CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 24 de enero de 2008 [1]

I. Introducción

1. El Landesgericht Bozen, al amparo del artículo 234 CE, plantea una cuestión prejudicial manifestando sus dudas sobre la conformidad del ordenamiento administrativo italiano con el derecho social comunitario. Concretamente, pregunta por la licitud de una normativa nacional que exige a los empleadores la remisión, en el plazo de 30 días desde su celebración, de una copia de todos los contratos de trabajo a tiempo parcial que firmen. Esta obligación, acompañada de un severo régimen sancionador administrativo para los supuestos de incumplimiento, debería acomodarse a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluidos por la UNICE, el CEEP y la CES. [2]

2. Aunque la Directiva 97/81 ha sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia, es la primera vez en la que se enjuicia una discriminación que no se deduce del régimen sustantivo del contrato, sino de las cargas administrativas impuestas a los empleadores en los contratos laborales temporales. Por consiguiente, este asunto brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de definir el ámbito de protección tutelado por la Directiva 97/81 y de delimitar su relación con el principio general de no discriminación, así como con 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. [3]

II. El marco jurídico

A. *La normativa comunitaria*

3. En el año 1997 la Comunidad Europea aprobó la Directiva 97/81, para dar cober-

1 — Lengua original: español.

2 — DO 1998, L 14, p. 9.

3 — DO L 39, p. 40; EE 05/02. p. 70.

tura al Acuerdo marco alcanzado entre los interlocutores sociales de dimensión europea en materia de trabajo a tiempo parcial. La adopción de esta norma pretendía, por un lado, suprimir la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y, por otro lado, facilitar el desarrollo de esta fórmula de contratación laboral. Las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco son muy ilustrativas:

«Cláusula 4: Principio de no discriminación

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*.

3. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un periodo de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4.

Cláusula 5: Posibilidades de trabajo a tiempo parcial

1. En el contexto de la cláusula 1 del presente Acuerdo y del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo:

a) los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos;

b) los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencia y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos, deberían identificar y examinar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos.

[…]»

4. Tal como se ha expuesto, la Directiva 97/81 pretende combatir la diferencia de trato entre tipos contractuales laborales; sin embargo, su texto contempla —con carácter secundario, pero no menos relevante— una dimensión en razón de sexo. En efecto, el quinto considerando de la citada Directiva deja constancia de que «las conclusiones del Consejo Europeo de Essen destacaron la necesidad de adoptar medidas para promover el empleo y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres». Asimismo, la interdependencia de las normas sobre el trabajo a tiempo parcial con las relativas a la no discriminación por razón de sexo se recoge en la cláusula 6, apartado 4, del Acuerdo marco:

«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. Esas disposiciones en materia de igualdad a las que se refiere el Acuerdo marco son, principalmente, 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 y las trabajadoras, [4] y la Directiva 76/207, 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. [5] En este asunto reviste especial relevancia el artículo 3 de la Directiva 76/207:

«1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

4 — DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52.

5 — Las dos Directivas han sido recientemente refundidas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23). Pero los hechos de este asunto acaecieron con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2006/54, por lo que no les es aplicable.

2. Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;

b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;

c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; y que respecto a las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las oportunas revisiones.»

B. *La normativa italiana*

6. El artículo 2 del Decreto Legislativo 61/2000, de 25 de febrero, [6] obliga al empleador a remitir, en un plazo no superior a 30 días desde la celebración de un contrato a tiempo parcial, una copia a la Dirección provincial de la inspección de trabajo y seguridad social competente.

7. La infracción de ese mandato, según el artículo 8 del propio Decreto Legislativo, acarrea sanciones administrativas de 15 euros por cada uno de los trabajadores afectados y por día de retraso. No se contempla limitación cuantitativa alguna de la sanción ni ninguna causa de atenuación o de agravación en función del grado de culpabilidad del infractor.

8. En 2003, tres años después de la entrada en vigor del Decreto Legislativo 61/2000, se derogó el citado artículo 2. [7] No obstante, por regir en Italia en este ámbito el principio *tempus regit actum,* no cabe la aplicación retroactiva *pro bono* de las disposiciones abrogatorias de infracciones y sanciones administrativas.

6 — Gazzetta Ufficiale del 20 marzo de 2000, nº 66.

7 — Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de septiembre (Gazzetta Ufficiale del 9 de octubre de 2003, nº 235).

III. Los hechos

9. En el auto de remisión del Landesgericht Bozen se relata que la Sra. Ruth Volgger, el Sr. Othmar Michaeler y la sociedad Subito infringieron el artículo 2 del Decreto Legislativo 61/2000. A pesar de la escueta descripción de los hechos, del auto se desprende que el Sr. Michaeler y la sociedad Subito fueron sancionados por el Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (inspección de trabajo y seguridad social de la provincia autónoma de Bolzano) con una multa de 216.750 euros. En el recurso contra la decisión sancionadora se ha planteado la cuestión prejudicial del asunto C-55/07. En fechas coetáneas, los Sres. Volgger y Michaeler, así como la sociedad Subito, recibieron una sanción por un importe de 16.800 euros, que recurrieron ante el Landesgericht Bozen, originándose el reenvío del asunto C-56/07.

10. El auto de reenvío no aporta más elementos fácticos, pero, tal como se expone después, la duda suscitada requiere un análisis fundamentalmente abstracto de las normas aplicables. No hay, por tanto, ningún inconveniente para que el Tribunal de Justicia resuelva este proceso prejudicial.

IV. La cuestión prejudicial y el trámite ante el Tribunal de Justicia

11. Con pleno conocimiento del marco normativo comunitario y nacional, el Landesgericht Bozen dirige al Tribunal de Justicia la siguiente pregunta:

«¿Son compatibles con el derecho comunitario y con la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, las disposiciones de derecho interno (artículos 2 y 8 del Decreto Legislativo nº 61/2000) que imponen al empleador el deber de remitir a la Dirección provincial de la inspección de trabajo y seguridad social competente una copia de los contratos a tiempo parcial, en el plazo de 30 días contados desde su celebración, previendo, en caso de incumplimiento, una multa de 15 euros por trabajador afectado y día de retraso, sin fijar un límite máximo para esta sanción administrativa (sanción pecuniaria)?»

