CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT de 18 de mayo de 2004 [1]

I. Introducción

1. En el presente asunto se trae a examen el concepto de «empleo en función de las necesidades». La cuestión fundamental de la que se trata es si una modalidad contractual que no determine previamente una jornada laboral fija vulnera la prohibición de discriminación del Derecho comunitario.

2. En este contexto, el Oberster Gerichtshof austriaco (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea en su resolución de remisión varias cuestiones sobre la interpretación de disposiciones sociopolíticas del Derecho comunitario, en especial sobre la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo y sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo.

1 — Lengua original: alemán.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

3. El artículo 141 CE, apartado 1, establece:

«Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.»

4. El artículo 1, apartado 1, de 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, [2] tiene el tenor siguiente:

«El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.»

5. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, [3] en su versión aplicable al presente asunto (en lo sucesivo, «Directiva 76/207»), dispone lo siguiente:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.» [4]

6. El artículo 2, apartado 1, de 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, [5] establece:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 20 de enero de 2000 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante un acuerdo. Los Estados miembros deberán adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]»

7. El artículo 3 de la Directiva 97/81 dispone:

«La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.» [6]

2 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

3 — DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70.

4 — Entretanto, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 ha sido sustituido por el artículo 3, apartado 1, letra c), de la misma Directiva, que ha sido modificado. La nueva versión entró en vigor el 5 de octubre de 2002 en virtud del artículo 3 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207 (DO L 269, p. 15). El plazo señalado para la incorporación en el Derecho nacional de las modificaciones adoptadas se extiende hasta el 5 de octubre de 2005.

5 — DO 1998, L 14, p. 9.

6 — La publicación en el Diario Oficial tuvo lugar el 20 de enero de 1998.

8. El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81, tiene como objetivos, según su cláusula 1:

«a) garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial;

b) facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.»

9. La cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial establece:

«El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.»

10. La cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial define al trabajador a tiempo parcial como un trabajador asalariado 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.

11. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial prevé, entre otras cosas, lo siguiente:

«1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, 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.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis.*

[...]»

12. La cláusula 6 del Acuerdo marco dispone, entre otros:

«1. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán mantener o introducir disposiciones más favorables que las previstas en el presente Acuerdo.

[...]

4. El presente Acuerdo no prejuzga las disposiciones comunitarias más específicas y, en particular, las disposiciones comunitarias relativas a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres.

5. La prevención y la resolución de los litigios y quejas que origine la aplicación del presente Acuerdo se abordarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.»

13. Además de las disposiciones mencionadas, ha de hacerse referencia también a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores,[7] adoptada con motivo de la cumbre de Estrasburgo del Consejo Europeo, de 9 de diciembre de 1989. La Carta establece, entre otros, lo siguiente:

«5. Todo empleo debe ser justamente remunerado.

A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales:

— se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno;

— se garantice a los trabajadores sujetos a un régimen de trabajo distinto del contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido un salario de referencia equitativo;

[...]

7. La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada.

[...]

9. Todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus

7 — Reproducida en el documento de la Comisión COM(89) 471 de 2 de octubre de 1989.

condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país.

[...]

10. Con arreglo a las modalidades propias de cada país:

— Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente.

[...]»

B. *Derecho nacional*

14. Del Derecho nacional de Austria son relevantes en especial las disposiciones de la Gleichbehandlungsgesetz (en lo sucesivo, «GlBG») y de la Arbeitszeitgesetz de 6 de junio de 1994 [8] (en lo sucesivo, «AZG»).

15. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la GlBG nadie puede ser discriminado directa o indirectamente por razón de sexo, en particular, en relación con la celebración del contrato de trabajo, con la fijación de la retribución y con las demás condiciones laborales. De producirse una discriminación respecto a la fijación de la retribución, el trabajador tiene derecho a exigir del empresario el pago de la diferencia (artículo 2a, apartado 2, GlBG).

16. El artículo 3 de la AZG establece la jornada normal de trabajo en principio en cuarenta horas semanales y ocho horas diarias.

17. Respecto a la ordenación de la jornada normal de trabajo, el artículo 19c de la AZG dispone lo siguiente:

«1) Las partes pactarán la distribución de la jornada normal de trabajo y su modificación, siempre que no haya sido fijada mediante negociación colectiva.

2) Como excepción al apartado 1, el empresario podrá alterar la distribución de la jornada normal de trabajo ordinaria:

1. cuando esté justificado de modo objetivo por motivos inherentes a la naturaleza de la prestación laboral,

8 — BGBl. 1994 I, p. 1170.

2. cuando se comunique al trabajador al menos con dos semanas de antelación, la distribución de la jornada normal de trabajo para la semana respectiva,

3. cuando el trabajador no tenga un interés digno de consideración contrario a dicha distribución, y

4. cuando no exista ningún pacto en contra.

3) El apartado 2, número 2, podrá dejarse de aplicar en los supuestos imprevisibles en que sea absolutamente necesario evitar un perjuicio económico desproporcionado y no puedan aplicarse otras medidas de modo razonable. Mediante negociación colectiva se podrán establecer normas que no se ajusten al apartado 2, número 2, por exigencias específicas de la actividad.»

18. El artículo 19d de la AZG dispone, entre otros:

«1) Se entenderá que existe trabajo a tiempo parcial cuando el número pactado de horas de trabajo semanal sea en promedio inferior al normal legalmente establecido o a uno más reducido determinado mediante normas resultantes de la negociación colectiva.

2) La cantidad y distribución del tiempo de trabajo y su modificación serán pactados, siempre que no hayan sido determinados mediante normas resultantes de la negociación colectiva. Se aplicarán los apartados 2 y 3 del artículo 19c.

[...]

6) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán recibir por ello un trato menos favorable que los trabajadores a tiempo completo, a menos que existan razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato. [...] En caso de litigio, el empresario deberá probar que no existe una discriminación por razón del trabajo a tiempo parcial.»

19. Además, de la resolución de remisión se desprende que el convenio colectivo de los empleados de comercio en Austria fija la jornada normal de trabajo en 38,5 horas semanales y también contiene normas sobre el cómputo en períodos más largos.

III. Antecedentes de hecho y procedimiento principal

20. Entre octubre de 1998 y junio de 2000 la demandante en el procedimiento principal, la Sra. Wippel, estuvo empleada por la demandada del procedimiento principal, Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG (en lo sucesivo, «P&C»), empresa del comercio textil minorista. La relación laboral tenía su fundamento en un contrato marco de trabajo, basado en el principio del empleo en función de las necesidades.

21. En particular, ese contrato marco de trabajo no preveía jornadas de trabajo fijas, sino que las partes debían determinar de común acuerdo cuánto y cuándo se trabajaría en cada caso. P&C tenía que pedir la incorporación laboral de la Sra. Wippel en función de la carga de trabajo, y ésta debía tener la posibilidad de aceptar o rechazar la oferta de incorporación sin necesidad de justificarse. En la práctica, el jefe de ventas de P&C elaboraba al principio de cada semana los objetivos de ventas y el proyecto de empleos de la semana siguiente. Cada empleado podía señalar en una lista en qué momento de la semana siguiente correspondiente no quería trabajar. A continuación, P&C determinaba las incorporaciones al trabajo de acuerdo con los deseos de los empleados. De los autos se desprende además que la Sra. Wippel indicó repetidas veces que no podía o no quería trabajar en determinados días.

22. En el contrato marco de trabajo también se establecía que no se garantizaba a la Sra. Wippel unos ingresos fijos, dado que ambas partes renunciaban a determinar una cantidad de trabajo concreta. P&C dejó entrever simplemente a la demandante la posibilidad de trabajar unos tres días a la semana, así como dos sábados al mes. Su retribución ascendía a 6,54 EUR por hora más las eventuales comisiones sobre ventas.

23. Durante el período de empleo de octubre de 1998 a junio de 2000 el tiempo de trabajo efectivo de la Sra. Wippel fue irregular; en consecuencia, la cuantía de su retribución laboral variaba de un mes a otro. El mayor número de horas de trabajo mensuales lo alcanzó en el mes de octubre de 1999, a saber 123,32 horas.

24. Con anterioridad a la celebración del contrato marco de trabajo, P&C informó de las ventajas e inconvenientes de la modalidad contractual elegida a la Sra. Wippel, que al principio de la relación de trabajo tenía 19 años y acababa de terminar sus estudios de nivel secundario. En esa ocasión la Sra. Wippel señaló que no necesitaba unos ingresos regulares.

25. Las partes del procedimiento principal discuten ahora sobre una demanda salarial de la Sra. Wippel. Ésta demandó a P&C ante el Arbeits- und Sozialgericht Wien por 11.929,23 EUR más gastos y otras cantidades

accesorias. Alega que P&C tiene que abonarle con carácter retroactivo salarios por la diferencia entre el máximo volumen de trabajo que se le hubiese podido exigir y el número mensual de horas de trabajo efectivo que cumplió. La Sra. Wippel afirma que su mayor número posible de horas de trabajo, que alcanzó en el mes de octubre de 1999, tenía que haber sido la base de su retribución en *cada* uno de los meses en que trabajó para P&C. Sobre esta base reclama una retribución mensual bruta de 807,98 EUR para el período que va hasta diciembre de 1999 y de 825,93 EUR para el período comprendido entre enero y junio de 2000.

