



Trabajo atípico en la Unión Europea

María Luisa Pérez Guerrero

Profesora Doctora Universidad de Huelva. Facultad de Derecho
Universidad de Huelva. Av de las Fuerzas Armadas s/n. Huelva
E-mail: malupe@uhu.es

Emilia Castellano Burquillo

Profesora Doctora de la Universidad de Huelva. Facultad de Dere-
cho Universidad de Huelva. Av de las Fuerzas Armadas s/n. Huelva
E-mail: castella@uhu.es

Fernando Pérez Domínguez

Becario de PDI de la Junta de Andalucía. Facultad de Derecho Uni-
versidad de Huelva. Av de las Fuerzas Armadas s/n. Huelva
E-mail: fernando.perez@dam.uhu.es

Resumen

Los objetivos perseguidos con este estudio han sido fundamentalmente poner de manifiesto las diferentes manifestaciones del trabajo que se realiza en los mercados laborales y que se consideran atípicos. Para ello hemos analizado las formas más comunes de este trabajo atípico como son el Trabajo a tiempo parcial, el Trabajo de duración determinada y el Trabajo prestado a través de Empresas de Trabajo Temporal. Este análisis se ha centrado tanto en la legislación como en la jurisprudencia europea existente sobre esta materia, y todo ello nos ha permitido llegar a la conclusión de que son menos atípicos de lo que parecen.

Palabras clave: Igualdad, trabajo a tiempo parcial, trabajo temporal y flexibilidad.

Atypical work in the European Union

Abstract

The fundamental objectives pursued in this study have been to make reveal the different manifestations of work performed in labor markets that are considered atypical. The most common forms of this atypical work have been analyzed, which are: part-time work, term-definite work and work done through temporary work companies. This analysis has centered on existing European legislation as well as jurisprudence, all of which makes it possible to conclude that the jobs are less atypical than they may seem.

Key words: Equality, part-time work, temporary work and flexibility.

1. Introducción y tratamiento normativo de la materia.

1.1. La protección del denominado “trabajo atípico” ha sido una constante en las instancias comunitarias desde los primeros años de su aparición. Tanto la normativa emanada de las Instituciones Europeas, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo han ido encaminadas a proteger a este colectivo de trabajadores en el disfrute de sus derechos de carácter laboral.

En los momentos actuales en los que se discute sobre la modernización del Derecho del Trabajo a través del Libro Verde de la Comisión (Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. COM (2006) 708 final de 22 de noviembre de 2006) y se insiste en la necesidad de conjugar flexibilidad y se-

guridad para empresarios y trabajadores, esta materia que analizamos en el presente estudio presenta una gran actualidad, a pesar de que las normas fundamentales que van a ser analizadas se aprobarán en los años noventa.

La falta de referencia a esta modalidad de relación laboral en el Tratado Constitutivo, precisamente por la relativa modernidad del término “trabajo atípico” y de la realidad que representa, ha determinado que sea preciso desarrollar normas de derecho derivado para la protección de este colectivo desde las diferentes perspectivas. Esto nos viene a demostrar que la armonización en esta materia no ha sido posible a pesar de los intentos de las instituciones de la Unión Europea (Rodríguez-Piñero Royo, 2005)¹.

1 El profesor Rodríguez-Piñero Royo, M. señala expresamente que “Durante la década de los ochenta se elaboraron diversas proposiciones de directiva sobre tres formas

El término “trabajo atípico” se ha acuñado para definir de modo convencional formas específicas del contrato de trabajo, como el trabajo realizado a través de Empresas de Trabajo Temporal, los contratos de duración determinada o contratos a tiempo parcial. Categoría, por otro lado, de una validez cada vez más dudosa, como han destacado algunos autores, pues a medida que se incrementa la tipología de estas formas de empleo y crece su utilización en el mercado de trabajo, es el trabajo considerado típico el que aparece como modalidad cada vez más minoritaria aunque sea la que podríamos considerar de mayor calidad para el trabajador por el elemento de estabilidad que conlleva.

Por otra parte, razones de política legislativa han determinado también que las primeras normas en aparecer se refiriesen a aspectos concretos de las relaciones laborales como la prevención de riesgos laborales o la igualdad retributiva de los trabajadores atípicos. En cuanto al reconocimiento normativo de ese principio de igualdad que sirve de hilo conductor en toda esta materia, debemos decir que la redacción originaria del Tratado de Roma recogía en su artículo 119 la

configuración del principio de no discriminación por razón de sexo, si bien, coincidiendo con la naturaleza económica del Tratado, planteaba una perspectiva economicista del mismo. Así, establecía este precepto que los Estados Miembros debían garantizar y mantener “*la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”.

Ésta fue la primera referencia al principio de igualdad en las relaciones laborales y, por ello podemos afirmar que dos fueron las cuestiones tratadas por el Tribunal en los primeros años de su creación: la conceptualización y delimitación del principio de no discriminación y la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo.

1.2. Posteriormente todo un conjunto de normas de derecho derivado han venido a desarrollar este precepto del Tratado constitutivo, y en particular por lo que se refiere al concepto de trabajo atípico que hemos utilizado en este trabajo, varias normas deben destacarse. En primer lugar, la Directiva 97/81 de 15 de diciembre de 1997, sobre el trabajo a tiempo parcial (DOCE L nº 14 de 20 de enero de 1998), cuya aprobación respondió a

de empleo: contratos de duración determinada, contrato en misión y contratos a tiempo parcial. En concreto en 1982 se presentó una propuesta sobre trabajo a tiempo parcial, que fue modificada en 1983, sin que ninguno de los dos textos llegara a ser aprobado por el Consejo; también en 1982 se elaboró un texto similar para el trabajo temporal en sentido amplio, incluyendo tanto el trabajo en misión como los contratos de duración determinada, que se modificó en 1984, y que tampoco fue aprobada”“La armonización de los ordenamientos laborales nacionales en materia de trabajo atípico”. *Libro Blanco para la Calidad en el Empleo en Andalucía, 2005*. Sevilla. Pág. 1.

una necesidad presente en la mayoría de los Estados miembros. Nos referimos a la necesidad de flexibilizar los mercados de trabajo con el fin de aumentar las tasas de actividad, ya que reduciendo el tiempo de trabajo se podía repartir el bien escaso que supone poder desempeñar una actividad retribuida por cuenta ajena. Se trata de una directiva aprobada, además, para contribuir a los objetivos de la estrategia europea a favor del empleo y a la igualdad de oportunidades de las mujeres y los hombres (Senise Barrio, 2001: 1 y siguientes).

El Acuerdo Marco que se incluye como contenido de la directiva regula las cuestiones mínimas de esta forma de trabajo y deja a los Estados miembros el establecimiento del resto de aspectos que puedan resultar interesantes sobre la materia. Así se proporcio-

nan los conceptos de trabajador a tiempo parcial², de trabajador a tiempo completo comparable³ y por lo que respecta a las condiciones de empleo señala expresamente que “no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”⁴.

