

LA EDAD COMO CRITERIO NORMATIVO. CONCULCACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJAR Y DEL DERECHO AL TRABAJO

[Comentario a las SSTJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG, de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, y de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe *] **

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LIBERTAD e igualdad constituyen un binomio léxico cuyo producto notable es la persona, de tal manera que si desaparece uno de ellos desaparece la persona y, en cuanto disminuya una u otra, la personalidad padece y se es menos persona. Eso acontece en la medida en que se admitan discriminaciones. Esa trascendente consecuencia es objeto, en definitiva, de consideración en las sentencias que dan oportunidad al presente trabajo.

Palabras clave: libertad de trabajo, derecho al trabajo, principio de igualdad, discriminación y edad.

* En el que participan: AOK Westfalen-Lippe, BKK-Landesverband Nordrhein-Westfalen, Vereinigte IKK, Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See –Dezernat 0.63–, Landwirtschaftliche Krankenkasse NRW, Verband der Angestellten-Krankenkassen eV, AEV – Arbeiter-Ersatzkassen– Verbnd eV, Kassenzahnärztliche Vereinigung Westfalen-Lippe.

** Véase el texto íntegro de esta STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07 en RTSS. CEF, núm. 326, mayo 2010 y SSTJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, y de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, en RTSS. CEF, núm. 323, febrero 2010.

AGE AS A REGULATORY STANDARD. INFRINGEMENT OF THE FREEDOM TO WORK AND THE RIGHT TO WORK

[Comentario a las SSTJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG, de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, y de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe *] **

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

FREEDOM and equality are a lexical binomial whose relevant product is the person, in such a way that if one disappears the entire person disappears and as soon as any is diminished, the personality suffers and the affected is less person. That happens if discriminations are admitted. Such relevant consequence is the final subject considered by the judgements taken into consideration for this work.

Keywords: work freedom, right to work, equality principle, discrimination and age.

* En el que participan: AOK Westfalen-Lippe, BKK-Landesverband Nordrhein-Westfalen, Vereinigte IKK, Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See –Dezernat 0.63–, Landwirtschaftliche Krankenkasse NRW, Verband der Angestellten-Krankenkassen eV, AEV – Arbeiter-Ersatzkassen– Verbnd eV, Kassenzahnärztliche Vereinigung Westfalen-Lippe.

** Véase el texto íntegro de esta STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07 en *RTSS*. CEF, núm. 326, mayo 2010 y SSTJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, y de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, en *RTSS*. CEF, núm. 323, febrero 2010.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Supuestos fácticos de exclusión de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo, y de limitaciones de derechos laborales vinculadas a la edad.
 - 1. Negación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo a partir de una «poca/mediana edad».
 - 2. Limitaciones de derechos por «poca edad» del trabajador.
 - 3. Proscripción de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo por «mucha edad».
- III. Sobre la libertad de trabajo.
- IV. Acerca del derecho al trabajo.
- V. El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación.
- VI. Supresión de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo, y el perjuicio de derechos laborales por «más edad» o a partir de una determinada edad.
 - 1. Exclusión y discriminación en el empleo, y minoración de derechos laborales por tener una determinada (poca/mediana) edad.
 - 2. Eliminación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo para los empleados de «mayor edad».
- VII. La aplicabilidad directa de la Directiva 2000/78/CE.
- VIII. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Allegar recursos para la subsistencia nunca fue tarea fácil. La historia lo confirma. La inmensa mayoría de los seres humanos no ha tenido libertad hasta épocas muy recientes para acceder a medios con los que atender regularmente a su subsistencia. Ha estado sometido a esclavitud, y al esclavo no se le reconocía personalidad; ha estado sujeto a servidumbre, y el siervo era una especie de cuasi persona. Cuando por fin logró generalizarse la libertad, y con ella la libertad de trabajo, entonces todos los seres humanos fueron considerados personas; posteriormente se afirmó el derecho a trabajar o al trabajo; a partir de ese momento, el ser humano, ya persona, pasó a ser llamado ciudadano.

«El aplastamiento implacable de la personalidad, la subordinación servil a la persona del soberano y al Estado acompaña de forma obsesiva la historia milenaria (del ser humano)»¹.

La involución de la «humanidad», del ser humano y de su personalidad, que muestra su cénit en la negación misma del derecho a existir², parece ser el sino irrefutable de los tiempos que nos ha tocado vivir. Desde luego lo ha sido del siglo XX³, y no parece amainar, sino todo lo contrario, a comienzos del siglo XXI⁴. Con sus Sentencias de 12 y 19 de enero de 2010, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hace sino contribuir a tan siniestra prospectiva, cuestionando, en

¹ Vasili GROSSMAN, *Todo fluye*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2008, pág. 243.

² Vid. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo de 2010), especialmente su Título II, artículos 12 a 18, así como sus artículos 18 y 19.

³ Baste con la cita de Daniel Jonah GOLDHAGEN, *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto*, Taurus, Madrid 1997; Joan-Carles MÈLUICH, *La lección de Auschwitz*, Herder, Barcelona 2004; Margarete BUBER-NAUMAN, *Prisionera de Stalin y de Hitler*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2005; John BOYNE, *El niño del pijama a rayas*, Salamandra, Barcelona 2007; Jona OBERSKI, *Infancia*, Ediciones B, Barcelona 2008; Vivien SPITZ, *Doctores del infierno*, Tempus, Barcelona 2009; Erika MAN, *Cuando las luces se apagan*, Ediciones Destino, Barcelona 2009; Alexandr SOLZHENISTYN, *Archipiélago Gulag*, Biblioteca El Mundo, Italia 2002; Vasili GROSSMAN, *op. cit.* (*Todo fluye*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2008); Stapane COURTOIS, Nicolas WERTH, Jean-Louis PARNÉ, Abdrzej PACZKOWSKI, Karel BARTOSEK y Jen-Louis MARGOLIN, *El libro negro del comunismo*, Espasa Calpe/Editorial Planeta, Madrid-Barcelona 2008; Agustín DE FOXÁ, *Madrid, de corte a checa*, El Buey Mudo, Madrid 2009; Enzo PACE, *Los fundamentalismos*, Siglo XXI Editores, Madrid 2006; M. E. HIRST, *Kabul*, Edigraebel, S.A/Verticales de Bolsillo, Barcelona 2007; LAURENCE REES, *El holocausto asiático. Los crímenes japoneses en la segunda guerra mundial*, Crítica, S.L., Barcelona 2009.

⁴ Vid. GUILLEBAUD, J.C., *El principio de humanidad*, Espasa, Madrid 2002, especialmente págs. 241-266.

definitiva, la lacerante y trabajosa marcha del ser humano hacia su libertad, hacia su personalidad, hacia la ciudadanía («yo soy quien soy y lo que soy en tanto que libre»⁵). El trabajo aliena, pero el derecho a trabajar o al trabajo libre, en libertad, hace al hombre persona y ciudadano, sin que se diluya en la «nación» o en la «tribu», superando así también su «segunda alienación» (en términos hegelianos)⁶.

Con aquellas resoluciones de la justicia comunitaria, la libertad de trabajo y el derecho a trabajar o al trabajo sufren un duro embate, con posibles repercusiones o consecuencias imprevisibles, tipo «dominó», para todos los seres humanos, para todas las personas, para todos los ciudadanos. ¿Dónde está el límite, si es que existe alguno, a la denegación de la libertad y del derecho a trabajar o al trabajo?; ¿a quién, si es que a alguien, y por qué, si es que por alguna razón imaginable, puede negársele la libertad y el derecho a trabajar o al trabajo? Constituyen interrogantes que las sentencias objeto de comentario dejan abiertos, en un marco nada halagüeño a vueltas por nuevos y más sutiles, pero igualmente terribles y abominables totalitarismos.

Las sentencias objeto de comentario no toman como perspectiva la libertad de trabajo y el derecho a trabajar o al trabajo, sino el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, sin reparar en que éstas tienen como presupuesto la libertad, y que sólo pueden ser iguales en derechos y deberes quienes son libres para trabajar o no trabajar, pero por una decisión personal adoptada en libertad, no impuesta directa o indirectamente (¿Libertad para qué?⁷ Para ser, para existir, para ser persona). Entrar, como lo hace aquella jurisprudencia comunitaria, directamente en la discriminación en el (derecho al) trabajo, por razón de edad, con tecnicismos jurídico-positivos, no es sino banalizar la cuestión fundamental de la afrenta frontal a la personalidad del ser humano que suponen aquellas disposiciones legales que lo prohíben o limitan por razón de la edad.

Pero si aquella posición del Alto Tribunal comunitario es cuestionable, absolutamente criticable es su relativo respaldo a semejantes legislaciones liberticidas. Ciertamente, en las sentencias objeto de comentario se matiza y condiciona la validación de aquellas legislaciones, ética y moralmente⁸ reprochables⁹, pero no se rechazan de plano, respuesta que cabía esperar, y tal debiera haber sido la posición de la jurisprudencia comunitaria.

