

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO ATÍPICAS: APUNTES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

CRISTINA ALESSI

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Contrato temporal, Igualdad, no discriminación directa ni indirecta, TJUE

El ensayo analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de igualdad de trato de los trabajadores atípicos y de los trabajadores *standard* y el impacto sobre la regulación italiana del trabajo atípico. Para ello se reconstruye la estructura de la prohibición de la discriminación como discriminación directa, que, sin embargo, de acuerdo con las directivas, puede estar justificada. A continuación, se pregunta si la prohibición de discriminación también incluye la prohibición de la discriminación indirecta. Aunque se trata de una prohibición formulada de manera diferente, la respuesta positiva puede deducirse del TJUE.

La prohibición de la discriminación indirecta por razón de sexo (u otros factores, como la edad) puede ser útil para proteger a los trabajadores atípicos cuando la comparación con los trabajadores *standard* no revela un trato desigual. De ahí que el análisis pase a analizar cuestiones relacionadas con la antigüedad, que ha provocado una litigiosidad considerable en Italia.

Se concluye que la prohibición de discriminación es el único instrumento de protección contra la flexibilidad del trabajo. Por ese motivo se ha ampliado el alcance del principio de no discriminación, aunque a veces tenga resultados cuestionables, como ha ocurrido en materia de prestaciones de los sistemas públicos de seguridad social.

ABSTRACT

Key Words: Temporary contract, equality, non-discrimination direct or indirect, ECJ

The article analyses the case law of the Court of Justice of the European Union on the principle of equal treatment of atypical workers and the workers standard and the impact on the Italian Regulation of atypical work. This is rebuilt the structure of the prohibition of discrimination as direct discrimination, which, according to the guidelines, however, may be justified. Then, asked whether the prohibition of discrimination also includes the prohibition of indirect discrimination. Although it's a prohibition formulated differently, the positive response can be deduced from ECJ. The prohibition of indirect discrimination on grounds of sex (or other factors) as the age can be useful to protect atypical workers when the comparison with the workers standard does not reveal unequal treatment. Hence the analysis pass to analyze issues related to antiquity, which has provoked a considerable litigation in Italy.

It is concluded that the prohibition of discrimination is the only instrument of flexibility of labour protection. That is why is has expanded the scope of the principle of non-discrimination, although it sometimes has questionable results, as it has happened in the field of public systems of social security benefits.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE DERECHO EUROPEO Y NACIONAL
2. LA ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS TRABAJADORES ATÍPICOS Y LA CUESTIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES
3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DEL TIPO DE CONTRATO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
4. TRABAJO ATÍPICO Y EFECTOS SOBRE LA VIDA LABORAL: LA CUESTIÓN DE LA ANTIGÜEDAD
5. TRABAJO ATÍPICO, FLEXIBILIDAD E INTERESES DE LA EMPRESA
6. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ENTRE DERECHO EUROPEO Y NACIONAL

En el marco europeo sobre relaciones de trabajo atípico, la prohibición de discriminación reviste especial importancia; aunque con algunas diferencias, que se discutirán a continuación, las directivas 99/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial y 2008/104/CE sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, es el principal instrumento de protección de los trabajadores que forman parte de una relación *non standard*¹. A esta prohibición se añaden, en la directiva sobre contratos de duración determinada y en la directiva sobre trabajo mediante empresas de trabajo temporal, las medidas para prevenir los abusos, que requieren la intervención del Estado, mientras que el principio de no discriminación, como se establece en la cláusula 4 de la directiva 97/81/CE y de la directiva 99/70/CE, está colocado dentro de las previsiones *self executing*².

La interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia a la prohibición de discriminación ha contribuido a reforzar tanto su alcance como su ámbito de aplicación, con importantes repercusiones en la legislación interna de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, el principio de no discriminación se ha convertido en el verdadero eje de las directivas mencionadas, debido también a la débil estructura de las medidas para prevenir los abusos que, como se verá, han

¹ La literatura sobre el tema es considerable. Véanse, entre muchos, Aimo 2012; Alessi 2012, p. 88 y sucesivas.; Zappalà 2012, espec. p. 162 y sucesivas.; Corazza 2013; Ferrara 2012, espec. p. 138 y sucesivas.

² Es una posición jurisprudencial bien conocida del Tribunal. Véase, por último, en relación con la directiva sobre el trabajo de duración determinada, STJUE de 9 de febrero de 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, apartado 55; para el trabajo a tiempo parcial STJUE 22 de abril de 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, apartado 24 y 25. Véanse además STJUE de 7 de setiembre de 2006, C-180/04, *Vassallo*, apartado 35 y ss.; STJUE de 15 de abril de 2008, C-286/06, *Impact*, apartado 78 y ss.

sido debilitadas por el Tribunal de Justicia, a pesar de haber dado lugar a juicios de gran importancia mediática³.

La prohibición de discriminación también se considera una medida general de protección también en el *Pilar europeo de derechos sociales* adoptado recientemente por la Comisión Europea⁴, que «amplía la garantía de igualdad de trato más allá de las tres formas de relaciones laborales actualmente cubiertas por el acervo de la Unión (trabajo de duración determinada, a tiempo parcial y trabajo a través de empresas de trabajo temporal) y establece un trato igual para los trabajadores, independientemente del tipo de relación laboral». Sin embargo, una aclaración, unas líneas más adelante, ensombrece tal afirmación; en ella se indica que dicho *Pilar* permite a los empresarios la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios en el contexto económico, y estas adaptaciones pueden incluir «el trato diferenciado justificado por factores objetivos». Se volverá sobre este tema más adelante; sin embargo, se puede anticipar que, si bien las directivas mencionadas ya prevén la posibilidad de diferenciar el trato de los trabajadores atípicos por de razones objetivas (desde este punto de vista, por lo tanto, el *Pilar* no parece añadir novedades), la interpretación del Tribunal de Justicia es de todo menos permisiva. Sin embargo, el aspecto más significativo del *Social Pillar* es el equilibrio entre el reconocimiento de protección de los trabajadores no *standard* y la apertura hacia necesidades de flexibilidad por parte de las empresas⁵, un equilibrio que se deriva, como se tratará de demostrar, también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por último, en el marco del ordenamiento que se describe, podría tener un impacto de bastante importancia la evaluación Refit⁶ de las directivas sobre el trabajo de duración determinada y sobre el trabajo a tiempo parcial, anunciada por el Pilar de los derechos sociales y prevista para finales de 2017, de la cual,

³ La referencia se atiene a la famosa sentencia sobre los precarios de la escuela italiana, que no resulta particularmente innovadora desde el punto de vista del contenido; por el contrario, es más interesante el diálogo que se establece, gracias a eso litigio, entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal de Justicia. Véase STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri c. MIUR*, en *RIDL*, 2015, II, p. 309 y ss., así como también el comentario de Calafà 2015a.; C. cost. de 20 de julio de 2016, n.º 187, en *RGL*, 2017, II, p. 4 y ss. y el comentario de Aimo 2017.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*, 26 de abril de 2017, COM (2017) 250 final. En el Pilar véase también el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña el citado documento, 26 de abril de 2017, SWD (2017) 201 final.

⁵ En el Capítulo II, titulado «Condiciones de trabajo justas», se afirma que «deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico».

⁶ El programa Refit (*Regulatory Fitness and Performance Programme*) fue lanzado por la Comisión Europea en diciembre de 2012 [COM(2012) 746], con el objetivo de comprobar la idoneidad y eficacia de la legislación europea y proponer, en su caso, las adaptaciones oportunas. El programa de trabajo sobre las 10 prioridades de la Comisión se encuentra disponible en el sitio web de la Comisión Europea (<https://ec.europa.eu/>).

sin embargo, no se puede encontrar rastro en el programa de trabajo del 25 de octubre de 2016⁷.

Volviendo a la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos, cabe decir que varios países europeos la incluyeron en sus propias leyes antes de la adopción de las directivas sobre la materia; sin embargo, la disposición expresa de la prohibición en las directivas le ha otorgado una base y amplitud inexpugnables que, como demostrará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, difícilmente puede ser limitada por parte de los Estados miembros. Esto se aplica a las directivas sobre el trabajo a tiempo parcial y de duración determinada, mientras que para el trabajo temporal la cuestión se plantea de forma parcialmente diferente, tanto por el fundamento jurídico de la Directiva 2008/104/CE⁸, como por la formulación de la misma prohibición, que puede estar sujeta a excepciones por parte de los Estados miembros cuando se plantean las condiciones establecidas en el artículo 5 de la Directiva.

