas una "forma de empleo socialmente aceptable", para los hombres constituya un "desempleo parcial", produciéndose tal "descualificación" de este tipo de contratación que se llega a la conexión trabajo a tiempo parcial/empleo femenino/empleo mal remunerado²².

La incidencia del tratamiento de esta clase de contratos en las condiciones laborales de las mujeres ha hecho que cobre especial importancia la cláusula 4 del mismo Acuerdo que prohíbe que se dé un tratamiento menos favorable a estos trabajadores, aunque establece una salvedad a esta prohibición: que pueda justificarse por razones objetivas.

Ello va unido a la política comunitaria de protección a la familia, de forma que se adapten las condiciones de trabajo a las cargas familiares. La protección de la mujer en la vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional es un principio tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho de los Estados miembros y está considerado como el corolario natural de la igualdad entre hombres y mujeres²³. Este objetivo está presente tanto en la política social de la Comunidad (arts. 136 a 145 del TCE y demás normas anteriormente mencionadas) como en la política de empleo, concretada a través de Directrices anuales adoptadas para su incentivación, algunas de las cuales van dirigidas a la reforzar las políticas de igualdad de oportunidades en el empleo entre hombres y mujeres²⁴.

²² Vid. el Informe del CES n°4/1996 "El trabajo a tiempo parcial", pgs. 12 y ss. También, AA.VV. (SUPIOT A., coord.) "Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999, pgs. 260 y ss. LÓPEZ LÓPEZ J./CHACARTEGUI JAVEGA C., "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Amsterdam". Civitas. R.E.D.T. n° 99. En/Fb. 2000, pgs. 5 y ss.

²³ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M., "Igualdad de género y políticas comunitarias". Relaciones Laborales n°6. Mz. 2000, pgs. 1 y ss.

²⁴ Vid. sobre el tema NAVARRO NIETO F., "El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea". CES. Documentos. 2000, pgs. 5 y ss. y pgs. 46 y ss. También, CABEZA PEREIRO J., "La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea". Documentación Laboral n°63. 2000, pgs. 43 y ss.

3. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: LA CUESTIÓN DE LA ANTIGÜEDAD

Con estas premisas podemos adentrarnos en el análisis de las resoluciones judiciales. Si bien la sentencia "Gesrter" resuelve una primera cuestión sobre si el art. 119 del Tratado de Roma es aplicable a los funcionarios públicos, cuestión ya resuelta afirmativamente en numerosas sentencias anteriores que aplican el Derecho comunitario a los trabajadores de las Administraciones Públicas de los distintos Estados miembros, plantea a continuación otras dos cuestiones que trae a primer plano el tratamiento que ha de darse a las trabajadoras a tiempo parcial; una, valorar dicho trato en materia de retribución a la luz del art. 119 y de la Directiva 75/117 y otra, común a la sentencia "Kording", valorar las normas nacionales, que establecen determinadas condiciones para efectuar el cálculo de la antigüedad y que va a incidir bien en la promoción laboral, bien en la adquisición de una habilitación para la profesión de asesor fiscal, desde el prisma de la Directiva 76/207.

Ambas sentencias se dictan después de haberse alcanzado entre los agentes sociales comunitarios el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial — de 6 de Junio de 1997— pero con anterioridad a la adopción de la Directiva que lo recoge. De ahí que hagamos el examen de los fallos judiciales en comparación con la nueva normativa.

Si se persigue la igualdad, hay que lograr la plena equiparación entre los trabajadores a jornada completa y parcial, no acudir, de forma exclusiva, al criterio de la proporcionalidad según el tiempo trabajado. Puede que éste sea adecuado, en alguna ocasión, para corregir excesos en el reconocimiento de derechos, atendiendo al caso concreto, especialmente cuando se trata de materia económica —así en materia de salarios, retribución de vacaciones o indemnizaciones por despido y jubilación—, pero no en otras materias en las que la reducción proporcional las privaría de eficacia —permiso de lactancia, por ejemplo—. El texto resulta poco claro cuando se trata de determinar la aplicación de este principio "*pro rata temporis*", al que hace referencia el apartado 2 de la cláusula 4 del Acuerdo al señalar dicha cláusula que se aplicará "cuando resulte adecuado". Algunos consideran que debe ser el criterio general aplicable²⁵. Como señala CABEZA PEREIRO la propia ambigüedad con que se introduce este principio de proporcionalidad va a propiciar un número más que considerable de litigios²⁶. El principio general de igualdad, pues, debe cohonestarse con la regla de proporcionalidad y aplicarse en ajustados términos de racionalidad, proporcionalidad funcional, adaptación, adecuabilidad o compatibilidad²⁷.

