



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MICHAL BOBEK  
presentadas el 23 de marzo de 2017<sup>1</sup>

## Asunto C-143/16

**Abercrombie & Fitch Italia Srl**  
**contra**  
**Antonino Bordonaro**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Política social — Principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la edad — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 6, apartado 1 — Normativa nacional que regula los contratos de trabajo discontinuo con personas menores de 25 años»

### I. Introducción

1. El contrato de trabajo discontinuo italiano, «il contratto di lavoro intermittente», es un contrato laboral flexible en virtud del cual un trabajador se pone a disposición de un empresario que puede asignarle trabajo de forma discontinua en función de sus necesidades. Por lo general, ese contrato está sujeto a condiciones objetivas relativas al carácter discontinuo de los servicios y necesidades que se especifican en convenios colectivos. Sin embargo, por otro lado, ese contrato puede ofrecerse «en cualquier caso» a trabajadores menores de 25 años o mayores de 45 años.

2. El Sr. Antonino Bordonaro trabajó para Abercrombie & Fitch Italia S.r.l. (en lo sucesivo, «Abercrombie & Fitch») en virtud de un contrato de trabajo discontinuo durante más de un año y medio. Cuando cumplió los 25 años de edad su contrato de trabajo fue resuelto al no concurrir ya el requisito de la edad.

3. En este contexto fáctico y jurídico, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo, Italia) pregunta si la disposición italiana que regula los contratos discontinuos, en la medida en que establece condiciones específicas de acceso y de despido para personas de edad inferior a 25 años, es contraria al principio de no discriminación por razón de la edad consagrado en la Directiva 2000/78/CE<sup>2</sup> y en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

<sup>1</sup> — Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> — Directiva 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 (DO 2000, L 303, p. 16; en lo sucesivo, «Directiva 2000/78» o «Directiva»).

4. El presente asunto brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de apreciar, por primera vez, a mi entender,<sup>3</sup> una medida nacional que establece condiciones específicas para trabajadores más jóvenes en lo que respecta al acceso a una categoría específica de contratos de trabajo flexible desde el punto de vista de la discriminación por razón de la edad.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

5. El considerando 25 de la Directiva 2000/78 declara que «la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación».

6. A tenor del artículo 1 de la Directiva 2000/78, ésta tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

7. Según el artículo 2 de la Directiva:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

[...]».

8. Bajo el título «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad», el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 prevé:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

3 — El auto de 16 de enero de 2008, Polier (C-361/07, no publicado, EU:C:2008:16) versaba sobre el contrato de trabajo francés denominado «nouvelles embauches». El Tribunal de Justicia consideró que esa situación no estaba comprendida en su ámbito de competencia. No obstante, las cuestiones prejudiciales que el órgano jurisdiccional remitente planteó en dicho asunto no concernían al principio de no discriminación por razón de la edad.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [retribución], para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;
- b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;
- c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.»

## B. Derecho italiano

9. Según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 34 del Decreto Legislativo del 10 settembre 2003, n.º 276 Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.º 30 (Decreto Legislativo n.º 276/2003 de ejecución de las funciones en materia de empleo y mercado de trabajo delegadas en virtud de la Ley n.º 30 de 14 de febrero de 2003; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo»),<sup>4</sup> en la versión aplicable en el momento en que el Sr. Bordonaro fue contratado, disponía lo siguiente:

- «1. Podrán celebrarse contratos de trabajo discontinuo para la prestación de servicios de naturaleza discontinua o intermitente cumpliendo los requisitos establecidos en los convenios colectivos concluidos por las asociaciones de trabajadores y de empresarios más representativas a nivel nacional o territorial en términos comparativos, de duración determinada por una semana, mes o año, en el sentido del artículo 37.
2. En cualquier caso, el contrato de trabajo discontinuo podrá tener por objeto prestaciones efectuadas por personas de edad inferior a 25 años o por trabajadores mayores de 45 años, incluidos los pensionistas.»

10. El órgano jurisdiccional remitente expone además que, en la fecha en la que el Sr. Bordonaro fue despedido, el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo establecía lo siguiente: «En cualquier caso, el contrato de trabajo discontinuo podrá celebrarse con personas de edad superior a 55 años y con personas de edad inferior a 24 años, entendiéndose que en este último caso las prestaciones contractuales deberán efectuarse antes de cumplirse los 25 años de edad».<sup>5</sup>

11. El artículo 34 del Decreto Legislativo ya no está en vigor. Sin embargo, el artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 81, de 15 de junio de 2015<sup>6</sup> (disposición actualmente en vigor), reproduce parte de su contenido.

4 — GURI n.º 235, de 9 de octubre de 2003, Suplemento Ordinario n.º 159, en su versión modificada.

5 — Modificación introducida mediante la Legge 28 giugno 2012, n.º 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (Ley de 28 de junio de 2012, n.º 92. Medidas relativas a la reforma del mercado de trabajo para fomentar el crecimiento) (GURI n.º 153, de 3 de julio de 2012, Suplemento Ordinario n.º 136).

6 — Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n.º 81. Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n.º 183) (Decreto Legislativo sobre la regulación orgánica de los contratos de trabajo y reforma de la normativa sobre deberes laborales, conforme al artículo 1, párrafo séptimo, de la Ley n.º 183, de 10 de diciembre de 2014) (GURI n.º 144, de 24 de junio de 2015, Suplemento Ordinario n.º 34).

### III. Litigio principal y cuestión prejudicial

12. El Sr. Bordonaro fue contratado por Abercrombie & Fitch en virtud de un contrato de trabajo discontinuo de duración determinada celebrado el 14 de diciembre de 2010. El 1 de enero de 2012, el contrato se transformó en un contrato discontinuo de duración indefinida. De las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia se desprende que el Sr. Bordonaro trabajó, de media, entre tres y cinco veces por semana. A partir del 26 de julio de 2012 dejó de ser incluido en el plan de trabajo. Tras indagar sobre el motivo por correo electrónico, el 30 de julio de 2012 se le notificó que había sido despedido el 26 de julio de 2012, al haber cumplido los 25 años de edad. Por consiguiente, ya no cumplía los requisitos para poder acogerse a un contrato discontinuo, tal como estaba previsto en la normativa italiana.

13. El Sr. Bordonaro presentó una demanda ante el Tribunale di Milano (Tribunal de Milán, Italia) alegando que su contrato y su despido eran ilícitos. Solicitó ser readmitido en su puesto de trabajo. Dicha demanda fue declarada inadmisibile mediante un auto anulado posteriormente en fase de apelación por la Corte d'appello di Milano (Tribunal de Apelación de Milán, Italia). El Tribunal de Apelación consideró que tanto el contrato de trabajo discontinuo celebrado con el Sr. Bordonaro en virtud de su edad como su despido, cuando cumplió los 25 años de edad, eran discriminatorios. Estimó que se había creado una relación laboral de duración indefinida. Ordenó a Abercrombie & Fitch que readmitiera al Sr. Bordonaro en su puesto y que le abonara una indemnización.

