



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOLZI
presentadas el 23 de noviembre de 2017¹

Asunto C-482/16

Georg Stollwitzer
contra
ÖBB Personenverkehr AG

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Superior Regional de Innsbruck, Austria)]

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Discriminación por razón de edad — Exclusión de la experiencia profesional adquirida antes de cumplir dieciocho años — Reforma del sistema de retribución de los empleados contratados por los ferrocarriles federales austriacos — Régimen transitorio — Perpetuación de la diferencia de trato»

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Superior Regional de Innsbruck, Austria) se inscribe en el marco de una serie de remisiones prejudiciales procedentes de órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo austriacos dirigidas a plantear al Tribunal de Justicia la cuestión de la compatibilidad con la prohibición de discriminación por razón de edad de normas nacionales en materia de reconocimiento de la experiencia profesional anterior a efectos de la clasificación profesional y de la ubicación en los escalones salariales del personal laboral de organismos públicos.²

2. En el asunto que dio lugar a la sentencia de 18 de junio de 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381), fue el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Austria) el que planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación 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,³ en relación con la normativa aplicable a los contratos de trabajo celebrados entre las universidades y sus empleados. Esta normativa preveía que la fecha de referencia a efectos del cómputo de la antigüedad en la categoría de retribución correspondiente a la posición profesional de

¹ Lengua original: italiano.

² Ha de señalarse, en aras de la exhaustividad, que la primera vez que un órgano jurisdiccional austriaco sometió tal normativa al Tribunal de Justicia, las cuestiones prejudiciales formuladas versaban sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de trabajadores; véase la sentencia de 30 de noviembre de 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98, EU:C:2000:655), en la que se debatía el régimen aplicable a la clasificación de los profesores y asistentes contratados, en virtud del cual el cómputo de los períodos de actividad anterior se efectuaba mediante modalidades más rigurosas cuando tales períodos se habían cumplido en otro Estado miembro.

³ DO 2000, L 303, p. 16.

cada empleado, que se fijaba en el momento de su contratación,⁴ debía determinarse teniendo en cuenta la experiencia profesional del interesado, excluyendo no obstante la obtenida por éste antes de los dieciocho años. En el procedimiento principal, el demandante, contratado por una universidad tras un período de aprendizaje profesional de tres años y medio, desarrollado sólo en una mínima parte tras el cumplimiento de los dieciocho años de edad, solicitó al empresario el pago de una compensación equivalente a la diferencia entre el salario percibido por la duración de su contrato y aquel al que habría tenido derecho si el período de aprendizaje cumplido se hubiera tenido en cuenta en su integridad. El Tribunal de Justicia declaró que la disparidad de trato por razón de la edad a la que da lugar la normativa en cuestión era discriminatoria porque, pese a perseguir objetivos que han de considerarse legítimos, los medios para la consecución de tales objetivos no podían considerarse adecuados en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.⁵

3. A raíz de la sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), el legislador austriaco introdujo una serie de modificaciones legislativas dirigidas a hacer que los regímenes aplicables al personal contratado del sector público fueran compatibles con la Directiva 2000/78. La Bundesbahngesetz (Ley sobre los ferrocarriles federales;⁶ en lo sucesivo, «ÖBB-G») fue modificada mediante una ley de 2011 (en lo sucesivo, «ÖBB-G 2011»)⁷. El artículo 53, apartado 1, de la ÖBB-G, en su versión modificada, preveía para los empleados y pensionistas incorporados al Österreichische Bundesbahnen (Servicio de los ferrocarriles federales austriacos; en lo sucesivo, «ÖBB») hasta el 31 de diciembre de 2004 y cuya fecha individual de referencia a efectos de promoción se había fijado sobre la base del Reglamento de 1963 sobre la retribución del personal de la ÖBB (Bundesbahn-Besoldungsordnung 1963;⁸ en lo sucesivo, «BO 1963») que tal fecha se determinase de nuevo con arreglo a un criterio de cómputo que no distinguía en función de que tal período se hubiera cubierto antes o después del cumplimiento de los dieciocho años de edad.⁹ El apartado 2 del citado artículo 53 preveía que, en caso de que se fijara de nuevo la fecha individual de referencia a efectos de promoción de conformidad con el apartado 1, cada período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones se prolongaría un año.¹⁰ En el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones sobre la interpretación de la Directiva 2000/78 dirigidas, en esencia, a permitir al órgano jurisdiccional remitente valorar la compatibilidad con esta última de la «ÖBB-G 2011». En tal ocasión, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2000/78 se oponía a una normativa nacional como la establecida en la «ÖBB-G 2011», que, «para poner fin a una discriminación por motivos de edad, computa los períodos

4 Hasta las reformas introducidas en 2015, de las que se hablará más ampliamente a continuación, la fecha de referencia a efectos de promoción constituye el criterio central para determinar la clasificación en los escalones salariales de los empleados públicos (contratados o no). Esta fecha se fijaba tomando como punto de partida la fecha de contratación. Se consideró que algunos períodos de actividad cubiertos por el empleado antes de su incorporación eran anteriores a la contratación y daban lugar a un retroceso de la fecha de esta última. La fecha de referencia a efectos de la promoción era, pues, una fecha ficticia que, en un proceso tipo, se correspondía al día del decimotercero cumpleaños.

5 Véanse los apartados 38 a 51 y la parte dispositiva de la sentencia.

6 Bundesbahngesetz, BGBl. n.º 852/1992.

7 BGBl. I. n.º 129/2011.

8 BGBl. 170/1963.

9 El criterio de aplicación establecía que se considerarían anteriores a la fecha de contratación los períodos posteriores al 30 de junio del año durante el cual se hubieran cumplido o debieran haberse cumplido nueve años escolares desde el acceso al primer grado de enseñanza escolar. Los períodos computables seguían determinándose conforme al BO 1963, según el cual debían tomarse en cuenta *la totalidad* de los períodos cubiertos al servicio de los ferrocarriles austriacos y, salvo en casos particulares, *la mitad* de los demás períodos de actividad o de estudio.

10 El artículo 34 de las Allgemeine Vertragsbedingungen für Dienstverträge bei den Österreichischen Bundesbahnen (Condiciones generales aplicables a los contratos de trabajo con el servicio de ferrocarriles austriaco; en lo sucesivo, «AVB»), que entraron en vigor el 1 de enero de 1996, establece que el empleado de los ferrocarriles austriacos asciende al escalón superior de su nivel retributivo cada tres años y al último escalón de su nivel tras seis años, y precisa que la promoción se determina en función de la fecha de referencia. Esta última, antes de la Ley de modificación de 2011, se calculaba, de conformidad con el artículo 35 de las AVB, sobre la base de los mismos criterios establecidos en el BO 1963, es decir, privando de toda relevancia a la experiencia profesional anterior al cumplimiento de los 18 años de edad. De los autos del asunto objeto de las presentes conclusiones se desprende que las AVB dejaron de aplicarse a partir del 1 de enero de 2005 y que la remuneración de los empleados contratados tras esa fecha se establecía en función de convenios colectivos.

de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años, pero que al mismo tiempo incluye una regla, que en realidad sólo es aplicable a los trabajadores víctimas de esa discriminación, que prolonga en un año el período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones retributivos, y que al hacerlo mantiene definitivamente una diferencia de trato en función de la edad».¹¹