⁵ LAÍN ENTRALGO, P., *Alma cuerpo, persona*, Galaxia Gutenberg, S.A./Círculo de Lectores, Barcelona 1997, pág. 166.

⁶ *Vid.* MONTROYA MELGAR, A., «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Alonso Olea», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Thomson-Civitas, Madrid 2003, especialmente págs. 20-34.

⁷ Celeberrima respuesta atribuida a LENIN (Vladimir Ilich Uliánov), a la pregunta de cuándo el régimen comunista (bolchevique) traería la libertad a España, que le efectuó el miembro de la Comisión Ejecutiva del PSOE, Fernando de los Ríos, en un viaje a Rusia en 1920, con el propósito de que su partido se afiliase a la Internacional Comunista.

⁸ Desde cualquier perspectiva, incluso desde la ética y moral transaccional que supone la ética o moral crítica.

⁹ Indica RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México 1978, pág. 194, que «la diferencia esencial de sentido que media entre la Moral y el Derecho no implica, en manera alguna, que el Derecho quede vaciado de orientación ética. Por el contrario hay que subrayar que el Derecho, que es una obra humana, la objetividad de una especial forma de existencia colectiva, se orienta esencialmente hacia unos valores (...), esos valores pueden resultar cumplidos en unas concretas normas jurídico positivas, o, por el contrario, hallar en éstas sólo realización parcial, o no conseguir su encarnación en ellas. El contenido o las exigencias de esos valores no pueden entrar dentro de la definición esencial o lógica del Derecho, sencillamente porque conocemos el Derecho logrado, es decir, justo, Derecho menos justo y Derecho frustrado o injusto; y en todos ellos hallamos las notas formales de juridicidad».

Ciertamente, no todo el mundo puede hacer el mismo tipo de trabajo ni se puede permitir, en aras de la libertad, indemnidad y seguridad de los demás, que quienes carezcan de determinadas capacidades, habilidades o competencias puedan llevar a cabo la prestación de determinadas y concretas tareas. Es indudable que, por una parte, para poder realizar actividades más o menos complejas con eficacia y seguridad se han de poseer ciertas cualificaciones, y que, por otra parte, las tareas que precisan de específicos conocimientos y/o prácticas sólo pueden llevarlas a cabo con garantías, y debe permitirse que así se haga, por respeto a la vida y a los intereses de los demás, a la integridad, a la dignidad, únicamente quienes posean esos conocimientos y/o prácticas. Parece incontestable.

Pero eso no era lo que se le planeaba al Alto Tribunal comunitario, por más que con el pie forzado de la legalidad los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales le preguntaban mediante cuestiones prejudiciales con referencia a la conculcación por las respectivas normas nacionales de los textos fundamentales comunitarios que imponen el tratamiento igual y proscriben la discriminación, sino que, leyendo entre líneas, resultaba que lo que aquellos órganos jurisdiccionales mostraba era su perplejidad ante unas legislaciones nacionales que descaradamente cuestionaban, bien directa bien indirectamente, la libertad y el derecho a trabajar o al trabajo respecto de determinadas personas y, en definitiva, su personalidad, en razón únicamente de su edad.

Se añade a lo hasta ahora expuesto que por razón de trasnochadas ideologías y erráticas disertaciones estamos inmersos en un discurso esquizofrénico, irracional y contradictorio. Se afirma una cosa y la contraria. El paro entre los trabajadores de menor edad es lacerante, habiéndose registrado «un fuerte aumento continuado del desempleo entre los jóvenes, principalmente los hombres, lo que demuestra la necesidad creciente de medidas que ayuden a combatir el paro juvenil»¹⁰, y la edad media de los jóvenes que no han abandonado el hogar familiar (paterno/materno) supera la edad de los 30 años; sin embargo, y al propio tiempo se fijan tempranas edades (p. ej. 30 años) máximas para la contratación en determinados trabajos (p. ej. funcionarios en el servicio de bomberos), y los periodos de trabajo completados antes de cumplir una juvenil edad (p. ej. 25 años) no se computan para la duración del preaviso en caso de despido.

En época de recesión económica, de incierta recuperación, de crisis de los sistemas de protección social (sistemas de seguridad social, principalmente), de perspectivas catastróficas sobre el deterioro de las condiciones del mercado de trabajo¹¹ y las consecuencias asociadas a la «inversión de la pirámide poblacional», se alude por una parte al necesario alargamiento de la permanencia en el trabajo, a la ampliación de la estabilidad en el empleo, al retraso de las edades de jubilación¹²,

¹⁰ «Documento informativo de la Comisión Europea al Consejo Europeo. La crisis del empleo, tendencias, respuestas políticas y acciones clave», punto I, apartado «Los jóvenes, los trabajadores poco cualificados, los emigrantes y, entre estos, los que se encuentran en situación de empleo temporal son, por ahora, los más afectados». Documento de trabajo de la Comisión, de 24 de noviembre de 2009, COM (2009) 649 final.

¹¹ «Documento informativo de la Comisión Europea al Consejo Europeo. La crisis del empleo, tendencias, respuestas políticas y acciones clave», punto I, apartado «Las condiciones del mercado de trabajo pueden deteriorarse aún más antes de empezar a mejorar», Documento de trabajo de la Comisión, de 24 de noviembre de 2009, COM (2009) 649 final.

¹² *Vid.* «Dictamen del comité económico y social europeo sobre el tema «situación de los trabajadores de más edad ante el cambio industrial: cómo apoyar y gestionar la diversidad de edades en los sectores y las empresas» (Dictamen de iniciativa), DOUE, serie C, de 22 de septiembre de 2009, págs. 24-31.

pero por otra parte, y al propio tiempo, contradictoriamente, se alientan los despidos colectivos, las jubilaciones convencionales anticipadas, y se limita la edad en que se puede continuar ejerciendo una profesión (p. ej. «concertada» con una Administración pública sanitaria). En fin, un dislate, que más allá de la paradoja supone la ruptura ética y moral del mundo contemporáneo, en cuanto que ya es generalmente admitido que la racionalidad, el comportamiento y el discurrir ajustado a las leyes de la lógica y la razón constituye, más allá de fanatismos de toda laya, el paradigma de la ética y la moral actual.

II. SUPUESTOS FÁCTICOS DE EXCLUSIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJAR Y DEL DERECHO AL TRABAJO, Y DE LIMITACIONES DE DERECHOS LABORALES VINCULADAS A LA EDAD

Los supuestos analizados en cada una de aquellas sentencias que dan motivo al presente trabajo tienen aquel elemento común de constituir una negación de la libertad y del derecho al trabajo para determinados grupos de personas. Ciertamente es que tienen también elementos diferenciadores, pero es la perspectiva sistemática y la consideración conjunta de aquellos supuestos y relaciones jurisdiccionales lo que posibilita la construcción de un mapa opresor, liberticida y negador de la personalidad de algunos seres humanos, atendiendo a una sola circunstancia, la edad.

1. Negación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo a partir de una «poca/mediana edad»

En el asunto C-229/08, que fue resuelto por la sentencia objeto de comentario del Tribunal de Justicia de fecha 12 de enero de 2010, al tribunal *a quo* (el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, alemán) interesaba saber si una disposición nacional que establecía una edad máxima de 30 años para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos constituía una medida justificada en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹³.

Los hechos atinentes al caso pueden resumirse, recogidos directamente de la sentencia objeto de consideración, en los siguientes términos. Mediante carta recibida en la dirección de los servicios de incendios de la Stadt Frankfurt am Main el 4 de octubre de 2006, el Sr. W., nacido en 1976, presentó su candidatura para una convocatoria de contrataciones en el servicio técnico medio de bomberos. El 13 de noviembre de 2006, la Stadt Frankfurt am Main informó al Sr. Wolf de que las contrataciones se efectuarían el 1 de agosto de 2007, hecho que fue retrasado hasta el 1 de febrero de 2008, previo proceso selectivo en agosto de 2007.

¹³ Como precisa el Abogado General Sr. Yves Bot, en su escrito de conclusiones de 3 de septiembre de 2009, conclusión 1 en el asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main.

El 28 de febrero de 2007, la Stadt Frankfurt am Main comunicó al Sr. Wolf que no podía considerar su candidatura, puesto que superaba el límite de edad de los 30 años. Considerando el Sr. W. que el rechazo de su candidatura por motivo de haber cumplido 30 años de edad era contrario a derecho, el 12 de abril de 2007 reclamó a la Stadt Frankfurt am Main una indemnización por daños y perjuicios (con fundamento en el art. 21 de la AGG), que ascendía a tres meses del salario que hubiera percibido de haber sido contratado.

Reclamación que fue desestimada mediante resolución de 4 de mayo de 2007, confirmada el 10 de octubre del mismo año. Entonces, el Sr. W. recurrió aquellas resoluciones ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, solicitando la anulación de ambas, así como la condena de la Stadt Frankfurt am Main al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

El órgano judicial *a quo* (Verwaltungsgericht Frankfurt am Main), en el trámite del proceso seguido a instancias del Sr. W., se cuestionó la compatibilidad de la normativa alemana, fundamento de las resoluciones administrativas de 4 de mayo y 10 de octubre de 2007 (denegatorias de la libertad y derecho al trabajo del Sr. W.), con los artículos 6 y 17 de la Directiva 2000/78/CE, decidió suspender el procedimiento y preguntar al Tribunal de Justicia comunitario si el establecimiento, por una legislación nacional, de una edad máxima (30 años) para la ser contratado con objeto de desarrollar una determinada actividad (bombero) era contrario a la normativa comunitaria ¹⁴.