26. El Arbeits- und Sozialgericht Wien desestimó la demanda con arreglo al artículo 19d, apartado 2, de la AZG. A su juicio, en el presente asunto las partes litigantes habían determinado de común acuerdo cada una de las incorporaciones al trabajo. El Oberlandesgericht Wien anuló en apelación la resolución de primera instancia, devolvió el asunto al órgano jurisdiccional de primera instancia para que examinase la evolución real del empleo y abrió la vía de casación. Ambas partes interpusieron recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof.

27. En cuanto al Derecho austriaco, el Oberster Gerichtshof expone que, con arreglo a la AZG, a los trabajadores a tiempo completo se les aplica una jornada normal de trabajo establecida mediante Ley en función del número de horas y días de trabajo y de su distribución. Por el contrario, la AZG no contiene ninguna norma legal en relación con los trabajadores a tiempo parcial respecto a la cantidad concreta y a su distribución.

28. Según el Oberster Gerichtshof, habida cuenta del objetivo de la normativa sobre el tiempo de trabajo, una estipulación como la del presente asunto carece de validez. A su juicio, de tal pacto resulta que el empleado renuncia a su derecho legal a que se determine contractualmente la cantidad de horas y días de trabajo, y deja al arbitrio del empleador la ordenación del tiempo de trabajo.

29. El Oberster Gerichtshof se remite asimismo a datos estadísticos con arreglo a los cuales más de un 90 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, mientras que el porcentaje entre los trabajadores a tiempo completo es de aproximadamente un 40 %. Dado que P&C no ha alegado que esos porcentajes difieran de los de su empresa, el órgano jurisdiccional remitente deduce que también en la empresa de P&C, y no sólo en el ámbito general, el porcentaje de mujeres entre los trabajadores a tiempo parcial es esencialmente superior al que se da entre los trabajadores a tiempo completo.

IV. Cuestión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

30. Mediante resolución de 8 de agosto de 2002, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) a) El artículo 141 CE, el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, aplicado mediante la Directiva 97/81, y el punto 9 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ¿deben interpretarse (concepto de trabajador) en el sentido de que también gozan de una protección permanente aquellas personas, como en el presente caso la demandante, que, en un contrato marco de trabajo detallado, celebran estipulaciones sobre la retribución, las condiciones de despido, etc., pero que también establecen que el número de horas y días de trabajo y su distribución se determinan en función de la carga de trabajo y deben fijarse en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes?

b) ¿Está comprendida dentro del "concepto de trabajador", en el sentido de la letra a) de la primera cuestión, una persona a la que se le ofrece sin carácter vinculante la perspectiva de un empleo que se desarrollará durante aproximadamente tres días a la semana y dos sábados al mes?

c) ¿Está comprendida dentro del "concepto de trabajador", en el sentido de la letra a), de la primera cuestión una persona que efectivamente desempeña un empleo durante aproximadamente tres días a la semana y dos sábados al mes?

d) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ¿tiene carácter jurídicamente vinculante al menos en la medida en que deba utilizarse para la interpretación de otras normas comunitarias?

2) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que para los trabajadores a tiempo completo (aproximadamente un 60 % de hombres y un 40 % de mujeres)

existan normas determinadas por ley o por convenios colectivos relativas no sólo a la duración de la jornada de trabajo, sino en parte también a su distribución, cuyo cumplimiento es un derecho de los trabajadores a tiempo completo aun cuando no exista una estipulación contractual específica al efecto, mientras que, para los trabajadores a tiempo parcial, que en su inmensa mayoría son mujeres (aproximadamente un 90 % de mujeres y un 10 % de hombres), dichas normas no existen ni siquiera en el caso de que las partes contratantes no establezcan ninguna estipulación contractual –legalmente exigida– a ese respecto?

3) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que un empresario excluya expresamente, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, respecto a los cuales cabe suponer que se trata predominantemente de mujeres (aproximadamente un 90 % de mujeres y un 10 % de hombres), una estipulación sobre la distribución de la jornada de trabajo y su duración, mientras que, en el caso de los trabajadores a tiempo completo, respecto a los cuales cabe suponer que las mujeres no predominan en la misma proporción, tanto la duración como, en parte, también la ordenación de la jornada de trabajo vienen ya determinadas por Ley o por convenio colectivo?

4) El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, así como el artículo 5 de la Directiva 76/207 y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, pero también su cláusula 1, letra b) (facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial), ¿deben interpretarse en el sentido de que, en este caso, para compensar una diferencia de trato sin justificación objetiva, es necesario y lícito:

a) tomar como referencia, por lo que respecta a la duración del trabajo, una determinada duración y, en caso afirmativo,

1) la jornada normal de trabajo, o

2) la mayor jornada semanal de trabajo efectivo, siempre que el empresario no demuestre que se debió a la existencia de una necesidad de trabajo especialmente intensa en aquel momento, o

3) la necesidad de que se determine en el momento de la celebración del contrato laboral, o

4) la jornada de trabajo semanal media, así como

b) reconocer al trabajador, por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, como compensación por la carga adicional que esa flexibilidad supone para el trabajador y la ventaja que obtiene el empresario,

1) un complemento "adecuado" del salario por hora determinado en cada caso concreto, o

2) un complemento mínimo, como el que corresponde a los trabajadores a tiempo completo que trabajen un mayor número de horas que las correspondientes a la jornada laboral normal (ocho horas diarias o cuarenta horas semanales), o

3) con independencia del número de horas de trabajo efectivo, una compensación por el tiempo no retribuido como tiempo de trabajo durante el cual, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, sería posible una reserva de tiempo de trabajo (tiempo de trabajo potencial), en los casos en que el período de preaviso sea de

i) catorce días, o

ii) inferior a un plazo razonable?»

31. La Sra. Wippel, P&C, los Gobiernos austriaco y del Reino Unido, así como la Comisión, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia.

V. Apreciación

A. *Admisibilidad de la cuestión prejudicial*

32. En su petición de decisión prejudicial el Oberster Gerichtshof expone que el concepto de empleo en función de las necesidades es inadmisible según el Derecho nacional y que el contrato marco de trabajo celebrado entre la Sra. Wippel y P&C es nulo en parte. Ante este razonamiento, la Comisión pone de manifiesto en sus observaciones escritas y orales su impresión de que el procedimiento principal trata sobre todo de cuestiones del Derecho nacional austriaco. De este modo, la Comisión cuestiona indirectamente la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE y la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales.

33. En dicho contexto se ha de señalar que, según jurisprudencia reiterada, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de

una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia. Una petición de decisión prejudicial presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la existencia real o con el objeto del litigio principal. [9]

35. Con arreglo a lo anterior, la petición de decisión prejudicial no carece de modo evidente de relación con el procedimiento principal. Las cuestiones prejudiciales son admisibles.

B. *Sobre la primera cuestión, letra d): naturaleza jurídica de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales*

34. En el presente asunto el Oberster Gerichtshof se propone aplicar disposiciones nacionales, como las de la AZG y las de la GlBG, que han servido en parte para incorporar actos jurídicos de la Comunidad. [10] Según el principio de interpretación conforme con las directivas, [11] la aplicación de leyes nacionales puede necesitar también la interpretación del Derecho comunitario. En relación con el litigio del procedimiento principal, lo anterior es válido no sólo para los requisitos tipificados de la prohibición de discriminación comunitaria, sino también, como observa la Comisión con acierto, para sus consecuencias jurídicas, es decir, para las consecuencias que habría que deducir de una posible discriminación desde el punto de vista del Derecho comunitario.

36. La primera cuestión, letra d), se refiere a la naturaleza jurídica de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. El órgano jurisdiccional remitente pregunta por la fuerza jurídica de esta Carta: desea saber si se debe utilizar la Carta para interpretar el Derecho comunitario. Propongo examinar en primer lugar esta cuestión porque afecta a la respuesta de todas las demás cuestiones del órgano jurisdiccional remitente.

37. La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores fue adoptada en la cumbre de Estrasburgo del Consejo Europeo, de 9 de diciembre de 1989, en forma de declaración. [12] Por lo tanto, no tiene la fuerza vinculante de los actos de Derecho primario, como corres-

9 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman y otros (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61; de 30 de abril de 1998, Cabour (C-230/96, Rec. p. I-2055), apartado 21; de 6 de junio de 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139), apartado 18, y de 25 de marzo de 2004, Ribaldi y otros (asuntos acumulados C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00, y C-497/00 a C-499/00, Rec. p. I-2943), apartado 72.

10 — A dicho respecto se ha de mencionar en particular las Directivas 76/207 y 97/81.

11 — Sobre el principio de interpretación conforme con las directivas de acuerdo con el artículo 249 CE, párrafo tercero, en relación con el artículo 10 CE, véase, por todas, la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartados 19 a 26, y la jurisprudencia que cita.