4. Tras este pronunciamiento, el legislador austriaco intervino nuevamente en la normativa en materia de retribución de los empleados de ÖBB con una ley de 2015. Es precisamente la reforma introducida por esta ley la que se pone en cuestión en el procedimiento nacional que dio lugar a la petición de decisión prejudicial objeto de las presentes conclusiones. Esta petición surge en el marco de un litigio, pendiente en fase de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, entre el Sr. Georg Stollwitzer y la ÖBB Personenverkehr AG (en lo sucesivo, «ÖBB PV»), sociedad de Derecho austriaco cuyo accionista único es Österreichische Bundesbahnen-Holding AG, a su vez participada al 100 % por el Estado austriaco.¹²

5. Ha de señalarse que, tras la finalización de la fase escrita del procedimiento en el asunto objeto de las presentes conclusiones, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal)¹³ y el Bundesverwaltungsgericht [Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo, Austria]¹⁴ han planteado sendas peticiones de decisión prejudicial que versan sobre problemas análogos a los planteados en dicho asunto. Estas peticiones, relativas a la interpretación de la Directiva 2000/78 y, en el caso de la primera, al artículo 45 TFUE, se han suscitado en el marco de litigios que tienen por objeto el sistema de reclasificación utilizado —respectivamente, para el personal contratado por las administraciones públicas y para los funcionarios públicos— a efectos del paso a un nuevo régimen retributivo, introducido en 2015¹⁵ con el propósito de poner remedio a una discriminación por razón de edad a que daban lugar los regímenes anteriores a la luz de las sentencias de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381),¹⁶ de 11 de noviembre de 2014, Schmitzer (C-530/13, EU:C:2014:2359),¹⁷ y de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38).

6. Por último, ha de observarse que el sistema de retribución que es aplicado en Alemania a los empleados públicos federales y de algunos Länder ha sido objeto en varias ocasiones de remisiones prejudiciales, siempre desde el punto de vista de la observancia de la prohibición de discriminación por razón de la edad.¹⁸

11 En un pronunciamiento anterior, que tiene por objeto una remisión prejudicial del Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Superior Regional de Innsbruck), que también versaba, entre otras cosas, sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del nuevo régimen aplicable a los empleados del ÖBB, el Tribunal de Justicia se limitó a responder a la cuestión relativa a la conformidad con los principios de efectividad y de equivalencia del plazo de prescripción de 30 años previsto en el Derecho austriaco para las acciones dirigidas a impugnar la clasificación retributiva de los empleados públicos, dejando a un lado las demás cuestiones prejudiciales que se le plantearon, habida cuenta de la prescripción de la acción en el procedimiento principal; véase la sentencia de 16 de enero de 2014, Pohl (C-429/12, EU:C:2014:12).

12 El órgano jurisdiccional remitente señala que pese a que tanto la ÖBB como Österreichische Bundesbahnen-Holding están controladas por el Estado, los contratos de los empleados de la primera se rigen de forma exclusiva por el Derecho privado.

13 Asunto C-24/17, pendiente ante el Tribunal de Justicia, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst (DO 2017, C 112, p. 20).

14 Asunto C-396/17, pendiente ante el Tribunal de Justicia, Leitner.

15 En 2015 se promulgó una Ley federal de reforma de los salarios (Bundesbesoldungsreform 2015, BGBl I 32/2015). Esta Ley fue modificada en 2016 mediante la Besoldungsrechtsanpassungsgesetz, (Ley de modificación de la normativa en materia de retribuciones) (BGBl I 104/2016), adoptada a raíz de una sentencia del Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de septiembre de 2016 (Ro 2015/12/0025-3). En el asunto C-24/17, pendiente ante el Tribunal de Justicia, la normativa pertinente es la Ley sobre personal laboral de las administraciones públicas (Vertragsbedienstetengesetz; en lo sucesivo, «VBG»), que contiene disposiciones relativas al paso del personal laboral de las administraciones públicas del antiguo al nuevo régimen de clasificación salarial.

16 Esta última, como se ha visto, versaba sobre el sistema de cómputo aplicable al personal laboral al servicio de las administraciones públicas.

17 En esta sentencia, la Gran Sala del Tribunal de Justicia censuró, en esencia en los mismos términos utilizados unos pocos meses después en la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), la ampliación del período exigido a efectos de la promoción en los primeros tres escalones salariales que había acompañado a la reforma del sistema de cómputo de los períodos de actividad anteriores aplicable a los empleados públicos, adoptada en 2010.

18 Véanse las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Hennigs (C-297/10 y C-298/10, EU:C:2011:560); de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), y de 9 de septiembre de 2015, Unland (C-20/13, EU:C:2015:561). Los asuntos que dieron lugar a estas sentencias versaban, por un lado, sobre el régimen de retribuciones aplicable, ya fuera a nivel federal o regional, al personal laboral del sector público o a los funcionarios públicos y basado primordialmente en criterios de antigüedad y, por otro, sobre modalidades de paso de tal régimen de retribuciones a un régimen no basado en criterios discriminatorios.

II. Marco normativo

Derecho de la Unión

7. De conformidad con el artículo 1 de la Directiva 2000/78, ésta tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por varios motivos, entre ellos el de la edad, 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.

8. El artículo 2 de la Directiva 2000/78 define el concepto de discriminación. Éste prevé, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«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;
- b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
 - i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; [...]

9. El artículo 6 de la Directiva 2000/78 se titula «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad». Establece, en su apartado 1, párrafo primero, que «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». A tenor del párrafo segundo, letra b), del citado apartado 1, dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular, «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».

10. En virtud del artículo 16, letras a) y b), de la misma Directiva, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que, por un lado, «se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato» y, por otro, «se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales».

Derecho nacional

11. Como se ha señalado en el punto 4 de las presentes conclusiones, tras la sentencia de 28 de enero de 2015, *ÖBB Personenverkehr* (C-417/13, EU:C:2015:38), las disposiciones relativas a la determinación de la fecha de referencia a efectos de la promoción aplicadas a los empleados de ÖBB fueron modificadas de nuevo por el legislador austriaco en junio de 2015.

12. El artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G, en su versión modificada recogida en la BGBl I 64/2015 (en lo sucesivo, «ÖBB-G 2015»), prevé que sólo se tendrán en cuenta determinados períodos de servicio y/o de formación, cubiertos antes o después de cumplir los 18 años de edad, al objeto de determinar la fecha de referencia a efectos de la promoción. Estos períodos son los cubiertos en ÖBB¹⁹ o bien en empresas que operen en el sector de las infraestructuras y de los transportes ferroviarios de un Estado miembro en el Espacio Económico Europeo (EEE) y, en determinadas condiciones, de la República de Turquía o de la Confederación Helvética.

13. Así pues, la ÖBB-G 2015 excluyó del cómputo a efectos de la determinación de la fecha de referencia todos los períodos de actividad no cubiertos en el sector específico del transporte o de las infraestructuras ferroviarias (además de los períodos de estudio), los cuales, en virtud del BO 1963, se computaban por la mitad.²⁰

14. El nuevo sistema de cómputo se aplica con carácter retroactivo. El artículo 56, apartado 18, de la ÖBB-G 2015 establece que el artículo 53a de dicha Ley será aplicable a todos los agentes que hayan comenzado a prestar sus servicios en los ferrocarriles federales austriacos antes del 31 de diciembre de 2004. De conformidad con el apartado 19 del referido artículo 56, el artículo 53a, apartado 2, entra en vigor el 1 de abril de 1963 respecto a los empleados cuya fecha de referencia a efectos de la promoción se haya fijado sobre la base del BO 1963.