Este trabajo a tiempo parcial se presenta además bajo el prisma de la voluntariedad del trabajador para acceder a él, nunca en términos de obligación, de manera que sólo el trabajador que quiera debe acceder a esta forma de trabajo⁵. La realidad muestra una imagen muy distinta respecto a esta modalidad de trabajo, ya que en la mayoría de los casos responde a

- 2 Lo define como aquel “trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como 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 tercera del Acuerdo Marco que recoge la Directiva.
- 3 Lo define como aquel “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”. Cláusula tercera del Acuerdo Marco que recoge la Directiva.
- 4 Cláusula cuarta del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 97/81/CE. En este sentido pueden destacarse dos recursos interpuestos por la Comisión europea (22 de diciembre de 2003 y 7 de mayo de 2004, respectivamente, asuntos C-538/03 y C-204/04) contra la República Federal de Alemania, por no permitirse en este Estado a los empleados a tiempo parcial del sector público, participar en las elecciones a la representación de personal si su contrato es inferior a 18 horas semanales. La Comisión europea considera que no existen razones objetivas que justifiquen esta restricción, cuando además en el sector privado no se aplica en las elecciones a Comité de empresa.

una posibilidad del mercado de trabajo y no a una opción del trabajador (Gómez, Pons, y Martí, 1998).

Desde el punto de vista del coste para el empresario de este tipo de trabajos debe aplicarse el principio de igualdad de trato en general y, en particular, entre hombres y mujeres, de manera que éstas serán igual de costosas que los hombres que accedan a esta forma de trabajo⁶. Sin embargo y a pesar de la garantía de igualdad de salarios, podemos afirmar observan-

do la mayoría de los mercados laborales, que esta forma de trabajo constituye una fuente de desigualdades retributivas entre mujeres y hombres y esto es importante, ya que son ellas las que en su mayoría acuden a esta forma de contrato (80% de los contratos a tiempo parcial los firman las mujeres)⁷.

Además de lo anterior, debemos poner de manifiesto que estos trabajos a tiempo parcial suelen ser trabajos temporales, aunque legalmente se

- 5 Sobre este aspecto puede destacarse la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 12 de octubre de 2004. Asunto C-313/02, Nicole Wippel y PeeK & Cloppenburg GMBH & Co KG. En este supuesto que versa sobre una reclamación por falta de determinación en el contrato a tiempo parcial de la duración y distribución de la jornada, el Tribunal considera que aunque en los contratos a jornada completa se determinen estos aspectos, el hecho de que no se haga en un contrato a tiempo parcial no se opone al Derecho Comunitario y, por tanto, se puede determinar en función de la carga de trabajo existente en la empresa y caso por caso, de manera que serán los trabajadores a tiempo parcial los que deban decidir si aceptan o rechazan cada trabajo que se les proponga.
- 6 Gómez, S., Pons, C., y Martí, C. tratan de forma particular el tema de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y señalan que la media de retribución por hora es inferior en los primeros, respecto a esto señalan que “una de las razones de esta diferencia retributiva obedece a las distintas ocupaciones que se asocian a las diferentes jornadas laborales. En general, los trabajadores a tiempo parcial suelen estar concentrados en grupos de ocupación de bajo nivel de renta, como servicios, ventas, trabajos de oficina o trabajos elementales”. *op. cit.*, pág. 11.
- 7 Para ampliar el estudio de esta materia véase Del Rey Guanter, S. y Valverde Asencio, A. “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenidos”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 18, 1999, págs 15 y ss. Rodríguez-Piñero Royo, M. “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, nº15-16, 1998, págs. 43 y ss. González Muñoz, M. “La no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial: evolución normativa comunitaria y jurisprudencial del TJCE”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie B, septiembre de 1991. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. “El trabajo a tiempo parcial, entre normalización e incentivación”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1998, págs. 1 y ss. Benavente Torres, M^a. I. *El trabajo a tiempo parcial*. CES de Andalucía, Sevilla, 2005.

ofrezca la posibilidad de que sean empleos estables (Gómez, Pons, y Martí, 1998: 11), y como han señalado algunos autores “*desde el punto de vista del empleador, la formación de un empleado a tiempo parcial dura lo mismo que la de uno a tiempo completo, pero la recuperación de la inversión es menor*” (Gómez, Pons y Martí, 1998: 11).

Nos encontramos por tanto, ante una situación que si bien en la teoría permite la igualdad de costes entre mujeres y hombres, en la práctica se traduce, por un mayor uso del trabajo a tiempo parcial para estas mujeres, en una dudosa inversión para el empresario creando, por tanto, para ellas diferencias de trato en las condiciones de trabajo y de forma particular en las retribuciones.

1.3. En cuanto al trabajo de duración determinada, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (DOCE L 175 de 10 de julio de 1999) expresa en su preámbulo que en el año 1997 cuando se aprobó la directiva de trabajo a tiempo parcial, las partes firmantes del acuerdo en cuestión ya mostraron “*su intención de examinar la necesidad de acuerdos similares para otras formas de trabajo flexible*”, y por ello “*los interlocutores sociales quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal*” (Preámbulo 12 y 13 de la Directiva 99/70/CE.).

Partiendo de esta inquietud y de la constatación de que los contratos de duración determinada son una exi-

gencia de los mercados de trabajo, ya que responden a ciertas necesidades de empresarios y trabajadores, pretenden establecer unas mínimas garantías para que los trabajadores que realicen esta forma de trabajo no sean objeto de discriminaciones. Esta forma de trabajo debería ser excepcional frente al trabajo indefinido, que en palabras de los firmantes del Acuerdo Marco es, y seguirá siendo, la forma más común de relación laboral entre empresario y trabajador. Al margen de la constatación o no de esta circunstancia en los diferentes mercados laborales europeos, lo cierto es que la norma excluye de su ámbito de aplicación los contratos temporales celebrados entre las personas puestas a disposición y una empresa o agencia de trabajo temporal. Sobre esta última relación laboral las partes firmantes del Acuerdo Marco mostraron la intención de estudiar la necesidad de un acuerdo similar.

Las garantías que esta norma comunitaria establece pretenden evitar las situaciones discriminatorias en el disfrute de las condiciones laborales por parte de los trabajadores contratados de forma temporal e indefinida, y además evitar los abusos en la utilización de los contratos temporales, aunque serán los Estados miembros los que deban articular la fórmula para ello.

En todo caso, esta norma postula una cultura preventiva y no reactiva que es la que realmente se está produciendo en muchos mercados laborales de la Unión Europea, donde el control en el número de renovaciones y la fijación de causas objetivas para su cele-

bración no actúan de desincentivo para el abuso en su utilización. Además, esta norma proporciona los conceptos de trabajador con contrato de duración determinada⁸ y trabajador con contrato de duración indefinida comparable⁹. Al margen de todo ello, a estos trabajadores temporales se les reconocen derechos de información, entre otros aspectos, de los puestos vacantes en la empresa o centro de trabajo que se cubran de forma permanente y no temporal.