En Italia, hasta el año 2000, el principio de igualdad estaba previsto explícitamente para el trabajo de duración determinada⁹, mientras que el de tiempo parcial podría derivarse de las disposiciones legales¹⁰. Para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el derecho a un trato económico y en las condiciones de trabajo que, en conjunto, no sea inferior al de los trabajadores del usuario, ha sido reconocido explícitamente solo por el Decreto Legislativo n° 276/2003; durante la vigencia del «Paquete Treu», la ley parecía reconocer solo el derecho al mismo trato salarial¹¹. El proceso que ha conducido a la formulación actual de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos ha visto, después de la aprobación de las directivas de 1997 y 1999, una sucesión ininterrumpida de reformas del trabajo atípico, destinadas mucho más a introducir dosis adicionales de flexibilidad en el marco legal que a intervenir en el principio

⁷ Véase el anexo II del Programa de trabajo de la Comisión para 2017, *Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad*, COM(2016) 710 final.

⁸ La directiva 2008/104/CE fue adoptada según el artículo 251 del Tratado de la CE (actualmente artículo 294 del TFUE), que regula el procedimiento legislativo ordinario, tras el fracaso de una larga negociación iniciada en los años 90 en virtud del Protocolo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht. Esto dio lugar a una fase de negociaciones, también larga, entre los Estados miembros, precisamente con el fin, entre otras cosas, de disponer el principio de igualdad de trato. En estos aspectos, véase Ferrara 2014, espec. p. 114 y ss.

⁹ Lo preveía el artículo 5 de la ley n° 230/1962, con una formulación muy amplia: «Al trabajador con contrato de duración determinada se le concederán las vacaciones y la prima de Navidad o paga extra así como cualquier otro trato habitual en la empresa para los trabajadores con contratos por tiempo indefinido, en proporción al período de trabajo, siempre que no sea objetivamente incompatible con la naturaleza del contrato de duración determinada».

¹⁰ En particular, las disposiciones en materia de remuneración por hora contenidas en el artículo 5 de la ley n° 863/84.

¹¹ La ley n° 196/1997 (el denominado Paquete Treu), que introdujo por primera vez en el sistema legal italiano el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en el art. 4 reconocía el derecho del trabajador puesto a disposición al mismo salario que los empleados del usuario. En la literatura se debatió sobre extender este derecho a todas las condiciones de trabajo.

de igualdad de trato, que de hecho no se ha tocado hasta la última reforma a la que se refiere el Decreto Legislativo (D. Lgs.) n.º 81/2015, uno de los decretos legislativos de aplicación del *Jobs Act*¹².

En la reforma de contratos atípicos, el legislador también aprovechó la oportunidad para reescribir algunas de las disposiciones sobre igualdad de trato, en particular para el trabajo a tiempo parcial (art.7, D. Lgs. n.º 81/2015), para el contrato de duración determinada (art. 25, D. Lgs. n.º 81/2015), para el trabajo con contrato intermitente (art. 17, D. Lgs. n.º 81/2015) y para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal (art. 35, D. Lgs. n.º 81/2015).

La derivación de la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos desde las directivas previamente mencionadas, de hecho, impone que veamos la legislación interna a través de los lentes del Tribunal de Justicia europeo también en materia de discriminación por razón de sexo¹³, porque algunos conceptos y algunas estructuras son ciertamente tomados de la jurisprudencia aluvial del tribunal en esta materia, como se verá más adelante.

2. LA ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS TRABAJADORES ATÍPICOS Y LA CUESTIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES

De las disposiciones de las directivas en materia de trabajo atípico y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce en primer lugar que la estructura de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es la de la discriminación *directa*. En otras palabras, los trabajadores atípicos no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores *standard* comparables, simplemente, por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo atípico. Esto es cierto para los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores a tiempo parcial, para quienes el contenido de la cláusula 4 de las dos directivas (99/70/CE y 97/81/CE) es casi idéntico; para los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, la cuestión se plantea en términos algo diferentes, ya que para ellos la igualdad solo se plantea en relación a las «condiciones laborales y de empleo básicas» y la Directiva 2008/104/CE permite a los Estados miembros, en determinadas condiciones, para «establecer formas alternativas de trabajo y de condiciones de empleo que constituyan excepciones al principio» de no discriminación¹⁴. Cabe decir, sin embargo, que el sistema

¹² El término «Job Acts» se refiere a la ley de delegación n.º 183/2014, que permitió lanzar, en Italia, una de las reformas más profundas del mercado del trabajo y de las relaciones laborales de los últimos 20 años. De hecho, basándose en la ley de delegación, el Gobierno (Renzi) emitió 8 decretos legislativos en 2015, incluido el decreto legislativo n.º 81/2015, que revisó la legislación sobre trabajo atípico.

¹³ Un enfoque de este tipo se encuentra en De Simone 2004.

¹⁴ Aimo 2015, p. 643 y ss.

jurídico italiano no ha hecho uso de esta posibilidad de excepción, por lo que desde este punto de vista las prohibiciones siguen teniendo la misma estructura y el mismo ámbito de aplicación y, como se verá en breve, un alcance reforzado respecto a las directivas.

Sin embargo, cualquier trato diferenciado de los trabajadores atípicos puede justificarse sobre la base de *razones objetivas*. Para el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, esta aclaración en la directiva no se reproduce, pero la prohibición es derogable, como acabamos de ver.

La predicción de la posibilidad de justificar las diferencias de trato basadas directamente en el tipo de contrato de trabajo constituye un elemento diferencial con respecto a la reconstrucción clásica de discriminación directa (basada en el sexo) como noción no susceptible de justificación, pero con respecto a la cual se pueden hacer excepciones¹⁵. En realidad, no se trata de una gran novedad, desde el momento en que incluso la prohibición de discriminación (directa) por razón de edad prevé la posibilidad de justificación¹⁶, pero sin duda se trata de un aspecto muy delicado; no es una casualidad que el Tribunal de Justicia observe con gran atención las razones aducidas para justificar las diferencias de trato entre los trabajadores *standard* y los atípicos. En concreto, en sus sentencias en materia de igualdad de trato de los trabajadores atípicos, el Tribunal aclaró el concepto de «razones objetivas», realizando una valoración muy similar a la que el mismo Tribunal hace cuando decide sobre la conformidad al derecho de la UE de las excepciones a la prohibición de discriminación directa por razones de sexo. Con arreglo a una fórmula que es ahora una especie de *mantra* en las sentencias del Tribunal, la diferencia de trato entre los trabajadores atípicos y los trabajadores *standard* solo puede justificarse «por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto»¹⁷.

La cuestión es, como hemos dicho, muy delicada precisamente porque el concepto de razones objetivas es parámetro para medir la fuerza y al alcance de la protección de los trabajadores atípicos ofrecida por el derecho europeo y nacional; en otras palabras, es precisamente la posibilidad de justificar las desviaciones del principio de igualdad lo que puede atentar contra la efectividad de la protección de los trabajadores atípicos, que tan laborioso ha resultado construir. De hecho, como

¹⁵ Barbera 1991, p. 201 y ss.; Izzi 2005, p. 37 ss.; Guaglianone 2007, p. 272 y ss.

¹⁶ Véase Bonardi 2007.

¹⁷ Véase, entre otros, STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartado 73, para un contrato de duración determinada; en términos similares STJUE de 1 de marzo de 2012, C-393/10, *O'Brien*, apartado 64, para el contrato de trabajo a tiempo parcial.

intentaremos demostrar, en la perspectiva del derecho europeo, la prohibición de discriminación es la principal (si no la única) forma de protección efectiva, en comparación con el débil conjunto de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva, dejadas a la amplia discreción de los Estados miembros y que, además, se ofrecen únicamente para las relaciones atípicas caracterizadas por la duración determinada del contrato y de otras formas de protección «menores», como el principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial¹⁸.

Como ya se mencionó, el Tribunal de Justicia (no solo desde ahora) ha considerado con particular rigor las excepciones al principio de igualdad entre trabajadores atípicos y trabajadores *standard*. En numerosas sentencias, el Tribunal señaló que las razones objetivas «pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro»¹⁹; en este sentido también el Tribunal descartó que fuera suficiente para justificar la diferencia de trato que esta sea prevista «por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo»²⁰. También las justificaciones basadas en razones de política social o económica deben ser consideradas con mucho cuidado, ya que el Tribunal de Justicia hace tiempo que ha empezado a decir, con respecto a la discriminación por razón de sexo, que las meras generalizaciones relativas de la idoneidad de una disposición específica para aumentar el empleo no pueden considerarse adecuadas para permitir excepciones a la prohibición de la discriminación²¹. Un asunto de esta naturaleza solo puede tomarse con referencia a la discriminación basada en el tipo de contrato; casi no es necesario recordar que es justamente el objetivo de aumentar el acceso al empleo (especialmente de los jóvenes) el que utiliza a menudo (también) el legislador italiano como justificación para la reducción de los niveles de protección²². El Tribunal de Justicia ya se está moviendo en este sentido, también en relación con el trabajo atípico. En un caso en el que el trato

¹⁸ El alcance de este principio, valorado por la literatura (véanse Delfino 2004, Calvellini 2016), ha sido muy limitado por el Tribunal de Justicia en la única sentencia que ha tratado específicamente el tema. Véase STJUE 15 de octubre de 2014, C-221/13, *Mascellani*, en *RIDL*, 2015, II, p. 357 y ss., con nota de Delfino 2015, a la que cabe remitirse para obtener más detalles.