14. Abercrombie & Fitch recurrió ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo, el órgano jurisdiccional remitente). Abercrombie & Fitch sostiene, en esencia, que el Tribunal de Apelación incurrió en un error al estimar que se había vulnerado el principio de no discriminación. El presente asunto versa sobre una ley que *beneficia* a los trabajadores por razón de su edad y no al contrario. Abercrombie & Fitch aduce además que el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo es conforme con la Directiva y solicitó que se formulara una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

15. Al entender que el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo podría ser contrario al principio de no discriminación por razón de la edad, dado que se refiere específica y claramente a la edad, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«La norma nacional establecida en el artículo 34 del Decreto Legislativo [...], según la cual puede celebrarse en cualquier caso un contrato de trabajo discontinuo que tenga por objeto prestaciones efectuadas por personas de edad inferior a 25 años, ¿es contraria al principio de no discriminación por razón de edad, consagrado en la Directiva 2000/78 y en el artículo 21, apartado 1, de la Carta [...]?»

16. Han presentado observaciones escritas el Sr. Bordonaro, Abercrombie & Fitch, el Gobierno italiano y la Comisión Europea, y todos ellos formularon observaciones en la vista celebrada el 12 de enero de 2017.

#### IV. Apreciación

17. El presente asunto versa sobre una disposición nacional que permite a los empresarios celebrar «en cualquier caso» contratos de trabajo discontinuo con personas de edad inferior a 25 años o superior a 45 años.<sup>7</sup> Al mismo tiempo, ese tipo de contrato sólo puede celebrarse con personas comprendidas en el grupo de edad «intermedio» si se cumplen determinadas condiciones particulares. Además, la disposición nacional se ha interpretado en el sentido de que, con respecto a los trabajadores menores de 25 años, la relación laboral queda automáticamente extinguida cuando éstos cumplen 25 años.<sup>8</sup>

18. La cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere a dicha disposición exclusivamente en lo que respecta a su aplicación a los trabajadores menores de 25 años. Se pregunta sobre la compatibilidad de esa medida con la prohibición de discriminación por razón de la edad consagrada en dos instrumentos distintos del Derecho de la Unión —el artículo 21, apartado 1, de la Carta y la Directiva 2000/78— en un supuesto en el que existe una relación jurídica entre particulares.

19. Por consiguiente, conviene formular algunas consideraciones preliminares (A) antes de abordar el fondo de la cuestión planteada (B). Tales consideraciones preliminares guardan relación con la identificación de las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes para el análisis que ha de llevarse a cabo en el presente asunto (1) y con el alcance concreto de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente (2).

#### A. Consideraciones preliminares

##### *1. Disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión*

20. La prohibición de discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión que ha sido codificado por el artículo 21, apartado 1, de la Carta. La Directiva 2000/78 constituye una manifestación particular de este principio en los ámbitos del empleo y la ocupación.<sup>9</sup>

21. Por esa razón, cuando una situación esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, ésta constituirá el marco analítico prioritario por ser el instrumento más específico.<sup>10</sup>

22. ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva la situación controvertida en el presente asunto? Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, tanto del título como del contenido y de la finalidad de la Directiva se desprende que ésta tiene por objeto establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato «en el empleo y la ocupación», ofreciendo una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en alguno de los motivos indicados.<sup>11</sup> En particular, el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva establece que ésta se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas en relación con «las

7 — Este límite de edad fue elevado hasta los 55 años en virtud de una reforma posterior de la disposición controvertida. Véase el punto 10 de las presentes conclusiones.

8 — Pese a que el requisito de que «las prestaciones contractuales deberán efectuarse antes de los 25 años de edad» fue introducido mediante la Ley de 28 de junio de 2012 (véase el punto 10 de las presentes conclusiones), el Gobierno italiano aclaró en la vista que el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo siempre se había interpretado en el sentido de que entrañaba la resolución del contrato alcanzados los 25 años de edad.

9 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de abril de 2016, *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 22 y 23 y la jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Bowman* (C-539/15, EU:C:2016:977), apartado 19 y la jurisprudencia citada.

10 — Véanse, en tal sentido, las sentencias de 7 de junio de 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt* (C-132/11, EU:C:2012:329), apartados 22 y 23; de 11 de noviembre de 2014, *Schmitzer* (C-530/13, EU:C:2014:2359), apartados 23 y 24; de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez* (C-416/13, EU:C:2014:2371), apartado 25, y de 21 de enero de 2015, *Felber* (C-529/13, EU:C:2015:20), apartado 17.

11 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de noviembre de 2016, de *Lange* (C-548/15, EU:C:2016:850), apartado 16 y la jurisprudencia citada.

condiciones de acceso al empleo [...], incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [...], independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional». De conformidad con el artículo 3, apartado 1, letra c), también se aplica a «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».<sup>12</sup>

23. En el presente asunto se trata de la contratación y el despido. No cabe duda de que una disposición como la controvertida en el litigio principal versa sobre las «condiciones de acceso al empleo» así como sobre las «condiciones de trabajo, incluidas las de despido». Por consiguiente, está claramente comprendida en el ámbito de aplicación *material* de la Directiva.

24. En cuanto al ámbito de aplicación *personal* de la Directiva, sin perjuicio de la comprobación de los hechos definitiva que lleve a cabo el órgano jurisdiccional nacional, es indiscutible que el Sr. Bordonaro puede ser considerado un trabajador en el sentido del Derecho de la Unión. Según las aclaraciones facilitadas por el Sr. Bordonaro, éste trabajó entre tres y cinco veces por semana durante un período de más de un año y medio. Su actividad no puede considerarse meramente marginal o accesorio.<sup>13</sup> Las condiciones de empleo de una persona contratada en virtud de un contrato discontinuo no impiden que se la considere un trabajador a efectos del Derecho de la Unión.<sup>14</sup>

25. En estas circunstancias, la Directiva es aplicable a la situación controvertida en el presente asunto.

26. La circunstancia de que el análisis que se llevará a cabo en las presentes conclusiones debe tomar la Directiva como marco analítico prioritario no impide en modo alguno que el artículo 21, apartado 1, de la Carta también sea aplicable. En efecto, siempre que las disposiciones controvertidas estén comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión en virtud de la aplicación de la Directiva 2000/78, la protección garantizada por la Carta se pone en práctica de conformidad con su artículo 51, apartado 1.<sup>15</sup>

27. Pues bien, la relación entre el artículo 21, apartado 1, de la Carta y la Directiva 2000/78 no es de exclusión mutua. Es más bien de concreción y de complementariedad. Como ya se ha señalado, la Directiva constituye una manifestación específica del principio general consagrado en la Carta. Por consiguiente, el marco analítico resultante a la luz de ambas normas será similar.<sup>16</sup> Además, siempre que sea adecuado, el planteamiento con arreglo a ambas normas debe atender a la misma lógica para garantizar un enfoque coherente del control judicial del Derecho de la Unión y del Derecho nacional en lo que respecta a la no discriminación en el empleo por razón de la edad.

28. También es evidente que el principio de no discriminación, consagrado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta, sigue siendo aplicable, aunque resulte también aplicable la Directiva 2000/78. En particular, existen dos situaciones en las que el artículo 21, apartado 1, de la Carta sigue siendo pertinente en esas circunstancias. En primer lugar, las disposiciones de la Carta siguen siendo plenamente aplicables a efectos de una eventual interpretación uniforme del Derecho derivado de la Unión y del Derecho nacional comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión. En segundo lugar, las disposiciones de la Carta constituyen el criterio de validez último del Derecho derivado de la Unión.