12. El presidente del Tribunal de Justicia, en auto de 18 de abril de 2007, acumuló los dos asuntos, en atención a su conexión objetiva.

13. Durante la fase escrita han depositado observaciones el Gobierno italiano y la Comisión. Al no haberse instado la celebración de una vista, tras la reunión general de 27 de

noviembre de 2007 el asunto quedó listo para la preparación de estas conclusiones.

V. Análisis jurídico

A. *Una consideración preliminar: la relación entre los principios generales del derecho y las Directivas 97/81 y 76/207*

14. Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene precisar el marco jurídico relevante. Tal como refleja el auto de remisión, el Landesgericht Bozen recela de que las medidas italianas ahora controvertidas sean compatibles con la Directiva 97/81 y «con el derecho comunitario». Este inciso final, así como la motivación de la resolución, inducen a pensar que el órgano remitente alberga dudas respecto de la adecuación del ordenamiento italiano con *otras* normas europeas.

15. La aludida mención al «derecho comunitario» se refiere, en mi opinión, al principio de no discriminación por razón de sexo. Tal como apunta el Tribunal italiano, el trato desigual entre los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo puede engendrar una discriminación indirecta, ya que las mujeres representan un colectivo especialmente vinculado a este tipo de contratación temporal.

16. La ambigüedad con la que se describe el marco normativo aplicable invita a matizar el papel del principio de no discriminación por razón de sexo en las Directivas en materia de igualdad. Con el ánimo de esbozar una respuesta útil, conviene detenerse brevemente en algunos aspectos generales del sistema de fuentes del derecho comunitario.

17. La incidencia de los principios generales del derecho en las directivas comunitarias no siempre ha sido fácil. La irrupción de unas normas abiertas e indeterminadas como los principios, unida al carácter teleológico de la directiva, puede confundir a los operadores jurídicos en el momento de emplear criterios claros con los que solventar un litigio. Esta imbricada y compleja influencia entre ambas fuentes normativas requiere una labor de depuración.

18. Los principios generales del derecho desempeñan una función heterogénea en el ordenamiento de la Unión Europea: por un lado, son normas jurídicas asimilables a las del derecho originario con autonomía propia, que determinan la validez de un acto de derecho derivado o la aplica-

bilidad de una norma nacional;[8] por otro lado, complementan la interpretación de otra norma, sea de derecho originario o secundario, incluso de derecho nacional, sin adquirir plena independencia, pero condicionando de forma vigorosa el entendimiento de un caso concreto.[9]

19. Esta función de los principios se simplifica cuando se positivizan en el derecho escrito, tal como ha sucedido con el de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 CE), adquiriendo un talante democrático del que carecen cuando los crea la jurisprudencia. Unos y otros, sin embargo, sirven como parámetro de conformidad con otras normas y como referente de interpretación.

20. Esta aséptica dualidad se enturbia algo con las directivas. La sentencia Mangold[10] estimó que un principio general del derecho podría ser aplicable cuando una directiva, como consecuencia de su contenido, su ineficacia en las relaciones horizontales y la concurrencia de un período abierto para la transposición, no admitía su invocación en un litigio. La normativa en discusión en el asunto Mangold era la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.[11] No obstante, la dificultad para aplicarla la solventó reconociendo la autonomía del principio general de no discriminación por razón de la edad.[12] Lo que el legislador comunitario no había tutelado mediante una directiva, el Tribunal de Justicia lo resolvió a través de un principio general del derecho.

21. El abogado general Mazák, en sus conclusiones del asunto Palacios de la Villa,[13] critica severamente a la jurisprudencia Mangold, por entenderla nociva para

8 — Aunque el juez nacional tiene la obligación de inaplicar las normas nacionales contrarias al derecho comunitario (sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 a 24), en ocasiones debe proceder a su depuración (sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, 167/73, Rec. p. 359, apartado 35). Tal es el caso de la incompatibilidad entre normas comunitarias y disposiciones administrativas nacionales, cuyo enjuiciamiento y ulterior anulación pueden acometer los tribunales de varios Estados miembros. Esta realidad confirma que entre el ordenamiento comunitario y el nacional no hay una aséptica relación de «primacía» (basada en la aplicabilidad) como contraposición a una de «supremacía» (fundamentada en la validez), pues en algunos supuestos, esta distinción se desvirtúa. Ferreres Comella, V., «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea», en Closa Montero, C. (ed.), *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 92.

9 — En este sentido, Alonso García, R., *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994, pp. 238 a 244. También Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: towards a jus commune europaeum?*, Lund University, Lund, 2005, pp. 16 a 27, clasifica los principios en complementarios (o subsidiarios), reguladores y operativos. Los primeros cubren lagunas del derecho comunitario, los segundos tienen mayor vocación normativa (libertades, subsidiariedad o lealtad institucional) y los terceros sirven primordialmente como parámetro de enjuiciamiento de actos individuales (proporcionalidad, igualdad, seguridad jurídica…).

10 — Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04, Rec. p. I-9981).

11 — DO L 303, p. 16.

12 — Sentencia Mangold, citada en la nota 10, apartado 75.