¹⁴ Las concretas cuestiones prejudiciales planteadas fueron las siguientes: «1) En el ejercicio de la discrecionalidad que le concede el artículo 6, apartado 1, de la Directiva (2000/78/CE), ¿dispone el legislador nacional en todo caso de un amplio margen de apreciación y organización, o dicho margen se reduce a lo estrictamente necesario, al menos en lo relativo al establecimiento de una edad máxima para la contratación a fin de asegurar un periodo mínimo de servicio previo a la jubilación con arreglo al artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de dicha Directiva?; 2) ¿La adecuación de los medios impuesta por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva (2000/78/CE) se concreta en la necesidad exigida por el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de dicha Directiva, restringiéndose así el ámbito de aplicación de esta regla formulada con carácter general?; 3) a) ¿Constituye un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva (2000/78/CE) el hecho de que, mediante la fijación de una edad máxima de contratación, un empleador pretenda cumplir su interés en que los funcionarios que contrate presten servicios durante un periodo lo más prolongado posible?; b) ¿Procede considerar inadecuada la realización de dicho objetivo por el mero hecho de que implica que los funcionarios estarán en servicio durante un periodo superior al necesario para percibir la pensión mínima legalmente garantizada en caso de jubilación anticipada tras cinco años de servicio?; c) ¿Procede considerar inadecuada la realización de dicho objetivo únicamente en caso de que implique que los funcionarios estarán en servicio durante un periodo superior al necesario para percibir la pensión mínima legalmente garantizada en caso de jubilación anticipada?; 4) a) ¿Constituye un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva (2000/78/CE) pretender, en la medida de lo posible, la reducción del número total de funcionarios que han de contratarse, mediante la reducción de la edad máxima de contratación, con el fin de limitar de este modo el número de prestaciones individuales como la asistencia en caso de accidente o enfermedad (subsidios, también para familiares)?; b) ¿Qué relevancia tiene, a este respecto, el hecho de que las prestaciones por accidente y los subsidios por enfermedad (también para familiares) sean más elevadas cuando se trata de funcionarios de mayor edad que de funcionarios más jóvenes, de manera que la contratación de funcionarios de mayor edad supondría un incremento del gasto total en prestaciones?; c) ¿Son necesarios, a este respecto, pronósticos o estadísticas fiables, o bastan presunciones generales de probabilidad?; 5) a) ¿Constituye un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva (2000/78/CE) el hecho de que un empleador pretenda aplicar una determinada edad máxima de contratación para garantizar una «estructura de edades equilibrada en cada servicio»?; b) ¿Qué exigencias deben satisfacer, en su caso, los criterios para configurar dicha estructura de edades, de manera que se cumplan los requisitos para su justificación (adecuación y necesidad)?; 6) ¿Constituye una consideración legítima en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva (2000/78/CE) el hecho de que, con respecto a la edad máxima de contratación, el empleador argumente que, en general, hasta alcanzar tal edad es posible cumplir los requisitos objetivos de contratación para una formación en el servicio medio de bomberos, consis-

2. Limitaciones de derechos por «poca edad» del trabajador

Cuestiones que se pueden considerar íntimamente ligadas a las tratadas en el asunto anteriormente citado (C-229/08) fueron las suscitadas en procedimiento seguido ante el mismo Alto Tribunal comunitario bajo el número C-555/07, y resueltas por sentencia de 19 de enero de 2010. Efectivamente, en este último asunto el Tribunal de Justicia comunitario hubo de «precisar el régimen jurídico del principio general de no discriminación por razón de edad y la función que éste cumple en una situación en la que haya transcurrido el plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78/CE»¹⁵.

Los hechos referidos a este caso fueron los que de seguido se relacionan, siguiendo el contenido de la respectiva sentencia. La Sra. K. ocupaba un puesto de trabajo en la empresa S. desde el 4 de junio de 1996, es decir, desde que tenía 18 años de edad, empresa que despidió a la trabajadora mediante carta de 19 de diciembre de 2006, con efectos, habida cuenta del preaviso legalmente establecido en la respectiva legislación nacional, de 31 de enero de 2007. Habiendo calculado el empresario el plazo de preaviso como si la trabajadora tuviese una antigüedad de 3 años, pese a que le prestaba sus servicios desde hacía 10 años.

tente en la correspondiente formación académica y técnica?; ¿qué criterios deben aplicarse para valorar si es adecuado o necesario un periodo mínimo de servicio previo a la jubilación?; a) ¿Se puede justificar la necesidad de un periodo mínimo de servicio exclusivamente como contraprestación por la adquisición, tras las contratación, de una cualificación enteramente financiada por el empleador (capacitación profesional para el servicio medio de bomberos), con el fin de garantizar que, una vez obtenida dicha cualificación, el funcionario prestará servicios durante un periodo adecuado para dicho empleador, de manera que se amorticen gradualmente los costes de formación del funcionario?; b) ¿Cuál es la duración máxima del periodo de servicio posterior al periodo de formación? ¿Puede ser superior a cinco años y, en caso afirmativo, en qué condiciones?; c) ¿puede justificarse la adecuación o necesidad de un periodo mínimo de servicio, (...), argumentando que, para los funcionarios cuya pensión de jubilación es financiada íntegramente por el empleador, el periodo de servicio activo estimado desde la contratación hasta la fecha previsible de jubilación debe ser lo suficientemente prolongado como para adquirir el derecho a la pensión de jubilación mínima legalmente garantizada, siendo actualmente dicho periodo de servicio de 19,51 años?; d) ¿A sensu contrario, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva (2000/78/CE), la negativa a contratar sólo estará justificada en caso de que la contratación de una persona de esa edad implicara que, cuando llegase la fecha previsible de jubilación, procedería abonarle la pensión mínima a pesar de no haber adquirido aún el derecho a percibirla?; 8) a) ¿Para determinar la fecha de jubilación a efectos del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva (2000/78/CE), ha de atenderse a la edad de jubilación establecida legalmente para percibir una pensión, o bien ha de atenderse a la media estadística de la edad de jubilación de un determinado grupo funcional o profesional?; b) ¿En qué medida debe tenerse en cuenta, en su caso, el hecho de que determinados funcionarios pueden retrasar hasta dos años su fecha de jubilación?; c) ¿debe suponer esta circunstancia la correspondiente elevación de la edad máxima de contratación?; 9) ¿A la hora de calcular el periodo mínimo de servicio en el contexto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva (2000/78/CE), cabe computar el tiempo de formación al inicio de la relación funcional?; ¿tiene importancia, a este respecto, si el tiempo de formación computa íntegramente como periodo de servicio que devenga derecho a la pensión de jubilación o bien procede excluir el tiempo de formación del lapso de tiempo durante el cual el empleador puede exigir un periodo mínimo de servicio con arreglo al artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2000/78/CE?; 10) ¿Es compatible lo dispuesto en (la legislación nacional respectiva) con el artículo 17 de la Directiva 200/78/CE)?».

¹⁵ En particular, se detuvo especialmente en una cuestión de singular y trascendental importancia a los efectos que estamos tratando, consistente en determinar cuál es el cometido y las facultades del juez nacional frente a una normativa nacional que contenga una discriminación basada en el criterio de la edad, cuando los hechos que hayan dado lugar al litigio principal sean posteriores al plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78/CE, según indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 2 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto, C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

La Sra. K. impugnó su despido ante el Arbeitsgericht Mönchengladbach, alegando que el plazo de preaviso debería haber sido de cuatro meses contados a partir del 31 de diciembre de 2006, es decir, hasta el 30 de abril de 2007 (en virtud del art. 622, apartado 2, párrafo primero, número 4 del BGB), correspondiente a la indicada antigüedad de 10 años.

Según la Sra. K., demandante en el litigio principal, la legislación nacional aplicable (art. 622, apartado 2, párrafo segundo del BGB), en tanto en cuanto disponía que no se tendrían en cuenta los periodos de empleo completados antes de cumplir 25 años de edad para calcular la duración del plazo de preaviso, constituía una medida discriminatoria por razón de edad, contraria al Derecho de la Unión, y no debería haberse aplicado.

El Landesarbeitsgericht Düsseldorf, que conoció de la apelación, declaró que el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78/CE había expirado en la fecha del despido, y que la legislación nacional aplicable (el precitado art. 622 del BGB) implicaba una diferencia de trato directamente relacionada con la edad, de cuya constitucionalidad no dudaba, pero cuya conformidad con el Derecho de la Unión era, en cambio, consideraba discutible.