12 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de enero de 2015, Felber (C-529/13, EU:C:2015:20), apartado 19.

13 — Véase, en tal sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartados 22 y ss. y la jurisprudencia citada.

14 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 26 de febrero de 1992, Raulin (C-357/89, EU:C:1992:87), apartado 11.

15 — Véase, en tal sentido, la sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartado 24.

16 — Para un ejemplo de ese mismo planteamiento, en una situación diferente, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Fries (C-190/16, EU:C:2017:225).

29. Además, el carácter «autónomo» del principio de igualdad de trato como principio general del Derecho o como derecho fundamental de la Carta resulta particularmente pertinente cuando, como ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia,<sup>17</sup> la posibilidad de invocar la Directiva se ve perjudicada por el hecho de que una controversia enfrente a particulares.<sup>18</sup>

## ***2. Alcance concreto de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional***

30. Ante el Tribunal de Justicia, únicamente el Sr. Bordonaro ha alegado que la disposición nacional controvertida no debería aplicarse y que el principio del Derecho de la Unión de no discriminación por razón de la edad debería aplicarse directamente.

31. Sin embargo, no es necesario abordar en el presente asunto la espinosa cuestión de la eventual aplicabilidad directa del artículo 21, apartado 1, de la Carta a una relación horizontal, básicamente por dos motivos.

32. En primer lugar, la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia versa exclusivamente sobre la compatibilidad «normativa» o «abstracta» de una disposición nacional con el Derecho de la Unión. ¿Es compatible con el Derecho de la Unión una disposición nacional que resulta generalmente aplicable a todo tipo de relaciones jurídicas? Esa apreciación es previa e independiente de los eventuales recursos posteriores disponibles en una situación concreta concerniente a una relación de Derecho privado. Es decir, el meollo de este asunto es dilucidar si una disposición nacional, analizada *in abstracto* al margen de su aplicación a relaciones verticales u horizontales, es compatible con el Derecho de la Unión. El órgano jurisdiccional remitente no ha preguntado qué consecuencias deben deducirse de la eventual no conformidad de la disposición nacional controvertida con la Directiva.

33. En segundo lugar, como han observado la Comisión y Abercrombie & Fitch en sus observaciones escritas y según quedó confirmado asimismo en la vista, la Directiva 2000/78 ha sido transpuesta al Derecho italiano.<sup>19</sup> Debe señalarse expresamente la importancia de este hecho. Ello significa que la obligación de no discriminación por razón de la edad no dimana únicamente de la Directiva o del artículo 21, apartado 1, de la Carta, sino también de las normas nacionales que transponen esas disposiciones del Derecho de la Unión en el Derecho nacional.

34. En esas circunstancias, el Derecho de la Unión puede incidir posteriormente en las relaciones horizontales principalmente mediante la interpretación que se haga de la prohibición nacional de discriminación por razón de la edad, de conformidad con las disposiciones del Derecho de la Unión originales (y posteriormente paralelas), según las interprete el Tribunal de Justicia. De ser necesario, el

17 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84), apartado 48; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292), apartado 20; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108; de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 46, y de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 36.

18 — Véanse las sentencias de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartados 50 y 51, y de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 35 a 37.

19 — De la documentación a disposición del Tribunal de Justicia se desprende que la Directiva 2000/78 fue transpuesta al Derecho italiano mediante el Decreto Legislativo del 9 julio 2003, n.º 216. Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Decreto Legislativo n.º 216, de 9 de julio de 2003, por el que se aplica la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación) (GURI n.º 187, de 13 de agosto de 2003).

órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta toda la normativa aplicable y recurrir a los métodos de interpretación a su alcance.<sup>20</sup> En la resolución de remisión no hay nada que indique que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden interpretar la disposición nacional controvertida de manera conforme con Derecho de la Unión.<sup>21</sup>

35. Por consiguiente, la prohibición de discriminación por razón de la edad basada en el Derecho de la Unión incidirá principalmente en situaciones concretas en el ámbito nacional a través de las normas nacionales que lo aplican, interpretadas de conformidad con las disposiciones del Derecho de la Unión de las que tales normas traen causa. Reconocer este hecho permite evitar equívocos sobre el alcance de la eventual aplicabilidad directa horizontal de las disposiciones de la Carta. En términos prácticos, limita a unos pocos casos, más bien extraordinarios, los supuestos en los que cabría prever la aplicación directa de las disposiciones de la Carta a relaciones entre particulares. En mi opinión, también tiene en cuenta una práctica sensata vigente en varios ordenamientos jurídicos que considera que la función de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado es esencialmente interpretativa: el contenido de los derechos y obligaciones cuya existencia debe establecer el Derecho nacional ha de interpretarse a la luz de los derechos fundamentales.

36. Teniendo en mente estas consideraciones preliminares, mi análisis en la siguiente sección de las presentes conclusiones se centrará en la compatibilidad de la disposición nacional controvertida con la Directiva.

## B. Discriminación por razón de la edad

37. El principio de igualdad de trato recogido en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva prohíbe toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de dicha Directiva. Entre esos motivos se incluye la edad. Según el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva, existe discriminación *directa* cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de esa Directiva.<sup>22</sup>

38. La discriminación por razón de la edad es distinta de otros «motivos problemáticos» como la religión, las convicciones, la discapacidad o la orientación sexual. A diferencia de lo que ocurre con otros motivos, la discriminación directa por razón de la edad puede estar justificada conforme al régimen específico del artículo 6.<sup>23</sup> De conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

20 — Véanse, a este respecto, las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 113; de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 48; de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 38, y de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016: 278), apartado 31.

21 — A diferencia de lo que ocurría en las situaciones de que se trataba en las sentencias de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 49, y de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 40. Sobre la eventual imposibilidad de interpretación conforme con el Derecho de la Unión, véase asimismo la sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016: 278), apartado 37.

22 — Véase asimismo, por ejemplo, la sentencia de 24 de noviembre de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897), apartado 65.

23 — Sentencia de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 60. Para un análisis sobre la «distinta» naturaleza de la edad como «motivo problemático», véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas en el asunto Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:106), puntos 61 a 64, y en el asunto Age Concern England (C-388/07, EU:C:2008:518), puntos 73 a 75, y las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto Lindorfer/Consejo (C-227/04 P, EU:C:2005:656), puntos 83 y ss.

39. Teniendo en cuenta este marco normativo, conformado por el artículo 2, apartado 2, letra a), y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, mi análisis se estructurará de la siguiente manera. En primer lugar, analizaré si existe una diferencia de trato entre grupos de personas comparables por un motivo prohibido (1). A continuación, examinaré qué debe entenderse por trato «menos favorable» (2). Por último, abordaré las justificaciones permitidas, en particular si la diferencia de trato persigue un objetivo legítimo y si la medida es adecuada y necesaria para lograrlo (3).