1.4.-Finalmente y por la que se refiere a la puesta a disposición de trabajadores por Empresas de Trabajo Temporal, señalar que la directiva que regule todos sus aspectos aún está pendiente de aprobar. Como señala algún autor *“queda una forma de empleo sin armonizar, el trabajo a través de una ETT, que aún estando presente como objetivo desde las primeras iniciativas comunitarias en materia de trabajo atípico, ha escapado a todos los intentos de armonización. Retiradas sin éxito las propuestas de la Comisión de los 1980s y los 1990s, los interlocutores sociales intentaron a finales de esta década la vía de la negocia-*

ción colectiva, pero no fueron capaces de llegar a un acuerdo” (Rodríguez-Piñero Royo, 2005: 3).

La única norma hoy existente se centra en la protección en materia de salud y seguridad laboral. Nos referimos a la Directiva 91/383/CE, de 25 de junio (DOCE L 206 de 29 de julio de 1991). Esta norma tiene como objetivo principal garantizar la igualdad en estos aspectos entre los trabajadores puestos a disposición y los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, a través de la información, formación y entrega de los instrumentos de protección adecuados a la actividad a desarrollar. Para ello, prevé la Directiva en su artículo 8 que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal, la empresa y/o el establecimiento usuarios serán responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción”*.

Se parte de la idea de que esta forma de trabajo es más peligrosa para el

8 En esta definición destaca el elemento temporal en el sentido de que será el contrato cuyo final venga determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento comparable. Cláusula tercera del Acuerdo Marco que se recoge en la Directiva del año 1999.

9 Por tal se entiende aquel trabajador que en el mismo centro de trabajo del trabajador con contrato temporal realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. Cláusula tercera del Acuerdo Marco que se recoge en la Directiva del año 1999.

trabajador que puede estar itinerante por diversos puestos de trabajo, y se aprovecha el sistema de mayoría cualificada que en materia de prevención de riesgos laborales brinda el anterior artículo 118 A del Tratado de la Unión Europea.

La responsabilidad solidaria de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria ha sido, sin duda, uno de los mayores avances en esta materia y que también han dado lugar a tempranos pronunciamientos judiciales en los que cuales se establecía la relación directa entre el trabajador y la Empresa de Trabajo Temporal, al margen de la igualdad de derechos de éstos con los trabajadores directamente contratados por el empresario que contrata con la ETT, cerrando de esta forma la relación triangular¹⁰.

Todas estas normas presididas por el principio de igualdad de trato de los trabajadores, ya sea por razón de sexo, o de la duración del contrato de trabajo desde el punto de vista de la jornada de trabajo o del término de mismo, o de la procedencia del trabajador puesto a disposición en las rela-

ciones triangulares, han dado lugar a una abundante jurisprudencia del Tribunal europeo como consecuencia de la necesidad de precisar el contenido de las mismas o como consecuencia de la necesidad de dar respuesta a cuestiones no previstas en estas normas que hemos analizado.

En las próximas líneas vamos a ocuparnos de esta actividad del Tribunal europeo que nos va a permitir conocer el estado actual de la materia que analizamos a las puertas de esa reforma propuesta por la Comisión europea a través del Libro Verde para modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI. En este último documento como hemos destacado en líneas anteriores, se insiste en la necesidad de flexibilizar los contratos clásicos en lo relativo a plazos de preaviso, costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o en la definición del despido improcedente (Documento COM (2006) 708 FINAL de 22 de noviembre de 2006: 3). Lo contrario, es decir, condiciones laborales demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a

10 Véase Durán López, F. "Las previsiones comunitarias de regulación del trabajo temporal y de la contratación de duración determinada". *Relaciones Laborales*. Tomo 1985-I. págs. 1396 y ss. Rodríguez- Piñero Royo, M. "Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria" *Relaciones Laborales*, Tomo 1991-I. Pág. 19 y ss. De este mismo autor *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. Madrid. 1992. Rodríguez Ramos P, "La cesión de trabajadores en el Ordenamiento jurídico español". Tesis doctoral defendida en la Universidad de Sevilla en 1993. Monteiro Fernández, "Problemas jurídicos del trabajo realizado por mediación de empresas de trabajo temporal". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 18, 1984. Moreiro González, C. J. y Rodríguez- Piñero Royo, M. "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo". *Documentación Laboral*, n° 40. 1993-II. Págs. 95 y ss.

contratar durante los períodos de bonanza económica (COM (2006) 708 FINAL: 5), reconociéndose el “efecto trampolín” que estos contratos temporales tienen para las personas con especiales dificultades para integrarse en el mundo laboral¹¹.

Todo ello parece que nos lleva a una situación donde el trabajo denominado “atípico” se ha convertido precisamente en lo contrario, en la forma de trabajo más fomentada y utilizada en el seno de la Unión Europea, lo que nos va a obligar a revisar los postulados básicos de cualquier ordenamiento laboral sustentado en el trabajo a tiempo completo y de forma indefinida o al menos duradera para un mismo empleador, ya que esto último será lo verdaderamente atípico.

2. La tutela judicial del trabajo atípico.

2.1. Origen del Tratamiento.

En relación con el concepto de igualdad y la delimitación del principio de no-discriminación y su reconocimiento como derecho fundamental de la persona y principio general del

derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) se ha pronunciado sobre el mismo desde finales de los años setenta, reconociendo que la prohibición de discriminación constituye una expresión específica del principio general de igualdad, uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario, que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado¹². Según reiterada jurisprudencia, el concepto de “discriminación” comprende, básicamente, la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes¹³; aclarando que el trabajo que pueda servir de comparación no tiene que ser necesariamente el mismo que el desempeñado por la persona que invoca a su favor dicho principio de igualdad, basta con que sean similares¹⁴. Se añade además, como complemento a la afirmación anterior, que la diferencia de trato que esta práctica supone sólo podría estar justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo¹⁵.

11 COM (2006) 708 FINAL. pág. 9. Se señala expresamente que las cifras correspondientes a la EU-15 muestran que un 60% de las personas con contratos atípicos en 1997 disponían de contratos clásicos en 2003.

12 Véase STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto 43/75, Defrenne II; de 15 de junio de 1978, Asunto Defrenne III; y más recientemente véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, Asunto C-381/99, Brunnhofer; y de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-320/00, Lawrence.

13 Véase Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1996, Asunto C-342/93, Gillespie y otros; y Sentencia de 31 de mayo de 2001, Asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, D y Suecia/Consejo.