12 — Dicha declaración fue adoptada por los jefes de Estado o de Gobierno de once de los entonces doce Estados miembros. No fue publicada en el Diario Oficial. A este respecto véase el acta final de la Presidencia, Bol. CE 12-1989, nº 1.1.10.

ponde al Tratado y, en virtud del artículo 311 CE, a sus protocolos anexos. Tampoco se puede considerar que la Carta sea un acto vinculante de Derecho derivado debido a la falta de competencia normativa del Consejo Europeo. En ella se ponen únicamente de manifiesto convicciones sobre objetivos sociopolíticos generales destinadas a dar a la Unión un impulso para su desarrollo en el ámbito de la política social. [13]

38. Así pues, aun cuando la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores no es como tal un acto vinculante, [14] diversas disposiciones del Derecho comunitario reflejan una fuerte relación con ella, que debe tenerse en cuenta de modo adecuado para su interpretación y aplicación. A la vista de tales disposiciones, también el Tribunal de Justicia ha utilizado ya la Carta como instrumento de interpretación. [15]

39. Por lo que respecta al artículo 141 CE, este precepto se halla en el capítulo del Tratado relativo a la política social, cuya disposición inaugural, el artículo 136 CE, apartado 1, remite expresamente a la Carta desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. [16] Lo mismo sucede con la Directiva 97/81, cuyo tercer considerando también se refiere a la Carta. Incluso las Directivas 75/117 y 76/207, que entraron en vigor con anterioridad a la adopción de la Carta, están destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato de los trabajadores en el ámbito empresarial y, con arreglo a ello, afectan asimismo a un elemento de la Carta, [17] por lo que deben aplicarse e interpretarse a la luz de ésta.

40. Pero también con independencia de las disposiciones anteriores, que ya por su contenido normativo específicamente sociopolítico presentan una estrecha relación con ella, debe tenerse en cuenta la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores al interpretar o aplicar el Derecho comunitario, porque los objetivos de desarrollo social y de un alto nivel de protección social se aplican a todas las actividades de la Comunidad, como viene a manifestarse en el artículo 2 CE, en los considerandos segundo y tercero de la exposición de motivos del Tratado por el que se constituye la Comunidad Europea, así como en el considerando octavo de la exposición de motivos del Tratado de la Unión Europea. Con arreglo a ello el cuarto considerando de la exposición de motivos del

13 — Véase también el artículo 4 UE el cual, aunque aún no había entrado en vigor en el año 1989, puede considerarse la expresión del papel que desempeñaban el Consejo Europeo y los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros representados en él, ya antes del Tratado de la Unión Europea.

14 — El Abogado General Sr. Jacobs también rechaza que la Carta tenga fuerza vinculante, en el punto 137 de sus conclusiones de 28 de enero de 1999, en el asunto Albany (C-67/96, Rec. 1999, pp. I-5751 y ss., especialmente p. I-5754; conclusiones comunes asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97 y asunto C-219/97).

15 — Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), apartado 47; asimismo, sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU (C-173/99, Rec. p. I-4881), apartado 39. Ambas sentencias tratan sobre la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18), cuyo cuarto considerando se refiere expresamente a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

16 — El Tratado de Amsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

17 — Véase el punto 16 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

Tratado de la Unión Europea se refiere expresamente a la Carta que concreta dichos objetivos.

41. Por tanto, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, aunque carezca de fuerza vinculante, debe utilizarse como instrumento de interpretación de las disposiciones del Derecho comunitario.

C. Sobre la primera cuestión, letra a) a c): concepto de trabajador

42. Mediante su primera cuestión, letras a) a c), el órgano jurisdiccional remitente desea saber fundamentalmente si el concepto de trabajador en el sentido del artículo 141 CE, de la Directiva 75/117, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores incluye también a aquellas personas que trabajen sólo ocasionalmente y que ocupen un empleo en función de las necesidades, y ello sin jornadas de trabajo concretas que hayan sido determinadas previamente.

43. El Derecho comunitario no tiene un concepto uniforme de trabajador, sino que el significado de este concepto depende de la norma respectiva de la que se trate. [18] En estas circunstancias se ha de distinguir entre el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, por un lado, y el artículo 141 CE, la Directiva 75/117, la Directiva 76/207, así como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, por otro.

1. Concepto de trabajador en el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial

44. En primer lugar, por lo que respecta al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, éste se aplica, en virtud de su cláusula 2, apartado 1, «a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro».

45. Por consiguiente, a los efectos del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial el concepto de trabajador no es de naturaleza jurídico-comunitaria. El ámbito de aplicación personal del Acuerdo marco se define más bien por remisión al respectivo Derecho interno aplicable. Así pues, el concepto de trabajador debe determinarse dependiendo de las normas, convenios colectivos y prácticas vigentes en el Estado miembro respectivo. Los Estados miembros

18 — Sentencias de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 31, y de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I-873), apartado 63.

disponen de un amplio margen discrecional en ese contexto. Por ejemplo, podría incumplirse el deber de cooperación leal (artículo 10 CE) si un Estado miembro definiese en su Derecho nacional el concepto de trabajador en un sentido tan restrictivo que el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial quedase desprovisto de toda eficacia práctica y se dificultase excesivamente el cumplimiento de los objetivos mencionados en su cláusula 1. En el presente asunto no existe sin embargo ninguna base para considerar que tal sea el caso.

46. El Oberster Gerichtshof manifiesta en la resolución de remisión que, en su opinión, la Sra. Wippel debe ser considerada una trabajadora en el sentido del Derecho austriaco, a pesar de no haber una jornada de trabajo fija establecida previamente. Con arreglo a ello, entra en el ámbito de aplicación personal del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en virtud de su cláusula 2, apartado 1.

2. Concepto de trabajador en el artículo 141 CE, en las Directivas 75/117 y 76/207, así como en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores

47. Por lo que se refiere al artículo 141 CE, a las Directivas 75/117 y 76/207, así como a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, ninguna de ellas define de manera expresa el concepto de trabajador. En consecuencia, debe examinarse su significado a partir de los principios de interpretación generalmente aceptados. Entre ellos se han de tener en cuenta en particular el contexto en el que se inserta dicho concepto, así como los objetivos del Tratado. [19]

48. En virtud del artículo 2 CE, una de las misiones de la Comunidad consiste en promover la igualdad entre el hombre y la mujer. El artículo 141 CE, apartado 1, constituye una manifestación específica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Es uno de los pilares básicos de la Comunidad y forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el Derecho comunitario. [20] Con arreglo al artículo 3 CE, apartado 2, la Comunidad se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Haciendo referencia a la Carta Social Europea [21] y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, [22] el artículo 136 CE, párrafo primero, enuncia como objetivos, entre otros, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, y una protección social adecuada, entre otros.

49. Ante este objetivo de protección social el concepto de trabajador del artículo 141 CE, así como el de las Directivas 75/117 y 76/207, y el de la Carta comunitaria de los derechos

19 — Sentencia Allonby, citada en la nota 18, apartado 64.

20 — Sentencia Allonby, citada en la nota 18, apartado 65. Véanse también las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne II (43/75, Rec. p. 455), apartado 12, y de 10 de febrero de 2000, Deutsche Post (asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929), apartado 57.

21 — Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

22 — Véanse, en especial, los puntos 7 a 10 de la Carta.

sociales fundamentales de los trabajadores, debe considerarse un concepto de Derecho comunitario y dársele una interpretación amplia. [23] Como punto de partida se puede tomar la definición que el Tribunal de Justicia ha elaborado en relación con la libre circulación de los trabajadores del artículo 39 CE. [24]

50. Respecto al artículo 39 CE, el Tribunal de Justicia, partiendo de los derechos y obligaciones recíprocos de la relación de trabajo, ha declarado en jurisprudencia reiterada que debe considerarse trabajador a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una retribución. [25] Además el concepto de trabajador requiere que se ejerza una actividad real y efectiva, que no sea a tan pequeña escala que tenga un carácter absolutamente marginal y accesorio. [26]

51. La cuestión de si en el litigio principal la actividad de la Sra. Wippel puede considerarse real y efectiva o a tan pequeña escala que tuviera un carácter absolutamente marginal y accesorio, debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional remitente en función del conjunto de circunstancias del caso concreto. [27] Asimismo, el Tribunal de Justicia, que ha de dar respuestas útiles al órgano jurisdiccional remitente, puede proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que puedan facilitar al órgano jurisdiccional remitente una resolución. [28]

52. Así, el Tribunal de Justicia ya declaró en el asunto Raulin que puede considerarse trabajador a una persona que trabaje cuando la llamen y sólo a pequeña escala. [29] Dicho asunto presenta además algunos paralelismos con los hechos del procedimiento principal. En el asunto Raulin tampoco existía garantía alguna en relación con las horas de trabajo que se debían realizar y, con frecuencia, sólo se trabajaban pocos días a la semana o escasas horas al día. El empleador sólo adeudaba el salario y las prestaciones sociales en la medida en que el empleado había trabajado efectivamente. Como contrapartida, el empleado no estaba obligado a acudir al «llamamiento» del empresario.

23 — Sentencia Allonby, citada en la nota 18, apartado 66.

24 — En este sentido también la sentencia Allonby, citada en la nota 18, apartado 67.