### **3. Diferencia de trato en situaciones comparables por un motivo prohibido**

40. La comparabilidad no significa igualdad. Simplemente consiste en analizar si, en relación con una determinada cualidad (es decir, *tertium comparationis*, que puede ser el valor, el objetivo, la acción, la situación, etc.), los elementos de comparación (empresas, personas, productos, etc.) presentan más discrepancias o similitudes.<sup>24</sup> En el examen del carácter comparable debe tenerse debidamente en cuenta el contexto en el que se realiza: el del beneficio o régimen de que se trate.<sup>25</sup> Tal como ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, el carácter comparable de las situaciones debe apreciarse globalmente atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan, a la luz del objeto y la finalidad del acto que establece la distinción de que se trata.<sup>26</sup>

41. En el presente asunto, el marco normativo global en el que debe efectuarse la comparación es la Directiva 2000/78. Por lo tanto, la cualidad concreta con respecto a la cual debe efectuarse la comparación es el trato (acceso, condiciones, despido) en el empleo y la ocupación.

42. Los elementos de comparación son personas sujetas a dicho trato (des)igual. La normativa nacional controvertida (tanto en el momento de la contratación como del despido) regula los contratos discontinuos. Establece dos regímenes distintos en función de la edad del trabajador. En primer lugar, conforme al artículo 34, apartado 1, del Decreto Legislativo, los empresarios pueden recurrir a ese contrato, al margen de la edad del trabajador, cuando se cumplen determinadas condiciones objetivas. El recurso a dicho contrato se supedita a la naturaleza discontinua o intermitente de los servicios que han de prestarse conforme a los requisitos establecidos en convenios colectivos para determinados períodos.<sup>27</sup> En segundo lugar, según el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo, cuando los trabajadores tienen una edad inferior a 25 años o superior a 45 (o superior a 55, conforme a la modificación posterior), no es preciso cumplir tales requisitos y pueden celebrarse contratos discontinuos «en cualquier caso». Además, como aclaró en la vista el Gobierno italiano, los contratos discontinuos celebrados en virtud de esta última disposición con personas de edad inferior a 25 años quedan extinguidos cuando cumplen 25 años.

43. La norma controvertida distingue precisamente entre tres grupos de personas en base a su edad en lo que respecta al acceso a un tipo particular de contrato y al despido. En virtud de dicho régimen, algunas personas son tratadas de distinta forma que otras exclusivamente por razón de su edad, al margen de que tales personas puedan encontrarse en situaciones comparables en lo que atañe a la naturaleza de los servicios y tareas, a la experiencia profesional o a la cualificación.

24 — Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos Lidl (C-134/15, EU:C:2016:169), punto 69, y Bélgica/Comisión (C-270/15 P, EU:C:2016:289), punto 30.

25 — Véanse, en tal sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823), apartado 33 y la jurisprudencia citada, y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 32.

26 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartados 25 y 26 y la jurisprudencia citada, y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 31.

27 — El Gobierno italiano aclaró en la vista que, dado que no se han celebrado tales convenios colectivos, los requisitos se fijaron mediante un Decreto Ministerial adoptado en 2004.

44. Asimismo, en cuanto al despido automático al alcanzar los 25 años de edad, los trabajadores vinculados por un contrato discontinuo en virtud del artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo que han cumplido 25 años están en una situación comparable a la de trabajadores más jóvenes contratados en virtud del mismo contrato y a la de trabajadores contratados con arreglo al artículo 34, apartado 1. No obstante, se enfrentan a un despido exclusivamente por razón de su edad.

45. Por lo tanto, existe una clara diferencia de trato por razón de la edad. Tales grupos distintos de personas no serían comparables únicamente en caso de que existiera un elemento, como una característica personal o una circunstancia jurídica o fáctica, que hiciera que las situaciones fueran tan distintas que la comparación resultase ilógica o carente de razón. Las diferencias deben prevalecer sobre las similitudes o puede que exista una única diferencia, aunque fundamental, haciendo imposible la comparación.

46. En mi opinión, no sucede así en este caso. Cabría alegar que la preocupación social por un desempleo particularmente elevado entre los jóvenes constituye un elemento distintivo fundamental. Así pues, como puede aducirse que el desempleo entre los jóvenes es muy elevado y estructural, en tal caso la población integrada por los más jóvenes ya no sería comparable con el resto de la población en lo que se refiere al acceso al mercado de trabajo. Podría pues afirmarse que aquella población constituye una categoría autónoma.

47. No estoy de acuerdo. Como ya se ha señalado, la apreciación de la comparabilidad debe ser global. Tiene en cuenta toda una serie de factores que resultan pertinentes para la cualidad concreta que es objeto de comparación. En lo que atañe al acceso y al trato en el empleo y la ocupación, pueden ofrecerse los mismos contratos a todos los grupos de edad. Todos compiten por los mismos empleos. Por lo tanto, son plenamente comparables.<sup>28</sup>

48. Naturalmente, el hecho de que pueda existir una diferencia parcial, como que un determinado grupo de edad tenga problemas particulares, puede ser pertinente para motivar una medida nacional encaminada a resolver ese problema. Puede impulsar la política que subyace en la adopción de esa medida. Sin embargo, tales consideraciones se inscriben en la esencia del objetivo legítimo invocado por el Gobierno italiano. Por tanto, el análisis de ese extremo forma parte del examen de la justificación de la medida.

49. En consecuencia, los trabajadores más jóvenes a los que se aplica el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo se encuentran en una situación comparable a la de los demás trabajadores y solicitantes de empleo. Resulta evidente asimismo que, al imponer la resolución automática del contrato a la edad de 25 años, la disposición controvertida también genera una diferencia de trato en lo que respecta a los trabajadores contratados en virtud del artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo que no han alcanzado esa edad o que son mayores de 45 o de 55 años y a los trabajadores vinculados por contratos discontinuos sujetos al régimen general del artículo 34, apartado 1, del Decreto Legislativo.<sup>29</sup>

50. En resumen, el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo establece una *diferencia de trato* entre grupos *comparables* basada de forma directa y exclusiva en uno de los *motivos prohibidos*, en este caso la edad.

28 — Por esa razón este asunto se distingue del que fue objeto de la sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartados 37 a 39. Dicho asunto tenía por objeto una disposición nacional en virtud de la cual la indemnización por extinción del contrato que se paga al término de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando la relación laboral no continúa con un contrato por tiempo indefinido, no debía abonarse en el supuesto de que el contrato se celebrase con un joven para un período comprendido dentro de sus vacaciones escolares o universitarias. El Tribunal de Justicia declaró que esos estudiantes no estaban en una situación objetivamente comparable con la de otros trabajadores que tenían derecho a dicha indemnización. A diferencia de lo que ocurría en el asunto en que recayó la sentencia O, las personas menores de 25 años en el presente asunto buscan un trabajo normal, no simplemente una experiencia profesional durante las vacaciones de verano. Por esa razón, no constituyen un grupo específico cuyos integrantes buscan una experiencia profesional distinta; ha de insistirse en que es probable que busquen exactamente el mismo tipo de contrato que el resto de la población.

29 — Véase, en tal sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:573), apartado 44.

#### 4. *Trato menos favorable*

51. Según el artículo 2, apartado 2, letra a), la protección que confiere la Directiva se activa cuando una persona es tratada «de manera menos favorable que otra». Esto significa que el distinto trato debe perjudicar o ir en detrimento de las personas de una determinada edad.