13 — Conclusiones de 15 de febrero de 2007, Palacios de la Villa (sentencia de 16 de octubre de 2007, C-411/05, Rec. p. I-8531).

el ordenamiento jurídico en su conjunto. [14] Comparto la opinión del abogado general, pues la aplicabilidad subsidiaria de los principios no sólo genera inseguridad jurídica, sino que también desvirtúa la naturaleza del sistema de fuentes, convirtiendo los actos típicos comunitarios en normas decorativas, fácilmente reemplazables mediante los principios generales. [15]

22. Creo que el Tribunal de Justicia debe ser muy cauteloso al manejar simultáneamente las directivas y los principios generales del derecho. Tanto es así, que su coexistencia sería más productiva para los juristas si se sostuviera que las directivas, una vez introducidas en el ordenamiento, reciben el complemento interpretativo de los principios, pero no conviven unas y otros en términos de igualdad, puesto que, si una vez adoptada una directiva, los principios regularan aspectos que entran en el ámbito de esa norma, se desvirtuaría seriamente su función y su naturaleza. Parece más apropiado que los principios generales del derecho, al ser aducidos en un asunto en el que se alegan directivas, actúen como parámetros de interpretación. De esta manera, la relación entre los principios y las directivas ofrecería una dimensión más garantista para la seguridad jurídica y más respetuosa con el equilibrio institucional que late detrás de un sistema de fuentes como el comunitario. [16]

23. En esta tesitura, la pregunta del Landesgericht Bozen exige apreciar si las cuestiones planteadas se podrían resolver con instrumentos legislativos comunitarios, en cuyo caso los principios generales servirían exclusivamente como herramientas de interpretación de las directivas; pero, si no hubiera directivas aplicables, los principios generales del derecho comunitario entrarían en juego como elementos normativos autónomos.

14 — Las conclusiones del abogado general Mazák en el asunto Palacios de la Villa se revelan muy ilustrativas tanto por su fundamento como por la claridad con la que expresan su desacuerdo con la doctrina Mangold. Quizás el extracto más gráfico aparece en sus observaciones finales, cuando afirma que, «[…] por regla general, una directiva, en tanto que acto de derecho comunitario secundario, debe ser interpretada a la luz de los principios generales que le son subyacentes y valorada conforme a estos mismos principios. Por lo tanto, los principios generales del derecho —que el Tribunal de Justicia, sobre la base del artículo 220 CE, integra en el derecho comunitario primario— se concretan y llevan a efecto a través de normativa comunitaria específica. […]Pero podrían derivarse problemas al invertir prácticamente este concepto, reconociendo a un principio general del derecho comunitario […] explícito en una norma comunitaria específica un grado de autonomía tal que le otorgue su operatividad en sustitución o con independencia de dicha norma.Esta postura no sólo plantearía serias dudas en relación con la seguridad jurídica, sino que también significaría cuestionar la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y, en general, la atribución de poderes que consagra el Tratado. […]» (puntos 136 a 138).

15 — En su número 1, vol. 43, 2006, los editores de la revista *Common Market Law Review* dedican un acertado comentario, en tono crítico, a la sentencia Mangold, destacando el enésimo nivel de complejidad que añade al marco jurídico comunitario, en especial, pp. 7 y 8.

16 — Un aspecto distinto surge cuando la directiva exige a los Estados su transposición a la luz de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia, siguiendo al abogado general Mischo en la sentencia de 10 de julio de 2003, Booker Aquaculture e Hydro Seafood (C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411), declaró que los derechos fundamentales, en cuanto principios generales del derecho comunitario, deben ser respetados por los Estados al incorporar una directiva a su ordenamiento jurídico. Es cierto que los derechos fundamentales de la Unión no sólo sirven para la interpretación, sino también para controlar la actuación del poder público estatal. Esta función se basa en el carácter materialmente constitucional de los derechos fundamentales, pues, además de conferir espacios de libertad al individuo, también legitiman la actuación de la Unión.

24. En mi opinión, las dudas del Tribunal italiano se regirían por dos Directivas: la Directiva 97/81, expresamente invocada por el órgano jurisdiccional, que regula el trabajo a tiempo parcial, y la Directiva 76/207, relativa al 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. Aunque el órgano remitente mencione el artículo 137 CE, sus cuestiones atañen a la Directiva 76/207 recién mencionada.

25. Por consiguiente, en el presente asunto cabría una interpretación de las Directivas conforme a los principios generales, evitando la aplicación de los principios generales como normas autónomas, lo que supondría ampliar, por la puerta de atrás y al margen de los procedimientos democráticos de decisión, la esfera de influencia de las Directivas.

26. Conviene, por último, profundizar en la relación entre las Directivas 97/81 y 76/207.

27. En el asunto Steinicke, el abogado general Tizzano no atisba ningún inconveniente para aplicar las dos Directivas a un régimen de trabajo a tiempo parcial con vistas a la jubilación, al que sólo podían acceder los empleados que hubieran trabajado a jornada completa tres años en total, como mínimo, en los cinco últimos años. [17] El Tribunal de Justicia, en cambio, estimó que el régimen controvertido afectaba a las condiciones de trabajo, excluyendo así la Directiva 97/81 y evitando abordar la cuestión ahora debatida. [18]

28. Un año después, surgió nuevamente la convivencia entre esas Directivas en el asunto Wippel, en el que, por fin, se admitió su aplicación simultánea en un caso concreto. [19] Me parece oportuno reflejar aquí las conclusiones de la abogada general Kokott en ese asunto. [20] En su opinión, que comparto plenamente, ambas Directivas persiguen objetivos diferentes. A falta de una identidad material, no cabe acudir a un criterio de generalidad y especialidad entre las normas. [21]

29. Precisada la aplicación de las Directivas, tanto en su relación con los principios, como entre una y otra, procede examinar el fondo

17 — Conclusiones del abogado general Tizzano, leídas el 3 de abril de 2003, Steinicke (sentencia de 11 de septiembre de 2003, C-77/02, Rec. p. I-9027).

18 — Sentencia Steinicke, citada en la nota 17, apartado 52.

19 — Sentencia de 12 de octubre de 2004 (C-313/02, Rec. p. I-9483).

20 — Conclusiones de la abogada general Kokott de 18 de mayo de 2004, en el asunto en el que recayó la sentencia Wippel, citada en la nota 19, puntos 64 a 67.