¹⁹ STJUE de 9 de julio de 2015, c-177/14, *Regojo Dans*, apartado 55.

²⁰ STJUE de 8 de septiembre de 2011, c-177/11, *Rosado Santana*, apartado 72; finalmente STJUE de 9 de febrero de 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, apartado 42; STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, *De Diego Porras*, apartado 46. STJUE de 20 de diciembre 2017, C-158/16, *Vega Gonzales*, apartado 47.

²¹ STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, apartado 76: «meras generalizaciones relativas a la idoneidad de una medida determinada para promover la contratación no bastan para deducir que el objetivo de la norma controvertida es ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo».

²² En este punto, se remite a Alessi 2015, p. 307 y ss. y de allí a más referencias.

desigual de los trabajadores con contrato de duración determinada con respecto a los trabajadores *standard* se justificaba por razones económicas, relacionadas con «la aplicación del imperativo de gestión rigurosa del personal», el Tribunal no dudó en censurar la legislación nacional por violación de la cláusula 4 del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada²³. Además, según el Tribunal de Justicia, la mera referencia a la temporalidad de la relación de trabajo del personal de la administración pública no puede considerarse una razón objetiva, tal como había alegado el Gobierno español en la causa relativa a una trabajadora empleada varias veces con contratos de «interinidad». En ese caso, el Tribunal señaló (de forma correcta) que no puede deducirse ninguna diferencia entre el contrato de duración determinada y el contrato indefinido por el hecho de que este último tiene una duración y una expectativa de estabilidad que el primero no tiene; si se pudiera justificar un trato desigual en este sentido, esto «equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada»²⁴.

La ley italiana, sin embargo, ha adoptado una formulación estricta de las prohibiciones de discriminación por razón de tipo de contrato de trabajo (artículos 7, 17, 25 y 35 del Decreto Legislativo nº 81/2015), que no prevé la posibilidad de excepción (ni siquiera para las empresas de trabajo temporal) por razones objetivas. La única disposición explícita es la relativa a la adecuación de trato relacionado con la duración del trabajo o la reducción del horario; en otras palabras, la aplicación del principio *pro-rata temporis* que, sin embargo, constituye expresión del principio de igualdad²⁵, aun cuando el Tribunal de Justicia lo sitúa entre los motivos objetivos que justifican un trato diferenciado²⁶. Podría argumentarse que el concepto de discriminación, tal como se deduce de las directivas europeas en materia de trabajo atípico, incluye en sí mismo la posibilidad de justificar las excepciones, incluso cuando hay ausencia de disposiciones específicas en la legislación de transposición. En verdad, es precisamente la ausencia de referencia expresa en la ley nacional lo que podría considerarse una indicación de que el Estado miembro pretendía excluir esta posibilidad, introduciendo así una regulación más favorable respecto a las disposiciones de las directivas.

Por estos motivos, se puede considerar que en Italia no es admisible la excepción al principio de no discriminación, ni siquiera mediante la negociación colectiva; una conclusión similar también se aplica a la contratación “por proximidad” a la que se refiere el art. 8 del decreto legislativo 138/2011, incorporado sucesivamente en la Ley nº 148/2011, que establece que los convenios de empresa son eficaces

²³ STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, apartados 43 y 44.

²⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, *De Diego Porras*, apartados 47 a 50.

²⁵ Véase, en relación con el trabajo a tiempo parcial, Altimari 2016, p. 73

²⁶ Véase, como ejemplo, STJUE de 13 de junio de 2013, C-415/12, *Brandes*, apartado 31; STJUE de 8 de noviembre de 2012, C-229/11 y C-230/11, *Heimann e Toltschin*, apartado 34.

para todo el personal y pueden establecer un régimen contrario *in pejus* a las disposiciones de otros convenios e incluso a las normas legales, incluidos a las normas sobre trabajo atípico.

3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZON DEL TIPO DE CONTRATO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Como hemos visto, la estructura de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es la de la discriminación directa, con el «correctivo» ofrecido por la posible justificación del trato desigual por razones objetivas. Una primera cuestión que puede plantearse es si la prohibición incluye también las discriminaciones *indirectas* por razón de tipo de contrato.

Las discriminaciones de este tipo pueden ciertamente ocurrir, por ejemplo, cuando se utilizan criterios como la antigüedad o la duración del tiempo de trabajo para determinar el trato de los trabajadores. Que la prohibición de discriminación comprende también discriminaciones indirectas se puede deducir sin problemas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reconstruido el concepto de discriminación indirecta a partir de la prohibición general de discriminación, jurisprudencia que condujo a la introducción del concepto antes mencionado en la directivas más recientes acerca del derecho antidiscriminatorio²⁷. Las directivas sobre el trabajo atípico parecen referirse solo a la discriminación directa porque la redacción de la prohibición de discriminación es muy diferente, ya que la prohibición se deriva de la imposición de la obligación de reservar a los trabajadores atípicos el mismo trato (o un trato no inferior) que el de los trabajadores *standard*. En otras palabras, es un concepto construido *a partir* de la aplicación del principio de igualdad de trato y no al contrario, como ocurre en los otros casos. Sin embargo, esto no quita que valga la misma protección para el trabajo atípico que para todos los otros tipos de discriminación, como lo demuestra, entre otras cosas, el mismo Tribunal de Justicia, que utilizó, para la discriminación por razón del tipo de contrato, la herencia de muchos años de jurisprudencia construida sobre la discriminación en razón del sexo²⁸.

Si es así, por lo tanto, también cabe plantearse si la prohibición de discriminación indirecta trae consigo la posibilidad de justificación de las diferencias de trato basadas indirectamente sobre el tipo de contrato. En otras palabras, el uso de un criterio como la antigüedad (para los contratos de duración determinada) o la cantidad total de horas de trabajo (para el trabajo a tiempo parcial), ¿pueden justificarse por una razón objetiva? Si miramos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la discriminación indirecta, la respuesta debe ser positiva, ya

²⁷ Véase la sentencia que constituye una especie de *leading case* de la jurisprudencia del tribunal: STJUE CE 31 de marzo de 1981, C-96/80, *Jenkins*. En la literatura Barbera 1991, p. 103 y ss.; Izzi 2005, p. 25 y ss.; Guaglianone 2007, p. 267 y ss.

²⁸ En el sentido opuesto, Brameshuber 2016, p. 53.

que el Tribunal siempre ha sostenido que el concepto de discriminación indirecta contiene también la posibilidad de justificar con una razón objetiva el impacto diferenciado de un criterio, práctica o disposición aparentemente neutros²⁹. Sin embargo, debe subrayarse que estas razones, como ya hemos visto anteriormente, no deben ser genéricas, ya que deben presentar las características de necesidad y proporcionalidad así como también de idoneidad para lograr el objetivo. Desde el punto de vista de la *naturaleza* de las justificaciones, es importante aclarar que las razones que el Tribunal una vez consideró adecuadas para justificar un trato diferente entre trabajadores atípicos y *standard*, con el objetivo de desalentar el trabajo a tiempo parcial³⁰ o, por el contrario, para que fuera más atractivo para los empleadores³¹, hoy en día ciertamente no pueden considerarse aceptables, precisamente a la luz de la prohibición expresa de discriminación por razón del tipo de contrato. Las sentencias mencionadas se refieren a un período en el que no existía tal prohibición y el Tribunal llegaba a censurar las decisiones nacionales o las medidas de los empleadores relativas a los trabajadores atípicos solo cuando se podía hallar una violación de la prohibición de discriminación (indirecta) por razones de sexo, como fue el caso del trabajo a tiempo parcial, o en función de la nacionalidad, como sucedió con el trabajo de duración determinada de los lectores de lenguas extranjeras³².

Precisamente la disposición expresa de la prohibición ha eliminado la necesidad de recurrir, para censurar las diferencias de trato entre los trabajadores en razón del tipo de relación laboral, la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo que el Tribunal de Justicia utilizó en su totalidad en relación con el contrato de trabajo a tiempo parcial. Esto, por un lado, ayuda a incluir también, en el ámbito protegido, las relaciones de trabajo para las cuales es menos evidente (si no completamente ausente) el desequilibrio en la presencia de hombres y mujeres (como en el trabajo de duración determinada y en el trabajo a través de empresas de trabajo temporal) y, por otro lado, evita tener que recurrir a datos estadísticos, que en algunos casos el Tribunal no consideró útiles para hacer constar la existencia de discriminación entre hombres y mujeres. En el caso *Cachaldora Fernández*, por ejemplo, el Tribunal no consideró que los datos estadísticos proporcionados al juez remitente fueran pertinentes para demostrar la existencia de una discriminación indirecta basada en el sexo³³.

La cuestión sigue siendo, a la luz de las observaciones planteadas, si aún existen hipótesis en las que todavía tiene sentido recurrir a la prohibición de

²⁹ Véanse Guaglianone 2007, p. 277 y ss., que remarca que los elementos de justificación son una parte integrante del concepto de discriminación indirecta. Véase también Izzi 2005, p. 125 y ss.