Aquel órgano jurisdiccional nacional, en el trámite del indicado procedimiento se cuestionó, en primer lugar, si la eventual existencia de una discriminación directa por razón de edad debía apreciarse a la luz del Derecho primario de la Unión, como parecía sugerir la jurisprudencia comunitaria¹⁶ o bien a la luz de la Directiva 2000/78/CE, y en segundo lugar, que como la legislación nacional controvertida era clara, no podría, en ningún caso, interpretarse en sentido conforme con la Directiva 2000/78/CE. Se preguntó también aquel órgano jurisdiccional si para poder abstenerse de aplicar dicha disposición en un litigio entre particulares debía, previamente, con el fin de garantizar la protección de la confianza legítima de los justiciables, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia comunitario para que éste confirmase la incompatibilidad de dicha disposición con el Derecho de la Unión.

En esas circunstancias, el Landesarbeitsgericht Düsseldorf decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia¹⁷ si aquella normativa nacional, al establecer que los periodos

¹⁶ STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold.

¹⁷ Las concretas cuestiones prejudiciales planteadas fueron las siguientes: «1) a) ¿Viola la prohibición de discriminación por motivos de edad consagrada en el Derecho comunitario, en particular, el Derecho comunitario originario o la Directiva 2000/78/CE una normativa nacional que prevea que los plazos de preaviso que el empresario debe respetar se incrementan progresivamente en función de la duración del servicio, pero no tome en consideración los tiempos de servicio que el trabajador haya realizado antes de cumplir los 25 años de edad?; b) ¿Puede considerarse causa justificativa de que el empresario únicamente tenga que respetar un plazo de preaviso básico en caso de despido de jóvenes trabajadores el hecho de que se les reconozca un interés económico —que mermarian los periodos de preaviso más largos— a una gestión del personal flexible y que se niegue a los trabajadores jóvenes la protección de la estabilidad en el empleo y de la posibilidad de adoptar sus disposiciones (que ofrecen a los trabajadores de más edad los plazos de preaviso más largos), por ejemplo porque, habida cuenta de su edad y/o de sus obligaciones sociales, familiares y privadas de menor magnitud, pueden razonablemente exigírseles unas mayores flexibilidad y movilidad profesionales y personales?; 2) En el caso de que se responda en sentido afirmativo a la primera cuestión, letra a), y de que se responda negativamente a la primera cuestión, letra b): ¿Deben inaplicar los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que conozcan de un litigio entre particulares una legislación contraria al Derecho comunitario o debe tenerse en cuenta la confianza que los justiciables depositan en la aplicación de las leyes nacionales en vigor en el sentido de que sólo será posible la inapli-

de trabajo completados por el trabajador antes de cumplir los 25 años de edad no se debían tener en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido, constituían una diferencia de trato basada en la edad prohibida por el Derecho de la Unión, concretamente por el Derecho originario o por la Directiva 2000/78/CE. Inquiriendo, en particular, si tal normativa podría considerarse justificada por la conveniencia de respetar únicamente un plazo de preaviso básico en caso de despido de jóvenes trabajadores, para permitir a los empresarios una gestión flexible de su personal, que no sería posible con plazos de preaviso más largos, y por resultar razonable exigir a los trabajadores jóvenes una mayor movilidad personal y profesional que a los trabajadores de más edad.

Además, el Landesarbeitsgericht Düsseldorf planteó al Alto Tribunal comunitario otra cuestión del máximo interés, y transcendencia práctica a los efectos que estamos considerando, consistente en si cuando un órgano jurisdiccional nacional conoce de un litigio entre particulares, para poder dejar sin aplicación una normativa nacional que estima contraria al Derecho de la Unión, debe previamente, con el fin de garantizar la protección de la confianza legítima de los justiciables, someter la cuestión al Tribunal de Justicia comunitario al amparo del artículo 267 del TFUE, para que éste confirme, en su caso, la incompatibilidad de dicha normativa con el Derecho de la Unión.

3. Proscripción de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo por «mucha edad»

En el asunto C-341/08, resuelto mediante sentencia de 12 de enero de 2010, mediante la cuestión prejudicial propuesta y que dio lugar a la sentencia precitada, el Sozialgericht Dortmund preguntó al Tribunal de Justicia comunitario, si la Directiva 2000/78/CE debía interpretarse en el sentido de que proscribía una normativa nacional en virtud de la cual la habilitación para ejercer la actividad de «dentista concertado» se extinguía al término del trimestre durante el que el dentista concertado cumpliera 68 años¹⁸.

El supuesto fáctico de la cuestión prejudicial planteada se concretaba en relación con la Sra. P., que había cumplió los 68 años en 2007 y estaba habilitada para ejercer la profesión de dentista concertado desde el 1 de abril de 1974. El 25 de abril de 2007, el Zulassungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe dictó resolución declarando que aquella habilitación para el ejercicio de la profesión de dentista en la «asistencia concertada» expiraba el 30 de junio de 2007.

Disconforme con dicha resolución administrativa, la interesada presentó una reclamación contra la misma, alegando, en particular, que era contraria a la Directiva 2000/78/CE. Su reclama-

cación una vez que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la normativa de que se trate o sobre una normativa esencialmente similar?».

¹⁸ Constituyendo una particularidad destacable de aquel asunto que el órgano jurisdiccional remitente consideraba la justificación de aquella normativa sólo en relación con el objetivo de proteger la salud de los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad, desde el punto de vista del mantenimiento de un servicio médico de calidad, a partir de la presunción de una disminución del rendimiento de los dentistas concertados que hayan alcanzado la edad de 68 años, según indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en las conclusiones 1 y 2, de las presentadas el 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-341/08, Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.

ción fue desestimada por el Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, interponiendo la Srta. P. contra la misma recurso ante el Sozialgericht Dortmund. El citado tribunal expone que la desestimación de la reclamación formulada por la Sra. P. se ajustaba al ordenamiento jurídico nacional, remitiéndose a una determinada jurisprudencia nacional existente al respecto ¹⁹.

No obstante, aquel órgano jurisdiccional se cuestionó si el límite de edad controvertido en el litigio principal era o no era una medida en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE, dado que la protección de la salud no era, incluso en opinión del legislador nacional, la razón que había conducido a que se adoptase la disposición cuestionada, pues el límite de edad no constituía un requisito profesional esencial y determinante en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la precitada directiva, habida cuenta de las excepciones establecidas, albergando dudas sobre la conformidad del citado límite de edad con el artículo 6, apartado 1, de la directiva.

Preguntándose aquel órgano jurisdiccional si la protección de la salud de los asegurados, destacada por el Bundesverfassungsgericht, podía constituir una finalidad legítima en el sentido de esta última disposición, cuando se sabía que dicha finalidad no se correspondía, en realidad, con la intención del legislador nacional. Subrayando que el límite de edad controvertido en el litigio principal tenía un efecto muy gravoso para los dentistas concertados que desearan proseguir su actividad más allá de ese límite, dado que la población está protegida en un 90% por el régimen legal del seguro de enfermedad basado en el sistema de concierto, interrogándose además sobre si acaso no cabría pensar en una medida menos restrictiva, como el examen de las situaciones particulares caso por caso. En estas circunstancias, el Sozialgericht Dortmund decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las consiguientes cuestiones prejudiciales ²⁰.

¹⁹ Remitiéndose a los análisis del Bundessozialgericht y del Bundesverfassungsgericht, según los cuales el límite de edad antes indicado estaba justificado. Según el Bundessozialgericht, dicho límite de edad permitía garantizar un reparto equitativo de las cargas entre las generaciones y seguía siendo útil para mantener las posibilidades de empleo de los jóvenes dentistas concertados. Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, dicha justificación había dejado de ser válida tras la supresión de las cuotas de dentistas concertados y la desaparición de la oferta excedentaria de prestaciones. Desde otra perspectiva el Bundesverfassungsgericht (en sentencia de 7 de agosto de 2007) sostenía que el referido límite de edad estaba justificado por la necesidad de proteger a los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad frente a los riesgos que presentan los dentistas concertados de edad avanzada, cuyo rendimiento ya no era óptimo, habiendo mantenido (en sentencia de 1998) que el legislador, habida cuenta del margen de apreciación de que disponía, no estaba obligado a prever un examen individual de las facultades físicas y mentales de cada médico concertado que hubiera alcanzado la edad de 68 años, sino que habría podido adoptar una regulación general basada en los datos derivados de la experiencia.