15. El artículo 53a, apartado 5, de la ÖBB-G 2015 establece las reglas para la reclasificación de los empleados en los niveles salariales. Tal reclasificación se efectúa mediante un nuevo cálculo de la fecha de referencia sobre la base de las reglas establecidas en el apartado 2 de dicho artículo, una vez que el interesado haya aportado las pruebas relativas a los períodos de actividad cubiertos con anterioridad.

16. Con arreglo al artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, la reclasificación de los empleados efectuada sobre la base del apartado 5 de dicho artículo no dará lugar a reducción alguna del salario percibido por el empleado el último mes anterior a la publicación de la ÖBB-G 2015. En el caso de que el nuevo cálculo de la fecha de referencia dé lugar a una reducción de tal salario, el nivel de este último se mantendrá hasta que la retribución resultante de la reclasificación alcance dicho nivel. En cambio, en el caso de que el nuevo cálculo dé lugar a la clasificación en un escalón superior, el empleado tendrá derecho a la retribución correspondiente a la diferencia entre esta última y el salario realmente percibido, por los períodos no afectados por la prescripción.

17. El apartado 7 del citado artículo 53a prevé la introducción en las tablas salariales, dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la ÖBB-G 2015, de un escalón adicional antes del último escalón salarial.

¹⁹ El artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 se refiere, además de a la ÖBB, a sus predecesores y, con carácter más general, a las empresas nacidas de la reestructuración del sector ferroviario.

²⁰ Véase la nota 9.

III. Procedimiento principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. El Sr. Stollwitzer entró al servicio de ÖBB PV el 17 de enero de 1983. Su fecha de referencia a efectos de la promoción, calculada sobre la base de las disposiciones en vigor en el momento de su contratación, se fijó en el 2 de julio de 1980. De los autos se desprende que para determinar tal fecha se computaron, en su totalidad, el período en el que prestó el servicio militar y, en su mitad, el período comprendido entre el cumplimiento de los 18 años de edad y la fecha de contratación, en el cual desarrolló una actividad de instalador sanitario y, durante un breve período de tiempo, percibió una prestación por desempleo.

19. El 4 de marzo de 2016, el Sr. Stollwitzer impugnó ante el Landesgericht Innsbruck (Tribunal Regional de Innsbruck) su clasificación salarial, solicitando a su vez el pago de las retribuciones no prescritas, relativas al segundo semestre de 2009, por un importe de 837,13 euros. Sostuvo ante este órgano jurisdiccional que, a efectos de la determinación de su fecha de referencia, también deberían haberse contabilizado los períodos de actividad que cubrió antes de cumplir los 18 años de edad (en total, 1 año, 5 meses y 19 días), de conformidad con las sentencias de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), y de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38). Por su parte, ÖBB PV solicitó la desestimación del recurso, alegando que los períodos en cuestión no son computables sobre la base del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G en su versión modificada en 2015 y que, dado que dicha modificación entró en vigor con carácter retroactivo, el Sr. Stollwitzer ya no tiene derecho a que se tomen en cuenta dichos períodos a efectos de la determinación de su fecha de referencia.

20. El Landesgericht Innsbruck (Tribunal Regional de Innsbruck) estimó las pretensiones de ÖBB PV y desestimó el recurso mediante sentencia de 1 de junio de 2016. El Sr. Stollwitzer impugnó dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

21. Este último alberga dudas acerca de que el sistema de cómputo introducido por la ÖBB-G 2015 esté exento de toda forma de discriminación. A su juicio, la nueva normativa contiene elementos de incoherencia en la medida en que no contabiliza períodos de actividad anteriores que, aun cuando no estén comprendidos en los contabilizados sobre la base de las disposiciones del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015, permiten que el empleado obtenga experiencia en el sector específico, que lo capacita para un mejor desempeño de sus funciones, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los períodos de actividad en empresas de transporte públicas o privadas o en empresas que participen en la fabricación o la gestión de la infraestructura ferroviaria. De ello resulta, en su opinión, una discriminación frente a los empleados que han desarrollado una actividad profesional igualmente significativa, pero que no lo hicieron al servicio de sociedades que forman parte del grupo ÖBB o de las mencionadas en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, estos empleados son en su mayor parte los ya discriminados por el sistema de cómputo establecido en el BO 1963 (en lo sucesivo, «sistema de cómputo anterior»), puesto que los períodos contabilizados con arreglo al artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 se cubren por regla general una vez cumplidos los 18 años de edad. Opina, asimismo, que la pérdida de remuneración que puede producirse tras la reclasificación a causa de la congelación de los salarios prevista en el artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015 afecta en una medida mucho mayor precisamente al conjunto de empleados discriminado en virtud de dicho sistema. Esta disparidad de trato no está justificada por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, ya que el legislador austriaco estuvo movido únicamente por consideraciones de carácter económico o administrativo.

22. El órgano jurisdiccional remitente señala, asimismo, que se hallan actualmente pendientes ante él en fase de apelación 120 recursos de empleados de los ferrocarriles federales con el mismo fundamento que el que es objeto del procedimiento principal, gran parte de los cuales se interpuso en primera instancia en 2012, después de que, mediante sentencia de 13 de abril de 2011, confirmada por el órgano jurisdiccional remitente el 21 de septiembre de 2011, el Landesgericht Innsbruck (Tribunal

Regional de Innsbruck) reconociera el derecho de algunos de los empleados de ÖBB PV a que se contabilizaran los períodos de servicio anteriores cubiertos antes de cumplir los 18 años, de conformidad con la sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).²¹ El órgano jurisdiccional remitente afirma, además, que numerosos recursos similares se encuentran suspendidos ante el Landesgericht Innsbruck (Tribunal Regional de Innsbruck) mientras que, en el conjunto del territorio austriaco, son aproximadamente un millar los asuntos de este tipo actualmente pendientes.

23. De los autos se desprende que, mediante la sentencia dictada el 2 de julio de 2016, el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional, Austria) declaró que el artículo 53a de la ÖBB-G 2015 es conforme a la Constitución austriaca.²²

24. En este contexto, mediante resolución de 2 de septiembre de 2016, el Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Regional Superior de Innsbruck) suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión actualmente vigente, en particular el principio general de igualdad de trato, el principio general de no discriminación por razón de edad a efectos del artículo 6 TUE, apartado 3, y del artículo 21 de la Carta, la prohibición de discriminación en el ámbito de la libre circulación de trabajadores consagrada en el artículo 45 TFUE y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que, con el fin de eliminar una discriminación por razón de edad declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia [de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38)], (en concreto, la exclusión del cómputo de los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años de edad por los empleados de ÖBB), si bien computa los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años de edad con respecto a una pequeña parte de los empleados de ÖBB discriminados por la anterior normativa (pero limitándose a los períodos cubiertos objetivamente en ÖBB o en empresas públicas similares de infraestructuras ferroviarias o de transportes ferroviarios dentro de la UE, del EEE o de los países vinculados a la UE mediante acuerdos de asociación y/o de libre circulación), no computa ningún otro período de servicio cubierto antes de los 18 años de edad con respecto a la gran mayoría de los empleados de ÖBB anteriormente discriminados y, en particular, no computa los períodos que capacitan a los empleados de ÖBB afectados para desempeñar mejor su trabajo, como por ejemplo los períodos de servicio anteriores cubiertos en empresas privadas o en otras empresas públicas dedicadas al transporte o a las infraestructuras que fabrican, comercializan o mantienen la infraestructura utilizada por el empleador (material rodante, construcción de raíles, construcción de conducciones, instalaciones eléctricas y electrónicas, enclavamientos, construcción de estaciones de ferrocarril y similares), ni tampoco en otras empresas similares a éstas, y que, de este modo, mantiene de hecho definitivamente una diferencia de trato por razón de la edad con respecto a la gran mayoría de los empleados de ÖBB afectados por la anterior normativa discriminatoria?
- 2) ¿Concurren los requisitos relativos a la responsabilidad de los Estados miembros con arreglo al Derecho de la Unión sentados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, especialmente en cuanto a la infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, como en concreto la infracción del artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, preceptos interpretados en diversas resoluciones del Tribunal de Justicia (David Hütter, Siegfried Pohl, Gotthard Starjakob), en el caso de la actuación de un Estado miembro que es propietario al 100 % de una empresa de transportes ferroviarios y que, de hecho, es el empleador de quienes prestan servicios en esa empresa, cuando por razones estrictamente económicas intenta suprimir,