³⁰ Sobre este punto, véanse las observaciones de Zappalà 2009, p. 322 y ss.

³¹ STJUE de 14 de diciembre de 1995, C-317/93, *Nolte*.

³² Sobre la cuestión de los lectores, véanse Mattone 2008 y Varvaro 2009.

³³ STJUE de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Cachaldora Fernández*.

discriminación indirecta por razón de sexo para proteger a los trabajadores atípicos después de la disposición expresa de prohibición de discriminación por razón de tipo de contrato. No se puede excluir, de hecho, que haya situaciones en las que sea útil (si no totalmente necesario) el recurso a la prohibición de discriminación (indirecta) por razón de sexo o factores que no sean de tipología contractual, para censurar tratos desfavorables contra los trabajadores atípicos³⁴. De hecho, comienzan a aparecer enfoques similares en las sentencias del Tribunal de Justicia; en la reciente sentencia *Kleinstauber*, el Tribunal debió abordar cuestiones relativas a un supuesto trato desigual por razón de tipo de contrato, sexo y edad³⁵.

De hecho, hay casos en los cuales la comparación con trabajadores a tiempo completo y/o indefinido no permite identificar la existencia de discriminación por razón de tipo de contrato, como ocurre cuando la diferencia de trato se produce entre trabajadores que son todos titulares de contratos de trabajo atípico, por ejemplo, los trabajadores a tiempo parcial verticales y horizontales. En el caso de *Bruno y Pettini*, por ejemplo, la abogada general Sharpston señaló que la diferencia en el trato (en ese caso era el cálculo de la antigüedad) no se había dado tanto entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, sino entre trabajadores a tiempo parcial horizontales y trabajadores a tiempo parcial verticales, e invitó al Tribunal a censurar tal diferencia no tanto en virtud de la cláusula 4 de la directiva 97/81/CE, sino sobre la base del principio general de igualdad³⁶. El Tribunal, probablemente queriendo evitar caer en la misma situación que se creó después de *Mangold*³⁷, decidió no seguir las indicaciones de la abogada general y recondujo la situación a las pistas más convencionales del art. 4, comparando el trato reservado para los trabajadores a tiempo parcial verticales con el de los trabajadores a tiempo completo, y utilizando un término de referencia diferente³⁸.

En otras sentencias, esta vez relativas al trabajo de duración determinada,

³⁴ Es lo que sostiene encarnizadamente Aimo 2015, p. 638.

³⁵ STJUE de 13 de julio de 2017, C-354/16, *Kleinstauber*.

³⁶ Conclusiones de la abogada general E. Sharpston en los asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, *Bruno y Pettini*, espec. apartados 119 y ss.

³⁷ En *Mangold* el Tribunal de Justicia declaró que la prohibición de discriminación por razón de edad podía aplicarse a nivel interno en los Estados miembros incluso antes de que expirase el plazo para la transposición de la Directiva 2000/78 /CE como expresión del principio general de no discriminación. Esta postura fue, sin embargo, parcialmente revisada en sentencias posteriores. Sobre esta compleja cuestión, véase Peruzzi 2009, p. 105 y ss.

³⁸ En otras palabras, el Tribunal consideró discriminatorio calcular la antigüedad, útil para fines de jubilación, basándose únicamente en las semanas efectivas trabajadas, criterio aplicado por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS - Istituto Nazionale di Previdenza Sociale), en vez de en la duración de la relación laboral, incluidas las semanas no trabajadas en el contrato a tiempo parcial vertical. En este punto, se remite a las observaciones hechas en Alessi 2010, p. 975 y ss. Véase también, sobre la duración de una prestación por desempleo por los trabajadores a tiempo parcial vertical, STJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, *Espadas Recio*.

el Tribunal especificó *expressis verbis* que, en primer lugar, «los principios de igualdad de trato y no discriminación forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión», y que, en segundo lugar, «las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada (...) no están sujetas al principio de no discriminación consagrado en el acuerdo marco»³⁹. Afirmaciones como estas, que ahora se encuentran con frecuencia en las decisiones en materia de prohibición de discriminación, parecen ser contradictorias con la idea de que el principio de igualdad puede funcionar como una *palanca* de Arquímedes para socavar las competencias de la UE⁴⁰, al menos en relación a los trabajos atípicos. Para la discriminación en razón de factores específicamente identificados en las directivas más recientes, es cierto que el Tribunal formuló afirmaciones como las contenidas en la sentencia *Test Achats*, en la que las mismas disposiciones de una directiva fueron declaradas inválidas al contravenir lo dispuesto en los artículos 21 y 23 de la Carta⁴¹, pero la jurisprudencia en esta materia se pone a menudo ambigua e incierta, como señala la literatura⁴². En la afirmación de la existencia de una prohibición general de discriminación basada en el tipo de contrato como principio fundamental pesa, sin duda, la ausencia de una definición precisa de la prohibición mencionada, el hecho de que esta se basa en una característica no conectada a la persona del trabajador, como se verá más adelante, y la falta de inclusión explícita de la discriminación por razón del tipo de contrato en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En cuanto a esto último perfil, sin embargo, cabe recordar que la lista de factores de discriminación es una lista abierta, enunciativa y no taxativa, ya que esta está precedida por la aclaración «en particular»⁴³. Además, la calidad de trabajador atípico tiene en común con los otros factores de discriminación la identificación de una categoría social que está poco protegida y necesita protección⁴⁴, como lo demuestra, por no decir más, la literatura sobre el tema⁴⁵. De hecho, la pertenencia a la categoría de trabajadores atípicos produce efectos de desventaja no solo en el contexto de la

³⁹ STJUE de 11 de noviembre de 2010 (ord.), C-20/10, *Vino I*, apartados 52 y 57; STJUE de 22 de junio de 2011 (ord.), C-161/11, *Vino II*, puntos 21 y 28. Para este punto, véanse también Alessi 2012, p. 156 y ss.; Bonardi 2007, p. 123.

⁴⁰ Barbera 2007, p. XL; Bonardi 2010, p. 56 y ss.

⁴¹ STJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, apartados 32 y 33. Sobre la sentencia, véanse Bonardi, Calafà 2012, p. 831 y ss.

⁴² Barbera 2014, p. 388 y ss.

⁴³ Ver Barbera 2014, p. 391 y ss. Ni siquiera las explicaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales redactadas por el *Praesidium*, que también tienen el objetivo de limitar el alcance del art. 21, parecen discutir esta interpretación.

⁴⁴ En estos aspectos, véase De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7; Zappalà 2012, p. 165 y ss.; Berg 2016, p. 5 y ss.

⁴⁵ Véanse al menos Sennet 1999; Gallino 2014; para una perspectiva diferente, véase, entre otros, Mattina 2010.

relación laboral, sino también en la dimensión social. Piénsese en las principales dificultades para acceder al crédito y la vivienda, por ejemplo. Esta es una situación que afecta, al igual que ocurre con otros factores de discriminación, a la participación efectiva de los trabajadores precarios en la dimensión social, política y económica del Estado, en otras palabras, en la ciudadanía⁴⁶.

Este factor de discriminación, aunque peculiar por las razones que se mencionarán a continuación, tiene en común con otros el hecho de señalar a la persona que lo posee con un estigma social que afecta su dignidad; desde esta perspectiva, la inclusión del derecho a no ser discriminado por razón de tipo de contrato entre los derechos fundamentales no debería hallar dificultades.

4. TRABAJO ATÍPICO Y EFECTOS SOBRE LA VIDA LABORAL: LA CUESTIÓN DE LA ANTIGÜEDAD

La condición de trabajador atípico, como se ha mencionado, es uno de los factores de discriminación que no se basa en un elemento constitutivo de la personalidad de la persona protegida o en un atributo biológico, sino en un dato vinculado a un hecho objetivo, es decir, el hecho de ser parte de una relación laboral diferente a la *standard*. Este aspecto determina el carácter muy llamativo del factor en examen, ya que su existencia depende de varios elementos, algunos también vinculados a la elección voluntaria (que sin embargo no se puede decir así, de la mayoría de los casos)⁴⁷ del trabajador, lo que constituye una diferencia con respecto a otros factores vinculados a elecciones personales, como la orientación política o sindical, las opiniones personales, etc.⁴⁸. Esta condición es por lo tanto reversible y puede ocurrir varias veces en el curso de la vida laboral; en este sentido cabe señalar que la protección ofrecida por las directivas se proyecta sobre toda la vida laboral del sujeto y se desarrolla incluso cuando el trabajador ha sido contratado con un contrato de trabajo *standard* cada vez que su pasada condición de trabajador atípico puede ser tomada en cuenta para determinar los

⁴⁶ En este sentido, véanse las observaciones de Standing 2015. Para el hecho de que la protección antidiscriminatoria de los trabajadores atípicos sirva para remediar las desventajas que afectan a las personas en riesgo de exclusión social, véase Roccella 2006, p. 108 y ss.; Borelli 2007, p. 179 y ss.