25 — Sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 17; de 31 de mayo de 1989, Bettray (344/87, Rec. p. 1621), apartado 12; de 8 de junio de 1999, Meeusen (C-337/97, Rec. p. I-3289), apartado 13, y de 6 de noviembre de 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Rec. p. I-13187), apartado 24. Véase también la sentencia Martínez Sala, citada en la nota 18, apartado 32.

26 — Véanse las sentencias de 26 de febrero de 1992, Raulin (C-357/89, Rec. p. I-1027), apartados 10 y 12, y de 23 de marzo de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035) apartado 17. Véanse asimismo las sentencias citadas en la nota 25, Lawrie-Blum, apartado 21, Meeusen, apartado 13, y Ninni-Orasche, apartado 26.

27 — Sentencias Raulin, citada en la nota 26, apartado 13, y Allonby, citada en la nota 18, apartado 69.

28 — Jurisprudencia reiterada en el ámbito de la política social. Véanse entre otras las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C-77/02, Rec. p. I-9027), apartado 59, y de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker (asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575), apartado 83.

29 — Sentencia Raulin, citada en la nota 26, apartados 9 a 11.

53. Para apreciar la condición de trabajador, la jurisprudencia permite tener en cuenta el carácter irregular y la duración limitada de las prestaciones realizadas. [30] Sin embargo, de los autos se desprende que la Sra. Wippel invirtió un período de tiempo más largo en su trabajo y que abarcaba en promedio tres días a la semana y dos sábados al mes. Además, se ha de tener en cuenta que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia debe considerarse trabajadores también a las personas que trabajen sólo unas pocas horas por semana y cuyos ingresos puedan hallarse por debajo del mínimo para subsistir. [31]

54. En consecuencia, una aplicación del concepto de trabajador establecido en relación con la libre circulación de trabajadores del artículo 39 CE ya favorece que se califique de trabajadora a la Sra. Wippel. Con arreglo a ello, puede dejarse sin respuesta en el presente asunto si además de lo anterior el concepto de trabajador en el ámbito de la política social debe ser más amplio, en vista de su objetivo de protección, que en el ámbito de la libre circulación de trabajadores del artículo 39 CE. [32]

55. En suma, se ha de responder al órgano jurisdiccional remitente, por tanto, que el concepto de trabajador del artículo 141 CE, de la Directiva 75/117, de la Directiva 76/207, así como de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, incluye en cualquier caso a toda persona que realice a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una retribución, a menos que dichas prestaciones no consistan en una actividad real y efectiva, o que sean a tan pequeña escala que tengan un carácter absolutamente marginal y accesorio. En consecuencia, no depende de que se haya determinado previamente un tiempo de trabajo fijo.

D. *Observaciones previas a las cuestiones segunda y tercera: aplicabilidad de las Directivas 97/81 y 76/207*

56. En sus cuestiones segunda y tercera, el Oberster Gerichtshof se refiere al artículo 141 CE, a las Directivas 75/117 y 76/207, así como al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Antes de examinar por separado dichas cuestiones, propongo esclarecer si las disposiciones mencionadas son aplicables al presente asunto y en qué medida.

1. Aplicabilidad de la Directiva 97/81 y del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial de 20 de enero de 2000

57. En relación con la Directiva 97/81 y el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo

30 — Sentencia Raulin, citada en la nota 26, apartado 14.

31 — Sentencia Levin, citada en la nota 26, apartados 15 y 16, y Lawrie-Blum, citada en la nota 25, apartado 21.

32 — La Comisión y P&C lo dan a entender en sus observaciones escritas.

parcial, anexo a aquélla, se ha de tener en cuenta, para responder a las cuestiones segunda y tercera, que el plazo de adaptación del Derecho nacional expiró el 20 de enero de 2000, [33] es decir, *con posterioridad* al inicio de la relación laboral entre la Sra. Wippel y P&C.

58. De acuerdo con lo anterior, se plantea la cuestión de la relevancia de ese Acuerdo marco para el presente asunto, en la medida en que afecta a períodos de la relación de trabajo anteriores al 20 de enero de 2000; en especial, si el Derecho nacional debe aplicarse e interpretarse de conformidad con la Directiva incluso para ese período. [34]

59. La norma es fundamentalmente que las directivas entran en vigor en el momento que en ellas se señalan o, en otro caso, veinte días después de su publicación en el Diario Oficial. [35] A partir de ese mismo momento producen efectos jurídicos. [36] Así, ya durante el plazo de adaptación, los Estados miembros tienen que abstenerse de todo lo que pueda hacer cuestionar seriamente el objetivo previsto en una directiva. [37]

60. Pero, todavía más allá de esa prohibición, las directivas también pueden desplegar efectos jurídicos incluso con anterioridad a la expiración de su plazo de adaptación. Por lo que se refiere a la Directiva 97/81, de su tenor hay que deducir que *entró en vigor* el día de su publicación en el Diario Oficial, el 20 de enero de 1998. [38] Es cierto que a los Estados miembros se les dio de plazo hasta el 20 de enero de 2000 para adaptar su Derecho interno; ahora bien, este plazo sólo se refiere a la adopción de las *disposiciones legales, reglamentarias y administrativas* así como los *acuerdos* necesarios *de los interlocutores sociales.* [39] El sentido y la finalidad de tal plazo de adaptación consiste en prever tiempo suficiente para el procedimiento legislativo y la negociación colectiva necesarios. [40] Con independencia de este caso

33 — Artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/81.

34 — Existen diversas tesis sobre la extensión del deber de interpretar el Derecho nacional interno conforme a las directivas con anterioridad a la expiración del plazo de adaptación. Mientras que el Abogado General Sr. Darmon aboga por interpretar el Derecho nacional conforme a las directivas ya antes de la expiración del plazo de adaptación (conclusiones de 14 de noviembre de 1989, Dekker, C-177/88, Rec. 1990, pp. I-3941 y ss., especialmente p. I-3956, punto 11; conclusiones comunes asunto C-179/88), el Abogado General Sr. Jacobs no va tan lejos, aunque presupone una obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar las medidas ya vigentes de adaptación del Derecho nacional a la directiva de conformidad con ésta (conclusiones de 25 de junio de 1992, Hansa Fleisch, C-156/91, Rec. p. I-5567, puntos 23 y 24).

35 — Artículo 254 CE, apartado 1, segunda frase, y apartado 2, segunda frase. Las directivas que no estén dirigidas a todos los Estados miembros cobran efecto a partir de su comunicación a sus destinatarios.

36 — Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), apartado 41. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Alber de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Rieser (C-157/02, Rec. p. I-1477), punto 112.

37 — Artículo 249 CE, párrafo tercero, en relación con el artículo 10 CE, párrafo segundo. También en ese sentido, pero referida a la adopción de disposiciones, la sentencia Inter-Environnement Wallonie, citada en la nota 36, apartado 45, y las sentencias de 8 de mayo de 2003, ATRAL (C-14/02, Rec. p. I-4431), apartado 58, y de 5 de febrero de 2004, Rieser (C-157/02, citada en la nota 36), apartado 66.

38 — Artículo 3 de la Directiva 97/81.

39 — Artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/81.

40 — Véanse, en ese sentido, las sentencias Inter-Environnement Wallonie, citada en la nota 36, apartado 43, y Rieser, citada en la nota 37, apartado 68.

especial, la directiva posee ya desde el día de su entrada en vigor fuerza vinculante en relación con el objetivo que se ha de alcanzar y vincula también a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. [41]

61. En particular, desde su entrada en vigor ya estaban establecidas las valoraciones políticas del legislador comunitario en relación con el trabajo a tiempo parcial y, por lo tanto, el objetivo de la Directiva 97/81. Pues bien, se han de respetar dichas valoraciones cuando el órgano jurisdiccional nacional tenga que aplicar o interpretar cláusulas generales o conceptos jurídicos indefinidos del Derecho interno.

62. En la medida en que ya existan disposiciones legales o administrativas nacionales con cláusulas generales y conceptos jurídicos indefinidos con anterioridad a la adopción de una directiva, resulta también incorrecta la objeción [42] de que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden anticiparse a lo que decida el legislador cuando se incorpora una directiva. En efecto, en la medida en que el juez nacional ejerce meramente una facultad interpretativa de manera coherente con las directivas, facultad que ya le ha sido conferida por el legislador para las disposiciones internas existentes, se limita pues a desempeñar su propia función original.

63. Por lo tanto, opino que las disposiciones del Derecho nacional, en especial las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con las directivas incluso antes de que expire el plazo de adaptación. En el presente asunto, las valoraciones del legislador comunitario en relación con el trabajo a tiempo parcial se reflejan, sobre todo, en la prohibición nacional de discriminación que ya existía antes de la expiración del plazo de adaptación y pueden influir en su interpretación y aplicación. [43] Además, las mismas valoraciones deben ser tenidas en cuenta cuando en el litigio principal se trate del concepto de atentado a las buenas costumbres según el Derecho interno; según lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, este concepto tuvo su relevancia en Austria para examinar determinados modelos de trabajo a tiempo parcial, al menos con anterioridad a la inserción del artículo 19d en la AZG.