21 Entre estos recursos figuran los que dieron lugar a las peticiones de decisión prejudicial en los asuntos Pohl (C-429/12, EU:C:2014:12) y ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38).

22 ECLI:AT:VFGH:2016:G450.2015.

mediante modificaciones legislativas retroactivas en los años 2011 y 2015, el derecho que tienen dichos empleados, con arreglo al Derecho de la Unión, al pago de retribuciones atrasadas debido a una discriminación, en particular, por razón de edad declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas resoluciones (David Hütter, Siegfried Pohl, Gotthard Starjakob) y reconocida también en distintas resoluciones judiciales nacionales, entre otras del Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) (8 ObA 11/15y) [(sentencias de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381); de 16 de enero de 2014, Pohl (C-429/12, EU:C:2014:12), y de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38)]?»

25. Las partes en el procedimiento principal, la República de Austria y la Comisión han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia y fueron oídas en la vista celebrada el 5 de julio de 2016.

IV. Análisis

Sobre la primera cuestión prejudicial

26. Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia al Tribunal de Justicia si la Directiva 2000/78 y el artículo 45 TFUE se oponen a una normativa como la que constituye el objeto del procedimiento principal, relativa al cómputo de períodos de actividad anteriores a efectos de la clasificación salarial del personal laboral al servicio de las administraciones públicas, adoptada con el objetivo de poner remedio a una discriminación por razón de edad declarada por el Tribunal de Justicia en dos sentencias sucesivas.

27. Antes de nada, debe comprobarse si las nuevas reglas de cómputo establecidas en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 conllevan por sí mismas, es decir, con independencia de la previsión de su aplicación retroactiva y de los criterios establecidos para la reclasificación del personal ya incorporado, una discriminación por razón de edad. Como se ha señalado, este artículo prevé que sólo se tomarán en cuenta determinados períodos de actividad y/o de formación anteriores a la incorporación al servicio a la hora de determinar la fecha de referencia a efectos de la promoción de los empleados de ÖBB. En esencia, el nuevo sistema reconoce, con independencia de la edad en la que se haya obtenido, únicamente la experiencia profesional acumulada al servicio de un grupo de sociedades del que forma parte la entidad contratante (además de la experiencia profesional análoga obtenida fuera del territorio austriaco, en los casos indicados *supra*).

28. A este respecto, ha de recordarse que, en el ámbito de un sistema de retribuciones, si bien recurrir a un criterio basado en la antigüedad o, como en el caso de autos, en la experiencia profesional adquirida previamente, atribuyendo relevancia a un factor vinculado al tiempo puede dar lugar, por su propia naturaleza, a una discriminación indirecta por razón de edad,²³ el Tribunal de Justicia ha declarado que recompensar la experiencia adquirida, la cual permite al trabajador cumplir mejor sus tareas, es algo reconocido, por regla general, como una finalidad legítima que el empresario puede perseguir libremente.²⁴

23 En sus conclusiones presentadas en el asunto Cadman (C-17/05, EU:C:2006:333), el Abogado General Poiras Maduro hace referencia, a título de ejemplo, a un sistema retributivo que coloca a los trabajadores más jóvenes en una posición de desventaja al recompensar en una medida desproporcionada la antigüedad, o bien a un sistema retributivo que no tenga en cuenta la experiencia de los trabajadores y resulte ser, por tanto, desfavorable para los trabajadores de más edad.

24 Véanse las sentencias de 3 de octubre de 2006, Cadman (C-17/05, EU:C:2006:633), apartados 34 a 36, y de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), apartado 47.

29. Además, el Tribunal de Justicia ha señalado que los Estados miembros, así como, y en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo.²⁵

30. A mi juicio, un sistema retributivo como el previsto en la ÖBB-G 2015, que toma únicamente en cuenta, a efectos de la clasificación de los trabajadores en los escalones salariales, la experiencia profesional obtenida por éstos en el sector específico en el que opera el empresario, no puede considerarse incompatible con la prohibición de discriminación por razón de edad por el mero hecho de que no atribuye relevancia alguna a la experiencia profesional comparable adquirida en sectores afines, aun cuando dicha experiencia permita objetivamente, al igual que la considerada como relevante, poner al trabajador en condiciones de desarrollar mejor sus tareas. Si bien es cierto que tal sistema retributivo dispensa a los trabajadores un trato salarial distinto en aquellos casos en que cuenten con los mismos años de experiencia profesional obtenida con anterioridad a la contratación, esta diferencia de trato se basa en el tipo de experiencia alegada, en concreto en la condición del empresario para el que se ha desarrollado la actividad considerada, y prescinde, como aduce correctamente el Gobierno austriaco, de criterios vinculados, cuando menos directamente, a la edad, como, por ejemplo, el momento en el que se ha adquirido tal experiencia.²⁶

31. Ciertamente, no se excluye que tal sistema retributivo pueda entrañar también una discriminación indirecta por razón de edad, si resulta que la distinta ponderación de la experiencia profesional anterior perjudica de hecho a un grupo de trabajadores compuesto mayoritariamente por personas identificables en función de su edad o de la edad a la que adquirieron la experiencia profesional que invocan. El órgano jurisdiccional remitente parece considerar este supuesto en relación con el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015, al afirmar que los períodos de actividad y/o de formación anteriores a la incorporación cubiertos antes de los 18 años no quedan comprendidos, por regla general, en los tomados en cuenta a efectos de tal disposición. No obstante, el Tribunal de Justicia no dispone de elementos que permitan valorar si el nuevo sistema de cómputo perjudica de forma exclusiva o preponderante a los empleados de ÖBB PV ya discriminados por el sistema anterior, esto es, a los empleados que hayan adquirido la totalidad o parte de su experiencia profesional anterior antes de cumplir los 18 años de edad y, en cualquier caso, tal comprobación corresponderá en última instancia al órgano jurisdiccional nacional.

32. En cuanto a una eventual incompatibilidad de las reglas de cómputo previstas en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 con el artículo 45 TFUE, mencionada por el órgano jurisdiccional remitente en la formulación de la primera cuestión prejudicial, sin desarrollarla ulteriormente, me limito a señalar, con independencia de cualquier otra consideración, que en la medida en que la experiencia profesional obtenida en otro Estado miembro se toma en cuenta, en virtud del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015, exactamente en las mismas condiciones y con los mismos efectos que la adquirida en el territorio austriaco, no parece, cuando menos en un primer examen, que la normativa austriaca controvertida vulnere desde tal punto de vista las disposiciones del Tratado sobre libre circulación de trabajadores.²⁷

25 Véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 63, y de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604).