²⁵ Vid. FERRADANS CARAMES C., "La regulación comunitaria de las condiciones de trabajo", en AA.VV. (Coord. Cruz Villalón-Pérez del Río) "Una aproximación al Derecho Social Comunitario". Ed. Tecnos. Madrid. 2000, pg. 133.

²⁶ Vid. del autor, *op. cit.*, pg. 343.

²⁷ Vid. MERINO SENOVILLA H., "El trabajo a tiempo parcial". Valladolid. 1994, pgs. 131 y ss. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I., *op. cit.*, pg. 585.

Aunque se trae a colación el tema de la igualdad retributiva en la sentencia "Gesrter", sin embargo, como bien dice la sentencia, no se puede considerar ésta afectada, al menos, por los hechos planteados. Y ello porque si bien toda promoción implica una mejora económica, en este caso lo que se plantea es el cómputo de la antigüedad y el criterio seguido para cuantificar el tiempo trabajado con contrato a tiempo parcial, a efectos de la misma. Y así el encontrarse en una lista de promocionables en espera de una vacante tan sólo implica una expectativa de mejora económica.

El Tribunal, en todo caso, en las resoluciones que versan sobre materia retributiva ha admitido diferencias entre los trabajadores de ambos tipos de contrato²⁸.

La retribución se conecta normalmente con la antigüedad y se plantean problemas a la hora de computar ésta. Es aquí donde numerosas normas nacionales establecen la prorata de los aumentos económicos en relación con los recibidos por los trabajadores a jornada completa. El Tribunal de Justicia ha establecido la equiparación entre ambos trabajadores. Ello se ha reflejado en alguna de sus resoluciones; así, en la sentencia de 17 de Junio de 1998, "Hill y Stapleton" (Asunto C-243/959) se examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma que permitía un tratamiento retributivo desfavorable y carente de justificación para los trabajadores con contrato de trabajo en jornada compartida que eran en su mayor parte mujeres; consistía éste en atribuir a los trabajadores que accedían a un trabajo a tiempo completo un nivel retributivo inferior al que venían disfrutando cuando trabajaban a tiempo parcial y ello porque el empleador aplicaba el criterio de antigüedad calculándolo en términos de tiempo efectivamente trabajado; se producía de esta manera una pérdida de la cuantía de su salario hora; el Tribunal lo considera contrario al Derecho comunitario²⁹.

En la sentencia de 9 de Septiembre de 1999, asunto "Krüger" (C 281/1997), el Tribunal aprecia una discriminación indirecta por razón de sexo en la negativa de la empresa a conceder una gratificación extraordinaria por Navidad a los trabajadores con empleos inferiores a las quince horas a la semana y cuya retribución no superara una fracción de la base mensual de referencia. No se aprecia aquí por el Tribunal un fin de política social que justificara la norma convencional, tal como hiciera en los casos "Nolte" y "Megner".

²⁸ Ello lo vemos reflejado, inicialmente, en la sentencia de 31 de Marzo de 1981, asunto "Jenkins" (96/80/CEE) que establecía que: "Una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no constituye discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado de Roma, salvo cuando consiste en realidad en un medio indirecto para reducir el nivel de retribución de los trabajadores a tiempo parcial, debido a la circunstancia de que ese grupo de trabajadores se compone de manera exclusiva o de forma preponderante de personas de sexo femenino".

²⁹ Rechaza el Tribunal las justificaciones alegadas por The Revenue Commissioners y el Department of Finance de si es práctica habitual en la Función Pública y de que implica un sistema de recompensa que mantiene la motivación de los trabajadores a tiempo completo.

Esta resolución tiene especial relevancia en cuanto que con ella resultan amparados los trabajos a tiempo parcial de jornada muy reducida; de esta forma, la exclusión de esta normativa de los trabajadores a tiempo parcial que trabajen de forma ocasional sólo ha de entenderse de manera muy restrictiva, referida exclusivamente a aquellos trabajos de poca entidad³⁰, surgiendo entonces una razón objetiva y razonable que justifica la exclusión.