52. Normalmente, los asuntos sobre discriminación por razón de la edad que se plantean ante el Tribunal de Justicia suelen guardar relación con prestaciones, condiciones de trabajo o limitaciones que suponen una clara ventaja o una desventaja para un demandante en particular.<sup>30</sup> En esos casos, la apreciación de si la medida controvertida perjudica a una persona es bastante evidente. No recibir una prestación, percibir un salario menor o ser obligado a jubilarse cuando uno no quiere constituye claramente un trato menos favorable.

53. Sin embargo, el presente asunto es más complejo. La cuestión de si la medida nacional controvertida beneficia o perjudica al grupo protegido ha dado lugar a cierto debate ante el Tribunal de Justicia.

54. El Sr. Bordonaro sostiene que el contrato discontinuo es un tipo de contrato desfavorable. Genera incertidumbre sobre la jornada laboral. Permite el despido exclusivamente por razón de la edad.

55. En sus observaciones escritas, la Comisión se centró en la resolución automática del contrato al cumplirse los 25 años de edad. Según la Comisión, ese elemento constituye una discriminación directa por razón de la edad a los efectos de la Directiva.

56. El Gobierno italiano y Abercrombie & Fitch no están de acuerdo. Sostienen que la diferencia de trato no da lugar a un trato menos favorable. De hecho, los trabajadores menores de 25 años son tratados de forma más favorable que los trabajadores de 25 años o mayores de esta edad. En opinión de Abercrombie & Fitch, el contrato discontinuo constituye una «oportunidad contractual adicional» que proporciona un estatus contractual privilegiado al trabajador, que resulta más atractivo para los empresarios. Asimismo, el Gobierno italiano aduce que el principio de no discriminación se aplica a otras condiciones laborales derivadas del contrato discontinuo, como el salario, las vacaciones anuales y la protección social.

57. Desde un primer momento procede aclarar que nada indica que la disposición controvertida forme parte de la categoría de la acción positiva. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva dispone que, con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que los Estados miembros mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. Las medidas cubiertas por esa disposición están específicamente y exclusivamente concebidas para evitar o compensar las desventajas efectivas que existen.<sup>31</sup>

30 — Véase, por ejemplo, en relación con el cálculo de derechos a pensión, la sentencia de 16 de junio de 2016, Lesar (C-159/15, EU:C:2016:451). Sobre la deducción fiscal de costes de formación, véase la sentencia de 10 de noviembre de 2016, de Lange (C-548/15, EU:C:2016:850). Sobre las condiciones de ascenso de nivel salarial, véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bowman (C-539/15, EU:C:2016:977). Sobre límites de edad para ejercer una profesión, véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:573), y de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo (C-258/15, EU:C:2016:873). Sobre resolución de la relación laboral por jubilación, véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de octubre de 2010, Rosenblatt (C-45/09, EU:C:2010:601).

31 — Véase, por analogía, la sentencia de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322), apartado 18. Tales medidas consistentes, *inter alia*, en normas que promueven la prioridad en la contratación o promoción están sujetas a ciertas limitaciones. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322), apartado 22, y de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533), apartado 32.

58. Sin embargo, en el presente asunto, lejos de estar claramente dirigida a conferir una ventaja encaminada a garantizar la plena igualdad en la vida profesional de los trabajadores más jóvenes, la medida tiene un efecto mixto. Desde un determinado punto de vista, podría considerarse que perpetúa la mayor precariedad en el mercado de trabajo de la franja más joven de la población.<sup>32</sup>

59. En cualquier caso, el Gobierno italiano confirmó en la vista que la disposición controvertida no se concibió como una acción positiva en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva.

60. Partiendo de la anterior afirmación, sigue siendo necesario apreciar si existe un «trato menos favorable». Es evidente que la medida de que se trata tiene un efecto mixto. También es patente que la apreciación sobre si la medida constituye un trato menos favorable puede depender de la perspectiva del eventual demandante y de la cuestión en la que se centre el análisis.

61. Según el considerando 15 de la Directiva, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa corresponde a los órganos judiciales nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales.<sup>33</sup> Si tales hechos se acreditan, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido violación del principio de igualdad de trato, según el mecanismo previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva.<sup>34</sup>

62. Pues bien, en línea con la separación de funciones en el marco del procedimiento prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE,<sup>35</sup> incumbe al órgano jurisdiccional nacional realizar la esencial apreciación fáctica sobre si existe un trato menos favorable, que resulta determinante para acreditar la existencia de discriminación. Sin embargo, para facilitar la tarea del órgano jurisdiccional nacional, pueden proporcionarse ciertas orientaciones útiles.

63. El despido automático a los 25 años de edad puede considerarse una limitación al recurso al contrato discontinuo previsto en el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo. En efecto, desde un determinado punto de vista, cabría considerar que esa medida está encaminada a no perpetuar la situación precaria de los trabajadores que progresivamente devienen «menos jóvenes». Sin embargo, también enfrenta a los trabajadores a la posibilidad de ser despedidos al margen de su rendimiento o comportamiento particular. Difícilmente puede rebatirse que ese elemento, considerado de forma autónoma, supone un trato menos favorable.<sup>36</sup>

64. Sin embargo, como ya se ha indicado, la apreciación del trato más o menos favorable en el presente asunto no puede limitarse a un único elemento. La cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la norma establecida en el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo, que incluye tanto un elemento relativo al acceso al trabajo como uno referido a la resolución de un contrato. En mi opinión, ambos elementos están intrínsecamente vinculados. Por consiguiente, para ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, la medida debe apreciarse de forma global y completa, ponderando los distintos elementos de la relación contractual, sus condiciones y consideraciones. En particular, los efectos del contrato deben evaluarse a la luz del marco legislativo general aplicable, que incluye el régimen general que regula las condiciones

32 — En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, el Tribunal de Justicia rechazó que una medida nacional pueda considerarse una «acción positiva» cuando dicha norma, en lugar de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, pueda perpetuar el reparto tradicional de roles entre hombres y mujeres. Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Maïstrellis* (C-222/14, EU:C:2015:473), apartado 50 y la jurisprudencia citada.

33 — Véase también la sentencia de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler* (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 79.

34 — Sentencia de 25 de abril de 2013, *Asociația Accept* (C-81/12, EU:C:2013:275), apartado 42.

35 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de julio de 2016, *Kratzer* (C-423/15, EU:C:2016:604), apartado 27 y la jurisprudencia citada.

36 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604), apartado 51, y de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros* (C-447/09, EU:C:2011:573), apartado 44.

inherentes al contrato discontinuo (como la indemnización por despido, las vacaciones anuales, la posición equilibrada del empresario y del trabajador o la posibilidad de que el trabajador rechace libremente un trabajo), y de consideraciones relativas a su incidencia en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo.