26 Véase, en tal sentido, la sentencia de 7 de junio de 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft (C-132/11, EU:C:2012:329), apartado 29.

27 Ha de señalarse que la cuestión de la compatibilidad con las normas del Tratado sobre libre circulación de trabajadores de las normas, análogas a las mencionadas en la petición de decisión prejudicial objeto de las presentes conclusiones, adoptadas para el paso al nuevo régimen retributivo de los empleados públicos, ha sido planteada, en términos más detallados, por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) en el asunto C-24/17, pendiente ante el Tribunal de Justicia, citado en el punto 5 de las presentes conclusiones (véase la segunda cuestión prejudicial).

33. Aclarado cuanto precede, se han de considerar los efectos de la aplicación retroactiva del sistema de cómputo regulado en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 y de las reglas establecidas para la reclasificación de los empleados en activo, al objeto de comprobar si una u otra introduce una nueva forma de discriminación por razón de edad o perpetúa la declarada por el Tribunal de Justicia mediante la sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).

34. A este respecto ha de señalarse que, en sí misma, la previsión de la aplicación retroactiva de disposiciones destinadas a sustituir una normativa preexistente de carácter discriminatorio, eliminando la disparidad de trato ilegítima, es más bien un elemento que milita a favor del restablecimiento de una situación de legalidad, también desde el punto de vista de la eliminación de los efectos pasados de la discriminación. Lo que tiene relevancia son, pues, las modalidades mediante las cuales la discriminación se elimina con carácter retroactivo.

35. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en su sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 44, que el artículo 16 de la Directiva 2000/78, en virtud del cual los Estados miembros están obligados a suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, no impone la adopción de una medida específica en caso de vulneración de la prohibición de discriminación, sino que les reconoce la libertad para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para lograr el objetivo que persigue en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse.

36. Con el fin de eliminar la discriminación por razón de edad constatada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), el legislador austriaco podía decidir libremente, pues, como en efecto ha hecho, modificar con carácter retroactivo la totalidad del sistema de cómputo de los períodos de actividad anteriores. La eliminación pura y simple de la prohibición de contabilización de la experiencia profesional obtenida antes de cumplir los 18 años de edad era sólo una de las posibilidades que se ofrecían al legislador para ajustarse a las disposiciones de la Directiva 2000/78.

37. Por tanto, ni el hecho de que el nuevo sistema de cómputo ya no tome en cuenta algunos de los períodos de actividad y/o de formación anteriores contabilizados previamente (si bien de forma discriminatoria) ni la previsión de una nueva determinación de la posición retributiva de la totalidad de los empleados de ÖBB sobre la base de una aplicación retroactiva de las nuevas normas vulneran en sí mismos la obligación establecida por el citado artículo 16 de eliminar las disposiciones internas discriminatorias, siempre que, evidentemente, se alcance en concreto el objetivo de eliminación de la discriminación.

38. Las observaciones que preceden hacen referencia a los efectos de la aplicación retroactiva de las nuevas reglas de cómputo. Precede ahora considerar las modalidades de clasificación en los escalones salariales de los empleados cuya fecha de referencia a efectos de la promoción se ha vuelto a determinar sobre la base de las reglas establecidas en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015.

39. Como se ha señalado *supra*, en el caso de que a raíz de esta nueva determinación el empleado sea clasificado en un escalón que corresponda a un salario inferior al percibido antes de la entrada en vigor de la ÖBB-G 2015, dicho salario se mantendrá en virtud del artículo 53a, apartado 6, de dicha Ley. El órgano jurisdiccional remitente estima que esta disposición, que se aplica de forma indistinta a todos los empleados reclasificados, perpetúa de hecho la discriminación introducida por el régimen anterior.

40. A este respecto, ha de precisarse que la ÖBB-G 2015 elimina todos los efectos de la anterior discriminación por cuanto atañe a los empleados que obtuvieron la experiencia profesional anterior a los 18 años de edad exclusivamente en sociedades que forman parte del grupo de ÖBB o en otras entidades indicadas en el artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015. De hecho, a estos empleados se

les reconocen, además de la clasificación a la que habrían tenido derecho desde el comienzo de su relación laboral con ÖBB PV si el sistema de cómputo anterior se hubiera aplicado de una forma no discriminatoria, también las retribuciones atrasadas correspondientes a esta clasificación no prescritas todavía.

41. Una vez aclarado esto, resulta indudable que, dado que el «salario percibido» al que hace referencia el artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015 es el resultado de la aplicación de las reglas discriminatorias del sistema de cómputo anterior, la disposición según la cual dicho salario se mantendrá a efectos del paso al nuevo sistema, pese a que se aplique indistintamente a todos los empleados de ÖBB, puede entrañar una disparidad de trato basada indirectamente en la edad entre un grupo de empleados pertenecientes a la categoría de los perjudicados por el sistema de cómputo anterior y un grupo de empleados pertenecientes a la categoría de los favorecidos por dicho sistema.

42. Es lo que ocurre, en concreto, en el caso de los empleados que invocan períodos de actividad y/o de formación que *no están comprendidos* en los tomados en cuenta en virtud de las nuevas reglas de cómputo. A los empleados que han cubierto dichos períodos *antes del cumplimiento de los 18 años de edad* se les sigue denegando, como en el pasado, su contabilización —si bien por una razón distinta de la edad en la que tuvieron lugar— y ello tanto a efectos de la determinación de la retribución percibida antes de la publicación de la ÖBB-G 2015, cuyo mantenimiento se garantiza en virtud de dicha Ley, como a efectos del pago de las retribuciones atrasadas no prescritas todavía. En cambio, los empleados que han cubierto períodos de actividad y/o de formación análogos y de igual duración, pero *después de cumplir los 18 años de edad*, además de haber percibido, en virtud del sistema de cómputo anterior, un salario más elevado que el de sus colegas, habiendo hecho valer la misma experiencia profesional, mantienen, incluso después de la entrada en vigor del nuevo sistema y pese a que no se contabilizan ya los períodos en cuestión, el nivel salarial a que dichos períodos daban derecho en virtud de las reglas de cómputo anteriores.

43. Ha de comprobarse si esta disparidad de trato, basada indirectamente en la edad, puede justificarse en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

44. A este respecto, procede examinar si la congelación de los salarios prevista en el artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015 constituye una medida que persigue un objetivo legítimo y, en caso de respuesta afirmativa, si es adecuada y necesaria para su consecución.²⁸ De la resolución de remisión y de las observaciones presentadas por el Gobierno austríaco ante el Tribunal de Justicia se desprende que esta medida persigue el objetivo de la protección de los derechos adquiridos.

45. Según reiterada jurisprudencia, la protección de los derechos adquiridos de una categoría de personas constituye una razón imperiosa de interés general.²⁹ Por otro lado, en la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 37, el Tribunal de Justicia ha declarado que el respeto de estos derechos y la protección de la confianza legítima de los trabajadores favorecidos por el sistema de cómputo anterior en cuanto a sus retribuciones constituyen objetivos legítimos de la política de empleo y del mercado de trabajo que pueden justificar, durante un período transitorio, el mantenimiento de las retribuciones anteriores y, en consecuencia, el mantenimiento de un régimen discriminatorio por motivos de edad.³⁰

28 Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 62.