21 — Tal como indica la abogada general en el punto 67 de sus conclusiones en el citado asunto Wippel, «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, 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».

de la pregunta del Landesgericht Bozen, estudiando primero la conformidad de las medidas italianas litigiosas con la Directiva 97/81, para más tarde confrontarlas con la Directiva 76/207.

entre los contratos de trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo. Esa finalidad se plasmó en la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco anejo a la Directiva, donde se asume el propósito de «garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial». [22]

B. *Las cargas administrativas del Decreto Legislativo 61/2000 a la vista de la Directiva 97/81*

32. El tratamiento igualitario que exige la Directiva se dirige, principalmente, a las condiciones sustantivas de la relación laboral. Se pretende abolir todo desequilibrio, en detrimento de la relación a tiempo parcial, entre esas variedades de contratación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito ha confirmado este planteamiento. [23]

1. Objeto de la cuestión

30. El Landesgericht Bozen solicita una interpretación de la Directiva 97/81 para colegir la compatibilidad con ese texto comunitario de dos disposiciones del Decreto Legislativo 61/2000 (los artículos 2 y 8), por las que se obliga a los empleadores a remitir, en el transcurso de 30 días a partir de la celebración de un contrato de trabajo a tiempo parcial, una copia a la Administración laboral competente, bajo un severo régimen sancionador administrativo, que impone una multa de 15 euros por cada uno de los trabajadores afectados y cada día de retraso, sin limitación de cuantía alguna.

33. Sin embargo, el asunto ahora debatido no afecta al contenido del contrato de trabajo, pues la normativa italiana introduce medidas burocráticas en los deberes administrativos de los empleadores. Se desenvuelve, por tanto, en una relación vertical entre el poder público (la Administración laboral) y un particular (el empleador).

34. A pesar de que en el contexto de este proceso no se atenta contra el tipo de

31. La Directiva 97/81, para fomentar el empleo, eliminó cualquier discriminación

22 — La Directiva se estudia en las obras de Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 266 y 267 y Barnard, C., *EC Employment Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 429 a 432.

23 — Sentencia Wippel, citada en la nota 19. Examino algunos aspectos del trabajo a tiempo parcial en mis conclusiones de 10 de julio de 2007, Voß (sentencia de 6 de diciembre de 2007, C-300/06, Rec. p. I-10573), puntos 28 a 31.

discriminación más perseguido en la Directiva 97/81, persiste el interés en enjuiciar las medidas adoptadas en Italia. La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco compromete a los Estados miembros a identificar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que limiten las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, a eliminarlos. Parece evidente, pues, que las restricciones burocráticas impuestas sobre la contratación a tiempo parcial son susceptibles de conculcar la Directiva 97/81.

35. Por consiguiente, mi respuesta se focaliza en la compatibilidad del Decreto Legislativo 61/2000 con la citada cláusula 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 97/81. Conviene abordar primero la licitud de la obligación de notificación y, a continuación, la del régimen sancionador. Ambos aspectos infringen el principio de no discriminación entre contratos laborales proclamado en la Directiva 97/81. Por motivos de claridad conceptual y expositiva, han de mostrarse aisladamente las debilidades de estos regímenes.

2. La obligación de notificación administrativa

36. El Landesgericht Bozen se plantea si la obligación de notificar todos los contratos de trabajo a tiempo parcial a la Administración laboral constituye una violación del derecho comunitario. Hay que esclarecer, por consiguiente, si el trato diferenciado tiene una justificación objetiva y razonable.

37. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica jurisdiccional de varios Estados miembros han reconocido al principio de proporcionalidad un lugar destacado en la ponderación del principio comunitario de no discriminación. También lo ha admitido así la doctrina. [24] El triple *test* de proporcionalidad ofrece, pues, un instrumento pertinente para decidir el dilema, siempre que la discriminación sea adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. [25] Con esa triple evaluación, que se realiza por etapas y no de forma acumulativa, el juicio de igualdad se torna más transparente y genera una mayor seguridad jurídica.

38. La verificación del principio de proporcionalidad confirma, asimismo, las ideas

24 — Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 695 a 700. Asimismo, véase Ellis, E., «The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law», en Ellis, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe,* Hart Publishers, Oxford, 1999, pp. 170-171.

25 — Esta triple evaluación la lleva a cabo el Tribunal de Justicia con cierta regularidad. Sobre estos tres escalones de la proporcionalidad en el derecho comunitario, Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006; de Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law, vol. 13, 1993; Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law,* Kluwer, 1996 y Ellis, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Law of Europe, op. cit.* Sobre la construcción teórica del principio de proporcionalidad, en una perspectiva metodológica y resaltando la vertiente constitucional del principio, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

avanzadas en los puntos 17 a 22 de estas conclusiones. Cuando hay una directiva que armoniza un sector específico, los principios generales desempeñan una función interpretativa. En este asunto, el principio de proporcionalidad ayuda a desvelar el significado de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco recogido en la Directiva 97/81.

39. La jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos de regímenes nacionales que obstaculizan la consecución de objetivos comunitarios. [26] El ámbito más fructífero se sitúa en las libertades de circulación. En este sector, el Tribunal de Justicia depura con especial severidad las medidas directamente discriminatorias, pues entrañan una desigualdad abierta, cuya justificación incumbe a los Estados miembros. Sin embargo, cuando las medidas son indirectamente discriminatorias, el canon de control es siempre más medido y cauteloso, dadas las dificultades que este tipo de enjuiciamiento pone al juzgador. [27]

40. Estimo que, para la resolución de esta cuestión prejudicial, la jurisprudencia en materia de libre circulación se erige en punto de referencia. A pesar de las evidentes diferencias entre el régimen de libertades y un sector armonizado como el laboral, las técnicas de control empleadas por el Tribunal de Justicia son de utilidad al elaborar unas pautas para la interpretación de la Directiva 97/81.