65. En la sentencia Mangold, el Tribunal de Justicia consideró que *permitir*, sin límite alguno, que se celebren contratos de duración determinada con trabajadores que hayan alcanzado una determinada edad constituye una diferencia de trato basada en la edad cubierta por la Directiva.<sup>37</sup> En la sentencia Georgiev, el Tribunal de Justicia entendió que *imponer* contratos de duración determinada a catedráticos que habían cumplido los 65 años de edad conllevaba una diferencia de trato, en el sentido del artículo 6 de la Directiva, al hacer sus condiciones laborales «más precarias» que las de los catedráticos de menos de 65 años.<sup>38</sup>

66. De dicha jurisprudencia se desprende claramente que, cuando existe una diferencia de trato, su carácter menos favorable debe apreciarse en virtud de una evaluación global de las condiciones establecidas en los regímenes contractuales aplicables a rangos concretos de edad, tomando como punto de partida las relaciones laborales ordinarias frente a modos de trabajo más flexibles, como los contratos de duración determinada. Al cabo de dicha evaluación, se ha considerado que la autorización sin límites o la imposición de determinados tipos de contrato (de duración determinada) caracterizados por un menor grado de estabilidad respecto a los contratos de trabajo por tiempo indefinido entrañan un «trato menos favorable».

67. En el presente asunto, el contrato discontinuo constituye una forma contractual *sui generis* caracterizada por constituir una *excepción* a los «contratos ordinarios» (tanto a jornada completa como a tiempo parcial) en lo que concierne a la organización temporal de la relación laboral. La flexibilidad afecta al elemento temporal de la relación laboral, que se deja en manos de los empresarios para que estos decidan en función de sus necesidades. El recurso a los contratos discontinuos supone que el trabajador no tiene garantizado un número de horas de trabajo ni, por tanto, unos ingresos fijos. Aunque ese régimen se aplica a trabajadores de todas las categorías por razones objetivas y en determinadas circunstancias, el régimen aplicable a los trabajadores menores de 25 años constituye una excepción a las condiciones reguladoras que justifican el recurso a este tipo de contrato *sui generis*.

68. Por otra parte, sin embargo, la disposición controvertida supuestamente ofrece oportunidades más amplias de acceso al mercado de trabajo a las personas de menos de 25 años, a través de un contrato particularmente flexible. No impide que los empresarios puedan ofrecer a esas personas otros tipos de contrato. No obstante, al mismo tiempo, la posibilidad de recurrir a contratos discontinuos sin cumplirse los requisitos objetivos puede hacer más difícil a las personas de menos de 25 años acceder a otros contratos que no proporcionan al empresario la misma flexibilidad. Por consiguiente, cabe que los trabajadores más jóvenes tengan más dificultades para acceder a un empleo «ordinario» durante parte de su vida laboral.<sup>39</sup> En resumen, si bien el Derecho de la Unión no impide esas modalidades contractuales más flexibles,<sup>40</sup> su imposición o aplicación sin restricciones a un grupo particular de edad puede resultar problemática.

37 — Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 57.

38 — Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Georgiev (C-250/09 y C-268/09, EU:C:2010:699), apartados 33 y 34, en la que se rechazaban los argumentos del Gobierno búlgaro que alegaba que la medida no constituía un trato desfavorable.

39 — Véase, por analogía, la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 64.

40 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de octubre de 2004, Wippel (C-313/02, EU:C:2004:607).

69. Además, el hecho de que la legislación nacional limite el uso generalizado de los contratos discontinuos (y de que las limitaciones se hayan incrementado progresivamente con el tiempo) pone de manifiesto que, con respecto a las condiciones de trabajo, no se considera de forma indiscutible que el recurso a este tipo de contrato constituya un trato más favorable o protector desde la perspectiva del Derecho nacional. En efecto, en sus observaciones escritas, el Gobierno italiano se refirió a este contrato como un instrumento «menos exigente y costoso que un contrato de trabajo ordinario».

70. Por lo tanto, en mi opinión, ha de concluirse que la apreciación de la existencia de un trato menos favorable debe pasar por una evaluación global del efecto de la aplicación de la norma. Para llevar a cabo esa evaluación es necesario conocer los efectos reales y el entorno legislativo en el que se encuadra la norma. Por tanto, incumbe al órgano jurisdiccional nacional.

71. A la hora de efectuar esa apreciación, es preciso evitar dos extremos. Por un lado, de la presente sección se desprende claramente que la apreciación del trato menos favorable no debe tener en cuenta una única norma concreta de forma aislada, ignorando las demás. En segundo lugar, una apreciación global y completa significa que algunos elementos individuales de todo el paquete pueden ser positivos y otros negativos. Difícilmente puede afirmarse que una medida es favorable en todos sus elementos. Lo determinante es el conjunto: en general, ¿deja esa medida al grupo protegido en peor situación?

72. Por último, conviene asimismo tener en cuenta que no hay que confundir los efectos de la medida con el objetivo de ésta invocado por el Gobierno italiano. Cabe que, en efecto, la disposición de que se trata tenga por objeto ofrecer a los solicitantes de empleo jóvenes más oportunidades para entrar en el mercado de trabajo. Sin embargo, el criterio para apreciar el carácter perjudicial de la medida para ese grupo de personas debe ser su efecto, que, desde el punto de vista de su apreciación global, concierne no sólo al acceso al mercado, sino también a las condiciones de trabajo y de despido.

## ***5. Justificación***

73. Para el caso de que el órgano jurisdiccional nacional estime que el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo supone un trato menos favorable en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva, es necesario examinar si esa diferencia de trato puede estar justificada en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva. Más concretamente, en el marco de esa apreciación debe examinarse si la diferencia de trato puede estar justificada objetiva y razonablemente por un objetivo legítimo (a), si los medios utilizados para lograrlo son adecuados y si van más allá de lo necesario para alcanzar el fin perseguido (b).

### ***a) Objetivo legítimo***

74. En el presente asunto, la identificación del objetivo legítimo que persigue el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo no ha estado exenta de controversia. Como observa el órgano jurisdiccional remitente, el Decreto Legislativo no contiene ninguna referencia específica a los objetivos que persigue a través del artículo 34, apartado 2.

75. En principio, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria.<sup>41</sup> Sin embargo, a falta de una indicación clara sobre el objetivo que supuestamente subyace en la medida, el Tribunal de Justicia ha reconocido cierta flexibilidad para identificar los objetivos subyacentes, permitiendo que se recurra a elementos como el contexto general de la medida de que se trate.<sup>42</sup>

76. El Gobierno italiano ha invocado distintos objetivos subyacentes en la medida que, de algún modo, están relacionados pero sin solaparse por completo. En primer lugar, la medida controvertida forma parte de un marco jurídico cuyo objetivo es promover la flexibilidad en el mercado de trabajo para incrementar la tasa de empleo. En segundo lugar, la normativa nacional tiene por objeto fomentar la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo. En tercer lugar, en la vista, el Gobierno italiano explicó que el objetivo más específico que subyace en la disposición concreta controvertida es ofrecer una primera oportunidad de ser contratado, lo cual permite obtener una experiencia laboral inicial o posterior en el mercado de trabajo, pero no de forma estable.

77. La Comisión alegó que ese objetivo también podía deducirse de la «legge di delega» (Ley de delegación) que constituye la base del Decreto Legislativo controvertido, cuyo artículo 1, apartado 1, hace referencia al objetivo de mejorar «[...] la capacidad de inserción profesional de los desempleados y de todos aquellos que se hallan en busca de su primer empleo, en particular de las mujeres y de los jóvenes».<sup>43</sup>

78. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva recoge una lista ilustrativa de objetivos legítimos. En esa lista se incluyen las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional.<sup>44</sup> El artículo 6, apartado 1, letra a), menciona expresamente como ejemplos de diferencias de trato justificadas «el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [retribución], para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas».