⁴⁷ Los estudios sobre la materia muestran que un alto porcentaje de trabajadores acepta un contrato de trabajo atípico en ausencia de una solución diferente. Véase el informe de la OIT 2016, p. 57 y ss. mostrando como las tasas de empleo temporal involuntario han crecido en casi todos los países europeos considerados entre 2007 y 2014 y cómo el promedio se sitúa aún por encima del 60% del número de trabajadores (con un máximo de casi el 90 % en Chipre y Turquía). Incluso el trabajo a tiempo parcial involuntario ha crecido durante el mismo período, aunque los porcentajes son más bajos, lo que también se debe al hecho de que las mujeres a menudo escogen el trabajo a tiempo parcial para satisfacer las necesidades de cuidado (véanse los datos en las pp. 79 y ss. del informe). Sobre este tema, véase también el informe de Eurofound 2017, espec. 7 y ss.; Green, Livanos 2017, p. 180 y ss. Sobre el principio de voluntariedad en el contrato a tiempo parcial, véase Delfino 2008; Calvellini 2016.

⁴⁸ Sobre este tema, véase Aimo 2007.

tratos a los que tiene derecho el trabajador⁴⁹. Los casos más conocidos en los que se ha producido una situación de este tipo son, por ejemplo, los relativos a los efectos de calcular la antigüedad de los trabajadores con contratos de duración determinada, empleados por el mismo empleador (público generalmente) por un período indefinido, a los efectos de promoción profesional o de determinación del nivel salarial. El Tribunal de Justicia a menudo ha censurado la legislación nacional que permitía no considerar en la antigüedad de los trabajadores fijos de la función pública los períodos de trabajo anteriores realizados como trabajadores con contratos de duración determinada. En un caso relativo a Italia, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que los períodos de servicio como trabajador con contrato por un periodo determinado, debían ser considerados como antigüedad del mismo trabajador cuando se colocaban sobre el papel siguiendo un procedimiento de estabilización, incluso si esto producía «discriminaciones inversas»⁵⁰ en detrimento de los trabajadores reclutados mediante oposición. De hecho, según el Tribunal, «tal exclusión total y absoluta se basa intrínsecamente en la premisa general según la cual la duración indefinida de la relación de servicio de determinados empleados públicos justifica por sí misma una diferencia de trato en relación con los empleados públicos con contrato de duración determinada, privando así de su esencia a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco»⁵¹.

Es evidente que en estos casos el Tribunal hace una comparación mirando no solo la situación en la que el trabajador se encuentra en el momento en que entra en consideración una diferencia de trato (el procedimiento de estabilización en comparación con la contratación mediante oposición), sino también la pasada. En la sentencia *Rosado Santana*, por ejemplo, el Tribunal de Justicia

⁴⁹ El Tribunal lo manifestó claramente en las sentencias en las que se discutió el reconocimiento de la antigüedad adquirida mediante una serie de contratos por un periodo determinado por parte de los trabajadores contratados para un tiempo indeterminado. El Tribunal sostuvo que «el mero hecho de que los demandantes en el procedimiento principal hubieran adquirido la condición de trabajadores fijos no excluía la posibilidad de que se valieran, bajo determinadas circunstancias, del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del acuerdo marco»: véase STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11, *Valenza y otros*, apartado 34; véase STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartado 41.

⁵⁰ Según la defensa del Estado italiano, la disposición que excluía del cómputo de antigüedad los períodos cubiertos con un contrato de duración determinada debía considerarse justificada con el fin de evitar el trato de desventaja de los trabajadores contratados mediante oposición que no podían beneficiarse de períodos de trabajo anteriores. La justificación es, sin embargo, inaceptable, ya que, por un lado, no está claro lo que es la discriminación sufrida por estos últimos, ya que la situación no es en absoluto la misma; en segundo lugar, cabe recordar que el principio de igualdad no excluye un trato que aporte mejoras para los trabajadores atípicos, sino que es una garantía de un trato mínimo no inferior a aquel garantizado a los trabajadores *standard*. Así que, de hecho, se deriva de las formulaciones de las directivas, que establecen que los trabajadores atípicos no deben recibir un «trato menos favorable» (art. 4 de la directiva 99/70/CE y art. 4 de la directiva 97/81/CE) o, mejor aún, que deben tener las condiciones básicas de trabajo y empleo «al menos idéntica» (art. 5 de la directiva 2008/104/CE) a las de los de trabajadores *standard*. En el caso de los trabajadores atípicos, los tratos de mejora podrían ser muy bien justificados por la necesidad de mitigar la condición de precariedad en la que se encuentran. Véase en este sentido, Borelli 2007, p. 181 y ss.

⁵¹ STJUE de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11, *Valenza*, apartado 62; STJUE (ord.) 4 de septiembre de 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

indicó exactamente esta consideración, en la que señaló que «el mero hecho de que el demandante en el litigio principal haya adquirido la condición de funcionario de carrera (...) no excluye la posibilidad de que éste pueda invocar en determinadas circunstancias el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco», especificando que otra estimación, «conduciría a una interpretación indebidamente restrictiva de esta cláusula contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁵².

Hay que compartir la conclusión ofrecida por el tribunal; además, la diferencia entre acceder a un puesto de trabajo mediante oposición y el procedimiento de estabilización hallado en la experiencia italiana no parece justificar la falta de consideración de la antigüedad previa, ya que incluso aquellos que acceden al puesto de trabajo mediante oposición, también podrían reclamar períodos de trabajo anteriores realizados como trabajadores con contrato de duración determinada. Después de todo, esta era la situación de hecho que dio lugar a la sentencia *Rosado Santana* y que se presentará en el momento de acceder al puesto de trabajo mediante oposición de los precarios de la escuela italiana. De hecho, como se recordará, tras la intervención del Tribunal de Justicia de la UE⁵³, primero, y del Tribunal Constitucional italiano⁵⁴, después, se revisó la legislación que permitía al Estado reiterar sin límite la asunción con contrato de duración determinada de los docentes para responder a las necesidades de cobertura de la docencia en el sector escolar⁵⁵. Después de las dos sentencias, la ley n.º 107/2015 previó por primera vez el límite de treinta y seis meses para la contratación de duración determinada destinada a ocupar los puestos vacantes y disponibles en la escuela y, en segundo lugar, la realización de un concurso público cada tres años para el nombramiento de los docentes. Llegados a este punto se planteará, sin duda, la cuestión del reconocimiento de la antigüedad adquirida en contratos anteriores de duración determinada, que probablemente será la prueba principal para la aplicación de los principios que acabamos de mencionar y que solo podrán resolverse mediante los mismos⁵⁶.

5. TRABAJO ATÍPICO, FLEXIBILIDAD E INTERESES DE LA EMPRESA

Otro aspecto importante de la prohibición de discriminación contra los trabajadores atípicos es su función de regulación de la competencia, tanto entre las empresas como entre los trabajadores; la prohibición impide, por lo tanto, que

⁵² STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, apartados 41 y 44.

⁵³ STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri c. MIUR*. Véase el comentario de Calafà 2015a.

⁵⁴ Tribunal Constitucional de 20 de julio de 2016, n. 187, en *DRI*, 2016, 1119 y ss., con comentario de Del Frate 2016.

⁵⁵ Para más información, véase Pinto 2014, p. 921 y ss.; para este tema véase también Menghini 2012.

⁵⁶ En términos similares, Tomioli 2016, p. 564 y ss. Véanse también los comentarios de Aimo 2017.

la flexibilidad sea un instrumento utilizado al margen de las necesidades reales de las empresas, con el único fin de reducir los costes laborales, con desprecio de los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular el derecho a no recibir un trato diferente al de aquellos que están en puestos de trabajo similares. Que el principio de igualdad también tenga esta función no es una gran novedad, ya que el art. 119 del Tratado de Roma, que prohibía las diferencias salariales entre hombres y mujeres, ya lo tenía en cuenta⁵⁷. Aunque esto es cierto, sin embargo, también cabe decir que, de conformidad con el derecho europeo y la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, una vez respetado el principio de igualdad, el uso de la flexibilidad no se considera un hecho en sí mismo negativo, ya que a menudo se encuentra en la jurisprudencia la afirmación de que “el beneficio de la estabilidad en el empleo se concibe como un factor importante para la protección de los trabajadores”⁵⁸.

No es negativo para el trabajo a tiempo parcial, cuya directiva 97/81/CE establece la obligación de los Estados miembros de promover su difusión, obligación que ha sido tenida en cuenta en algunas sentencias del Tribunal de Justicia⁵⁹. Por supuesto, en este caso el contrato también tiene como objetivo permitir la conciliación del trabajo con las necesidades de cuidados y sirve para facilitar la entrada y permanencia en el mercado laboral, en concreto, de las mujeres⁶⁰; pero también es un instrumento que, en la mayor parte de los países europeos, no garantiza en absoluto las mismas perspectivas de desarrollo y promoción profesional que el contrato a tiempo completo. Entre otras cosas, el mismo uso masivo del trabajo a tiempo parcial por parte de las mujeres contribuye a la perpetuación de una distribución desigual de las tareas de cuidado entre los sexos, como lo demuestran numerosas encuestas en esta materia⁶¹.