41 — Sentencia Inter-Environnement Wallonie, citada en la nota 36, apartados 40 y 41; sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, y de 22 de junio de 2000, Fornasar y otros (C-318/98, Rec. p. I-4785), apartados 41 y 42. En el apartado 67 de la sentencia Rieser, citada en la nota 37, no se rechaza que exista un deber de interpretación conforme con las directivas antes de la expiración del plazo de adaptación; simplemente se deja claro que con anterioridad a la expiración del plazo de adaptación, no se puede hablar en absoluto de una aplicación directa de la directiva y el Derecho nacional existente no tiene que dejar de ser aplicado. Por el contrario, la interpretación conforme con las directivas trata precisamente de la aplicación del Derecho nacional existente.

42 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, en el asunto Hansa Fleisch, citadas en la nota 34.

43 — Ya en la versión de la AZG de la Ley federal BGBl. I nº 46/1997, el artículo 19d, apartado 6, prohibía desfavorecer a los trabajadores a tiempo parcial. Véase además la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 2 de la GlBG.

2. Ámbito de aplicación material de la Directiva 76/207

64. Por lo demás, en la medida en que pueda haberse producido una discriminación por razón de sexo, se ha de esclarecer si se aplican el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117, o, por otro lado, la Directiva 76/207, y cuál es el papel que desempeña en este contexto la Directiva 97/81 con el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

65. El artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117 prohíben toda discriminación por razón de sexo en relación con la *retribución,* mientras que las discriminaciones sexuales respecto a las condiciones de trabajo se engloban en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207. Los ámbitos de aplicación de estas dos normas se excluyen mutuamente. [44]

66. En el presente asunto, las partes del procedimiento principal no discuten en primer lugar sobre la propia retribución. La demanda salarial de la Sra. Wippel parece ser la consecuencia de su litigio con P&C en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, es decir, con una condición laboral. No se opone a la aplicación de la Directiva 76/207 que las diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores afectados siempre puedan tener consecuencias económicas, que, a su vez, sean motivo de demanda judicial. [45] En tales litigios no son determinantes el artículo 141 CE ni el artículo 1 de la Directiva 75/117, sino el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, en tanto que norma especial.

67. La prohibición de discriminación de la Directiva 76/207 se aplica además junto con la prohibición de desfavorecer a los trabajadores a tiempo parcial en virtud del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, [46] porque ambas normas regulan distintos supuestos y persiguen objetivos diversos. La prohibición de discriminación respectiva de cada una de ellas se apoya en distintas bases. Entre ellas no existe ningún vínculo de especialidad.

E. *Sobre la segunda cuestión: discriminación por ley*

68. Mediante su segunda cuestión el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si desde el punto de vista del

44 — Véase, por ejemplo, la sentencia Steinicke, citada en la nota 28, apartados 48 a 51, así como mis conclusiones de 1 de abril de 2004, en el asunto Hlozek (C-19/02, Rec. p. I-11491), puntos 96 y 97, con más citas.

45 — Sentencia Steinicke, citada en la nota 28, apartados 49 a 51.

46 — En este sentido véanse también, en definitiva, las conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano de 3 de abril de 2003, en el asunto Steinicke, citado en la nota 28, puntos 41, 42 y 58. Véase asimismo la cláusula 6, apartado 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Derecho comunitario se produce una discriminación cuando existen disposiciones legales o de convenios colectivos sobre el tiempo de trabajo para los empleados a tiempo completo pero no existe ninguna normativa de ese tipo para los empleados a tiempo parcial, salvo, en su caso, la que sea aplicable con carácter subsidiario.

69. En dicho contexto hay que pensar en la prohibición de discriminación (independiente del sexo) entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, por un lado, y la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo.

1. Prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial

70. El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial contiene una prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial: en virtud de su cláusula 4, apartado 1, por lo que respecta a sus condiciones de empleo no se tratará a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, a menos que esté justificado un trato diferente por razones objetivas.

71. Para comprobar si una situación normativa como la austriaca puede resultar discriminatoria en ese sentido, se debe examinar indudablemente, en primer lugar, si existe en cualquier caso una desventaja de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo comparables. De ser afirmativa la respuesta habría que examinar si tal desventaja puede estar justificada por razones objetivas.

a) Inexistencia de una desventaja en relación con la distribución del tiempo de trabajo

72. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la *distribución del tiempo de trabajo,* [47] según lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, el Derecho austriaco prevé en los artículos 19c, apartado 1, y 19d, apartado 2, de la AZG únicamente que se regule contractualmente o mediante convenio colectivo, tanto para los trabajadores a tiempo parcial como para los trabajadores a tiempo completo. Las disposiciones expuestas por el órgano jurisdiccional remitente no contienen, en uno ni en otro caso, disposiciones autónomas sobre la distribución del tiempo de trabajo que, en su caso, sean aplicables de modo subsidiario. [48] Dado que, con ello, la Ley es idéntica para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo, no da lugar a una desventaja de los trabajadores a tiempo parcial.

47 — Con la expresión «distribución del tiempo de trabajo» me refiero a *cuándo* se trabaja.

48 — En particular, las disposiciones sobre un posible rebasamiento de la jornada laboral normal de los trabajadores a tiempo completo no ofrecen suficiente explicación sobre la distribución de su tiempo de trabajo; se refieren más bien a la duración de ese tiempo de trabajo.

b) Inexistencia de una desventaja en relación con la duración del tiempo de trabajo

73. A continuación se cuestiona si existe una desventaja de los trabajadores a tiempo parcial en relación con la *duración del tiempo de trabajo.*[49] En el artículo 3 de la AZG, el Derecho austriaco prevé una jornada normal de trabajo de 40 horas semanales y ocho horas diarias. De seguir el criterio propuesto por el Gobierno austriaco, este precepto no constituye en ningún caso una norma especial destinada únicamente a los trabajadores a tiempo completo. Por el contrario, los mencionados límites máximos se aplican de igual manera a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial; para estos últimos, cuando trabajan sin una periodicidad regular, puede tener consecuencias en particular el límite de horas de trabajo diarias.

74. Al contrario que el Gobierno austriaco, el órgano jurisdiccional remitente y la Sra. Wippel parecen considerar que la jornada normal de trabajo de 40 horas semanales y ocho horas diarias, prevista en el artículo 3 de la AZG, contiene una norma especial para los trabajadores a tiempo completo, y que el Derecho austriaco no conoce ningún modelo legal para los trabajadores a tiempo parcial. En especial, el Derecho austriaco carece de una disposición sobre el tiempo de trabajo, en su caso aplicable de modo subsidiario, como existe, por ejemplo, en Alemania para el supuesto especial del trabajo fijo-discontinuo.[50]

75. Aun cuando se adopte esta última perspectiva, se plantea la cuestión de si hay que entender como desventaja de los trabajadores a tiempo parcial tal desigualdad de trato de la Ley. La respuesta a esta pregunta debería inferirse del contexto global del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, así como de su espíritu y finalidad.

i) Objetivos de protección social adecuada, fomento del empleo y una organización más flexible del tiempo de trabajo

76. En el artículo 136 CE, apartado 1, la Comunidad y los Estados miembros se establecen a sí mismos como objetivos, entre otros, el fomento del empleo, la mejora de las

49 — Con la expresión «duración del tiempo de trabajo» me refiero a *cuánto* se trabaja.

50 — El artículo 12, apartado 1, de la Ley alemana sobre el trabajo a tiempo parcial y los contratos de duración determinada de 21 de diciembre de 2000 (Ley sobre el trabajo a tiempo parcial y de duración determinada, BGBl. I, p. 1966) dispone: «Los empresarios y los trabajadores podrán acordar que el trabajador preste sus servicios en función de las necesidades laborales (trabajo fijo-discontinuo). El acuerdo deberá determinar una duración semanal y diaria de la jornada laboral. Si no se determinare la duración semanal de la jornada laboral, se entenderá acordado una jornada de diez horas semanales. Si no se determinare la duración de la jornada diaria, el empresario deberá exigir la prestación laboral del trabajador para tres horas seguidas como mínimo en cada caso.»

condiciones de vida y de trabajo y una protección social adecuada. La cláusula 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores exige, para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, un progreso en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo, así como recurrir a «formas de trabajo distintas», como el trabajo a tiempo parcial o también el de temporada.

77. Por último, en cuanto al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, las consideraciones generales que lo preceden muestran que se debe, en particular, al deseo de compaginar la vida profesional y la vida familiar, promover el empleo, aumentar la intensidad de la creación de empleo y una organización más flexible del trabajo.[51] El objetivo de alcanzar una organización más flexible del trabajo que tenga en cuenta las necesidades del empresario y del trabajador también vuelve a encontrarse en la cláusula 1, letra b), del Acuerdo marco, en un lugar prominente.

78. Del examen conjunto de estas finalidades se sigue que, junto a una protección social adecuada, se debe otorgar una atención especial también al fomento del empleo, a la organización más flexible del trabajo y a las necesidades respectivas de empresarios y trabajadores, cuando se interprete y aplique el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. La flexibilidad y las posibilidades innovadoras de organización de las relaciones laborales deben entenderse como contribución al fomento del empleo y a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, y no, necesariamente, como obstáculos a esa mejora.

ii) Inexistencia de valores contradictorios en las Directivas 93/104 y 91/533

79. Tampoco se pueden deducir valoraciones contradictorias del legislador comunitario de otras Directivas en materia de Derecho laboral a las que se refiere el órgano jurisdiccional remitente.