41. La libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento han facilitado al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de algunos trámites administrativos nacionales dirigidos únicamente a los profesionales que ejercían la libre circulación. La sentencia Vander Elst [28] declaró que «una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional [...] a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios». [29] Este fallo, reiterado en numerosas resoluciones y rubricado como un control de proporcionalidad, se funda en la adecuación y en la necesidad de las medidas administrativas. En primer lugar, el Tribunal de Justicia aprecia si hay una relación lógica entre la obligación nacional y la finalidad que persigue. [30] En segundo lugar, se valora si hay alternativas menos restrictivas para

26 — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, capítulo 5.

27 — El principio de proporcionalidad exige la previa determinación de un nivel de protección, un estándar de tutela que el juzgador debe hacer suyo en función del contexto fáctico, institucional y normativo del caso concreto. Así sucede en todos los ordenamientos de los Estados miembros que han asumido el principio. Según Craig, P., *op. cit.*, p. 657, «In any system of administrative law the courts will have to decide not only which tests to apply to determine the legality of administrative action, but also the rigour or intensity with which to apply them. In some legal systems this is worked out to a high degree, but the issue is pertinent for all systems. The relative intensity of judicial review is just as much a live question in relation to proportionality in the EU».

28 — Sentencia de 9 de agosto de 1994 (C-43/93, Rec. p. I-3803).

29 — Sentencia Vander Elst, citada en la nota 28, apartado 15.

30 — Sentencia Vander Elst, citada en la nota 28, apartados 18 a 22.

que el Estado alcance los mismos objetivos con medios menos onerosos. [31] Esta segunda fase del control culmina con frecuencia descubriendo la infracción del derecho comunitario.

42. La sentencia Vander Elst confirmó la incompatibilidad con la libre prestación de servicios de una obligación que exigía a las empresas domiciliadas en otro Estado miembro la obtención, para sus trabajadores, de un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración, bajo pena de una multa administrativa. Pocos años después, la sentencia Comisión/Bélgica [32] fue aún más lejos, extendiendo ese razonamiento a medidas nacionales indistintamente aplicables, en concreto a la obligación que recaía sobre las empresas de vigilancia de conseguir una autorización administrativa. [33]

43. Para precisar si una carga burocrática está justificada, particularmente al realizar el *test* de necesidad, el Tribunal de Justicia ha utilizado un razonamiento coherente en su jurisprudencia. La sentencia Schnitzer, [34] donde se enjuiciaba la obligación de inscripción en un registro de oficios de las empresas establecidas en los Estados miembros que prestaran servicios en Alemania, resulta muy ilustrativa. La República Federal de Alemania fundaba esta obligación en la necesidad de garantizar la calidad de los trabajos de artesanía, pero el Tribunal de Justicia estimó que tal excepción no era determinante y que había que seguir otro camino, vinculado a la *eficacia* de las disposiciones administrativas en juego. La sentencia Schnitzer añadió que «el procedimiento de autorización establecido por un Estado miembro de acogida no debe retrasar ni complicar el ejercicio del derecho que tiene una persona establecida en otro Estado miembro a prestar sus servicios en el territorio del primer Estado, una vez que se hayan examinado los requisitos de acceso a las actividades de que se trate y que se haya acreditado su cumplimiento». [35]

44. De todo lo anterior se deduce que el Tribunal de Justicia presta una especial atención a la eficacia de las cargas burocráticas nacionales que supongan, *a priori,* discriminaciones vedadas por el derecho comunitario. Las defensas vinculadas a elementos tan relevantes como la seguridad o la protección de los consumidores no parecen convincentes, cuando está en entredicho alguno de los fines comunitarios. Aunque el argumento jurisprudencial expuesto se ha desarrollado en el ámbito de las libertades, opino que su estructura teórica es extrapolable al caso de autos.

31 — Sentencia Vander Elst, citada en la nota 28, apartados 23 a 26.

32 — Sentencia de 9 de marzo de 2000 (C-355/98, Rec. p. I-1221).

33 — Sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 32, apartados 35 a 40.

34 — Sentencia de 11 de diciembre de 2003 (C-215/01, Rec. p. I-14847).

35 — Sentencia Schnitzer, citada en la nota 34, apartado 36.

45. En sus observaciones escritas, el Gobierno italiano atribuye a las medidas controvertidas un importante papel en la lucha contra el fraude y los mercados negros de trabajo; a su entender, la canalización informativa de todos los contratos a tiempo parcial representa una fuente de datos para diseñar y ejecutar políticas públicas. Por el contrario, la Comisión estima que esas cargas implican un obstáculo incompatible con la Directiva 97/81 y con su propósito de fomentar una fórmula contractual que, en el presente asunto, se dificulta sin base alguna.

46. El rigor del Tribunal de Justicia con las actuaciones nacionales discriminatorias, expresamente prohibidas por el derecho comunitario, deja adivinar que el argumento esgrimido por el Gobierno italiano no tiene visos de prosperar. No hay duda de que las medidas encausadas son adecuadas a los objetivos perseguidos, pero el *test* de necesidad, al apreciar si hay otros remedios menos onerosos, demuestra que la legislación italiana no satisface la Directiva. La obligación de remitir una copia de todos los contratos a tiempo parcial es cómodamente reemplazable por otras vías igualmente eficaces, pero menos costosas para los empresarios, a quienes se les impone una carga que, en principio, ya desempeña la Administración en sus labores de vigilancia, inspección y policía.