Ni siquiera en el caso de trabajo de duración determinada y de trabajo temporal, puede decirse que el enfoque europeo sea de cierre, una vez que hayan proporcionado las medidas para prevenir los abusos y sanciones para las mismas. Esta declaración sonaría evidente por sí misma, salvo que en las sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la utilización abusiva de contratos de duración determinada se puede observar una tendencia a reconocer el cumplimiento a la directiva 99/70/CE en la casi totalidad de las medidas previstas por los Estados miembros y a considerar, en general, no en conflicto con el derecho de la UE

⁵⁷ Barbera 1991, p. 121 y ss.; Roccella, Treu 2016, p. 280 y ss.

⁵⁸ T. Jus. de 23 de abril 2009, asuntos acumulados C-378 a C-380/07, *Angelidaki*, apartado 105.

⁵⁹ STJUE de 24 de abril de 2008, C-55/07 y 56/07, *Michaeler*; STJUE de 7 de abril de 2011, C-151/10, *Dai Cugini NV*.

⁶⁰ En verdad, el hecho de que el desequilibrio de género entre los trabajadores a tiempo parcial involuntarios no sea muy acusado (véase Eurofound 2017, p. 10) refleja el hecho de que muchas mujeres, al igual que los hombres, aceptan un empleo a tiempo parcial en ausencia de otras perspectivas ocupacionales.

⁶¹ Véase como ejemplo, Istat 2008, p. 19 y ss.

las normas nacionales que permiten el uso del contrato de duración determinada durante muchos años consecutivos⁶². No es posible extenderse demasiado sobre esta cuestión, porque el análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre medidas para prevenir los abusos va más allá del ámbito de este ensayo; sin embargo, cabe subrayar que la actitud permisiva del Tribunal en este tema quizás pueda explicar el mayor rigor con el que interviene en el principio de igualdad de trato, que por lo tanto se convierte, desde esta perspectiva, en el único antídoto contra la flexibilidad⁶³. En otras palabras, se puede afirmar que el Tribunal tiende a dar prioridad, en su interpretación, a la finalidad ocupacional de las directivas sobre el trabajo atípico, como es bastante evidente en la única sentencia pronunciada hasta ahora sobre el contenido preceptivo de la directiva en materia de trabajo mediante empresas de trabajo temporal⁶⁴, compensando las aperturas a favor de las necesidades de las empresas con una lectura estricta del principio de igualdad. Una actitud de este tipo se encuentra con una claridad inusual en la reciente sentencia de *Abercrombie & Fitch*, en el que el Tribunal de Justicia no considera que la ley italiana sobre trabajo intermitente sea contraria a la prohibición de discriminación por edad, haciendo hincapié en el objetivo de la integración en el mercado laboral de los jóvenes, alcanzado mediante «el hecho de facilitar la contratación de jóvenes trabajadores aumentando la flexibilidad de la gestión del personal»⁶⁵. En la sentencia en cuestión, sin embargo, el Tribunal valoró como adecuada para contrarrestar dicha flexibilidad, la existencia de un «determinado número de garantías», identificadas precisamente en el principio de igualdad de trato para los períodos laborales establecidos en el art. 38 del decreto legislativo n° 276/2003, actualmente reproducido en el art. 17 del decreto legislativo n° 81/2015. El Tribunal, sin embargo, olvida que el principio de igualdad solo se aplica, precisamente, para los períodos de trabajo y que en los períodos de disponibilidad, entre una llamada y la otra, el trabajador no goza de ningún tipo de protección (salvo en los casos en los que tiene que responder a la llamada). Además, el trabajador ni siquiera tenía la garantía de un mínimo de días de trabajo

⁶² STJUE de 26 de enero del 2012, C-586/10, *Kücük*, en la que el Tribunal afirmó que la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (por una duración total, en este caso, de 13 años) por un motivo «recurrente, si no incluso permanente (...) no implica la ausencia de una razón objetiva en base a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada ni la existencia de un abuso en el sentido de tal cláusula. Sin embargo, en otras sentencias, el Tribunal determinó que los contratos de duración determinada no podían utilizarse para satisfacer las necesidades fijas de una empresa. Véase STJUE de jueves, 13 de marzo de 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*, apartado 55.

⁶³ En este sentido, véanse también las observaciones de De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7 y ss.

⁶⁴ STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13, *AKV*, apartado 23, según el cual las prohibiciones o restricciones impuestas al uso del trabajo a través de empresas de trabajo temporal deben estar justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal, a la seguridad y salud en el trabajo, a la necesidad de garantizar el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo y la prevención del abuso.

⁶⁵ STJUE de 19 de julio de 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, apartado 38.

(como de hecho sucedía en el caso *Wippel*⁶⁶), siendo por el contrario necesarios un máximo de 400 días de trabajo efectivo durante tres años, bajo pena de conversión a un contrato indefinido. El equilibrio, desde este punto de vista, no parece nada justo.

6. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Las consideraciones anteriores explican por qué en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y también en la escasísima jurisprudencia italiana sobre la materia, la prohibición de discriminación ha asumido tal magnitud para volver, tanto para el contrato de duración determinada como para el de tiempo parcial, en el principio regulador de la flexibilidad, el único, como hemos visto, directamente aplicable.

En lo que respecta al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el Tribunal de Justicia todavía no ofrece indicaciones; en los casos presentados hasta el momento las cuestiones planteadas se refieren al concepto de trabajador⁶⁷, a las restricciones a la cesión de trabajadores previstas en los Estados miembros⁶⁸ y la aplicabilidad de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada a la relación entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal⁶⁹. Para este tipo de contrato, el principio de igualdad tiene algunos aspectos de diferenciación en comparación con las disposiciones de las directivas 99/70/CE y 97/81/CE. En primer lugar, la Directiva 2008/104/CE establece que se aplican condiciones *idénticas* a los trabajadores cedidos que a los trabajadores *standard* de la empresa usuaria, pero solo con referencia a los tratos básicos de trabajo y empleo⁷⁰; en segundo lugar, los Estados miembros pueden establecer disposiciones que constituyan excepciones al principio de igualdad en las condiciones previstas por dicha Directiva⁷¹, la que favorece con mayor intensidad que la directiva 99/70/CE el objetivo ocupacional del trabajo temporal más que la necesidad de limitación de su uso por parte de las empresas⁷². Se trata de un elemento que podría desempeñar un papel decisivo en la consideración por parte del Tribunal de Justicia de la naturaleza incondicional y suficientemente precisa del principio a efectos de su aplicabilidad directa en los Estados miembros. La jurisprudencia anterior en temas de trabajo a duración

⁶⁶ STJUE de 12 de octubre de 2004, C-313/02, *Wippel*.

⁶⁷ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH*.

⁶⁸ STJUE de 17 de marzo de 2015, C-533/13, *Auto Ja*.

⁶⁹ STJUE de 11 de abril de 2013, C-290/12, *Della Rocca*.

⁷⁰ Según Ferrara 2014, p. 126, por otra parte, el principio de igualdad se aplica solo en los tratos explícitamente indicados en la lista mencionada en el art. 3, letra f) de la Directiva 2008/104/CE.

⁷¹ Sobre estos aspectos, véase Ferrara 2012.

⁷² Aimo 2015, espec. p. 639 y ss.

determinada y a tiempo parcial, como muestra la literatura, podría desempeñar un papel importante en la posición del Tribunal⁷³.

Cabe decir también que el Tribunal, en su elaboración, fue más allá de lo que se esperaba al determinar el alcance de la prohibición de discriminación. Esto ocurre, sobre todo, en la detección de las condiciones de trabajo, cuya igualdad debe garantizarse para los trabajadores atípicos respecto a los trabajadores *standard*. Incluso en este caso no es posible analizar completamente la jurisprudencia europea, que es muy compleja y también muy conocida. Sin embargo, debe señalarse que el punto de mayor tensión es no tanto la inclusión de la retribución en las condiciones de trabajo, sino la posterior expansión del concepto de salario hasta abarcar también las prestaciones de pensión ofrecidas por los sistemas legales de seguridad social, como ha ocurrido en los casos que han afectado el sistema italiano, tanto por las prestaciones ofrecidas por el INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza e Assistenza per il Dipendenti della Pubblica Amministrazione)⁷⁴, en el famosísimo caso de la edad de jubilación de las mujeres en el sector público⁷⁵, como por las provistas por el INPS, en el menos célebre caso de Alitalia⁷⁶, que continúa siendo ignorado por nuestro legislador, aunque el Tribunal Supremo italiano ya haya sostenido tal principio en numerosas sentencias⁷⁷.