80. En cuanto a la Directiva 93/104, su artículo 6, número 1, exige que «se limite la duración semanal del tiempo de trabajo por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales». Sin embargo, como revelan el título y la oración introductoria de ese precepto, su única finalidad es establecer un *límite máximo* del tiempo de trabajo para la seguridad laboral y la protección de la salud[52]

51 — Considerandos cuarto y quinto de las Consideraciones Generales del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial; véase también el quinto considerando de la Directiva 97/81.

52 — Los considerandos quinto y octavo de la Directiva 93/104 confirman esta apreciación. Véase además la sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartados 12, 22, 29 y 45.

81. Por otro lado, por lo que atañe a la Directiva 91/533, [53] en ella se exige informar por escrito al trabajador de la duración de su jornada o semana laboral normal. [54] La única finalidad de esta norma es informar al trabajador sobre los derechos y obligaciones vigentes, facilitarle la prueba de esos derechos y obligaciones, y dar en conjunto mayor transparencia al mercado de trabajo. [55] Por estas razones, no debería interpretarse la Directiva 91/533 en el sentido de que no solamente persigue una mera obligación de información sino una armonización de fondo de la normativa nacional en materia de contratación laboral, por ejemplo, para prever imperativamente un tiempo de trabajo fijo acordado previamente, en tanto que obligación jurídica en todo tipo de relación laboral. [56] En una relación laboral sin un tiempo de trabajo fijo debe ser posible, por el contrario, cumplir la obligación de información de alguna otra forma, por ejemplo, comunicando el empresario al trabajador, a intervalos regulares, los planes de servicio. [57]

82. En suma, no se puede deducir por tanto *a contrario sensu* de la Directiva 93/104, de la Directiva 91/533, ni tampoco del artículo 9 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, que deban prohibirse las relaciones de trabajo caracterizadas por no tener tiempos de trabajo regulares.

iii) Inexistencia de desventaja de los trabajadores a tiempo parcial

83. En vista de lo que precede, en principio no procede considerar una desventaja de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo el hecho de que se renuncie a establecer legalmente disposiciones concretas y de aplicación subsidiaria, en su caso, sobre la duración de su tiempo de trabajo y, en particular, que no se prevea un tiempo de trabajo mínimo. En efecto, cuanto más margen dé el legislador a los empresarios y trabajadores para una organización flexible de las relaciones laborales, más fácil será la creación de puestos de trabajo y antes podrán tenerse en cuenta las necesidades específicas de determinados grupos de personas.

84. Así pues, por ejemplo, un empleo en función de las necesidades, en el que se tome en consideración de modo determinante las preferencias de los interesados en cuanto a su incorporación laboral, deja también al trabajador la mayor libertad posible. Por eso es especialmente adecuado para el trabajador que sólo pueda o quiera realizar una actividad productiva con irregularidad y

53 — Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DO L 288, p. 32).

54 — Artículo 2, apartado 2, letra i), en relación con el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 91/533.

55 — Véase asimismo el segundo considerando de la Directiva 91/533.

56 — El octavo considerando de la Directiva 91/533 y su artículo 1, apartado 2, letra b) (trabajo de carácter ocasional), indican, por ejemplo que el legislador comunitario no perseguía una regulación rígida que excluyese toda flexibilidad.

57 — En este mismo sentido se ha manifestado el Gobierno austriaco en sus observaciones orales.

duración variable o que únicamente busque obtener un ingreso adicional. En este supuesto se encuentran por ejemplo las personas que quieran dedicarse principalmente a cuidar de sus hijos o de parientes necesitados, pero también los estudiantes. Según lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, también la Sra. Wippel quería «trabajar ocasionalmente y ahorrar dinero».

85. Para los trabajadores que necesiten hasta cierto punto unos ingresos regulares o para los que sea importante poder tener una previsión temporal de su incorporación laboral, puede ser útil que existan disposiciones legales de aplicación subsidiaria por las que se determine el tiempo de trabajo y que respondan al objetivo de protección social, al principio de justa retribución [58] y al afán de mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Sin embargo, una normativa de esa índole puede reducir al mismo tiempo el estímulo para la creación de nuevos puestos de trabajo mediante formas contractuales innovadoras y así, como mínimo, dificultar la actividad productiva de quienes no pueden o no quieren trabajar con regularidad y siempre con la misma intensidad. Así pues, una regulación legal del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial no constituye siempre una ventaja, y su inexistencia no es necesariamente una desventaja para los afectados.

86. Las diferentes posiciones de fuerza entre el empresario y el trabajador en la relación de trabajo y, en particular, un posible abuso por el empresario de las modalidades contractuales sin tiempos de trabajo determinados puede tenerse en cuenta en cada caso cuando se aplique concretamente la prohibición de discriminación. [59] El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no impone de modo obligatorio limitar ya a nivel legislativo las posibilidades organizativas de empresarios y trabajadores en relación con el tiempo de trabajo.

87. Los Estados miembros conservan la libertad, si quieren, de superar el nivel de protección comunitario en el marco de los objetivos establecidos y prever legalmente normas más estrictas para la protección de los trabajadores a tiempo parcial, por ejemplo, con una normativa sobre el tiempo de trabajo mínimo. [60] Pero no existe ninguna obligación comunitaria para que la normativa vaya más allá. En efecto, las disposiciones comunitarias relativas al trabajo a tiempo parcial sólo constituyen un estándar mínimo. [61]

58 — Véase el punto 5 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

59 — En ese sentido véanse más adelante las consideraciones acerca de la tercera cuestión, en especial los puntos 108 a 112.

60 — Así existe, por ejemplo, en Bélgica un tiempo de trabajo mínimo legalmente establecido para los trabajadores a tiempo parcial, que se corresponde con un tercio del tiempo de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (artículo 11 *bis* de la Ley de 3 de julio de 1978 sobre los contratos de trabajo, *Moniteur Belge* de 22 de agosto de 1978). En Alemania existe una regulación legal de aplicación subsidiaria para el caso especial del trabajo fijo-discontinuo (véase la anterior nota 48). En otros Estados miembros los convenios colectivos pueden establecer disposiciones sobre el tiempo de trabajo mínimo.

61 — Véanse el artículo 137 CE, apartado 2, primera frase, letra b) (este artículo sustituye al artículo 2, apartado 2, primera frase, del Acuerdo sobre la política social, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht), el decimoprimer considerando de la Directiva 97/81 y la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

c) Conclusión intermedia

88. Una normativa como la AZG austriaca, en la que se renuncia a establecer por ley –de aplicación subsidiaria, en su caso– la duración y distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial no contiene ninguna discriminación frente a los trabajadores a tiempo completo en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

2. Prohibición de discriminación por razón de sexo

89. Queda por examinar si la inexistencia de una norma legal –de aplicación subsidiaria, en su caso– sobre la duración y distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial en el Derecho austriaco conduce a una discriminación por razón de sexo prohibida en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

90. Desde el punto de vista del órgano jurisdiccional remitente, [62] el Derecho austriaco da un trato diferente a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial. El artículo 3 de la AZG prevé una norma específica para los trabajadores a tiempo completo (tiempo normal de trabajo de 40 horas semanales y ocho horas diarias), pero no dispone nada –de aplicación subsidiaria, en su caso– en materia de tiempo de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial.

91. En ese contexto, es cierto que la AZG tiene una formulación neutra por lo que respecta al sexo. Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, una normativa nacional contiene una discriminación indirecta cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de personas de un sexo que del otro, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. [63]

92. Según los datos del órgano jurisdiccional remitente, entre los trabajadores a tiempo completo en Austria se encuentra un 60 % de hombres y un 40 % de mujeres, mientras que entre los trabajadores a tiempo parcial el porcentaje de mujeres es del 90 % y el de hombres sólo del 10 %. Por lo tanto, la inexistencia de una normativa –de aplicación subsidiaria, en su caso– sobre el tiempo de

62 — En cuanto a la opinión del órgano jurisdiccional remitente véase el punto 74 de estas conclusiones. Para la opinión contraria, que defiende el Gobierno austriaco, véase el punto 73 de estas conclusiones.

63 — Sentencias de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann (C-322/98, Rec. p. I-7505), apartado 23, y de 6 de abril de 2000, Jorgensen (C-226/98, Rec. p. I-2447), apartado 29; véanse además las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607) apartados 29 a 31; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 12; Steinicke, citada en la nota 28, apartado 57, y de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Rec. p. I-2741), apartado 50. Por otra parte, la prohibición de discriminación indirecta en relación con las condiciones de trabajo se desprende del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207.

trabajo para los trabajadores a tiempo parcial afecta mucho más a las mujeres que a los hombres.

93. Sin embargo, como expone con acierto la Comisión, los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial no son comparables en lo que aquí es determinante. En lo relativo a la duración del tiempo de trabajo, en Austria es imposible regular por contrato individual el trabajo a tiempo completo: el número de horas de trabajo está determinado legalmente por la jornada normal de trabajo con arreglo al artículo 3 de la AZG (o normas más favorables de convenios colectivos). Por el contrario, el trabajo a tiempo parcial implica precisamente un acuerdo contractual sobre el tiempo de trabajo, ya sea en forma de un número fijo de horas de trabajo regular, o en forma de un número variable de horas de trabajo en el sentido del concepto de empleo en función de las necesidades.