29 Véanse las sentencias de 6 de diciembre de 2007, Comisión/Alemania (C-456/05, EU:C:2007:755), apartado 63; de 8 de septiembre de 2011, Hennigs (C-297/10 y C-298/10, EU:C:2011:560), apartado 90, y de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 64.

30 Véase el punto 37. En el mismo sentido, véase previamente la sentencia de 11 de noviembre de 2014, Schmitzer (C-530/13, EU:C:2014:2359), apartado 42.

46. El artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, en virtud del cual el salario percibido antes de la publicación de dicha Ley se mantendrá en el caso de que la nueva determinación de la fecha de referencia y la consiguiente reclasificación de los empleados de ÖBB en los escalones salariales den lugar a una disminución de la retribución, contiene una medida indudablemente *adecuada* para proteger los derechos adquiridos por los empleados de ÖBB favorecidos por el sistema de cómputo anterior.

47. Queda, pues, comprobar que tal medida no vaya más allá de lo *necesario* para la consecución del objetivo que persigue. Este examen también exige tener en cuenta la situación de los empleados desfavorecidos por dicho sistema.

48. Como se ha señalado, la medida de congelación del salario percibido establecida en el artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015 se aplica indistintamente a los empleados favorecidos por el sistema de cómputo anterior y a los desfavorecidos por él. Tal circunstancia juega, pues, a favor de los últimos si, por efecto de la aplicación de las nuevas reglas de determinación de la fecha de referencia, éstos sufren una reducción de la retribución percibida anteriormente. No obstante, como se ha señalado *supra*, en el caso de los empleados favorecidos por el sistema de cómputo anterior, *todos* los períodos de actividad y/o de formación cubiertos por ellos contribuyen a determinar el salario percibido y, por tanto, mantenido, en virtud del artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, mientras que, en el caso de los empleados desfavorecidos por dicho sistema, una parte de esos períodos, esto es, los cubiertos antes de cumplir los 18 años de edad y no comprendidos en los que pueden ser contabilizados en virtud del artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, no se tiene en cuenta a este efecto.

49. Es evidente que esta disparidad de trato no existiría si a los empleados desfavorecidos por el sistema de cómputo anterior, que, en virtud del nuevo sistema, son clasificados en un escalón salarial inferior al alcanzado en el momento de la publicación de la ÖBB-G 2015,³¹ se les reconociesen todos los períodos de actividad y/o de formación cubiertos antes de los 18 años, del mismo modo que a sus colegas que han cubierto períodos análogos, por su naturaleza y su duración, pero después de cumplir los 18 años de edad. En este caso, en efecto, tales períodos constituirían, al igual que respecto a los empleados favorecidos por el sistema de cómputo anterior, un componente del salario objeto de congelación en virtud del artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015.

50. Por tanto, es la aplicación de criterios distintos (y discriminatorios) en lo relativo a la *contabilización de los períodos tenidos en cuenta a efectos de determinar el salario de referencia* al que aplicar la medida de congelación prevista en dicho artículo lo que da lugar a que se mantenga, incluso después de la reclasificación, una disparidad de trato entre una parte de los empleados favorecidos por el sistema de cálculo anterior y una parte de los desfavorecidos por dicho sistema.

51. Si bien el objetivo de tutelar los derechos adquiridos por los empleados favorecidos por el sistema de cómputo anterior que sufrirían una disminución salarial por efecto de la entrada en vigor de la ÖBB-G 2015 exige seguir aplicando respecto a éstos las reglas de cómputo de dicho sistema, tal objetivo no obliga, en cambio, a seguir aplicando estas mismas reglas de *forma discriminatoria* a los empleados perjudicados por dicho sistema, para los que la ÖBB-G 2015 entrañaría además una pérdida de remuneración. Dicho con otras palabras, la disparidad de trato derivada de la aplicación del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015 *no es necesaria* para la realización del objetivo de protección que persigue.

³¹ Se trata de aquellos empleados cuyos períodos de actividad y/o de formación no han sido tenidos en cuenta ni en el sistema de cómputo precedente (por ser anteriores al cumplimiento de los 18 años de edad) ni en el nuevo (por no ser pertinentes).

52. Es cierto que la situación de las dos categorías de empleados en cuestión es diferente. En efecto, resulta indudable que los empleados favorecidos por el sistema de cómputo anterior pueden invocar derechos adquiridos propiamente dichos, mientras que no puede afirmarse lo mismo por cuanto respecta a los empleados desfavorecidos por dicho sistema. No obstante, esta diferencia se debe a la aplicación de un régimen salarial discriminatorio y, a mi juicio, no puede constituir el único argumento a favor del mantenimiento de una disparidad de trato injustificada que perpetúa la discriminación establecida por dicho régimen.

53. Por otro lado, en la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), en línea con su anterior jurisprudencia,³² el Tribunal de Justicia reiteró que, una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad sólo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas que las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, régimen que, a falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, sigue siendo el único sistema de referencia válido.³³

54. De ello se deduce que los empleados desfavorecidos por el sistema de cómputo anterior podían invocar, a partir de la declaración del carácter discriminatorio de dicho sistema en virtud de la sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), no sólo una *confianza legítima*, sino también un verdadero *derecho* a que se extendiera a ellos, al menos *medio tempore*, el mismo trato reservado a los empleados favorecidos por dicho sistema.³⁴ Si esta extensión se hubiera reconocido en los seis años que exigió la puesta a punto de la reforma de las reglas de cómputo introducidas mediante la ÖBB-G 2015, la aplicación del artículo 53a, apartado 6, de dicha Ley no habría dado lugar a ninguna disparidad de trato.

55. Del conjunto de las consideraciones que preceden se desprende que, al perpetuar de hecho una aplicación del sistema de cómputo anterior discriminatorio y al no prever, a efectos de la aplicación del artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, la alineación de las situaciones de los empleados desfavorecidos por dicho sistema a la de los empleados favorecidos, el legislador austriaco ha mantenido una disparidad de trato entre categorías de empleados de ÖBB no justificable sobre la base del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

56. A mi juicio, no cabe oponer a esta conclusión ni consideraciones presupuestarias ni consideraciones de carácter administrativo. En efecto, según reiterada jurisprudencia, ni las unas ni las otras pueden constituir por sí solas un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.³⁵ A este respecto, ha de añadirse que, dado que la ÖBB-G 2015 ya prevé que la situación de cada uno de los empleados se reconsidere de forma individual para determinar su nueva fecha de referencia a fin de la promoción, la solución propuesta *supra*, esto es, la determinación del salario de referencia a efectos de la aplicación del artículo 53a, apartado 6, de dicha Ley sobre la base de una aplicación no discriminatoria del sistema de cómputo anterior, no debería entrañar, en principio, una carga de trabajo excesiva para la administración.

32 Véanse las sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros (C-231/06 a C-233/06, EU:C:2007:373), apartado 39, y de 22 de junio de 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415), apartado 51.

33 Véase la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 46.

34 La posibilidad de establecer una confianza legítima en el sentido precisado *supra* parece excluirla el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) en la sentencia citada en el punto 23 de las presentes conclusiones. Ahora bien, milita a favor de tal posibilidad, con independencia de cualquier otra consideración, el hecho de que la ÖBB-G 2011 preveía la extensión, a los empleados desfavorecidos por el régimen anterior, del mismo trato reservado a los empleados favorecidos por dicho régimen, si bien manteniendo, como se ha señalado, la discriminación entre los dos grupos de empleados desde un punto de vista distinto.