²⁰ Que eran del siguiente tenor literal: «1) El establecimiento por la ley de una edad máxima para la habilitación del ejercicio de una profesión (...), en el sentido del artículo 6 de la Directiva (2000/78/CE), ¿puede constituir una medida objetiva y razonable de protección de un interés legítimo (la salud de los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad), y un medio adecuado y necesario para lograr dicho objetivo, cuando se basa exclusivamente en una suposición, derivada de la experiencia general, de que a partir de una determinada edad se produce una disminución general del rendimiento, sin que pueda tenerse en cuenta en ese contexto la capacidad individual real del interesado?; 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede también reconocerse la existencia de una finalidad legítima (de la ley) en el sentido del artículo 6 de la Directiva (2000/78/CE, la protección de la salud de los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad), si dicha finalidad no ha presentado ninguna importancia para el legislador nacional al ejercer su potestad legislativa?; 3) En caso de respuesta negativa a la primera o a la segunda cuestión, ¿puede también dejar de aplicarse, en virtud de la primacía del Derecho comunitario, una ley adoptada antes de la Directiva (2000/78/CE), que no sea compatible con dicha Directiva, si el Derecho nacional por el que se adapta el

III. SOBRE LA LIBERTAD DE TRABAJO

El trabajo libre o en libertad no ha constituido un fenómeno consustancial con el desarrollo de las sociedades humanas, basta con efectuar un breve recordatorio histórico. En efecto, en los pueblos primitivos no se puede hablar de libertad de trabajo, sino simplemente observar, por una parte la existencia de relaciones de jerarquía, parentesco y vecindad, con una cierta división del trabajo, y, por otra parte, que en ocasiones las clases guerreras al imponer su dominio sobre el resto de la población exigían prestaciones de trabajo, sólo sugiriéndose posibles formas de «servidumbre o salariado».

En la antigüedad, la prestación material del trabajo se llevaba a efecto, generalmente, por los esclavos, tanto en el campo como en la ciudad antigua (sin perjuicio del inicio de formas de clientelismo). Por múltiples circunstancias un individuo podía ser esclavo. La guerra aparecía como la primera causa de esclavitud, a que seguía el nacimiento. En el trabajo del esclavo, su dueño hacía (y hace) suyos los resultados del trabajo del esclavo (elemento de ajeneidad), que no lo presta voluntariamente, sino de modo forzado. Se trata de un trabajo forzoso, falto de cualquier viso de voluntariedad por parte del esclavo ²¹.

No obstante, debe destacarse que la generalización de la prestación del trabajo en régimen de esclavitud no impidió que también se prestase trabajo por cuenta ajena (jornaleros) en Grecia y Roma, donde la esclavitud aparecía referida fundamentalmente a la prestación del trabajo por extranjeros («bárbaros») ²². Ha de repararse en que el desenvolvimiento de la actividad productiva, la prestación del trabajo en régimen de esclavitud, ocupaba un lugar fundamental en los sistemas económicos de la antigüedad, habiéndose destacado su carácter de no coste y su nula incidencia en la formación de los precios. El tránsito del régimen de esclavitud al de servidumbre supuso la relajación del dominio de unos seres humanos sobre otros. Fueron múltiples los factores que influyeron en la mitigación del régimen de esclavitud, religiosos (cristianismo), filosóficos (estoicismo) y jurídicos (*ius gentium*).

Las manumisiones (liberación y compra por los esclavos de su propia libertad) que se extendían con la implantación progresiva del cristianismo hacían de los esclavos hombres libres (plenamente libres, o sometidos a determinadas prestaciones pecuniarias o personales mediante el patronato). Los siglos II d.C. y III d.C., constituyeron una época decisiva en el paso del régimen de esclavitud al de servidumbre de los pequeños agricultores («siervos de la gleba»).

ordenamiento jurídico interno a la Directiva (2000/78/CE) no prevé tal consecuencia jurídica en caso de vulneración de la prohibición de discriminación?».

²¹ Fenómeno que se justifica por Aristóteles (*Política*, libro I, donde dice que «los de más baja índole son esclavos por naturaleza, y ello redundará en su beneficio (...) en verdad, no hay gran diferencia entre la utilización de los esclavos y la de los animales domesticados (...) es pues evidente que algunos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos, y que para estos últimos la esclavitud es a la vez conveniente y justa»), y ello a pesar de que ya Platón (en el *Menon*) advirtiera de que el esclavo joven poseía todas las intuiciones necesarias y se mostrase contrario a la esclavitud.

²² Destacando Aristóteles la superioridad racial de los helenos, en contra de la igualdad proclamada por PLATÓN.

El colonato constituyó una institución clave en la vida y en la economía agraria romana. Se constituyó sobre grandes latifundios, cuya explotación se racionalizaba mediante la constitución de parcelas que eran atribuidas a diferentes individuos a los que, sin embargo, tampoco pertenecía el dominio, pero que ya no eran esclavos (inquilinos), sino siervos adscritos a la tierra («sólo la tierra es dueña del colono»).

El trabajo por cuenta ajena libre aparece en el Derecho Romano tardío con la *locatio-conductio operis* (ejecución de obra) y especialmente con la *locatio-conductio operarum* (prestación de servicios), que constituyen instituciones muy próximas, y en ocasiones de muy difícil distinción, mostrándose como variedades del contrato de arrendamiento. En todo caso, se trata ya de prestaciones de trabajo libre, voluntario; será la ajeneidad, que se da en la segunda pero no en la primera, la que diferencia ambos contratos. Es en la *locatio operarum* donde se da la traslación previa de los resultados del trabajo al arrendatario (quien solicita la prestación de trabajo), que no llegan, en ningún caso, a integrarse en el patrimonio del arrendador (quien arrienda su propio trabajo).

La desaparición del Imperio romano, con lo que supuso de falta de poder político e inseguridad personal y patrimonial generalizada, va a incidir negativamente en las prestaciones del trabajo libre y voluntario. Las sucesivas oleadas de invasores implantan nuevos poderes políticos con una distinta estructuración social, de escasa duración y posterior sustitución, desintegración o fragmentación en territorios de muy diferente entidad socioeconómica.

El régimen feudal, que a partir de entonces se va fraguando, se caracterizó por la asunción por parte del señor territorial de poderes políticos, públicos y económicos (inmunidad), impartiendo justicia (*fief et justice sont tout un*), ejerciendo y dirigiendo la defensa militar, reclutando hombres para la guerra y recaudando rentas fiscales de diverso tipo. Disponiendo de la tierra como propietario pleno, propietario eminente, o detentador de derechos reales de disfrute.

El trabajo servil o en régimen de servidumbre, no libre o forzoso, se generalizó en el medioevo. Se minimizaron las situaciones de esclavitud (con excepción de los «servidores» o «esclavos» domésticos), que se recondijeron al régimen de servidumbre de campesinos, e incluso de pequeños propietarios, antaño libres. Este régimen servil operó sin una práctica solución de continuidad con el colonato, que se reprodujo y perpetuó (junto con otras formas de protección, muy semejantes, de raigambre germánica) por continuas guerras y conmociones de todo tipo.

Las adscripciones a la gleba y el carácter hereditario de la condición de siervo (que se hereda y es hereditaria) aparecen como las características más destacables de las múltiples situaciones de servidumbre que se dan en el medioevo. Siendo, no obstante, corriente en la Península ibérica el hombre de «behetría», que podía elegir y cambiar de señor. En este ámbito territorial se dio un fenómeno excepcional de estabilidad con la monarquía visigoda, siendo corriente señalar la existencia de una prefeudalización goda, dudándose de que se hubiera producido una efectiva implantación de un régimen feudal comparable con él, a la sazón, vigente en Europa. La Reconquista y las repoblaciones determinaron la existencia de un elevado número de trabajadores libres.

La ciudad medieval (que no mantiene continuidad con la ciudad antigua, pues entre aquéllas únicamente se manifiesta una identidad urbanística) aparece como un centro de tráfico económico y como un ámbito de producción especializada, que además consume, normalmente, los excedentes (más allá del autoconsumo) de la producción agraria. La tierra circundante se explota para el sostenimiento de los moradores de la ciudad. Pero lo que singulariza y da capital importancia a la ciudad medieval es el constituir un ámbito de libertad para sus moradores. Su aislamiento, con más o menos intensidad, del régimen feudal. Al extremo de que, según un célebre dicho alemán, «el aire de la ciudad hacía a los hombres libres».

Los fueros y los consulados acabaron siendo los medios a través de los que se instrumentó la independencia y autonomía de la ciudad; frente a los poderes feudales y el poder real, se estableció su autogobierno (municipal) y se preservaron las libertades de sus moradores. La residencia en la ciudad (durante un cierto tiempo y, en algunos casos, instantáneamente) determinaba que el otrora siervo se convirtiera en hombre libre, lo que provocó un continuo flujo humano del campo hacia las ciudades. Ciudad deviene, por ello, en sinónimo de civilización.

Constituyó un centro mercantil y de producción industrial (por contraposición a lo agrícola), donde se producían manifestaciones de división del trabajo y de asociacionismo profesional y mercantil. En la aparición del régimen gremial influyó determinantemente la prestación de trabajo por cuenta ajena, en libertad y en la ciudad. En ella se asociaban tanto los comerciantes como los artesanos, lo que no impedía la existencia de trabajadores no asociados (especialmente en la construcción), así como la existencia de asociaciones no gremiales (oficio «libre» frente al agremiado o «jurado»), y la divergencia entre ciudades cerradas y libres (según se exigiese o no ser miembro del gremio para ejercer un «oficio»).