94. Incluso si, frente a la opinión defendida, se considerasen comparables en lo que aquí interesa a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial, razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo podrían justificar la renuncia a una regulación legal concreta del tiempo de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial. En efecto, el esfuerzo por flexibilizar las condiciones de trabajo sirve para fomentar el empleo y con ello en definitiva también para mejorar las condiciones de vida y de trabajo. Además la inexistencia de una disposición legal para los trabajadores a tiempo parcial no produce necesariamente una desventaja, como ya se ha expuesto. [64]

95. En resumen, procede declarar por tanto que una normativa como la AZG austriaca, en la que se renuncia a regular por ley –de aplicación subsidiaria, en su caso– la duración y distribución del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, no contiene una discriminación por razón de sexo prohibida en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

F. *Sobre la tercera cuestión: discriminación en el contrato de trabajo*

96. Mediante su tercera cuestión el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la modalidad concreta de la relación de trabajo en el litigio del procedimiento principal. Desea saber fundamentalmente si desde el punto de vista del Derecho comunitario existe una discriminación prohibida cuando un contrato, como el contrato marco de trabajo en función de las necesidades utilizado por P&C, no determina un tiempo de trabajo fijo acordado de modo previo.

64 — Véanse los puntos 83 a 85 de estas conclusiones.

97. De nuevo, procede considerar la prohibición de discriminación (neutra por lo que respecta al sexo) entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, por un lado, y la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo, por otro.

1. Prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial

98. A primera vista, el concepto de empleo en función de las necesidades que pone en práctica P&C no se corresponde necesariamente con la imagen clásica del trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, es posible pensar de forma amplia en el concepto de trabajador a tiempo parcial en el sentido del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Así, la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo marco define como trabajador a tiempo parcial a todo trabajador 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. De los autos se desprende que ése es el caso de la Sra. Wippel. Así pues, una trabajadora como la Sra. Wippel es una trabajadora a tiempo parcial en el sentido del Acuerdo marco y entra en su ámbito de protección.

99. La cláusula 4, apartado 1, de este Acuerdo marco exige que, por lo que respecta a las condiciones de empleo, no se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

100. El contrato marco de trabajo entre la Sra. Wippel y P&C no determinaba tiempos de trabajo fijos, sino que la duración y distribución del tiempo de trabajo debían ser fijadas de común acuerdo por las partes en cada caso con arreglo al empleo en función de las necesidades.

101. Una modalidad contractual de esta índole se diferencia de modo fundamental de la jornada normal de trabajo de 38,5 horas semanales previamente establecida mediante convenio colectivo para los trabajadores a tiempo completo comparables.[65] Sin embargo queda por examinar si en tal *trato desigual* también hay una *desventaja* de los trabajadores a tiempo parcial.

a) Resumen de las alegaciones formuladas

102. El órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Wippel y el Gobierno austriaco alegan

65 — La resolución de remisión se refiere al convenio colectivo para los empleados de comercio de Austria. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente asegurarse, con arreglo a la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, de que dicho convenio colectivo se aplica a los trabajadores a tiempo completo comparables de la empresa de P&C.

en esencia que mediante el empleo en función de las necesidades sin tiempos de trabajo previamente determinados, el riesgo económico se traslada del empresario al trabajador, se crea un estado de negociación permanente entre ambos, y la duración y distribución del tiempo de trabajo se deja totalmente al arbitrio del empresario.

103. En sus observaciones escritas y orales la Sra. Wippel se refiere también a las posibles consecuencias sociales de la modalidad contractual elegida: si en un largo período no se da ocupación al personal contratado en función de las necesidades, se puede utilizar este elemento como instrumento para dejar a cero su retribución de vacaciones, la retribución que se le debe en caso de enfermedad o de embarazo, así como la indemnización que se le adeuda al extinguirse la relación de trabajo (denominada «Abfertigung»). Si en un período salarial no procede retribución alguna, además se debe dar de baja al trabajador de la seguridad social. Por otra parte, la modalidad contractual del empleo en función de las necesidades permite al empresario eludir la protección legal contra el despido.

104. P&C objeta que el concepto de empleo en función de las necesidades es muy popular entre sus trabajadores y que también los representantes de éstos (comité de empresa) lo apoyan con firmeza. Cuánto tiempo se trabaja lo establecen de común acuerdo en cada caso en función de las expectativas de ventas previsibles o de la carga de trabajo, por un lado, y de los deseos de los trabajadores, por otro. La demandante fue informada expresamente sobre las ventajas e inconvenientes de tal modalidad. También se acordó de manera expresa que el contrato marco de la demandante no garantizaba unos ingresos y que ella era libre para rechazar sin desventaja alguna su incorporación al trabajo en una u otra ocasión. Tampoco se le exigía en ningún momento estar disponible. El personal empleado en función de las necesidades tiene derecho, según la demandada, a treinta días laborales de vacaciones pagadas al año, a las pagas extraordinarias establecidas por convenio colectivo, así como a la indemnización legal por extinción de la relación laboral y también a continuar recibiendo su retribución en caso de enfermedad. Además, al personal empleado en función de las necesidades se le da de alta en la seguridad social. No se puede hablar, en su opinión de una transferencia inmoral del riesgo empresarial al trabajador.

b) Interpretación de la prohibición de discriminación

105. La prohibición de desfavorecer a los trabajadores a tiempo parcial con arreglo a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial debe interpretarse y aplicarse a la luz del contexto de esta normativa, así como de su espíritu y finalidad. [66]

66 — Para más detalles a ese respecto, véanse los puntos 76 a 78 de estas conclusiones.

i) Inexistencia de un desfavorecimiento general de los trabajadores a tiempo parcial

106. Una modalidad contractual en la que no se determine previamente una jornada de trabajo fija puede dar lugar ciertamente a desventajas para aquellos trabajadores que en cierta medida necesiten unos ingresos laborales regulares o que den importancia a la posibilidad de prever con antelación su incorporación al trabajo. Pero la misma modalidad contractual puede ser positiva para los trabajadores que sólo pueden o quieren desempeñar una actividad productiva con una periodicidad irregular y en medida variable o que únicamente se proponen obtener unos ingresos adicionales. [67] La opinión positiva del comité de empresa de P&C, en tanto que representación de los trabajadores por elección, respecto al concepto de empleo en función de las necesidades puede valorarse como un indicio más de que tal modalidad contractual no favorece de modo unilateral al empresario y desfavorece al trabajador.

107. En dichas circunstancias, una modalidad contractual en la que no se determine previamente una jornada laboral fija no puede considerarse en general perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial. Esto sería ir contra los objetivos de la organización flexible del tiempo de trabajo y de fomento del empleo, en los que se apoya el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, y no tener suficientemente en cuenta los intereses de ciertos trabajadores. [68]

ii) Protección social adecuada y prohibición del abuso

108. Por otra parte sin embargo, al interpretar y aplicar en cada caso la prohibición de desfavorecimiento no se debe perder de vista el objetivo de protección social adecuada, [69] en particular el debido respeto hacia los intereses de los trabajadores.

109. Por una parte, ese objetivo exige del empresario que al emplear a un trabajador se asegure de que éste conoce suficientemente bien las ventajas e inconvenientes de una modalidad contractual en la que no se determine previamente una jornada de trabajo fija, y de que responde a sus intereses. En caso necesario, deberá explicárselo de modo adecuado. En el presente asunto no se discute que la Sra. Wippel fue informada con todo detalle antes de su contratación y que

67 — Véase el punto 84 de estas conclusiones y los ejemplos que ofrece.

68 — Véanse ejemplos en el punto 84 de estas conclusiones.

69 — Artículo 136 CE, apartado 1, y punto 10 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

declaró no necesitar ingresos regulares. En general, según sus propios datos irrefutados, P&C ha utilizado el modelo de empleo en función de las necesidades exclusivamente con colaboradores que no necesitaban ingresos regulares.

110. Por otra parte, del objetivo de protección social adecuada se puede deducir también una prohibición del abuso durante todo el período en que exista la relación laboral. En la medida en que, en un sistema de empleo en función de las necesidades el empresario no ofrezca, de modo abusivo, trabajo al empleado, se pueden producir las consecuencias sociales descritas por la Sra. Wippel, por ejemplo para conservar o calcular determinados derechos ligados a la relación de trabajo, como la retribución de las vacaciones, la continuación de retribución en caso de enfermedad y de embarazo, o la protección por un seguro de enfermedad. Habría que declarar la existencia de un abuso de esa índole cuando sin razón objetiva se ofreciese trabajo a determinados empleados pero se les negase a otros contra su voluntad o sólo se les ofreciese en muy pequeña cantidad.