Como hemos dicho, la primera de las materias abordadas por el TJCE en relación con la aplicación del principio de no discriminación en las relaciones laborales es precisamente la prohibición de discriminación retributiva entre hombres y mujeres. Estos pronunciamientos del Tribunal tienen origen en la interpretación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en el que se reconocía el principio de no discriminación por razón de sexo con claros tintes economicistas.

Al hilo de la interpretación del actual artículo 141 (anterior 119) del

Tratado de la Comunidad Europea¹⁶, reformado en diversas ocasiones como consecuencia de la ratificación de los diferentes Tratados que conforman el derecho originario del ordenamiento comunitario, y de las directivas de desarrollo¹⁷, el Tribunal de Luxemburgo se ha referido a la aplicación de este principio en las relaciones laborales, especialmente en relación con las percepciones salariales de los trabajadores¹⁸. Son varios los aspectos tratados por el Tribunal en sus diferentes pronunciamientos, que aportan diversos presupuestos a la deter-

- 14 En este sentido véanse las sentencias del TJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98, Jämo; y de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-320/00, Lawrence.
- 15 Véanse en este sentido las Sentencias de 13 de julio de 1989, Asunto 171/88, Rinner-Kühn; de 6 de febrero de 1996, Asunto C-457/93, Lewark; de 17 de junio de 1998, Asunto C-243/95, Hill y Stapleton; de 6 de abril de 2000, Asunto C-226/98, Jørgensen; y de 20 de marzo de 2003, Asunto C-187/00, Kutz-Bauer.
- 16 Antiguo artículo 119, modificado en su numeración en el Tratado de Ámsterdam, según el cual “cada Estado Miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”.
- 17 Especialmente la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, 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 (DOCE L 45, de 19 de febrero de 1975); 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DO L 39 de 14 de febrero de 1976); y 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 ocupación (DOCE de 2 de diciembre de 2000).
- 18 Como ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones, la Directiva 75/117/CEE tiene la finalidad esencial de facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 141 del Tratado y no afecta en absoluto al contenido ni al alcance de dicho principio, de manera que los conceptos utilizados tanto por éste como por la Directiva tienen el mismo significado. En este sentido véanse las Sentencias TJCE de 17 de mayo de 1990, Asunto C- 262/88, Barber; y de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98, Jämo.

minación del principio de igualdad en materia retributiva.

El Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre la determinación del concepto de retribución conforme a lo establecido en el artículo 141 del Tratado en numerosas ocasiones, afirmando que este precepto debe interpretarse en el sentido de que *“cuando la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad se establezca, al menos en parte, sobre la base del salario percibido antes del inicio de dicho permiso, todo aumento de salario que se produzca entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y la finalización del permiso debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para el cálculo del importe de dicha retribución”*¹⁹.

El Tribunal retoma la posición sostenida en el Asunto *Gillespie* al considerar que el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que continua vinculada a su empleador por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya teni-

do lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador. En efecto, excluir a la trabajadora del mencionado aumento durante el disfrute del permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que, de no haber estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado.

Basándose en este precepto del Tratado constitutivo, el Tribunal, ha acuñado una importante jurisprudencia entorno al principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, llegando a afirmar en reiteradas ocasiones el alcance general de este principio de igualdad de trato, extendiendo su aplicación a las relaciones de empleo del sector público²⁰; con lo que resaltaba la extensión de dicho principio no sólo a las relaciones entre privados, sino también a las relaciones con la Administración.

En definitiva, a través de la igualdad entre mujeres y hombres, ya sea de forma directa o indirecta se ha acu-

19 Véase la Sentencia de 30 de marzo de 2004, Asunto C-147/02, *Alabaster v. Woolwich plc y Secretary of State for Social Security*, cuyo supuesto de hecho consiste en la reclamación, por una trabajadora en período de maternidad, de un aumento salarial que tiene lugar durante el disfrute de dicho permiso. Concluye el Tribunal (apartado 44) que, al estar basada en una relación laboral, la prestación que el empresario abona, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de convenios colectivos, a una trabajadora durante su permiso de maternidad constituye una retribución en el sentido del artículo 119 [actualmente 141] del Tratado y de la Directiva 75/117. En esta línea se pronuncian la sentencia de 13 de febrero de 1996, Asunto *Gillespie*; y la sentencia de 27 de octubre de 1998, Asunto C-411/96, *Boyle*.

20 Véanse las Sentencias de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, *Kreil*, y de 19 de marzo de 2002, Asunto C-476/99, *Lommers*.

ñado toda una doctrina judicial que se ha hecho extensiva a otras realidades que se han planteado al Tribunal de Justicia Europeo. Esto es lo que vamos a comprobar en los epígrafes siguientes.

2.2. Alcance del principio de igualdad de trato y el trabajo atípico.

2.2.1. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, creado para solucionar conflictos de aplicación de normas comunitarias también se ha adentrado a configurar una importante jurisprudencia entorno al principio de igualdad de tratamiento en el denominado “trabajo atípico” y, especialmente en la modalidad de trabajo a tiempo parcial, generando, de este modo, una importante jurisprudencia en el interior de los Estados Miembros, que, en la mayoría de las ocasiones ha seguido con naturalidad las novedosas aportaciones de este Tribunal y ha dado lugar a la producción de normas jurídicas antidiscriminatorias en este mismo sentido.

Si bien, podemos advertir que son muchos los asuntos sometidos por los tribunales ordinarios al Tribunal de Justicia en relación con la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales, a nosotros interesa ahora destacar tan sólo aquellos que se refieren a las condiciones de trabajo. Y, dentro de ellas, a las cuestiones relativas al trabajo atípico y al reconocimiento de derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social.

Llegados a este punto, hemos de destacar un primer bloque de pronunciamientos del Tribunal que abordaron cuestiones relacionadas con la protección de las trabajadoras en relación con el disfrute de prestaciones del sistema de Seguridad Social, cuando las legislaciones nacionales exigían determinados requisitos relacionados con la condición de trabajador por cuenta ajena, los ingresos propios o de la unidad familiar o tiempo trabajado.

Podemos decir que, como regla general, en los sistemas continentales de Seguridad Social suele existir la correlación entre el encuadramiento en el sistema, la prestación y la cuantía de las cotizaciones con el tipo de contrato del trabajador. Y no es menos cierto que el tratamiento en algunos casos ha sido desigual. Por ello, el TJCE advierte que en una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeña un empleo a tiempo parcial, se opone al principio de igualdad de trato, una normativa conforme a la cual a los trabajadores a tiempo parcial que acceden a un empleo a jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada parcial que tenían anteriormente, debido a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado, a menos que dicha norma-

tiva esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo²¹. El problema se traslada así a la justificación o argumentación jurídica de la decisión adoptada en la empresa, conforme a la legislación nacional.