47. La creación de deberes administrativos para reducir o dulcificar las responsabilidades de la Administración pública no siempre refleja una buena gestión gubernativa. Los trámites redundantes, la movilización de recursos privados para acometer tareas de incierta utilidad, o el celo controlador de la Administración, son síntomas que se muestran aún más discutibles si se erigen de forma discriminatoria, únicamente respecto de un colectivo concreto. No me resisto a evocar al funcionario Ramón Villamil, héroe trágico de *Miau,* novela en la que Benito Pérez Galdós evoca a quienes combaten contra las fuerzas de la burocracia, sin éxito ni recompensa, engullidos por un sistema de gestión que se autoalimenta con trámites innecesarios. [36]

48. La relevancia que la Directiva 97/81 atribuye a la contratación a tiempo parcial, así como la prohibición de discriminación que el propio texto contiene, no avalan la obligación de notificación debatida. Al haber otras providencias menos onerosas para que el Gobierno italiano alcance los mismos logros, el deber del artículo 2 del Decreto Legislativo 61/2000 es desproporcionado y, por tanto, contrario a la cláusula 5, apartado

36 — En una conversación entre Villamil, personaje partidario de la simplificación administrativa, y Buenaventura Pantoja, arquetipo satírico del funcionario decimonónico, Benito Pérez Galdós relata con maestría y sentido del humor que «lo que sacaba de quicio a Pantoja era que su amigo [Villamil] preconizara el *income tax,* haciendo tabla rasa de la [contribución] Territorial, la Industrial y [la de] Consumos. El impuesto sobre la renta, basado en la declaración, teniendo por auxiliares el amor propio y la buena fe, era un disparate en un país donde casi es preciso poner al contribuyente delante de una horca para que pague. La simplificación, en general, era contraria al espíritu del probo funcionario, que gustaba de mucho personal, mucho lío y muchísimo mete y saca de papeles. Y por último, algo había de recelo personal en Pantoja, pues aquella manía de suprimir las contribuciones era como si quisiesen suprimirle a él». Pérez Galdós, B., *Miau,* col. Austral, nº 470, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 193.

1, letra a), del Acuerdo marco recogido en la Directiva 97/81.

49. Este desenlace se consolida aún más, al ponderar las consecuencias sancionadoras que conlleva la infracción de la obligación litigiosa.

3. El régimen sancionador administrativo

50. El Tribunal de Justicia ha reiterado que las medidas administrativas o sancionadoras, adoptadas por los Estados miembros para implementar el derecho comunitario, no han de sobrepasar lo estrictamente imprescindible para obtener los objetivos perseguidos. En este sentido, la sanción no ha de ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción que suponga una obstrucción a las libertades reconocidas por el Tratado. [37] También ha confirmado que, cuando una medida administrativa nacional es declarada incompatible con el derecho comunitario, la sanción prevista para garantizar su respeto deviene igualmente opuesta al derecho de la Unión. [38]

37 — Sentencias de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia (C-210/91, Rec. p. I-6735), apartado 19; de 26 de octubre de 1995, Siesse (C-36/94, Rec. p. I-3573), apartado 211; y de 7 de diciembre de 2000, De Andrade (C-213/99, Rec. p. I-11083), apartado 20.

38 — Sentencias de 14 de julio de 1977, Sagulo y otros (8/77, Rec. p. 1495), apartado 12; de 3 de julio de 1980, Pieck (157/79, Rec. p. 2171), apartado 19; y de 12 de diciembre de 1989, Messner (C-265/88, Rec. p. 4209), apartado 14.

51. Si el Tribunal de Justicia estimara que la obligación de notificación de los contratos a tiempo parcial vulnera la Directiva 97/81, no procedería profundizar en la exégesis de la norma sancionadora. Ya se ha avanzado que la declaración de ilegalidad de la medida administrativa se transmitiría a la disposición sancionadora. Sin embargo, por si el Tribunal de Justicia no comparte mi tesis sobre la obligación de notificación, prosigo examinando a continuación la legalidad del régimen sancionador del artículo 8 del Decreto Legislativo 61/2000.

52. Los Estados miembros gozan de una amplia discrecionalidad para implementar mecanismos de salvaguarda del derecho comunitario. Tanto en los sectores armonizados, como en los caracterizados por la concurrencia de una voluntad de integración negativa, las disposiciones dirigidas a combatir los desfallecimientos, especialmente los de naturaleza punitiva, son diseñadas y ejecutadas por los Estados miembros a su libre albedrío. Esta regla, no obstante, está condicionada por la obligación, antes mencionada, que tienen los Estados de acatar los principios comunitarios de efectividad, equivalencia y proporcionalidad.

53. Un sistema sancionador, sea penal o administrativo, encaminado a asegurar la ejecución del derecho comunitario, debe reunir diversas garantías que afectan al

procedimiento y *al fondo*. [39] Las procedimentales se tutelan a través de los principios de efectividad y equivalencia; [40] las de fondo por el principio de proporcionalidad.

54. El asunto de autos no levanta sospechas en cuanto al procedimiento seguido ante la Administración y los tribunales italianos, pero sí respecto del contenido material de las normas controvertidas. Por tanto, procede acometer un control de proporcionalidad.

55. Ya he expuesto que el Decreto Legislativo 61/2000 castiga al empleador con una multa de 15 euros por cada uno de los trabajadores afectados y cada día de retraso en la notificación de la celebración del contrato. Además no hay límite máximo alguno a la cuantía de la sanción, pues, al ser una infracción continuada, el hecho antijurídico puede prolongarse en el tiempo, incrementando el importe de la sanción indefinidamente.

56. Un sistema de tal naturaleza engendra serios inconvenientes para la culpabilidad. Aunque los ordenamientos sancionadores administrativos no son miméticos en intensidad al del derecho penal, en los dos órdenes se aplican los mismos principios generales. En mis conclusiones de 26 de mayo de 2005, en el asunto Comisión/Consejo, defiendo que esta identidad entre la punición penal y administrativa se percibe también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [41] Varía la intensidad con la que se aplican estos principios, pero es evidente que máximas como la presunción de inocencia, el *ne bis in idem,* la legalidad o la culpabilidad son estructuras normativas predicables tanto del derecho penal como del derecho sancionador que manejan las Administraciones. [42]

57. Con esta premisa, estimo que la regulación sancionadora del Decreto 61/2000 produce destellos de ilicitud a la luz del principio de culpabilidad, a cuyo tenor la sanción ha de responder a la intencionalidad del infractor. Para garantizar esta exigencia, los ordenamientos jurídicos introducen criterios correctores que cristalizan en causas de atenuación o agravación. En la misma línea, las conductas típicas se clasifican en dolosas o imprudentes. Se gradúa así la sanción en atención a la intencionalidad del sujeto, materializando la responsabilidad del infractor. En la jurisprudencia, esta opera-

39 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2ª ed., Londres, 2006, p. 83, apartado 3-001.