35 Véase la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 36.

57. De igual modo, tampoco se oponen a la conclusión a la que he llegado en el punto 55 de las presentes conclusiones ni la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), ni la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Hennigs (C-297/10 y C-298/10, EU:C:2011:560). Respecto a los procedimientos que dieron lugar a estas sentencias, en el procedimiento principal la categoría de personas favorecidas y la de personas desfavorecidas por la normativa discriminatoria se identifican con claridad. En otros términos, existe, por decirlo usando las palabras del Tribunal de Justicia, un *sistema de referencia válido*³⁶ que hace posible alinear la situación de los segundos con la de los primeros. En consecuencia, contrariamente a la situación que caracterizaba el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Hennigs (C-297/10 y C-298/10, EU:C:2011:560), apartado 94, la mera y simple transposición de los salarios percibidos sobre la base del régimen discriminatorio anterior no constituye, en el caso de autos, «el único modo [de] evitar una reducción de las retribuciones» de los empleados reclasificados. Ha de señalarse además que, respecto al asunto que dio lugar a la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), la fijación de la retribución percibida a efectos de la aplicación del artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015, previa nueva determinación de la fecha de referencia sobre la base de una aplicación no discriminatoria de las reglas de cómputo anteriores, no reviste las dificultades de viabilidad del sistema mencionadas por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia.³⁷

58. Si el Tribunal de Justicia no compartiera la conclusión a la que he llegado en el punto 55 de las presentes conclusiones, y considerase, por tanto, que la diferencia de trato mantenida en el artículo 53a, apartado 6, de la ÖBB-G 2015 no va más allá de lo necesario para proteger los derechos adquiridos de los empleados de ÖBB desfavorecidos por el sistema de cómputo, habría de verificarse entonces que tal diferencia de trato sea de carácter meramente transitorio y que no se mantenga por un tiempo excesivamente largo. Ha de recordarse, de hecho, que en la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), el Tribunal de Justicia señaló que el objetivo de protección de los derechos adquiridos y de la confianza legítima de los empleados favorecidos por un régimen discriminatorio no puede justificar una medida que mantenga con carácter definitivo, aun cuando sólo sea respecto a algunas personas, la diferencia de trato por motivo de edad que se pretende suprimir mediante la reforma de dicho sistema, en el que se integra esta medida. Una medida así, aun cuando pueda garantizar dicha protección, no es apta para establecer un régimen no discriminatorio para los empleados desfavorecidos.³⁸

59. Habida cuenta de la posición que he sostenido *supra*, me limitaré a este respecto a efectuar sólo dos observaciones. En primer lugar, en cuanto atañe a los empleados cuya experiencia profesional anterior no se toma en cuenta sobre la base del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015, pero que, antes de la aplicación de dicha Ley, ya habían alcanzado el último escalón de su nivel retributivo, los efectos, favorables o desfavorables, de la anterior discriminación son definitivos. Cuando menos desde este punto de vista no cabe hablar, pues, de un régimen meramente transitorio. En segundo lugar, los empleados desfavorecidos por el sistema de cómputo anterior que, antes de la aplicación de la ÖBB-G 2015, habrían alcanzado el último escalón retributivo si los períodos de actividad y/o de formación cubiertos antes de cumplir los 18 años, no contabilizados ya en virtud de dicha Ley, se hubieran tenido en cuenta a efectos de la congelación salarial —y respecto a los cuales, por tanto, la reforma del sistema de cómputo anterior habría sido *neutral*—, sufren, además de la pérdida de los

36 Véase la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 47. En cambio, no existía un sistema de referencia válido en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), en particular el apartado 96, y de 8 de septiembre de 2011, Hennigs (C-297/10 y C-298/10, EU:C:2011:560); véase también la sentencia de 9 de septiembre de 2015, Unland (C-20/13, EU:C:2015:561), apartado 47.

37 Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 78.

38 Véase el punto 39 de las presentes conclusiones. Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2014, Schmitzer (C-530/13, EU:C:2014:2359), apartado 44 y jurisprudencia citada.

componentes de la retribución de los que se han visto ilegítimamente privados en virtud de dicho sistema, un retroceso en su promoción profesional si han cubierto, además, períodos de actividad y/o de formación que no se contabilizan una vez cumplidos los 18 años de edad.³⁹ Es lícito preguntarse si, con independencia de cualquier otra consideración, tales efectos son aceptables.

60. Antes de formular una conclusión sobre la primera cuestión prejudicial, ha de precisarse que cuanto se ha debatido hasta este punto se refiere únicamente al derecho de los empleados desfavorecidos por el sistema de cómputo anterior a que se les reconozca, en el momento y a efectos del paso al sistema previsto en la ÖBB-G 2015, el escalón, y por tanto el nivel salarial, al que habrían tenido derecho si tal sistema se les hubiera aplicado de forma no discriminatoria. Debe admitirse este derecho, pese a que la ÖBB-G 2015 haya modificado de forma radical las reglas de cómputo anteriores, para evitar que la nueva ley dé lugar a una nueva diferencia de trato innecesaria y, por tanto, no justificable en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

61. En cambio, el planteamiento es distinto en cuanto atañe al derecho al pago de los salarios no percibidos como consecuencia de la aplicación discriminatoria del sistema de cómputo anterior. Como se ha señalado, en virtud de la ÖBB-G 2015, la pérdida salarial sufrida por una parte de los empleados desfavorecidos por dicho sistema⁴⁰ no es indemnizada.⁴¹ Por efecto de la aplicación retroactiva del artículo 53a, apartado 2, de la ÖBB-G 2015, esta pérdida queda vinculada exclusivamente a la discriminación anterior.⁴² En efecto, las reglas de cómputo del sistema anterior se han modificado de forma retroactiva, privando a los órganos jurisdiccionales nacionales de la posibilidad de interpretarlas conforme a la Directiva 2000/78 o bien de dejarlas inaplicadas,⁴³ con el fin de conceder a los empleados desfavorecidos por dicho sistema, y no indemnizados sobre la base de la ÖBB-G 2015, los componentes salariales de los que se vieron privados.

62. El Tribunal de Justicia parece excluir, incluso en circunstancias como las del procedimiento principal, esto es, cuando exista un sistema de referencia válido, que la reforma de un sistema retributivo discriminatorio deba eliminar necesariamente, además de tal discriminación, también los efectos de esta última, concediendo en todo caso a los empleados desfavorecidos por tal sistema la diferencia entre el salario al que habrían tenido derecho a falta de tal discriminación y el realmente percibido.⁴⁴ Si bien tal solución puede suscitar dudas sobre su compatibilidad con el principio de efectividad,⁴⁵ el Tribunal de Justicia parece decantarse en tales circunstancias por reconocer al empleado discriminado únicamente la vía de la reclamación de indemnización por daños y perjuicios frente al Estado.

39 A este respecto no queda claro, a mi juicio, en qué términos la adición de un escalón suplementario antes del último escalón retributivo, prevista en el artículo 53a, apartado 7, de la ÖBB-G 2015, puede compensar en concreto tal pérdida.

40 Se trata de los empleados que, antes de cumplir los 18 años de edad, han cubierto períodos de actividad y/o de formación no contabilizados ya sobre la base de la ÖBB-G 2015.

41 Como se ha señalado, esta indemnización se prevé únicamente a favor de los empleados que, antes de cumplir los 18 años de edad, han cubierto períodos de actividad y/o de formación contabilizados en virtud de las nuevas reglas de cómputo.