Si bien para el primer aspecto me parece que la orientación del Tribunal, ahora consolidada, es incuestionable⁷⁸, en el segundo aspecto es lícito plantear más de una duda. La igualación de las prestaciones de pensión otorgadas por el sistema general de la seguridad social al salario, en definitiva, es demasiado llamativo para no ser censurado, aunque en todos los casos en los que el Tribunal ha sostenido esta interpretación, el motivo era, después de todo, comprensible.

Debo decir, sin embargo, que en su jurisprudencia más reciente el Tribunal parece retroceder un poco sobre sus propios pasos, eliminando las interpretaciones

⁷³ Y también Aimo 2015, p. 646 y ss.

⁷⁴ El INPDAP era el Instituto de seguridad social para los empleados de las administraciones públicas, ahora incorporado en el INPS (Instituto Nacional de Seguridad Social)

⁷⁵ STJUE 13 de noviembre de 2008, C-46/07, *Comisión contra República Italiana*. Sobre esta cuestión, véase Ravelli 2008.

⁷⁶ STJUE de 10 de junio de 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps contra Bruno e Pettini*. RGL, 2011, II, p. 263 y ss., con nota de Altamari 2011, al cual se remite para más detalles.

⁷⁷ T. Supremo de 6 de julio de 2017, n.º 16677; T. Supremo 10 de noviembre de 2016, n.º 22936, en *GD*, 2016, n.º 49-50, p. 71 y ss.; T. Supremo 3 de diciembre de 2015, n.º 24647. *FI*, 2016, I, c. 518 y ss.; sobre esta cuestión, véase Giuliani 2017.

⁷⁸ De hecho, según el Tribunal, una cosa es la fijación del nivel de los diversos elementos constitutivos de la remuneración de un trabajador, que corresponde a los Estados miembros, mientras que otra cosa es decidir «si uno de los elementos de la remuneración deber ser concedido, como condición de trabajo, a un trabajador con un contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador con contrato de duración indefinida»: sobre esta cuestión, STJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, apartados 46 y 47.

más cuestionables. En el caso de *Cachaldora Fernández*⁷⁹, relativo al cálculo de la antigüedad contributiva de los trabajadores a tiempo parcial, el Tribunal recondujo las pensiones pagadas por el INSS a las prestaciones de los sistemas legales de la seguridad social. Se adoptó la misma interpretación en *Elbal Moreno*, en la que el Tribunal declaró que el criterio de cálculo aplicado por la ley española, que impide el acceso a las prestaciones sociales a los trabajadores a tiempo parcial «menores», integraba la discriminación indirecta por razón de sexo, de conformidad con el art. 4, de la dir. 79/7 /CE⁸⁰. En *Cachaldora Fernández*, sin embargo, la conclusión fue diferente, ya que el Tribunal no consideró como discriminación (indirecta) por razón de sexo el criterio de cálculo aplicado para las prestaciones de jubilación, que penaliza a los trabajadores que en el último período han trabajado a tiempo parcial en comparación con los trabajadores que, por el contrario, han trabajado a tiempo completo, en ausencia de datos estadísticos significativos al respecto⁸¹.

Otro caso en el que la consideración de un beneficio económico como remuneración ha tenido efectos dudosos se refiere a los subsidios concedidos por los hijos a cargo; una sentencia reciente del Tribunal de Justicia los consideró una remuneración pero, al hacerlo, los sometió al criterio *pro-rata temporis*, lo que permitió reducirlos proporcionalmente a las horas de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial⁸². La solución plantea más de una perplejidad, ya que en la motivación⁸³ (y también en las conclusiones del Abogado General⁸⁴) el Tribunal afirma que dado que la prestación retributiva es divisible, entonces también puede ser proporcional. Tal conclusión deja de considerar que la función del complemento por hijos a cargo, incluso si está previsto en el contrato colectivo y si es complementario de las prestaciones familiares de origen legal, no es para compensar la prestación laboral, sino la de responder a una necesidad del trabajador que no tiene ningún tipo de conexión con las horas trabajadas por el mismo⁸⁵. En concreto, es una función social clarísima⁸⁶. Esta resolución

⁷⁹ STJUE de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Calchadora Fernández*.

⁸⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2012, n. 11. *RGL*, 2013 II, 479 y ss., con nota de Alessi.

⁸¹ Esto remite a la importancia del uso de estadísticas en estos casos, un argumento para el cual me remito a la contribución de Bonardi y Meraviglia 2017.

⁸² STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*

⁸³ STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*., anteriormente mencionado, apartado 21.

⁸⁴ Véanse las conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 13 de febrero de 2014, espec. los apartados 34 y ss.

⁸⁵ Estas son las palabras de la misma Abogada General Sharpston, quien luego añade que «la existencia del hijo y la necesidad de cubrir los gastos asociados a su crianza son cuestiones independientes de que el trabajador trabaje a tiempo completo o a tiempo parcial», para concluir que, sin embargo, siendo un elemento de la remuneración, la asignación debe ser proporcional, y es oportuno aplicar el principio *pro rata temporis* cuando la prestación sea retributiva.

⁸⁶ Sobre este punto, véase Laulom 2015, p. 55.

demuestra que, para la aplicación del principio *pro rata temporis*, no basta con considerar la naturaleza económica o normativa del trato concedido al trabajador y la vinculación del mismo trato al trabajo, sino que debe tener en cuenta su función.

Así como en el tema de las prestaciones de seguridad social, como hemos visto, ha tenido algunas fluctuaciones en la jurisprudencia, en otros aspectos se puede decir que hay orientaciones totalmente consolidadas: es el caso de la antigüedad, que según el Tribunal entra dentro del concepto de remuneración y, por lo tanto, de condiciones de trabajo. Si se permite abrir un breve paréntesis, el Tribunal aborda la cuestión de la antigüedad para diferentes propósitos: por un lado, como un criterio para determinar el derecho a la prima de antigüedad, como hemos dicho; por otro, como un requisito útil para determinar el nivel salarial y la clasificación profesional del trabajador.

Por un lado, el Tribunal a menudo ha destacado que las primas de antigüedad también se deben a los trabajadores con contratos a tiempo determinado, en las mismas condiciones que para los trabajadores a tiempo indeterminado⁸⁷; por otro lado, en algunas sentencias el Tribunal ha establecido que la antigüedad adquirida en virtud de una serie de contratos de duración determinada contribuye a determinar la antigüedad total del trabajador⁸⁸, incluso si el contrato se convierte en un contrato de duración indefinida en virtud de un proceso de estabilización o de una oposición.

En particular, en un litigio relativo al Estado italiano, el Tribunal especificó que el diferente criterio de cálculo de antigüedad entre los trabajadores estabilizados y los trabajadores contratados tras haber superado una oposición no puede justificarse por la necesidad de evitar una discriminación inversa contra estos últimos⁸⁹. Esta necesidad no constituye, según el Tribunal, una «razón objetiva» en el sentido del artículo 4 de la Directiva 99/70/CE, que “excluye por completo y en cualquier circunstancia que se tomen en consideración todos los períodos de servicio prestados en el marco de contratos de trabajo de duración determinada”, lo que sugiere que tal obligación puede permitir, en todo caso, un recálculo de la antigüedad.

Como hemos visto, el alcance del principio de igualdad ahora parece ser bien definido por el Tribunal Europeo y también por los tribunales nacionales. Una limitación con respecto a su aplicación puede derivarse, en algunos casos, de la ausencia del término de referencia, es decir, el trabajador fijo con el que comparar el trato reservado para el trabajador atípico.

⁸⁷ STJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*; en el mismo sentido, véase STJUE de 9 de julio de 2015, C-177/14, *Regojo Dans*; STJUE de 18 de marzo de 2011 (ord.), C-273/10, *Montoya Medina*.

⁸⁸ STJUE de 21 de septiembre de 2016 (ord.), C-631/15, *Alvarez Santirso*.

⁸⁹ STJUE (ord.) de 4 de septiembre de 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

Un primer problema es que la prohibición de discriminación se aplica al trato de los trabajadores atípicos respecto a los trabajadores *standard* y no las diferencias de trato que puede surgir entre los mismos trabajadores atípicos, que según el Tribunal de Justicia no están cubiertas por el principio de no discriminación, como se ha podido ver. En un caso relativo a la ley francesa, entre otros, el intento de superar esta restricción a través de la prohibición de discriminación por razón de edad no tuvo éxito, en concreto en el supuesto de la no comparabilidad de la situación de los trabajadores jóvenes que celebran un contrato de duración determinada para un período comprendido dentro de sus vacaciones escolares y otros trabajadores temporales⁹⁰.