40 — Principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartado 13.

41 — Así lo expreso en el punto 47 de mis conclusiones en el asunto Comisión/Consejo (sentencia de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, Rec. p. I-7879): «según la magnitud de la respuesta, se distingue entre sanciones penales —las de mayor grado— y administrativas. Unas y otras constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado y obedecen a los mismos principios ontológicos; sin embargo, el menor rigor de las segundas relaja las garantías que deben rodear su imposición, sin perjuicio de que, como anuncié en las conclusiones del caso Comisión/Grecia, en ambos supuestos se han de observar principios similares».

42 — Sobre la evolución jurisprudencial de estos principios en el derecho comunitario, Alonso García, R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 297 a 301.

ción aparece como una vertiente del principio de proporcionalidad. [43]

58. La sentencia Louloudakis [44] confirmó la incompatibilidad con el derecho comunitario de una sanción nacional infligida de forma automática, atendiendo a un solo parámetro como referencia, la cilindrada de un vehículo, sin tomar en consideración la antigüedad ni otros aspectos o reglas que había obedecido el propietario. [45] Aunque el Tribunal de Justicia dejó en manos del juez nacional la evaluación final de la medida, las observaciones formuladas atinentes a la culpabilidad cobran todo su sentido.

59. Entiendo que unas sanciones introducidas *ad infinitum* en función del tiempo y del número de trabajadores afectados, sin admitir criterios correctores que modulen la punición según la culpabilidad del infractor, conculcan el principio comunitario de proporcionalidad. A la carga administrativa que supone el envío de una copia de cada uno de los contratos temporales celebrados, se añade un suplemento punitivo que, una vez interiorizado por los empresarios, coopera a desincentivar esta modalidad contractual laboral. La posibilidad de ser sancionado ilimitadamente por el mero transcurso del tiempo contribuye a que el empleador opte por otras modalidades contractuales. El incentivo hacia otros contratos es aún más poderoso cuando la relación laboral a tiempo completo no cuenta con un régimen sancionador semejante.

60. Sobre este extremo, no obstante, sugiero al Tribunal de Justicia que confíe la decisión al Landesgericht Bozen. El automatismo de la sanción estudiada se ha de considerar en el contexto del sistema sancionador administrativo italiano en su conjunto. Sólo si se confirmara la ausencia de circunstancias correctoras de la culpabilidad del infractor, habría violación del derecho comunitario. A la hora de practicar un análisis sistémico de un sector específico del ordenamiento italiano, el órgano jurisdiccional remitente se halla en una posición más adecuada que el Tribunal de Justicia. La alternativa que planteo trasladar al Landesgericht Bozen es sencilla: si, en el ordenamiento nacional, las sanciones previstas en el Decreto Legislativo 61/2000 no admitieran graduación alguna, habría una infracción del principio comunitario de proporcionalidad.

43 — La articulación de la culpabilidad bajo la forma del principio de proporcionalidad opera igualmente en los ordenamientos nacionales. En Francia, por ejemplo, el Consejo de Estado viene aplicando el principio a la hora de controlar la graduación de las sanciones administrativas desde la sentencia Lebon (Section 9 juin, 1978 p. 245). El legislador español ha confirmado esta práctica en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde las causas de modulación de la responsabilidad sancionadora aparecen bajo la rúbrica del "principio de proporcionalidad". Sobre la evolución del criterio de culpabilidad, Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 417 y 418.

44 — Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-262/99, Rec. p. I-5547).

45 — Sentencia Louloudakis, citada en la nota 44, apartado 69: «[…] si bien determinados imperativos de sanción y prevención admiten que una legislación nacional establezca sanciones de cierto rigor, no puede excluirse que sanciones fijadas conforme a normas como las relevantes en el litigio principal devengan desproporcionadas y supongan de este modo un obstáculo para tal libertad, en tanto en cuanto incluyan multas impuestas a tanto alzado exclusivamente en función del criterio de la cilindrada del vehículo, sin atender a la antigüedad de éste, y el pago de derechos por un importe que podría llegar hasta el décuplo de los impuestos de que se trata. Efectivamente, una sanción basada exclusivamente en el criterio de la cilindrada sería desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción, en particular cuando vaya unida a otra sanción elevada, acordada como consecuencia de la misma infracción. Lo mismo cabe afirmar de una sanción que pueda alcanzar un múltiplo de los impuestos de que se trata, por ejemplo el décuplo de éstos.» No ha de olvidarse que han sido escasos los supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha admitido alguna forma de responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador. En estos casos, la jurisprudencia ha exigido que el ordenamiento nacional cumpla con los principios de efectividad, equivalencia y proporcionalidad. También las sentencias de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia (68/88, Rec. p. 2965), apartado 24; de 10 de julio de 1990, Hansen (C-326/88, Rec. p. I-2911), apartado 17; y de 27 de febrero de 1997, Ebony Maritime y Loten Navigation (C-177/95, Rec. p. I-1111), apartado 35.

C. *Las obligaciones administrativas del Decreto Legislativo 61/2000 a la luz de la Directiva 76/207*

61. Por último, hay que averiguar si se ha conculcado la Directiva 76/207. Ya he avanzado que entre esta Directiva y la 97/81 no se da una relación de especialidad, lo que faculta una glosa conjunta de los dos cuerpos normativos. Una vez constatada la incompatibilidad de las medidas en liza con la Directiva 97/81, se antoja superfluo adentrarse en las dificultades del Decreto Legislativo 61/2000 en su relación con la discriminación por razón de sexo. Sin embargo, considero que una propuesta sobre este extremo ayudará al Tribunal nacional a tomar la decisión correcta.