De lo que no cabe duda alguna es de que la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOCE L n° 6 de 10 de enero de 1979) contempla la aplicación de este principio en relación con el reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social, sin distinguir en su aplicación la existencia de una modalidad contractual u otra. Por tanto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, esta Directiva se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, *“a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*²².

Así, es posible encontrar pronunciamientos en los que se ha considerado compatible con el principio de igualdad la exigencia por la legislación nacional de un umbral de actividad previo como requisito para la obtención de determinadas prestaciones; pudiendo la legislación nacional restringir el percibo de éstas si no se ha trabajado un mínimo de horas, lo que puede ocurrir con el trabajo a tiempo parcial²³. Aunque deja claro el Tribunal que *“el hecho de que una persona sólo obtenga por su actividad profesional unos ingresos reducidos que no le permiten subvenir a sus necesidades no puede, con arreglo al derecho comunitario, permitir que se le niegue la condición de trabajador, ni que se le excluya de la población activa”*²⁴. Ahora bien, el hecho de que este tipo de trabajos afecte en mayor medida a mujeres que a hombres, declara el Tribunal, no es razón para considerar estas prácticas discriminatorias, siempre que respondan a principios de política social y de empleo de los Estados miembros²⁵.

2.2.2. Un segundo bloque de sentencias destacables son las que se re-

21 Véase la sentencia de 17 de junio de 1998, Asunto C-243/95, Kathleen Hill, Ann Stapleton.

22 Véase la Sentencia de 24 de febrero de 1994, Asunto C-343/92, Roks y otros.

23 Véase la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-317/93, Inge Nolte, en la que el Tribunal considera que la Directiva 79/7 no se opone a una normativa nacional que excluye del régimen legal del seguro de vejez los empleos que normalmente requieren menos de quince horas semanales de trabajo y cuyo salario no excede de una séptima parte del salario medio mensual.

- 24 De nuevo sentencia del TJCE Asunto Nolte. Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una actividad por cuenta ajena cuyos ingresos sean inferiores al mínimo vital o cuya duración normal de trabajo no exceda de diez horas semanales no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 48, 119 o con arreglo a la Directiva 79/7. Véanse las sentencias del TJCE de 23 de marzo de 1982, Asunto 53/81, Levin; de 3 de junio de 1986, Asunto 139/85, Kempf; de 13 de diciembre de 1989, Asunto C-102/88, Ruzius-Wilbrink; y de 13 de julio de 1989, Asunto 171/88, Rinner-Kuehn.
- 25 Recuerda el Tribunal que la política social, en el estado actual del Derecho comunitario, es competencia de los Estados miembros (sentencia de 7 de mayo de 1991, Asunto C-229/89, Comisión v. Bélgica); por consiguiente, incumbe a éstos elegir las medidas necesarias para alcanzar el objetivo de su política social y de empleo. En el ejercicio de dicha competencia, los Estados Miembros disponen de un amplio margen de apreciación. Así, citamos por ejemplo la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-317/93, en la que el Tribunal declara compatible con la Directiva la exigencia, por la normativa nacional, de un umbral mínimo de actividad previa – excluye los empleos que normalmente requieren menos de quince horas semanales de trabajo – y salarial – que no exceda de la séptima parte del salario medio mensual – con carácter previo a la percepción de una determinada prestación sobre la base de principios estructurales de un régimen contributivo de Seguridad Social cuya finalidad es evitar que aumenten los empleos ilegales y las maniobras de evasión de la legislación social. Similares circunstancias se dan en la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Asunto C-444/93, Ursula Megner y Hildegard Scheffel, en la que el Tribunal declara que la Directiva no se opone a que la legislación interna haga depender la percepción de las prestaciones por desempleo, vejez o enfermedad de un número de horas semanales trabajadas y un mínimo salarial. En relación con la exigencia de un mínimo de ingresos, es posible citar la sentencia de 1 de febrero de 1996, Asunto C-280/94, Posthuma; en la que el Tribunal declaró que la Directiva 79/7/CEE no se opone a la aplicación de una normativa nacional que supedita el derecho a una prestación por incapacidad laboral al requisito de haber percibido determinados ingresos procedentes de una actividad profesional o en relación con ésta en el año inmediatamente anterior al comienzo de la incapacidad, aunque conste que este requisito afecta a un número mayor de mujeres que de hombres. Lo que no resulta admisible estas exigencias no pueden considerarse basadas en razones de política de empleo sino tan solo en consideraciones presupuestarias que no son elementos de la política social (sentencia de 24 de febrero de 1994, Asunto Roks), o cuando como en la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Asunto Ruzius, este requisito de ingresos no se aplica a otros colectivos que no están feminizados. Por último, es preciso considerar similares pronunciamientos del Tribunal en relación con la exigencia por la legislación nacional de tener en cuenta los ingresos de la unidad familiar a la hora de percibir prestaciones. Así, el TJCE, en la sentencia de 11 de junio de 1987, Asunto 30/85, Teuling, consideró que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que un sistema de prestaciones en caso de incapacidad laboral, en el cual la cuantía de la prestación se fija teniendo también en cuenta el estado civil y los ingresos proceden-

fieren a la protección principalmente, de las trabajadoras a tiempo parcial frente a prácticas empresariales que constituyen “discriminación indirecta”; precisamente por tratarse de una modalidad contractual, como hemos dicho, donde el número de mujeres es mayor que el de hombres.

Como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, el TJCE define la “discriminación indirecta” como la consecuencia de prácticas contrarias al Derecho comunitario, que se materialicen a través de “*disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras, que perjudican desproporcionadamente a los miembros de un sexo y que no se justifican objetivamente o por una razón o condición necesaria relacionada con la persona en cuestión, o extraña a toda discriminación fundada en el sexo*”²⁶. Y, como hemos advertido, estas prácticas discriminatorias están ligadas frecuentemente a modalidades de contrato típicamente feminizadas como el contrato a tiempo parcial.

Por ello, el Tribunal ha apreciado la existencia de situaciones de discriminación indirecta cuando, sobre la base de consideraciones de índole presupuestaria, se adoptan opciones de política social de un Estado miembro que influyen sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social y que afectan principalmente a un colectivo de trabajadores mayoritariamente “femenino”. De este modo, el Tribunal considera que dichas motivaciones presupuestarias no pueden justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos; ya que admitir esto implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podría variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados Miembros²⁷. Aunque también consideró perfectamente compatible con el Derecho Comunitario la regulación de contratos de trabajo “a llamada” que no lleguen a especificar la dura-

tes directa o indirectamente de una actividad del cónyuge, es conforme con esta disposición cuando este sistema pretenda garantizar, por medio de un incremento de una prestación de seguridad social, el mínimo de medios de subsistencia adecuado para los beneficiarios que tienen un cónyuge o hijos a su cargo, compensando sus mayores cargas en relación con las personas solas. En el mismo sentido volvió a pronunciarse el Tribunal en la sentencia de 7 de mayo de 1991, Asunto Comisión contra el Reino de Bélgica.