Los gremios de artesanos, en oposición (violenta) a las asociaciones de comerciantes, reclamaron su participación en el gobierno municipal, participando en la defensa de la ciudad y, al propio tiempo, monopolizaron el ejercicio del «oficio», determinando la producción, fijando los precios y garantizando las calidades. Disciplinándose, mediante estatutos y ordenanzas las relaciones de los agremiados entre sí y las condiciones de prestación del trabajo en el «oficio» (es el «oficio organizado»), siendo también (y quizás inicialmente) asociaciones religiosas (de culto) y entidades mutualistas, realizando actividades benéficas, creando y sosteniendo hospicios y hospitales, obras pías y asistenciales (hermandades y cofradías) a favor de sus miembros pobres, enfermos, inválidos, sus viudas y huérfanos.

El gremio se estructuró en unidades de producción de las que era titular un «maestro» (maestro y empleador/empresario) y en la que prestaban su trabajo libre oficiales y aprendices, mediante contratos de arrendamiento del trabajo y, en su caso, aprendizaje, de duración, ordinariamente, corta (diaria incluso), y salario en metálico y especie (bien que el «aprendiz», en ocasiones, fuera el que pagase). El «maestro» estaba en un grado superior al «oficial», y éste otro respecto del «aprendiz». Acceder al oficio requería un largo aprendizaje, y alcanzar el último grado que, al menos inicialmente, suponía establecerse independientemente (nueva unidad productiva), exigía trabajar largos periodos como «oficial» y superar, finalmente, un examen riguroso, requisitos que con el tiempo se fueron agravando (gran dificultad de la «obra maestra», tasas extremadamente onerosas, y la necesidad de

incidir en gastos y dispendios de todo tipo), hasta llegar en ocasiones a cerrar el gremio y transmitirse la empresa a viuda, hijos u otros parientes.

De la inicial relación cuasi familiar que se da entre «maestro» y los oficiales, y especialmente con los aprendices, se va pasando, a medida que aumenta el tamaño de las unidades productivas, a relaciones de trabajo despersonalizadas, limitándose el «maestro» a dirigir y coordinar el trabajo, sin participar, como sucediera inicialmente, activamente en su ejecución. Las grandes pestes que asolaron Europa, y que diezmaron las poblaciones, junto con la desaparición de la autonomía municipal fueron determinantes en la decadencia del gremio.

El mercantilismo, etapa inmediatamente anterior a la Revolución Industrial²³, supuso la ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo. «Con la desaparición de la esclavitud, de la servidumbre e incluso del gremialismo, se removieron las trabas que impedían el ejercicio de la libertad de trabajo»²⁴. Con aquella denominación de Revolución Industrial, se designa la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII, siendo determinante de la aparición del proletariado industrial y urbano, que se vincula directamente a la aparición del *factory system*.

Aquella «revolución» (industrial) determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas por los mercaderes para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal (o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración, y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia) se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada habían producido antes.

Las empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo), que permiten la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componen. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se logran mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo).

²³ El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*); K. MARX, *El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*, que surgen en aquel proceso, son los economistas más celebres, y autores, de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo.

²⁴ GÁLVEZ, J., «Artículo 35», en *Comentarios a la Constitución Española* (GARRIDO FALLA, F. y otros), Editorial Civitas, SA, Madrid 1980, pág. 449.

Es a partir de ese momento histórico cuando puede hablarse de una generalización del trabajo libre o en libertad y de la deslegitimación de las demás formas de prestación no voluntaria o forzada del trabajo. Todo ello sin perjuicio de tenerse que destacar, por un lado, las consecuencias adversas sufridas por las grandes masas trabajadoras (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas y, en fin, darwinismo social), así como la recaída en el «trabajo esclavo», por mor de determinadas ideologías imperantes en determinados momentos y épocas (el trabajo de los esclavos en los campos de concentración nazi, el trabajo en el gulag soviético, los obreros esclavos de Stalin, etc.), felizmente superadas en la actualidad.

IV. ACERCA DEL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 35 de la Constitución Española establece que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

Además, también señala que «el derecho al trabajo constituye una manifestación concreta de la libertad del hombre y tiene, por consiguiente, su fundamento en la propia dignidad humana, con independencia de su proclamación en los textos constitucionales»²⁵.

El derecho a trabajar o al trabajo se afirmó hace no demasiado tiempo, en términos históricos, sucediendo o siendo muy posterior a la libertad de trabajo. Primero fue la libertad (de trabajo), y después el derecho (a trabajar o al trabajo). Incluso aún en la actualidad sufren cíclicas hostilidades. Ejemplo de ello lo constituyen los supuestos de hecho y legislaciones objeto de consideración en las sentencias objeto de consideración.

Su origen se identifica con la aparición de las primeras normas protectoras de los trabajadores, que en nuestro país pueden fecharse en torno al año 1900, momento a partir del cual se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo y la protección de los trabajadores, y que ha permitido referirse, desde 1920, a un singular Derecho obrero²⁶. La Ley de 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo, constituye un hito en el Derecho social español, especialmente en lo que hace a la protección y previsión social, con un estimable desarrollo inmediato median-

²⁵ GÁLVEZ, J., *op. cit.*, pág. 449; *Vid.* en el Derecho Español, el artículo 12 de la Constitución de 1876, el artículo 33 de la Constitución de 1931, el artículo 24 del Fuero de los Españoles de 1945, el artículo X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, y el artículo 35 de la vigente Constitución de 1978; En el Derecho constitucional comparado, *vid.* artículos 35 y 36 de la Constitución italiana de 1947, el artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y el párrafo cuarto del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

²⁶ *Vid.* DE LA VILLA, L.E., «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo en la construcción del ordenamiento laboral español», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Coord.), Ediciones CEF, Madrid 2006, especialmente págs. 123-136.

te su reglamento, aprobado por Real Decreto de 28 de julio del mismo año, y la Real Orden de 2 de agosto de 1900, sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo.

No obstante aquel origen, debe destacarse que «en los modernos textos constitucionales el derecho al trabajo, aunque se presenta como contrapartida del deber de trabajar, aparece (ya) plenamente desligado de la noción de asistencia. En realidad implica el derecho a obtener un empleo (que) no presenta el carácter de una prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo. Aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el acceso a los cargos según mérito y capacidad de los aspirantes. Fuera de ese marco no cabe hablar de derecho al trabajo, sino de otro derecho social como puede ser la asistencia»²⁷.

Con carácter meramente indicativo de la etapa que apunta a su nacimiento, son de referencia la Ley de 13 de marzo de 1900, que fijó las condiciones de trabajo de mujeres y niños, el Real Decreto de 20 de junio de 1902, sobre condiciones de los contratos de los obreros con los concesionarios de obras públicas. Las Leyes de 3 de marzo de 1904, de descanso dominical, y 12 de julio de 1906, de modificación de los artículos 1.449 y 1.451 de la LEC, de 1881, y que limitó la cuantía de los embargos de jornales y salarios; el Real Decreto de 18 de enero de 1907, que prohibió a patronos y jefes establecer tiendas y cantinas en las explotaciones; la Ley de 19 de mayo de 1908, sobre tribunales industriales; la Ley de 27 de abril de 1909, que derogó el artículo 556 del CP de 1870, permitiendo coligaciones y huelgas; las Leyes de 12 de agosto de 1912, de protección de la infancia; de 21 de diciembre de 1907, de migraciones; de 27 de febrero, conocida como «ley de la silla», de 11 de julio de 1912, y de 4 de julio de 1918, sobre la jornada en establecimientos mercantiles; los Reales Decretos de 11 de marzo, de retiro obrero; de 15 de marzo, de jornada máxima, y 20 de noviembre de 1919, de seguros sociales.

También han de citarse los Reales Decretos-Ley de 26 de julio de 1926, de trabajo a domicilio, de 15 de agosto y de 6 de septiembre de 1927, sobre el descanso nocturno de la mujer obrera, que se inscriben en un momento caracterizado por la creación del Ministerio de Trabajo, desde el que se va a procurar una legislación ordenada y unitaria de las relaciones de trabajo y la previsión social. Por el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 se aprueba el Código de Trabajo que, no obstante su denominación, no contuvo una regulación general de la relación de trabajo, y por la norma del mismo rango de 26 de noviembre del mismo año se creó la «Organización Corporativa Nacional», mediante la que se estableció una jurisdicción de trabajo con comisiones locales, comités paritarios, comisiones mixtas, etc.

Manifestación especialmente relevante de esa nueva etapa fue la atribución al Estado, por la Constitución de 1931, de la competencia en legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las regiones autónomas. Indicando aquella norma constitucional que el trabajo era una obligación social, que gozaría de la protección de las leyes, enunciando una amplia legislación protectora del obrero industrial (art. 46), así como la protección de campesinos y pescadores (art. 47).

Mediante la Ley de 1 de julio de 1931, de jornada máxima legal, de larguísima vigencia; la Ley de Jurados mixtos, de 27 de noviembre de 1931; la Ley de 8 de abril de 1932, de Asociaciones

²⁷ GÁLVEZ, J., *op. cit.*, pág. 450.