79. Por lo tanto, la promoción del empleo constituye indudablemente un objetivo legítimo. Ello es así sobre todo en lo que respecta al empleo de los jóvenes, cuestión que también preocupa a las instituciones europeas.<sup>45</sup> El Tribunal de Justicia ha confirmado en reiteradas ocasiones que entre los objetivos legítimos se incluye promover la contratación cuando se trate de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de una profesión<sup>46</sup> o favorecer la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo con vistas a promover su inserción profesional o garantizar su protección.<sup>47</sup>

41 — Sentencia de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 65.

42 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604), apartados 56 y 57; de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 45; de 12 de enero de 2010, *Petersen* (C-341/08, EU:C:2010:4), apartado 40, y de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez* (C-416/13, EU:C:2014:2371), apartado 62.

43 — Ley n.º 30 de 14 de febrero de 2003. GURI n.º 47, de 26 de febrero de 2003.

44 — Véanse, en tal sentido, las sentencias de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 43; de 12 de octubre de 2010, *Rosenbladt* (C-45/09, EU:C:2010:601), apartado 40, y de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros* (C-447/09, EU:C:2011:573), apartado 80.

45 — Véase la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (DO 2013, C 120, p. 1). Este instrumento establece directrices y recomienda que los Estados miembros «velen por que todos los jóvenes menores de 25 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o período de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal» (el subrayado es mío).

46 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604), apartado 65; de 12 de enero de 2010, *Petersen* (C-341/08, EU:C:2010:4), apartado 68; de 18 de noviembre de 2010, *Georgiev* (C-250/09 y C-268/09, EU:C:2010:699), apartado 45, y de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler* (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 49.

47 — Sentencia de 10 de noviembre de 2016, de *Lange* (C-548/15, EU:C:2016:850), apartado 27.

80. El Tribunal de Justicia también ha admitido que las medidas que favorecen la flexibilidad del mercado de trabajo pueden considerarse medidas de política de empleo.<sup>48</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que, para la consecución de objetivos legítimos de interés general, las normas nacionales pueden conceder y reservar a los empresarios un cierto grado de flexibilidad.<sup>49</sup> En particular, constituye un objetivo legítimo fomentar la contratación de trabajadores jóvenes incrementando la flexibilidad de la gestión del personal.<sup>50</sup>

81. Por lo tanto, parece que todos los objetivos invocados por el Gobierno italiano y por la Comisión constituyen, en principio, objetivos legítimos en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva.

82. No obstante, el problema concreto que se plantea en este caso no es la inexistencia de un objetivo legítimo. Al contrario, el Gobierno italiano ha invocado múltiples objetivos que, sin embargo, van en direcciones en cierta medida diferentes. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional disipar las dudas que aún persisten en el presente asunto sobre el objetivo concreto que se persigue.

83. La necesidad de identificar claramente un objetivo legítimo específico subyacente en la medida resulta crucial para la siguiente fase del análisis: la apreciación de la idoneidad, coherencia y necesidad de la medida. Como ocurre con cualquier examen de la proporcionalidad, esa apreciación analiza la relación entre fines y medios. Sin embargo, es imposible evaluar la idoneidad del medio elegido sin tener claros los fines. En términos metafóricos, difícilmente puede determinarse si uno está en el camino correcto si no se sabe adónde va. Por lo tanto, el objetivo —u objetivos, puesto que pueden perseguirse varios simultáneamente—<sup>51</sup> debe estar claramente identificado.

#### ***b) Idoneidad y necesidad***

84. El análisis de la idoneidad supone determinar si los medios elegidos permiten alcanzar el objetivo. El análisis de la necesidad se centra en dilucidar si existen otras alternativas menos intrusivas a los medios elegidos. Para realizar ambos tipos de apreciación es preciso conocer en profundidad el entorno legislativo general, como las normas generales concebidas para la protección de los trabajadores, las reglas concretas establecidas para evitar abusos, así como las disposiciones que rigen las condiciones laborales materiales inherentes al contrato discontinuo controvertido en el presente asunto. Por tanto, incumbe finalmente al órgano jurisdiccional nacional evaluar la idoneidad y la necesidad de la disposición nacional de que se trata.

85. El objeto de las siguientes observaciones es proporcionar al órgano jurisdiccional remitente ciertas orientaciones para llevar a cabo esa apreciación, sin perjuicio de que dicho órgano identifique de forma más precisa el objetivo subyacente. Teniendo en mente esta finalidad, analizaré los criterios de idoneidad y de necesidad con respecto a cada uno de los objetivos invocados por el Gobierno italiano: el objetivo de promover la flexibilidad en el mercado de trabajo (i); el de favorecer el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes (ii) y el de ofrecer una primera oportunidad laboral a los jóvenes (iii).

48 — Sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222), apartado 82.

49 — Véanse, en ese sentido, las sentencias de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 46, y de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 52.

50 — Sentencia de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartados 35 y 36.

51 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartados 44 a 46 y la jurisprudencia citada.

86. A título de introducción común a la presente sección, ha de recordarse que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación para primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral así como para definir las medidas que les permitan lograrlo.<sup>52</sup> Sin embargo, tal margen de apreciación tiene como límite la prohibición de que la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad se vea menoscabada.<sup>53</sup>

*i) El objetivo de promover la flexibilidad en el mercado de trabajo*

87. El Gobierno italiano ha aclarado que la disposición nacional controvertida es un elemento de un marco legislativo más amplio que, durante la última década, ha intentado aportar flexibilidad al mercado de trabajo.

88. En general, una medida que prevé tipos de contratos de trabajo menos rígidos para los empresarios puede considerarse adecuada *prima facie* para lograr el objetivo de alcanzar un mayor grado de flexibilidad en el mercado laboral.

89. Sin embargo, el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo permite recurrir en mayor medida a un contrato flexible con respecto a una franja de edad en particular: las personas de menos de 25 años y de más de 45 años de edad. Por consiguiente, cabría cuestionar en qué medida el acceso a una forma contractual flexible exclusivamente con respecto a franjas de edad concretas persigue de forma coherente el objetivo general de la flexibilidad en el mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, el órgano jurisdiccional nacional deberá analizar por qué una medida que persigue el objetivo *general* de incrementar la flexibilidad en el mercado de trabajo sólo debe aplicarse a una franja de edad *particular*. Dicho de otro modo, si la flexibilidad es un objetivo que se persigue con respecto a todo el mercado laboral, sin más explicaciones no queda claro por qué la carga de lograr ese objetivo debe ser soportada únicamente por franjas de edad específicas.

90. Además, para determinar si la medida va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido, esa disposición debe situarse en su contexto. Es preciso tener en cuenta los perjuicios que puede causar a las personas interesadas.<sup>54</sup> Por lo tanto, a la hora de considerar la necesidad de la medida con respecto al objetivo de promover la flexibilidad en el mercado de trabajo, el órgano jurisdiccional remitente deberá determinar si la medida de que se trata establece un equilibrio razonable entre los intereses de la política de empleo general y el riesgo de que los trabajadores jóvenes se vean atrapados en los nichos más precarios del mercado laboral.

*ii) El objetivo de favorecer el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes*

91. El Gobierno italiano ha alegado que un mayor acceso a los contratos discontinuos para los solicitantes de empleo menores de 25 años tiene por objeto favorecer el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo.