26 Véanse las sentencias de 12 de octubre de 2004, Asunto C-313/02, Wippel; de 6 de abril de 2000, Asunto C-226/98, Jørgensen; de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-322/98, Kachelmann; y de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-25/02, Rinde.

27 Véase las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Asunto C-77/02, Steinicke, que recoge la jurisprudencia del Tribunal en los casos Roks y Kutz-Bauer, ya citados.

ción de la jornada ni la distribución del tiempo de trabajo, debiendo pactar estos extremos el trabajador y el empresario en función del volumen de trabajo (Asunto Wippel).

Ahora bien, ante la variedad de casos que encontramos en los pronunciamientos del Tribunal, es claro cuando reitera que los miembros del grupo perjudicado, los trabajadores a tiempo parcial, ya sean hombres o mujeres, tienen derecho a que se les aplique el mismo régimen que a los demás trabajadores, en proporción a su jornada de trabajo²⁸; y por ello afirma que es incompatible con el principio de igualdad retributiva reconocido en el artículo 141 del Tratado y con la Directiva 75/117, una normativa nacional en virtud de la cual los trabajadores a tiempo parcial deban realizar el mismo número de horas extraordinarias que los trabajadores a tiempo completo para percibir la remuneración correspondiente, especialmente si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y si tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido²⁹.

Del mismo modo que constituye una violación del principio de igualdad de trato y, por tanto, discriminación indirecta, la exclusión del empleo a tiempo parcial, cuando la medida afecte a un número muy superior de trabajadoras que de trabajadores, en relación con el cálculo de la antigüedad, a menos que esta exclusión se explique por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo³⁰. Un cómputo proporcional del empleo a tiempo parcial para este complemento también sería contrario a esta Directiva si no se prueban motivos objetivos para adoptar esta decisión, como por ejemplo la experiencia adquirida; en cambio si lo que trata de valorarse es la permanencia en la empresa, dicho modelo de cómputo que excluye a los trabajadores a tiempo parcial, por el simple hecho de serlo, no parecería admisible desde la perspectiva del principio de igualdad de trato.

En cambio, afirma el Tribunal que la exclusión del grupo de trabajadoras a tiempo parcial de la posibilidad de formar parte del personal estatutario de una administración, haciendo referencia, de modo aparentemente neutro en cuanto al sexo del trabajador, a

28 Véase la sentencia de 27 de junio de 1990, Asunto C-33/89, Kowalska.

29 Véase la sentencia de 27 de mayo de 2004, Asunto C-285/02, Elsner-Lakeberg. Se trataba en este caso de una legislación nacional que exigía la realización mínima de tres horas extraordinarias al mes para poder percibir remuneración por las mismas. El mismo requisito se exigía a trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. Por ello, el Tribunal declaró esta exigencia contraria al principio de igualdad.

30 Véase la sentencia de 10 de marzo de 2005, Asunto C-106/02, Nikoloudi.

una categoría de trabajadores que, en virtud de la normativa interna, esté integrada exclusivamente por mujeres, constituye un supuesto de discriminación directa; mientras que no aprecia la situación discriminatoria en la reserva, como veremos enseguida, de ciertos puestos de trabajo o una categoría íntegramente, incluso a tiempo parcial, exclusivamente a mujeres “para favorecerlas y responder a sus necesidades específicas”.

Finalmente, la protección especial de las trabajadoras atípicas en el ámbito de las relaciones laborales ha llevado al Tribunal a pronunciarse sobre la protección de las trabajadoras cuando se encuentran disfrutando un permiso de maternidad o cuando se trata de mantener los derechos laborales durante el disfrute del permiso y de la prestación de la Seguridad Social.

Así, el Tribunal de Justicia, en sus pronunciamientos sobre la aplicación del artículo 141 al ámbito laboral, extiende la protección de la mujer trabajadora a situaciones relacionadas con la maternidad. En este punto, el Tribunal, sobre la base del citado precepto y de la Directiva 76/207/CEE, ha

considerado que la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres requiere extender la protección de la mujer al ámbito del ejercicio de sus derechos laborales y asistenciales, para que la maternidad no constituya un obstáculo en su incorporación y permanencia en el mercado de trabajo³¹. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, constituye una discriminación basada en el sexo³².

Además como indica el propio Tribunal en sentencia de 30 de junio de 1998 (Asunto Brown), la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1982, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a la que debían adaptarse los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, a más tardar, dos años después de su adopción, ha previsto ulteriormente una protección particular para la mujer, estableciendo la prohibición de

31 Véase en este sentido la STJCE de 30 de junio de 1998, Asunto C-394/96, *Mary Brown v. Rentokil Ltd*; en el que el Tribunal declaró que las previsiones de la Directiva 76/207/CEE se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.

32 En este sentido se pronuncian las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Asunto C-177/88, *Dekker* y Asunto C-179/88, *Hertz*; de 5 de mayo de 1994, Asunto C-421/92, *Habermann-Beltermann*, de 14 de julio de 1994, Asunto C-32/93, *Webb* y de 30 de junio de 1998, Asunto Brown.

despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. Y esta protección se extiende a los supuestos de incapacidad, derivada de ese estado de la trabajadora, para desempeñar la actividad laboral³³. En definitiva, de las previsiones de esta Directiva y de la citada Directiva 76/207 se deduce la especial protección que recibe la trabajadora durante el embarazo o durante el permiso de maternidad contra los despidos motivados por su ausencia³⁴, con independencia del carácter indefinido o temporal de la relación laboral³⁵. Así, el Tribunal ha afirmado que puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el

sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido³⁶.

Por lo que a nosotros interesa, dicha prohibición se extiende, conforme a la jurisprudencia del TJCE, a aquellos supuestos en los que tiene lugar la *no renovación* de un contrato temporal por esta causa³⁷ o la simple negativa de contratación justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer

33 Sentencia de 30 de junio de 1998, Asunto Brown; y de 14 de julio de 1994, Asunto Webb; en los que el Tribunal reitera la idea de que el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico. De este modo, afirma el Tribunal que “el despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo”.

34 Véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1990, Asunto Hertz; y de 30 de junio de 1998, Asunto Brown.

35 Resulta interesante la extensión de la protección a las trabajadoras contratadas con carácter temporal, en especial podemos citar la sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, Asunto C-109/00, Tele Danmark, en la que la empresa despidió a una trabajadora contratada con carácter temporal exponiendo como causa que “aun sabiendo que estaba encinta en el momento de celebrar el contrato de trabajo, no lo comunicó al empresario y que, debido al derecho a permiso de maternidad, no iba a poder realizar el trabajo para el que había sido contratada durante una parte significativa de la vigencia del contrato”.