111. Por lo demás, el legislador no puede deducir del mero peligro abstracto de un abuso que una modalidad contractual en la que no se determine previamente una jornada laboral fija perjudica *en general* a los trabajadores a tiempo parcial. Una omisión abusiva de ofertas de empleo en cada caso debería ser apreciada más bien como cualquier otra conducta abusiva del empresario durante el período de existencia de la relación laboral y podría estar sujeta a las respectivas sanciones previstas en el Derecho laboral nacional correspondiente. [70] Por lo tanto, los Estados miembros y sus órganos jurisdiccionales conservan un amplio margen discrecional con arreglo al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. En función de lo dispuesto en el Derecho nacional los abusos podrán dar lugar a acciones de indemnización, demandas por omisión u otras acciones judiciales de los trabajadores.

112. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente asegurarse de que no se produce tal abuso en el asunto concreto del que conoce; al menos en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la Sra. Wippel no ha alegado nada a este respecto.

c) Conclusión intermedia

113. Por las razones mencionadas con anterioridad, no constituye una discriminación prohibida de los trabajadores a tiempo parcial, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el

70 — Véase la cláusula 6, apartado 5, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que se remite a la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales de cada Estado, en relación con la prevención y resolución de los litigios.

trabajo a tiempo parcial, que un contrato marco de trabajo no determine previamente una jornada laboral fija, a menos que el trabajador no conozca suficientemente las ventajas e inconvenientes de esta modalidad contractual o que el empresario deje, de modo abusivo, de ofrecer trabajo en lo sucesivo al trabajador.

2. Prohibición de discriminación por razón de sexo

114. Falta por examinar si la modalidad de empleo en función de las necesidades sin determinar previamente una jornada laboral fija, utilizada por P&C, conduce a una discriminación por razón de sexo en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

115. Es cierto que esta modalidad está construida de modo neutro con respecto al sexo; el empleo en función de las necesidades está abierto a los trabajadores de ambos sexos. Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, una normativa contiene una discriminación indirecta cuando, a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de personas de un sexo que del otro, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. [71]

a) Inexistencia de un perjuicio para las mujeres

116. Para suponer que se perjudica a las mujeres sólo por serlo no es suficiente comprobar que su porcentaje –considerado aisladamente– en un grupo muy determinado, por ejemplo, entre los empleados en función de las necesidades, es claramente mayor al de los hombres. El concepto del perjuicio exige que se realice una comparación con otros grupos de empleados en la misma empresa.

117. En sus observaciones escritas, P&C explicó, sin que nadie la contradijese, que en su empresa el 84,84 % de los empleados en función de las necesidades son mujeres, mientras que el porcentaje de mujeres entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial con jornadas laborales *fijas* es del 75,82 %. En respuesta a una pregunta, P&C añadió en la vista oral que la proporción de trabajadores femeninos entre los empleados a tiempo completo –considerados individualmente– asciende a cerca del 65 %, y entre los trabajadores a tiempo parcial –tanto personal a tiempo parcial con jornadas laborales fijas como empleados en función de las necesidades– es de un 85 % aproximadamente. [72]

71 — Véase el apartado 91 de estas conclusiones y la jurisprudencia citada en la nota 63.

72 — Las últimas cifras mencionadas de 65 % y 85 % se refieren, según los datos de P&C, a una apreciación conjunta de sus empresas en Alemania y Austria.

118. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si tales datos estadísticos poseen suficiente valor informativo. [73] Con todo, el Tribunal de Justicia, que ha de dar respuestas útiles al órgano jurisdiccional remitente, puede proporcionarle indicaciones que faciliten su resolución.

119. La proporción de mujeres entre los trabajadores en función de las necesidades y entre los trabajadores a tiempo parcial, con jornadas laborales fijas, apenas difiere y se encuentra entre un 84 % y un 85 %. Si se compara el personal a tiempo parcial empleado en función de las necesidades con los empleados a tiempo completo o a tiempo parcial con jornadas laborales fijas, la proporción de trabajadores femeninos entre los empleados en función de las necesidades es unos diez puntos porcentuales más alta (84,84 % frente a un 75,82 %). Una comparación de todo el personal a tiempo parcial con todo el personal a tiempo completo conduce al siguiente resultado: los trabajadores femeninos también son mayoría absoluta entre el personal a tiempo completo, pero su proporción de un 65 % aproximadamente es menor en 20 puntos porcentuales que entre el personal a tiempo parcial.

120. Estas cifras dejan ver que la proporción de trabajadores de sexo femenino en P&C es, en total, alta. Así pues, cualquier modalidad contractual elegida por P&C (empleo a tiempo completo, empleo a tiempo parcial con jornadas laborales fijas o empleo en función de las necesidades) tiene consecuencias especialmente para las mujeres.

121. Dado que en el presente asunto el problema reside sobre todo en no haberse determinado previamente una jornada laboral fija, es de especial importancia la comparación entre trabajadores *con jornadas laborales fijas* (ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial) y quienes *no tienen jornadas laborales fijas.* La proporción de mujeres entre estos dos grupos difiere en unos diez puntos porcentuales. En la sentencia Seymour-Smith y Perez, el Tribunal de Justicia consideró completamente irrelevante una diferencia de esa medida. [74] En este contexto, opino que no se puede hablar de un trato desigual por razón de sexo si en P&C se aplican jornadas laborales fijas para los trabajadores a tiempo completo y para algunos trabajadores a tiempo parcial, pero no para los empleados en función de las necesidades.

122. Como regla general, cuando una modalidad contractual que no determine previamente una jornada laboral fija no repercuta en los trabajadores de un sexo mucho más que otra modalidad contractual, no da lugar

73 — Sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 62.

74 — Sentencia citada en la nota 73, apartados 63 y 64.

a una discriminación por razón de sexo prohibida en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

b) Apreciación accesoria: justificación

123. Incluso si el órgano jurisdiccional remitente llegase, por el contrario, a la conclusión de que la modalidad contractual de empleo en función de las necesidades en la empresa de P&C repercute en las mujeres mucho más que otras modalidades contractuales y que, por tanto, da lugar a un trato desigual en función del sexo, habría que examinar a continuación si dicho trato desigual se explica por razones objetivamente justificadas ajenas a una discriminación por razón de sexo.

124. Como ya se ha explicado, el concepto controvertido de empleo en función de las necesidades no puede considerarse en general perjudicial para los afectados. [75] Razones objetivas pueden apoyar una modalidad contractual flexible, en especial el deseo del propio trabajador de desempeñar una actividad productiva con una periodicidad irregular y en medida variable. En tal caso la renuncia a establecer previamente jornadas laborales fijas no tiene nada que ver con una discriminación (indirecta) por razón de sexo.

125. En cualquier caso, se puede llegar a un juicio diferente de los hechos si los trabajadores de un sexo se ven mucho más afectados por el empleo en función de las necesidades que por otras modalidades contractuales y en el momento de su contratación no se les explican suficientemente las ventajas e inconvenientes. Especialmente en tales casos existe un alto riesgo de que las condiciones laborales pactadas no respondan, desde un punto de vista objetivo, a los intereses de los afectados y, de ese modo, vulneren la prohibición de discriminación. Habría que suponer lo mismo en el caso de que en el transcurso posterior de su relación laboral no se ofreciese, de manera abusiva, trabajo alguno a tales empleados. [76]

G. *Sobre la cuarta cuestión: compensación de una posible discriminación*

126. Mediante su cuarta cuestión el órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia cómo se ha de compensar económicamente una posible discriminación.

127. Si se responde a las cuestiones segunda y tercera del modo propuesto anteriormente, resulta innecesario responder a la cuarta cuestión.

75 — Puntos 106 y 107 de estas conclusiones.

76 — Puntos 109 y 110 de estas conclusiones.

VI. Conclusión

128. Por las consideraciones anteriores propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof austriaco del siguiente modo:

«1) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la cumbre de Estrasburgo del Consejo Europeo, de 9 de diciembre de 1989, no es vinculante. Sin embargo, debe ser utilizada como instrumento de interpretación de las disposiciones del Derecho comunitario.

2) En el marco del artículo 141 CE, de 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, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, el concepto de trabajador incluye en cualquier caso a toda persona que realice a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una retribución, a menos que dichas prestaciones no consistan en una actividad real y efectiva, o que sean a tan pequeña escala que tengan un carácter absolutamente marginal y accesorio. En consecuencia, no depende de que se haya determinado previamente un tiempo de trabajo fijo.

El concepto de trabajador en el sentido del artículo 2, apartado 1, del anexo de 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, debe determinarse dependiendo de las normas, convenios colectivos y prácticas vigentes en el Estado miembro respectivo.

3) Una normativa como la Arbeitsgesetz austriaca, en la que se renuncia a establecer por ley –de aplicación subsidiaria, en su caso– la duración y distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial no contiene ninguna discriminación frente a los trabajadores a tiempo completo en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del anexo de la Directiva 97/81, ni una discriminación por razón de sexo prohibida en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.

4) No constituye una discriminación prohibida de los trabajadores a tiempo parcial, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del anexo de la Directiva 97/81, que un contrato marco de trabajo no determine previamente una jornada laboral fija, a menos que el trabajador no conozca suficientemente las ventajas e inconvenientes de esta modalidad contractual o que el empresario deje, de modo abusivo, de ofrecer trabajo en lo sucesivo al trabajador.

Cuando una modalidad contractual que no determine previamente una jornada laboral fija no repercuta en los trabajadores de un sexo mucho más que otra modalidad contractual, no da lugar a una discriminación por razón de sexo prohibida en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207.»