92. Sin embargo, la Comisión considera que este objetivo no se persigue de forma coherente, dado que los jóvenes trabajadores contratados con arreglo a este régimen son despedidos al cumplir los 25 años de edad. Esto anula los efectos beneficiosos de la medida en la contratación de jóvenes.

52 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de noviembre de 2010, Georgiev (C-250/09 y C-268/09, EU:C:2010:699), apartado 50 y la jurisprudencia citada.

53 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371), apartado 67 y la jurisprudencia citada.

54 — Véanse, en ese sentido, las sentencias de 6 de diciembre de 2012, Odar (C-152/11, EU:C:2012:772), apartado 65, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222), apartado 89.

93. Teniendo en cuenta el amplio margen de discrecionalidad de que dispone el legislador nacional a este respecto y a falta de datos estadísticos particulares, no cabe concluir en este punto que esa medida resulte manifiestamente inadecuada para alcanzar el objetivo pretendido. Corresponde determinar este extremo al órgano jurisdiccional nacional, sobre la base de pruebas y elementos fácticos adecuados.

94. Sin embargo, ha de recordarse que «las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esta medida puede justificar el establecimiento de excepciones al mencionado principio ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo».<sup>55</sup>

95. Corresponde en concreto al juez nacional apreciar, según las normas del Derecho nacional, el valor probatorio de los elementos que se le ofrecen, que pueden incluir en particular datos estadísticos.<sup>56</sup> A este respecto, es cierto que las opciones legislativas en el ámbito del empleo, en el que los Estados miembros disponen de un margen particular, pueden basarse en previsiones y consideraciones políticas, que suelen entrañar cierto grado de incertidumbre.<sup>57</sup> El requisito de idoneidad que impone el artículo 6, apartado 1, de la Directiva exige, no obstante, al menos una relación lógica de idoneidad y coherencia entre el objetivo perseguido y los medios elegidos.

96. Por lo tanto, habrá de apreciarse si el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo persigue de forma coherente y sistemática el objetivo de fomentar la contratación de jóvenes. En particular, conviene analizar en mayor medida la alegación de la Comisión sobre la falta de coherencia interna de la disposición a raíz de la previsión de despido automático a los 25 años. Si así lo respaldan pruebas adicionales, cabría efectivamente afirmar que la disposición controvertida, en lugar de buscar un remedio para el desempleo, simplemente traslada el problema: no hace sino aplazar la situación de desempleo hasta la siguiente franja de edad.

97. Desde el punto de vista de la necesidad de la medida, también incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar alternativas menos intrusivas al despido automático que permitan un planteamiento más matizado a la limitación de la edad.

### *iii) Primera oportunidad laboral*

98. Por último, en la vista, el Gobierno italiano aclaró que el objetivo principal y específico de la disposición controvertida no es ofrecer a los jóvenes acceso al mercado de trabajo de forma estable, sino únicamente brindarles una primera oportunidad para acceder a ese mercado. El objetivo no es que los jóvenes entren en el mercado de trabajo y conserven un empleo (permanente), sino ofrecerles una primera experiencia que posteriormente les permitirá competir en mayor medida en el mercado de trabajo. Expresado de otro modo, se alegó que la disposición nacional controvertida constituía efectivamente una primera etapa anterior al pleno acceso al mercado de trabajo. La finalidad es generar una cierta igualdad de oportunidades de modo que, en la siguiente fase, las personas de menos de 25 años puedan competir eficazmente con personas de una franja de edad superior.

55 — Sentencia de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 51.

56 — Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler* (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 82.

57 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler* (C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508), apartado 81.

99. *Prima facie*, la edad —y en particular las edades inferiores a 25 años— puede servir de indicio de la falta de experiencia en el mercado laboral. Una vez más, la idoneidad de la medida para cumplir ese objetivo deberá apreciarse a la luz de los elementos de prueba de que disponga el órgano jurisdiccional nacional y teniendo debidamente en cuenta el margen de apreciación del legislador nacional.

100. En particular, el órgano jurisdiccional remitente deberá tener en cuenta que, aunque persiga el objetivo de ofrecer una primera oportunidad laboral, la disposición particular controvertida no exige que las personas a las que se aplica el artículo 34, apartado 2, del Decreto Legislativo no tengan experiencia previa. En efecto, esa disposición únicamente se refiere a la edad y no hace referencia a la experiencia, a la formación o al aprendizaje de una profesión.

101. Además, ha de señalarse que, si bien el Gobierno italiano ha declarado que la disposición controvertida no tiene por objeto crear oportunidades de empleo estables, el contrato discontinuo también puede concluirse como un contrato de trabajo de duración indefinida. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar la pertinencia de este hecho, en cuanto a su coherencia, habida cuenta del período durante el cual ese contrato puede seguir siendo aplicable a trabajadores jóvenes que han alcanzado la edad laboral con arreglo al Derecho nacional.

102. En lo tocante al requisito de la necesidad, debe determinarse si podría haberse recurrido a otras medidas menos gravosas. En particular, el análisis de la medida debe tomar en consideración que la disposición se fundamenta únicamente en la edad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si la medida podría haber logrado el objetivo invocado introduciendo otros criterios adecuados, como el requisito de estar desempleado o la falta de experiencia previa.<sup>58</sup>

103. Asimismo, el Gobierno italiano alegó que el objetivo de ofrecer una primera experiencia laboral de carácter no estable justifica la resolución automática de la relación laboral al cumplirse 25 años. Según el Gobierno italiano, ello permite que la medida sea altamente eficaz. Posibilita que un mayor número de personas accedan a los puestos disponibles. Conforme a ese argumento, el fundamento subyacente es el de compartir los puestos disponibles: ofrecer un trozo de la tarta a todo el mundo.

104. Sin embargo, esa explicación del «reparto de la tarta» no parece plenamente convincente. Una persona que ha sido contratada más joven puede obtener su trozo de tarta durante varios años, mientras que aquellos que están más próximos a los 25 años de edad, únicamente podrán disfrutarlo algunos meses. Por lo tanto, ¿por qué no establecer una duración máxima del contrato para cada persona, con el fin de repartir de forma más uniforme la «tarta»? La explicación relativa al «reparto de la tarta» es circular en lo que respecta al propio grupo de personas menores de 25 años: ¿ese grupo de edad debe compartirla mientras que a los demás se les sirve otra comida?

105. En resumen, en cuestiones sensibles como el empleo y la política social, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación. Pueden perseguir diversos objetivos legítimos. Sin embargo, los medios para lograr esos objetivos deben ser razonablemente claros y coherentes y atenderse a los criterios de idoneidad y necesidad.

58 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartados 64 y 65.

## V. Conclusión

106. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo, Italia) del siguiente modo:

«El artículo 2, apartado 2, letra a), y el artículo 6, apartado 1, de 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece que pueden celebrarse contratos de trabajo discontinuo en cualquier caso con trabajadores menores de 25 años, en la medida en que:

- dicha normativa persiga un objetivo legítimo relacionado con las políticas de empleo y del mercado de trabajo, y
- logre ese objetivo a través de medios adecuados y necesarios.

Corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen estos requisitos en el presente asunto.»