62. Aunque el Gobierno italiano no menciona en sus observaciones los problemas que genera en el ordenamiento nacional la Directiva 76/207, la Comisión sí se ha pronunciado al respecto, indicando que quedan sus normas al margen del presente litigio.

63. No comparto el criterio de la Comisión.

64. Desde la sentencia Jenkins, [46] es evidente que en el ámbito de la política social, y más concretamente en la lucha contra las divergencias de trato por razón de sexo, el derecho comunitario combate igualmente la discriminación indirecta. El asunto concernía a una trabajadora a tiempo parcial, cuyo sueldo era sustancialmente inferior al de sus colegas masculinos. La parte demandada alegó que la discrepancia salarial no pretendía instaurar un régimen diferenciado para hombres y mujeres, sino adaptar los sueldos a las peculiaridades de los empleados a tiempo completo, por un lado, y a tiempo parcial, por otro lado. La sentencia declaró que esta distinción de trato sería compatible con el principio de no discriminación por razón de sexo, en su vertiente salarial (artículo 141 CE), siempre y cuando estuviera objetivamente justificada, [47] pero aclaró que, si el número de mujeres que desempeñaban actividades a tiempo completo era significativamente menor al de los hombres, habría una discriminación ilegítima. [48]

65. El *test* de igualdad inaugurado en la sentencia Jenkins requiere un examen fáctico que el Tribunal de Justicia no siempre puede realizar. Por este motivo, precisó que la valoración de los datos para acreditar una discriminación entre hombres y mujeres corresponde al juez nacional, atendiendo a diversos elementos, como las estadísticas elaboradas

46 — Sentencia de 31 de marzo de 1981 (96/80, Rec. p. 911).

47 — Sentencia Jenkins, reseñada en la nota 46, apartados 11 y 12. En las ya aludidas conclusiones del asunto Voß, puntos 32 a 38, explico con detalle la evolución jurisprudencial de la discriminación indirecta por razón de sexo. También Craig, P. & De Búrca, G., *EU Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 886 a 896.

48 — Sentencia Jenkins, citada en la nota 46, apartados 13 y 14.

por la Administración laboral nacional u otros equivalentes. [49]

66. La jurisprudencia Jenkins ha sido reiterada en sucesivas ocasiones, [50] aunque la mayoría en el ámbito del artículo 141 CE, cuyo mandato de igualdad en materia salarial cuenta con peculiaridades propias. En suma, las discriminaciones indirectas por razón de sexo están, en el momento actual, tan proscritas como las directas. Un ejemplo muy expresivo es el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, [51] que estructura como norma la jurisprudencia recaída en la sentencia Jenkins:

«A efectos del principio de igualdad de trato […], hay discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica de aparente neutralidad afecten a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que la disposición, el criterio o la práctica no resulten adecuados y necesarios o puedan justificarse por motivos objetivos no relacionados con el sexo». [52]

67. Puesto que el artículo 2, apartado.2, de la Directiva 97/80 se aplica a las situaciones discriminatorias prohibidas por la Directiva 76/207, la jurisprudencia Jenkins ha de regir en el presente asunto.

68. En esta tesitura, sólo queda remitirse al examen que he realizado con anterioridad respecto de las normas italianas. Tras esta valoración, invito al Tribunal de Justicia a reconocer que la creación de medidas que obstaculizan el fomento de la contratación a tiempo parcial puede constituir, asimismo, una restricción en el acceso al empleo. Por los motivos expuestos en los puntos 36 a 60 de estas conclusiones, las medidas nacionales debatidas desincentivan la contratación a tiempo parcial. Sentada esta doctrina, incumbe al Landesgericht Bozen determinar si concurren elementos de hecho que acrediten una discriminación por razón de sexo. Si el resultado de esta valoración demuestra que la medida afecta a una proporción significativamente mayor de mujeres que de hombres, se ha de apreciar una infracción de la Directiva 76/207, concretamente de su artículo 3.

49 — Sobre el empleo de criterios estadísticos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Nielsen, R., *European Labour Law*, DJØF Publishing, Copenhague, 2000, pp. 217 a 220.

50 — La jurisprudencia Jenkins fue confirmada poco tiempo después por la sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607), apartado 29. En este mismo sentido, las sentencias de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743), apartado 11; de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297), apartado 14; de 27 de junio de 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591), apartado 13; de 4 de junio de 1992, Bötel (C-360/90, Rec. p. I-3589), apartado 30; de 2 de octubre de 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289), apartado 16; y de 30 de marzo de 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189), apartado 52.

51 — DO 1998, L 14, p. 6.

52 — La Directiva 2006/54 ha matizado este concepto, definiendo la discriminación indirecta de la siguiente manera: "la situación en la que una disposición, un criterio o una práctica de aparente neutralidad colocan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que la disposición, el criterio o la práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". Del tenor de la nueva redacción se desprende que el factor cuantitativo, la afectación a un número superior de mujeres que de hombres, deja de ser un elemento determinante y concurre con otros indicios.

VI. Conclusión

69. A tenor de las explicaciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia dar respuesta a la cuestión prejudicial del Landesgericht Bozen, declarando que:

«Las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la remisión a la Administración de una copia de todos los contratos a tiempo parcial celebrados, en el plazo de 30 días contados a partir de su firma.

El artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la remisión a la Administración de una copia de todos los contratos a tiempo parcial celebrados, en el plazo de 30 días contados a partir de su firma, siempre y cuando se demuestre que la medida afecta a una proporción significativamente mayor de mujeres que de hombres. Compete al órgano jurisdiccional nacional determinar si concurren elementos de hecho que demuestren una discriminación por razón de sexo.»