Profesionales; la Ley de Bases, de 4 de julio de 1932, sobre accidentes de trabajo, y la Ley de 13 de mayo de 1932 se inicia el tránsito a una nueva etapa. La abundante y cualificada labor legislativa en materia social de la Segunda República alcanza su máximo nivel con la aprobación de la Ley de 21 de noviembre de 1931, del contrato de trabajo, que ya constituye una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, y deviene en norma básica del Derecho común o general del trabajo por cuenta ajena, regulación a la que suceden la Ley del contrato de trabajo de 1944 (Libro I, aprobado el 26 de enero y Libro II, aprobado el 31 de marzo de 1944); la Ley de relaciones laborales, de 8 de abril de 1876; el Estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, constituye la norma laboral básica vigente²⁸.

En la construcción del derecho al trabajo han venido teniendo, en nuestro sistema jurídico, lugar destacado las regulaciones paccionadas. Pactos o convenios colectivos de condiciones de trabajo que constituyen manifestación, típica, de creación autónoma del Derecho. Norma jurídica singular a la que, en celebrada frase, se describió como «un híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley», resultado de la negociación colectiva de los empresarios y de los trabajadores. La concepción continental sobre la naturaleza normativa del pacto o convenio colectivo se ha venido contraponiendo (como en tantos ámbitos del derecho) a la naturaleza de pacto privado, contractual, consuetudinaria o usual propia del derecho anglosajón, habiendo tenido, además, un desarrollo específico y espectacular en el sistema jurídico español.

Aquellos convenios colectivos pasan de ser «pactos entre caballeros», difícilmente exigibles (como ocurría en la Ley inglesa de Relaciones Industriales de 1971, e incluso en la de 1974), a tener fuerza normativa, inicialmente si gozaban de sanción estatal, posteriormente a tenerla sin necesidad de tal sanción, cuando se negociaban conforme a lo establecido en la ley. La existencia de pactos o convenios celebrados al margen de procedimiento legalmente (estatutariamente) establecido, considerados convenios colectivos impropios, planteó inicialmente la cuestión de su eficacia normativa, abriéndose una polémica todavía no resuelta, al estar reconocida constitucionalmente la negociación colectiva y la eficacia del convenio en el artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978.

Los descubrimientos y cambios que en la materia, la vida y la mente, se avecinan, van a producir un cambio radical en la prestación del trabajo, en las relaciones industriales y en el derecho a trabajar o al trabajo. Los efectos de la física cuántica, las consecuencias de otros descubrimientos (la «revolución informática» y la «revolución biomolecular») ya están siendo, y han de serlo todavía más, espectaculares. El desciframiento del genoma humano constituye un acontecimiento comparable a los acontecimientos más significativos en la evolución humana, como la invención del lenguaje, y de mayor entidad que el descubrimiento del fuego, la rueda o la agricultura. Sin exageración, puede hablarse de un antes y un después de tal descubrimiento en la historia de la humanidad. Su influencia sobre el derecho a trabajar o al trabajo es inimaginable.

²⁸ Sucesión de normas que no impidió la ocasional subsistencia de regulaciones legislativas anteriores, bien con valor reglamentario, ante la falta de previsiones concretas en las nuevas normas.

En una dimensión más modesta, la aparición en las organizaciones empresariales del «sistema nervioso digital», la complejidad de los sistemas operativos informáticos, el denominado «coeficiente intelectual corporativo», internet, la aparición de los «robots preprogramados» y «autoconscientes» conforman un panorama que altera o elimina los elementos definitorios de una relación jurídico-laboral aún obediente a los postulados científicos, organizativos y económicos propios de la Revolución Industrial. Está provocando incluso cambios trascendentes en las relaciones de propiedad, dándose un salto muy brusco hacia un nuevo nivel de actividad y relaciones humanas. Las ideas mismas de «puesto de trabajo» y de «salario», se afirma, son propias de las economías surgidas de la Revolución Industrial, pero ajenas a la propia «sociedad del conocimiento».

La «globalización» ha supuesto la implantación de una única economía mundial de desarrollo desigual, centro-periferia, de estructura piramidal, que ha dado lugar a una nueva división internacional del trabajo y a una jerarquización de los países de la periferia (creando el cuarto mundo o grupo de «países prescindibles»). Las consecuencias han sido la pobreza de grandes masas de población, sin que se haya logrado implantar el «derecho a trabajar o al trabajo» universalmente ni un sistema igualmente «globalizado» de protección social. Las corrientes migratorias de la «periferia» hacia el «centro» conforman amplios grupos de población marginal (los «sin papeles») no homogénea, sometidos a una severa explotación laboral y fuera de los sistemas nacionales de protección social, respecto de los que la referencia a un derecho al trabajo o a trabajar es más que cuestionable.

V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

La igualdad ante la ley constituyó uno de los «derechos inalienables», obra del iusnaturalismo, definidos en la Declaración de Virginia de 1776, y después en la Declaración de Derechos francesa de 1789, artículo 6, según el cual la ley debía ser la misma para todos, tanto si castigaba como si protegía. Con más precisión se incluye en la Declaración de Saint-Ouen, de 2 de mayo de 1814, y en el preámbulo de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814. En España habrá de esperar al artículo 5 de la Constitución de 1837, para ver consagrado aquel principio nivelatorio, que se mantendrá en los posteriores textos constitucionales de 1845, 1869, 1876 y 1931. En todo caso, y desde entonces, «se presenta bajo dos aspectos funcionales. En primer lugar, es un principio de expresión constitucional, pero también constituye un principio general del Derecho»²⁹.

La igualdad ante la ley forma parte de la «religión civil» de ROUSSEAU, según el cual en todas las formas históricas de convivencia se había dado el abuso de los poderosos sobre los débiles, abominando del régimen aristocrático y de las desigualdades. Es pues, y ante todo, un principio moral y ético, y desde ahí se proyecta al ámbito de lo jurídico, resultando, «pues, que los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual para todos, a saber, la dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener, (...) discriminar (...) en cuanto a las facili-

²⁹ GÁLVEZ, J., «Artículo 14», en *Comentarios a la Constitución Española* (GARRIDO FALLA, F. y otros), Editorial Civitas, S.A., Madrid 1980, pág. 182.

dades y oportunidades de ascenso a un empleo, (entraña) gravísima violación de derechos fundamentales del hombre»³⁰.

El ordenamiento jurídico constitucional español obedece a esa perspectiva común occidental, por lo que la referencia a nuestra Constitución constituye una acertada guía en torno a la institucionalización jurídica del principio moral y ético de igualdad. Debe partirse de la constatación de que nuestro ordenamiento establece como uno de sus elementos fundamentales el respeto radical al principio de igualdad, que por ello se configura como el derecho fundamental por excelencia y clave de bóveda de toda la arquitectura constitucional, de tal manera que aparece en nuestra Constitución «como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga a los poderes públicos a respetarlo», y que se ha expandido a las relaciones *inter privatos*, pero no sólo como un mero efecto reflejo de su expresión jurídico-pública, por más que una, no irreprochable, jurisprudencia constitucional limite aquella expansión aduciendo que «el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional».

Consecuentemente, «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad (...) favorables o adversas en el empleo». Es de precisar que si bien el origen del principio de igualdad «ante la ley» en el liberalismo político determinó inicialmente una limitada y tímida aplicabilidad o «exportación» a las relaciones entre sujetos particulares (como una modalidad más de «ante la ley»), a día de hoy se ha superado semejante anclamiento histórico de aquella primera etapa, proyectándose el meritado principio constitucional, en cuanto que núcleo de cualquier sistema democrático, a las relaciones entre sujetos particulares, sin que ello signifique demérito alguno del principio general de libertad ni de su versión jurídica, «la autonomía de la voluntad».

Aquella precipitación del principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones entre sujetos particulares (*inter privatos*) suscitó dudas en una primera y hasta cierto punto pusilánime jurisprudencia constitucional, por ello hubo de instrumentarse normativamente en nuestro ordenamiento jurídico³¹. En aplicación concreta de ese fundamental principio político y jurídico se dispuso una trascendente regulación, que ordena la aplicación del principio de igualdad de trato y proscribiera específicamente toda discriminación, en ámbitos precisos, entre otros el del acceso al empleo y al trabajo, y por determinadas causas, entre ellas, y sobresalientemente, la de «por edad», estableciendo medidas concretas para su logro. Regulación ordinaria que en absoluto puede considerarse que limite el alcance del artículo 14 de la CE, sino que lo complementa y desarrolla, constituyendo una concreción no limitativa y pendiente siempre de la evolución de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultando claro que el principio de igualdad y no discriminación es aplicable, con completa intensidad y amplitud, «a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado».

³⁰ RECASENS SICHES, L., *op. cit.*, págs. 590 y 592.

³¹ Mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La radical racionalidad del principio de igualdad (en cuanto que derivado de las leyes o teoremas de identidad, de tercio excluso y de no contradicción) lo ubica, por méritos propios, en el centro de cualquier discurso jurídico en las culturas y sociedades nacidas de la, racional por excelencia, cultura grecolatina³². No obstante, su formulación jurídico-constitucional no ha tenido la claridad que su raigambre racional, lógica, demanda, sino que ha sido excesivamente respetuosa y complaciente con los restos ideológicos subyacentes al pensamiento ilustrado y liberal, origen de las dos grandes revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII (la norteamericana y la francesa, señaladamente de esta última, con su exportación al ámbito del Derecho, merced a la influencia, y consiguientes réplicas legislativas nacionales, de los códigos napoleónicos).