Si a la antigüedad se la considera como el tiempo de vinculación de una persona con una determinada empresa y si se considera que no se interrumpe esa vinculación por trabajar a tiempo parcial y que la misma experiencia adquiere quien trabaja una jornada completa que una parte de esa jornada variando sólo la cantidad de trabajo realizado, como afirma una de las partes en la sentencia "Kording", no debe incidir de forma negativa la antigüedad en las condiciones del empleado a tiempo parcial. Consideramos que ello no desemboca sino en un trato discriminatorio. En cuestiones de antigüedad —afirma CABEZA³¹— la regla aplicable debe ser la equiparación de derechos y no la proporcionalidad.

Y desde este prisma enfoca el Tribunal los problemas planteados y que motivan las dos sentencias al examinar si vulneran la Directiva 76/207. Es decir, si es contrario a la misma el que para la actividad a tiempo parcial ejercitada por la Sra. Kording con un tiempo de trabajo no inferior a la mitad de la jornada habitual, el período de quince años de experiencia exigidos para quedar exento del examen de asesor fiscal se prolongue en la correspondiente proporción y, por otra parte, si el que, a la Sra. Gesrter, el período trabajado a tiempo parcial, media jornada, únicamente se le computa en dos tercios es contrario a la misma. En ambos casos, pues, se plantea un problema de cómputo de antigüedad para la adquisición de derechos, bien de la habilitación con exención de examen, que depende de un período de tiempo, bien de su correcta ubicación en la "lista de personas promovibles", que depende de los méritos y la antigüedad.

En ambos casos además, para alegar la existencia de una discriminación por razón de sexo, las demandantes han de probar que la norma afecta negativamente a un mayor número de mujeres que de hombres; en el primer caso, el 92,4% de los funcionarios del cuerpo superior de la Administración Tributaria de Bremen que trabajan a tiempo parcial son mujeres; en el segundo, el 87% de los trabajadores a tiempo parcial en el servicio en el que desempeñaba sus funciones la Sra. Gesrter son mujeres. Son normas que no sólo perjudican a estos trabajadores en comparación con aquéllos con los que ejercen su actividad en jornada completa, en cuanto que vendrán obligados a trabajar varios años más para obtener la habilitación o para ser promovidos sino que, además, inciden especialmente en el colectivo femenino. En materia de prueba, ya el Tribunal

³⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., "Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario". *Relaciones Laborales* n° 15-16. 1998, pg. 188.

³¹ Vid. del autor, *op. cit.* pg. 344.

comunitario había sentado la doctrina de que cuando la trabajadora acredita que la retribución media del personal femenino es inferior al del masculino inculpe al empresario la prueba de que su práctica salarial no es discriminatoria. Esta doctrina, recogida en la jurisprudencia comunitaria en materia de retribución se ha visto completada con la Directiva 97/80/CEE, de 15 de Diciembre 1997, relativa a la carga de la prueba³², al hacer recaer sobre la parte demandada la obligación de demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona se considere perjudicada y presentados hechos que hagan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (art. 4).

En la valoración de estas sentencias hay que partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de Febrero de 1991, asunto Nii (128/1991/CEE), en la que declaró que constituye una discriminación indirecta el cómputo, a efectos de acceder a un nivel superior de remuneración, de ser la mitad de la antigüedad para los trabajadores cuyo horario tenga una duración comprendida entre la mitad y las tres cuartas partes del horario normal, frente a los demás trabajadores a los que se computa íntegramente la antigüedad cuando resulta probado que el número de mujeres contratadas a tiempo parcial es muy superior al de hombres contratados con esta modalidad.

Y en esta misma línea, tanto una como otra sentencia aprecian la existencia de discriminación indirecta calificando las normas como contrarias a la Directiva 76/207.

Sólo dan una vía de escape para permitir salvar la validez de las respectivas normas y es la posible concurrencia de justificaciones objetivas y proporcionadas ajenas al sexo de las personas afectadas, como puede ser un "fin legítimo de política social" al que alude la sentencia "Gesrter". Ello enlaza con la Directiva 97/81/CE que permite cuando existan razones objetivas dar un trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial; si bien el mismo Acuerdo Marco recogido por la Directiva, que las acepta como salvedad, exige el examen periódico de los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, siempre con consulta previa a los interlocutores sociales que van adquiriendo un papel relevante en el ámbito comunitario como se refleja en el hecho de que algunos de sus acuerdos han pasado a ser directamente el contenido de las directivas comunitarias³³.

³² DOCE Serie L 14, de 20 de Enero de 1998.

³³ El apartado 4 de la cláusula 4ª señala que "Cuando existan razones que lo justifiquen los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales... podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad o a una duración del trabajo o condiciones salariales", exigiendo, a continuación el examen periódico de estos criterios.