42 Esto es, la diferencia entre el salario al que dichos empleados habrían tenido derecho si el anterior sistema de cómputo se les hubiera aplicado de forma no discriminatoria y el salario que han percibido realmente desde su entrada en vigor, hasta su reclasificación en virtud de la ÖBB-G 2015.

43 Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartados 88 y 89.

44 Véase la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 45.

45 Según este principio, toda medida adoptada por un Estado miembro para adaptarse a las normas del Derecho de la Unión debe ser eficaz (véase, en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, la sentencia de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros (C-231/06 a C-233/06, EU:C:2007:373), apartado 28. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia señaló, entre otras cosas, que si tras una sentencia dictada a raíz de una petición de decisión prejudicial, de la que se desprenda la incompatibilidad de una norma nacional con el Derecho de la Unión, incumbe a las autoridades del Estado miembro de que se trate adoptar las medidas generales o particulares adecuadas para garantizar en su territorio el respeto del Derecho de la Unión, dichas autoridades, al tiempo que conservan la elección de las medidas que proceda adoptar, deben velar, en particular, por que el Derecho nacional sea adaptado al Derecho de la Unión *en el plazo más breve posible*, y que se dé *pleno efecto* a los derechos que los justiciables deduzcan del Derecho de la Unión (apartado 38).

63. Sobre la base del conjunto de consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal que, con el fin de eliminar la discriminación por razón de edad constatada por el Tribunal de Justicia en dos sentencia sucesivas, establece la reclasificación del personal laboral al servicio de las administraciones públicas en el ámbito de un nuevo sistema retributivo basado en criterios no discriminatorios de contabilización de los períodos de actividad anterior, pero que, a efectos de la aplicación de una disposición dirigida a proteger los derechos adquiridos de los empleados reclasificados mediante la congelación del salario percibido por éstos en una determinada fecha anterior a la entrada en vigor de dicha normativa, supedita el nivel de dicho salario a la aplicación de criterios de contabilización discriminatorios del sistema de cómputo anterior.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

64. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que elucide los requisitos que pueden dar lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado austriaco en las circunstancias del procedimiento principal, en particular en cuanto atañe a la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

65. He de decir antes de nada que albergo serias dudas sobre la admisibilidad de esta cuestión prejudicial, pero no desde el punto de vista, apuntado por el Gobierno austriaco, de la competencia del órgano jurisdiccional remitente para conocer de una acción de indemnización de daños y perjuicios frente al Estado, que en el Derecho austriaco debe ejercitarse ante el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional). De hecho, desde esta perspectiva, el Oberlandesgericht Innsbruck (Tribunal Regional Superior de Innsbruck) ha constatado la existencia de una jurisprudencia nacional que reconoce al órgano jurisdiccional de lo civil en determinadas circunstancias —que, a su juicio, se dan en el procedimiento principal— una competencia concurrente con la del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional). Pues bien, pese a las objeciones formuladas por el Gobierno austriaco, considero que no corresponde al Tribunal de Justicia poner en cuestión la declaración que formula el órgano jurisdiccional competente sobre su propia competencia en virtud del Derecho interno.

66. Por el contrario, de la propia resolución de remisión se desprende que la demanda en que se fundamenta el litigio principal versa únicamente sobre el pago de componentes retributivos de los cuales el Sr. Stollwitzer considera haber sido ilegítimamente privado, y que tal demanda está dirigida contra ÖBB PV en su condición de empresario del Sr. Stollwitzer. Por otro lado, este último confirmó en la vista que no ha interpuesto ninguna reclamación de daños y perjuicios contra el Estado austriaco y, por consiguiente, ha renunciado a formular observaciones sobre la segunda cuestión prejudicial, a su juicio de carácter meramente «teórico». Por último, las partes no discuten que el Estado austriaco no es parte en el procedimiento principal. Dado que el carácter hipotético de la segunda cuestión prejudicial se desprende, en mi opinión, de forma manifiesta de las circunstancias que acaban de exponerse, propongo al Tribunal de Justicia que declare su inadmisibilidad.

67. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no atendiera mi propuesta, me limito a señalar que en los apartados 98 a 107 de la sentencia de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), el Tribunal de Justicia dio amplias indicaciones sobre los criterios que el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar al objeto de comprobar si, en circunstancias análogas a las del procedimiento principal, concurre la responsabilidad del Estado miembro por violación de la Directiva 2000/78.

68. En particular, en cuanto atañe al primero de los tres requisitos a los que se supedita el nacimiento de esta responsabilidad, esto es, que la norma jurídica de la Unión infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, por una parte, que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en relación con el artículo 1 de ésta, prohíbe de un modo general

e inequívoco toda discriminación directa o indirecta, no justificada objetivamente, en el ámbito del empleo y la ocupación y que se base, en particular, en la edad del trabajador y, por otra, que dichas disposiciones tienen por objeto conferir derechos a los particulares, que éstos pueden esgrimir frente a los Estados miembros.⁴⁶

69. En cuanto atañe al tercer requisito, esto es, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación de que se trata y el perjuicio sufrido por los particulares, el Tribunal de Justicia ha precisado que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si existe, en el procedimiento nacional sometido a su examen, tal relación de causalidad.⁴⁷

70. En cuanto atañe, por último, al segundo requisito, relativo a la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, por un lado, el Tribunal de Justicia ha declarado, en los apartados 102 a 105 de la citada sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), que el margen de apreciación del Estado miembro constituye un criterio importante para determinar la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión. Por otro lado, ha precisado que, si bien la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma del Derecho de la Unión a raíz de una petición de decisión prejudicial aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor, corresponde al juez nacional apreciar si, no obstante, la naturaleza y el alcance de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78 con respecto a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal que dio lugar a la sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), sólo pueden considerarse claros y precisos desde el pronunciamiento de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Hennings y Mai* (EU:C:2011:560), en la que el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad de esta normativa con la citada Directiva. En relación con las circunstancias del procedimiento principal en el caso de autos, estas aclaraciones jurisprudenciales se formularon el 18 de junio de 2009 mediante la sentencia *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381), en la que el Tribunal de Justicia examinó un sistema de cómputo de los períodos de actividad anteriores al comienzo de la relación de empleo idéntico al del BO 1963.

71. A la vista de las consideraciones anteriores, me parece claro que, con excepción del examen de la existencia de una relación de causalidad con el perjuicio invocado por el empleado concreto, de la aplicación de los principios citados *supra* se desprende que, cuando menos a partir del 18 de junio de 2009, concurren los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad del Estado austriaco por los perjuicios sufridos por los empleados de ÖBB PV como consecuencia de la aplicación del sistema de cómputo anterior discriminatorio.

V. Conclusión

72. Sobre la base del conjunto de consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial y que responda a la primera que los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal que, con el fin de eliminar una discriminación por razón de edad constatada por el Tribunal de Justicia en dos sentencias sucesivas, establece la reclasificación del personal laboral al servicio de las administraciones públicas que estén prestando sus servicios en el ámbito de un nuevo sistema retributivo basado en criterios no discriminatorios de contabilización de los períodos de actividad anterior, pero que, a efectos de la

⁴⁶ Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 101.

⁴⁷ Véase la sentencia de 19 de junio de 2014, *Specht y otros* (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 98.

aplicación de una disposición dirigida a proteger los derechos adquiridos de los empleados reclasificados mediante la congelación del salario percibido por éstos en una determinada fecha anterior a la entrada en vigor de dicha normativa, supedita el nivel de dicho salario a la aplicación de criterios de contabilización discriminatorios del sistema de cómputo anterior.