36 En este sentido, véase la sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, párrafo 31.

37 Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 2001, Asunto C-438/99 Jiménez Melgar.

embarazada durante su permiso de maternidad (Asunto Dekker); e incluso la negativa a reconocer la promoción profesional de la trabajadora al excluir del cómputo temporal el período de maternidad (Asunto Ursula Saas.). Y por supuesto, cualesquiera que sean las circunstancias por las que la trabajadora se ve incapacitada para realizar la prestación laboral, la casuística es bastante amplia, ya que se protege la posición de la trabajadora incluso cuando no haya comunicado al empresario el estado de gestación, existiendo obligación legal de hacerlo (Asunto Tele Danmark), o cuando el estado de gestación le impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo de carácter indefinido (Asunto Mahlburg).

También en estos casos, el Tribunal ha aplicado la regla de la inversión de la carga de la prueba, afirmando que cuando una medida que distingue a los empleados en función de su tiempo de trabajo afecte desfavorablemente, de hecho, a un número muy superior de personas de un sexo que del otro, corresponde al empresario demostrar que existen razones objetivas que justifican la diferencia de trato constatada³⁸.

Así, conforme a lo establecido en la Directiva 97/80, que recoge la jurisprudencia del Tribunal en esta materia y se aplica a la situaciones cubier-

tas por el artículo 141 del Tratado, así como por las Directivas 75/117 y 76/207, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato y presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración de dicho principio³⁹. Por tanto, cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, el Derecho comunitario, en particular la Directiva 97/80, debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la parte demandada probar que se ha vulnerado dicho principio.

2.2.3. Un tercer bloque de sentencias es el relativo al trabajo de duración determinada, al margen del sexo del trabajador. En este caso y tomando siempre como base el principio de igualdad de trato destacado en el Acuerdo Marco vigente sobre esta materia, se pretende evitar el abuso en la utilización sucesiva de este tipo de contratos, remitiendo la definición de éstos a la legislación nacional. Esta

38 Véanse las sentencias de 27 de octubre de 1993, Asunto C-127/92, Enderby; de 26 de junio de 2001, Brunnhofer y más recientemente de 10 de marzo de 2005, Nikoloudi.

39 Así se expresa el Tribunal en la sentencia de 10 de marzo de 2005, Asunto C-196/02, Vasiliki Nikoloudi.

circunstancia no puede considerarse una atribución de competencias a los Estados sin ningún tipo de limitaciones, por el contrario el derecho comunitario exige que las razones de la prórroga sean objetivas, que las legislaciones nacionales prevean un número máximo de renovaciones y en todo caso una duración máxima total de los sucesivos contratos temporales.

Además señala la jurisprudencia del Tribunal europeo que esto será exigible frente a empresarios privados y públicos⁴⁰, pudiendo llegado el caso exigirse la eficacia directa de la Directiva 1999/70, si el legislador nacional no hubiera transpuesto al derecho interno esta norma⁴¹. La consecuencia jurídica de la utilización abusiva de la contratación temporal es la conversión del contrato en indefinido.

Una de las preguntas que se han planteado en la jurisprudencia europea es si esta consecuencia también se aplica al empleador público, mientras que algunas sentencias han confirmado esta consecuencia otras sin embargo, la han matizado en el sentido de declarar que esa conversión del con-

trato indefinido no será aplicable al empleador público cuando *“el ordenamiento jurídico interno prevea otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”*⁴².

La respuesta del Tribunal debe ser entendida en sus justos términos, ya que lo que viene a señalar es que es el Tribunal nacional el que debe interpretar el Derecho interno de cada Estado miembro, y sancionar así sobre la idoneidad de esas otras medidas efectivas para evitar el abuso en la contratación de duración determinada por parte del empleador público. Todo ello porque la Directiva comunitaria del año 1999, a la hora de proporcionar el concepto de *“trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan”*⁴³. Añade el Tribunal europeo que el Acuerdo Marco no establece una obligación general para los Estados miembros de transformar en contratos por tiempo

40 Sentencia de 22 de junio de 1989. Asunto Fratelli Costanzo; Sentencia de 12 de julio de 1990. Asunto Foster y otros; Sentencia de 5 de febrero de 2004. Asunto Rieser Internationale Transporte; Sentencia de 7 de septiembre de 2006. Asunto Andrea Vassallo, Sentencia de 7 de septiembre de 2006. Asunto Cristiano Marroscu, Gianluca Sardina, entre otras.

41 Sentencias de 7 de septiembre de 2006. Asuntos C-180/04 Andrea Vassallo, y C-53/04 Cristiano Marroscu, Gianluca Sardina.

42 Sentencias de 7 de septiembre de 2006. Asuntos Andrea Vassallo, Cristiano Marroscu, Gianluca Sardina.

43 Sentencia de 7 de septiembre de 2006. Asunto Cristiano Marroscu, Gianluca Sardina.

indefinido los contratos de duración determinada utilizados abusivamente, en este aspecto se deja a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia. De ahí que sean los Tribunales nacionales los que deban comprobar la proporcionalidad, efectividad y el efecto disuasorio de las sanciones jurídicas previstas para los supuestos de abuso.

Desde el punto de vista de la igualdad de trato sin duda, esta respuesta presenta algunas interrogantes, ya que no se detecta ningún aspecto objetivo en el hecho de que el empleador sea público o privado, aunque la medida sancionadora sea proporcionada efectiva y disuasoria⁴⁴, correspondiendo la comprobación de esto último al Tribunal nacional que en la mayoría de las ocasiones sancionará al empleador público con una indemnización a favor del trabajador no consistente en un empleo indefinido.

Otra de las cuestiones que se han planteado en relación con el trabajo de duración determinada es su utilización para la contratación de colectivos con mayores dificultades para acceder o mantenerse en el mercado laboral, es el caso de los mayores de 50 años. A tenor de la interpretación que el Tribunal europeo ha realizado de lo dispuesto en la Directiva del año 1999, no existirían problemas legales en el he-

cho de que este colectivo disfrutara de contratos temporales prorrogados, con el fin de crear empleo, y aunque la estabilidad en el mismo fuera aconsejable por la cercanía de la situación de jubilación. Se trataría de una medida de fomento del empleo⁴⁵ que debe respetar en todo caso el principio de igualdad de trato por razón de edad, de manera que siempre que existan razones objetivas para adoptar este tipo de medidas y las mismas sean razonables y proporcionadas al fin perseguido estaríamos en un supuesto perfectamente compatible con el Derecho Comunitario. De lo que se trata es de no aplicar esta medida de fomento del empleo sin límites, dejando a los Estados y por extensión a los empresarios la posibilidad de utilizarla indiscriminadamente.