En resumen, el alcance de la prohibición de discriminación de los trabajadores atípicos podría estar limitado solo por el juicio de comparación, o porque la distinción no atañe a los sujetos previstos en la directiva, o porque, como en el famoso (y sobrevalorado) caso *Wippel*⁹¹, no es posible identificar al trabajador fijo comparable. En el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades (que es similar al trabajo intermitente en Italia o al trabajo fijo discontinuo en España) el Tribunal, como es sabido, descartó la posibilidad de aplicar la prohibición de discriminación por la ausencia de un trabajador a tiempo completo en la empresa que tenía el mismo tipo de contrato y la misma relación laboral que la Sra. *Wippel*. Sin embargo, se trata de un caso aislado, y ciertamente no indica una tendencia por parte del Tribunal de reducir la posibilidad de realizar una comparación. En el caso *O*, por ejemplo, el Tribunal señaló que la comparabilidad de dos situaciones no requiere su identidad y que «el examen de tal comparabilidad debe llevarse a cabo no en forma global o abstracta, sino de una manera específica y concreta en referencia a la prestación de que se trate»⁹². Recientemente se hizo una consideración similar en la sentencia de *Abercrombie*⁹³, sobre el contrato de trabajo intermitente, que confirma lo que se acaba de decir.

Desde este punto de vista, por lo tanto, la prohibición de discriminación es, sin duda, la medida de protección que el Tribunal considera más eficaz para mitigar la situación de precariedad de los trabajadores atípicos, siempre que el uso de la flexibilidad pueda ser considerado no solo útil, pero también, en el caso del trabajo temporal, como un instrumento para incrementar el empleo.

En conclusión, parafraseando el título de un ensayo reciente de Caroline de la Porte y Patrick Emmenegger⁹⁴, se puede concluir que los trabajadores atípicos siguen siendo atípicos, pero al menos son iguales.

⁹⁰ STJUE de 1 de octubre de 2015, C-432/14, *O*. La cuestión se refiere al no reconocimiento de la indemnización por rescisión de contrato de los trabajadores que han firmado un contrato de duración determinada durante las vacaciones escolares o universitarias. Sobre este punto, véase Laulom 2015, p. 57.

⁹¹ STJUE 12 de octubre de 2004, C-313/02. Sobre la cuestión, véase Militello 2005; Ricci 2006.

⁹² STJUE 1 de octubre de 2015, C-432/14, *O*, punto 32 de los fundamentos.

⁹³ STJUE 19 de julio de 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, apartado 25.

⁹⁴ De La Porte, Emmenegger 2016.

Referencias bibliográficas

Aimo M. (2017), *Incostituzionalità (parziale) del sistema delle supplenze e riforma della scuola*, en RGL, II, p. 4 y ss.

Aimo M. (2015), *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, en DLRI, p. 635 y ss.

Aimo M. (2012), *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*. RGL, I, p. 147 y ss.

Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in Barbera M. (a cargo de), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. 43 y ss.

Alaimo A. (2001), *Commento all'art. 4*. Brolo M. (a cargo de), *Il lavoro a tempo parziale. Comentario al decreto legislativo n.º 61/2000*, Milán, Ipsoa, p. 70 y ss.

Alessi C. (2015), *Flessibilità del lavoro e giovani*, en RGL, I, p. 307 y ss.

Alessi C. (2014), *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, en Carinci F., Zilio Grandi G. (a cargo de), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, Adapt, e-Book series n.º 30, p. 90 y ss.

Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli.

Alessi C. (2010), *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*. D&L, p. 975 y ss.

Altimari M. (2016), *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, Napoli, Esi.

Altimari M. (2011), *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps: la Corte di Giustizia amplia la nozione di retribuzione*. RGL, II, 263 y ss.

Alvino I. (2016), *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo en el decreto legislativo n.º 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*. RIDL, I, p. 657 y ss.

Barbera M. (2014), *Voce: Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in ED (*Annali VII*), Milán, Giuffré, p. 377 y ss.

Barbera M. (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Ead. (Dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. XIX y ss.

Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d. lgs. n.º 81/2015*, in Ghera E., Garofalo D. (Dir.), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 220 y ss.

Berg J. (2016), *Non standard employment: challenges and solutions*, in *IusLabor*, n. 3, p. 1 y ss.

Bonardi O. (2010), *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT, n.º 83/2010.

Bonardi O. (2007), *Le discriminazioni sulla base dell’età*, in Barbera M. (Dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milán, Giuffré, p. 125 y ss.

Bonardi O., Calafà L. (2012), *I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso Test Achats alla Corte di Giustizia UE*, in *Studium Iuris*, p. 831 y ss.

Bonardi O., Meraviglia C., Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio, in Bonardi O. (Dir.), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse.

Borelli S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Turin, Giappichelli.

Bramshuber E. (2016), *Fixed-term work and social inclusion*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (Dir.), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 43 y ss.

Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni*, in F. Carinci (a cargo de), *Observaciones sobre el decreto legislativo de 15 de junio de 2015, n.º 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-Book series, n. 48, p. 29 y ss.

Calafà L. (2015a), *Il dialogo multilevel tra corti e la «dialettica prevalente»: le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di Giustizia*, en *RIDL*, II, 309 y ss.

Calafà L. (2015b), *Lavoro a tempo parziale*. F. Carinci (a cargo de), *Observaciones sobre el decreto legislativo de 15 de junio de 2015, n.º 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, adapt, e-Book series, n. 48, p. 98 y ss.

Calvellini G. (2016), *La volontarietà del part-time: un principio dimenticato da riscoprire*, en *DLRI*, p. 671 y ss

Corazza L. (2013), *Il lavoro a termine nel diritto dell’Unione Europea*. Del Punta R., Romei R. (Dir.), *I rapporti di lavoro a termine*, Milán, Giuffré, p. 1 y ss.

De La Porte C., Emmenegger P. (2016), *The Court of Justice of the European Union and fixed term workers: still fixed, but at least equal*, Working Paper ETUI 2016.01.

De Simone G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*. LD, p. 527 y ss.

Del Frate M. (2016), *La Corte costituzionale sulla vicenda dei precari della scuola: un intervento risolutivo?*, en *DRI*, p. 1119 y ss

Delfino M. (2015), *La Corte di Giustizia e la via tortuosa del consenso individuale nel «part-time»*, en *RIDL*, II, p. 357 y ss.

Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Nápoles, Jovene.

Eurofound (2017), *Aspects of non standard employment in Europe*, Dublín, Eurofound.

Ferrara M.D. (2014), *Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Aspetti problematici e modelli di implementazione*. DRI, p. 111 y ss.

Ferrara M.D. (2012), *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Padua, Amon.

Gallino L. (2014), *Vite rinviate: lo scandalo del lavoro precario*, Bari, Laterza.

Giuliani A. (2017), *L'anzianità contributiva nel lavoro a tempo parziale verticale ciclico: linee evolutive della giurisprudenza di legittimità nazionale nella prospettiva costituzionale ed europea*. DRI, p. 188 y ss.

Green A. E., Livanos I. (2017), *Involuntary non-standard employment in Europe*, in *European Urban and Regional Studies*, n. 24, p. 175 y ss.

ILO (2016), *Non standard employment around the world*, Ginebra, ILO Publications.

Istat (2008), *Conciliare lavoro e famiglia. Una sfida quotidiana*, Roma, Istat.

Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Nápoles, Jovene.

Laulom S. (2015), *Actualité du droit social de l'Union Européenne 2014/2014. SSL, Supplement*, n.º 1702.

Mattina E. (2010), *Elogio della precarietà: il lavoro tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, Soveria Mannelli, Rubettino.

Mattone M. (2008), *Gli ex lettori di lingua straniera nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea e la posizione dell'Italia*, in *DE*, p. 691 y ss.

Militello M. (2005), *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*. DLM, p. 661 y ss.

Menghini L. (2012), *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, en *RGL*, I, 699 y ss.

Pandolfo A., Passalacqua P. (2016), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in Magnani M., Pandolfo A., Varesi P.A. (Dir.), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, Giappichelli, p. 109 ss.

Peruzzi M. (2009), *Da Mangold in poi. L'interpretazione delle direttive 2000/43/Ce e 2000/78/ce nelle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia*, in Calafà L., Gottardi D. (Dir.), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, p. 105 y ss.

Pinto V. (2014), *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*. LPA, 6, 921

Ravelli F. (2008), *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*. RCDL, 1145 y ss.

Recchia G.A. (2015), *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in Ghera E., Garfoalo D. (a cargo de), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 117 y ss.

Ricci G. (2006), *Il lavoro a chiamata: una fattispecie «atipica» per la Corte di Giustizia*, in *FI*, V, citado previamente, 268 y ss.

Roccella M. (2006), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *DLM*, p. 108 y ss.

Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Pádua, Cedam.

Sennet R. (1999), *L'uomo flessibile: le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milán, Feltrinelli.

Standing G. (2015), *Diventare cittadini: un manifesto del precariato*, Milán, Feltrinelli.

Tomiola C. (2016), *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (a cargo de), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 561 y ss.

Varvaro S. (2009), *Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di retribuzione di lettori e collaboratori ed esperti linguistici*. *LPA*, II, p. 393 y ss.

Zappalà L. (2012), *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Turín, Giappichelli.

Zappalà L. (2009), *I lavori atipici*, in Sciarra S., Caruso B. (a cargo de), *Il lavoro subordinato*, in Ajani G., Benacchio G.A. (directo del), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, vol. V, Torín, Giappichelli, p. 322 y ss.

Zappalà L. (2008), *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*. *RGL*, I, p. 537 y ss.