El cuarto bloque de sentencias que queremos destacar se refiere a las empresas de trabajo temporal, a los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria y al principio de igualdad de trato. Como decíamos al comentar la Directiva 91/383/CE en tempranas fechas el TJCE se pronunció en el asunto *Manpower*⁴⁶ declarando la relación directa entre la ETT y el trabajador puesto a disposición. Señala el Tribunal que es con la ETT con quien el trabajador ha concertado realmente el contrato de trabajo, sin

44 Sentencia de 4 de julio de 2006. Asunto C-212/04 Adeneler y otros.

45 Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Asunto Werner Mangold.

46 Sentencia de 17 de diciembre de 1970.

que esta empresa pueda eludir responsabilidades⁴⁷. En este supuesto en concreto, un trabajador empleado por una ETT francesa es enviado en misión a prestar servicios a una empresa situada en Alemania. La cuestión que se planteó al TJCE se centraba en determinar qué empresa era el verdadero empleador de este trabajador, obligado además a su protección social. El TJCE señaló que la ETT era la empleadora no sólo por la titularidad formal del contrato que había sido firmado entre ésta y el trabajador, sino fundamentalmente por dos cuestiones básicas, una la subordinación del trabajador a la ETT que era quien retribuía a dicho trabajador, y dos porque era esta misma ETT la que podía ejercer el poder disciplinario sobre dicho trabajador⁴⁸.

Sin embargo, esta circunstancia no es obstáculo, para que el empresario de la empresa usuaria no deba aplicar el principio de igualdad de trato entre trabajadores directamente contratados por él y los trabajadores puestos a disposición, debiendo facilitar información, formación, medios de protección de seguridad laboral, etc. Sobre este último aspecto, la Sentencia del caso Dufour⁴⁹ es de gran importancia en esta otra forma de trabajo atípico, nos referimos a las obligaciones de la

empresa usuaria, aunque no actúe como empleador, para con el trabajador. En el supuesto resuelto con esta sentencia, una ETT envía un trabajador en misión a una empresa de transporte que lo sitúa como conductor en uno de sus camiones, sin que se respetaran todas las obligaciones que en materia de protección social de los trabajadores de este sector se exigían en el Derecho Comunitario. La cuestión se centraba en determinar la empresa responsable de dicho comportamiento, a lo que el Tribunal europeo respondió que a pesar de ser la ETT la empresa empleadora, al ser la empresa de transporte la que determina el vehículo utilizado, la ruta, los horarios, etc. es ella la que tiene la obligación de cumplir la mencionada normativa comunitaria. Se produce de esta forma un reparto de poderes y de responsabilidades entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria. Reparto que ha llegado hasta la actualidad y que exige igualdad de tratamiento de todos los trabajadores, sean o no puestos a disposición.

Para terminar sólo mencionar otro grupo de sentencias del TJCE que se han centrado en aspectos que exceden del llamado trabajo atípico como es el caso de los requisitos administrativos que deben cumplir las ETT,

47 Otros pronunciamientos del TJCE son: Sentencia de 30 de noviembre de 1993. Asunto Petra Kirsammer-Hack y otros. Sentencia de 20 de octubre de 1993. Asunto Spotti.

48 Así mismo puede consultarse Sentencia de 3 de octubre de 1985. Asunto Comisión C/Tordeur.

49 Sentencia de 15 de diciembre de 1977.

o el propio concepto de servicio, considerándose que la simple puesta a disposición de trabajadores es un servicio en los términos establecidos en el Derecho Comunitario. Estas sentencias también se han pronunciado sobre los posibles límites que los Estados miembros pueden imponer a las ETT que quieran establecerse en su territorio, siempre que sean racionales y se impongan siguiendo un interés general, al margen de toda discriminación por razón de la nacionalidad de la empresa⁵⁰.

3. Conclusiones

Una vez examinadas las principales normas comunitarias y las principales resoluciones del Tribunal de Justicia Europeo, sobre lo que hemos denominado trabajo atípico, podemos llegar a la conclusión de que la protección de esta forma de trabajo se ha llevado a cabo especialmente a través de la protección del principio de igualdad de trato y de forma particular entre hombres y mujeres, fundamentalmente en lo referido al trabajo a tiempo parcial. Esto ha ocurrido principalmente por dos razones. La primera por la ausencia de una regulación legal europea específica sobre esta forma de trabajo, de manera que se contemplaran los diferentes aspectos que afectan a la relación laboral, con la excepción de la seguridad y salud laboral que gracias al juego de la mayoría cualificada prevista en el originario

artículo 118 A del Tratado de la Unión permitía la aprobación de normas al margen de las dificultades que plantea la unanimidad. La segunda razón responde a la constatación de que ese trabajo atípico ha sido desempeñado fundamentalmente por mujeres, tanto en el caso del trabajo a tiempo parcial como del trabajo temporal, lo que ha permitido gracias a las reglas de la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, proteger a los titulares de contratos temporales, a tiempo parcial, fijos discontinuos, etc.

Una segunda conclusión que se extrae con este estudio es que lo que podríamos considerar armonización en materia de trabajo atípico, se ha hecho por la vía del acercamiento del trabajo llamado típico y del trabajo llamado atípico, dentro de cada Estado miembro, y no de forma común en todos ellos. Esto es lo que algún autor ha llamado armonización interna frente a la armonización externa que sería el establecimiento de una regulación común en todos los Estados miembros (Rodríguez-Piñero Royo, 2005: 4).

Además con estas formas de trabajo se consigue flexibilidad por ambos lados de la relación laboral, en ocasiones voluntariamente, en ocasiones de forma impuesta por las necesidades del mercado o del propio empresario. El siguiente paso a dar sería conjugar esta flexibilidad con la seguridad laboral.

50 Véase Sentencia 17 de diciembre de 1981. Asunto John Webb. Sentencia de 27 de marzo de 1990. Asunto Rush Portuguesa Lda.

El juego entre flexibilidad y seguridad se puede conseguir, como se ha puesto de manifiesto por la Comisión Europea en el Libro Verde mencionado, mediante una flexibilidad en la entrada y salida de los mercados de trabajo y un adecuado sistema de ayuda al desempleo. Concretamente, se señala por la Comisión Europea que *“el reciente informe sobre el empleo en Europa de 2006, constata que la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo tiende a reducir el dinamismo del mercado de trabajo. [...] También señala este informe que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo. Unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”* (Documento COM (2006) 708 FINAL:9).

Referencias Bibliográficas

GÓMEZ, S. PONS, C. y MARTÍ, C. (2002). “Informe sobre el trabajo a tiempo parcial en Europa”. En: **Capital Humano**. No. 155. pp. 77-85.

RODRÍGUEZ, I. (1998). **El contrato a tiempo parcial**. Pamplona. Aranzadi.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2005). “La armonización de los ordenamientos laborales nacionales en materia de trabajo atípico”. **Libro Blanco para la Calidad en el Empleo en Andalucía**. Sevilla.

SENISE BARRIO, M. E. (2001). **El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo**. Madrid. Tecnos.