Es cierto que la Constitución «no es la Biblia»³³, pero «la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *Lex superior*»³⁴. Conforme con esa perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha procurado una interpretación general de aquel principio³⁵, sin perjuicio de perfilar adecuaciones concretas en función de precisas situaciones o materias. En esa interpretación general pueden discernirse los siguientes «itinerarios», claramente identificables:

- «El artículo 14 de la CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas»³⁶.
- «El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda

³² Vid. COTTINGHAM, J., *El racionalismo*, Ariel, Barcelona 1987; También FIGA FAURA, L., *Lógica, tópica y razonamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1983.

³³ Esta expresión ha sido utilizada con profusión por una cierta corriente de opinión política proclive al «uso alternativo del derecho», vid. al respecto la portada y págs. 2-3 del diario «Público» de 6 de diciembre de 2008.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La constitución como norma jurídica», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. A. Predieri y E. García de Enterría*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1981, pág. 106.

³⁵ En términos generales, la STC 39/2002, de 14 de febrero, indica que la jurisprudencia constitucional «bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la CE». Respecto al listado del artículo 14 de la CE, vid. SSTC 83/1984, de 8 de febrero, 20/1991, de 31 de enero, y 176/1993, de 27 de mayo.

³⁶ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio, 39/2002, de 14 de febrero y 3/2007, de 15 de enero.

desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable»³⁷.

- «Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos»³⁸.
- «El principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. El principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato»³⁹.
- «El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Por ello, solamente una vez verificado uno y otro presupuesto, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma»⁴⁰.

En definitiva, según nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de tal manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan tal diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales,

³⁷ Como tiene declarado el Tribunal Constitucional desde su sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 CEDH, indica la STC 39/2002, de 14 de febrero; *Vid.* SSTC 154/2006, de 22 de mayo, 214/2006, de 3 de julio y 5/2007, de 15 de enero.

³⁸ Entre la numerosa jurisprudencia constitucional existente al respecto, cabe destacar las SSTC 27/2004, de 4 de marzo, 104/2004, de 29 de junio y 154/2006 de 27 de mayo.

³⁹ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo y 54/2006, de 28 de mayo.

⁴⁰ Como manifiesta la jurisprudencia constitucional, en las SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 181/2000, de 29 de junio; 1/2001, de 15 de enero, y 119/2002 de 20 de mayo.

que no puedan ofrecer una justificación objetiva y razonable para ello, estableciendo, como regla general, que el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, vedando, consecuentemente, la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Según la misma jurisprudencia constitucional, al prohibir el principio de igualdad cualesquiera desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, esto es, de valor generalmente aceptados, también resulta necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Esto es, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida ⁴¹.

En el ámbito jurisdiccional del Derecho, o procesal de la aplicación del principio o derecho a la igualdad, se ha detenido la jurisprudencia constitucional con especial interés, limitando la discrecionalidad y arbitrariedad judicial, y estableciendo el deber de su más estricta observancia por los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional, afirmando que «los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 de la Constitución no consiente» ⁴².

Como resumen del alcance del principio de igualdad ante la ley, a tenor del dictado del artículo 14 de nuestra Constitución, esto es, «en abstracto» ⁴³, puede afirmarse que, según el mismo:

- a) «No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable».

⁴¹ Tal cual se indica en las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 6/1984, de 24 de enero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de diciembre; 76/1990, de 26 de abril; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 214/1994, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/1999, de 8 de noviembre; 200/2001, de 4 de octubre; 212/2001, de 29 de octubre; 111/2001, de 7 de mayo; 39/2002, de 14 de febrero, y 103/2002 de 6 de mayo de 2002.

⁴² SSTC 103/1990, de 9 de marzo; 39/1992, de 30 de marzo, y 20/1994, de 27 de enero. Sobre la relatividad del control de la discrecionalidad judicial, SEGURA ORTEGA, M., «Sentido y límites de la discrecionalidad judicial», Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006, especialmente págs. 93-100.

⁴³ Ejemplar al respecto la STC 177/1993, de 31 de mayo.

- b) «El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional».
- c) «El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados».
- d) «Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

VI. SUPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJAR Y DEL DERECHO AL TRABAJO, Y EL PERJUICIO DE DERECHOS LABORALES POR «MÁS EDAD» O A PARTIR DE UNA DETERMINADA EDAD

La proscripción de la violación o conculcación de la libertad de trabajo y del derecho a trabajar o al trabajo, así como la limitación, minoración o perjuicio de derechos laborales por razón de edad ha sido objeto de consideración y reflexión general en los apartados anteriores. Procede ahora entrar en aspectos más particulares, tratando específicamente los supuestos concretos objeto de consideración en las sentencias ya referidas y que dan motivo al presente trabajo, que tienen un indudable valor pedagógico y ejemplarizante, de utilidad práctica en cuanto suponen aplicación de aquellas consideraciones generales. Efectuándose referencias concretas a la normativa comunitaria que refuta la exclusión del ejercicio de la libertad, en lo que se refiere al acceso al trabajo, la negación del derecho a trabajar o al trabajo, y la reducción de derechos de los trabajadores, sustantivos o procesales, por la única y exclusiva razón de tener una determinada edad.

1. Exclusión y discriminación en el empleo y minoración de derechos laborales por tener una determinada (poca/mediana) edad

La libertad constituye un bien en sí misma considerada, y la libertad de trabajo no es más que el ejercicio de aquella libertad general en un aspecto concreto de la realidad. No obstante, dada la trascendencia que el acceso libre o en libertad al trabajo tiene para la subsistencia de las personas, la libertad de trabajo se consolidó como una manifestación específica y concreta de aquel principio general, pasando en esa consideración a formar parte de las principales declaraciones de derechos y textos constitucionales.

El derecho al trabajo, de más moderno cuño que aquella libertad, vino a consolidarla, y por encontrarse en tensión dialéctica con otro aspecto del ejercicio de la libertad general, la libertad de empresa, ha sido necesario tratarlo con exquisito cuidado, habiéndose llegado a la conclusión pacífica de que únicamente impone el acceso al empleo según «mérito y capacidad», esto es, sin discriminación alguna.

Según la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor que los Tratados constitutivos, «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de edad» (art. 21.1), habiéndose reconocido por el Tribunal de Justicia comunitario que la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión por cuanto constituye una aplicación específica del principio de igualdad de trato ⁴⁴.

La pertinente normativa ordinaria comunitaria, Directiva 2000/78/CE (considerandos noveno, undécimo, decimoctavo y vigésimo quinto), reconoce que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos, que contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal. Y afirma que la discriminación por motivos de edad pone en peligro la consecución de objetivos comunitarios tales como el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

Ha de repararse en que, según la jurisprudencia comunitaria tiene declarado, la Directiva 2000/78/CE no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, principio que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, bien que lo concreta, al tener por objeto únicamente establecer, en esas mismas materias, un marco general para luchar contra la discriminación basada en diversos motivos, entre ellos la edad ⁴⁵.

La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, y como se indica en la misma normativa de la Unión Europea:

- La legislación comunitaria no puede tener el efecto de obligar a las Fuerzas Armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios.

⁴⁴ SSTJUE de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne, de 27 de noviembre de 2005; asunto C-144/04, Mangold, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG

⁴⁵ SSTJUE de 27 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG.

- Podrá disponerse que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la edad no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.
- En determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, que requieren por lo tanto disposiciones específicas, las cuales pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resultando pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

En particular, y en relación con los trabajadores jóvenes, aquella legislación comunitaria, habida cuenta de los objetivos de políticas de empleo, de mercado laboral y de formación profesional, admite el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y retribución, 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, o el establecimiento de una edad máxima para la contratación que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación.

Bien entendido que únicamente los objetivos que pueden considerarse «legítimos» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad, son objetivos de política social, como antes se indicó vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y que las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a la política de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esa medida puede justificar el establecimiento de excepciones al principio de no discriminación en función de la edad ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo⁴⁶.

Aquella norma comunitaria, no obstante las excepciones que admite, tiene la confesada finalidad de establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de edad con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Entendiendo por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en la misma norma, produciéndose una patente y burda discriminación 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 aquella normativa.

La proscripción de la discriminación por edad ha de aplicarse a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con

⁴⁶ STJUE 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, *Age Concern England*.

las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional ⁴⁷.

1.1. Denegación del acceso al empleo a partir de una determinada (poca/mediana) edad

Supuesto que ejemplifica aquella discriminación es el contemplado en la STJCE, objeto de atención, de 12 de enero de enero de 2010, asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main. En ese asunto se dilucidó si el interés en garantizar una carrera larga a los funcionarios, limitar la cuantía de las prestaciones sociales, establecer una estructura de edades equilibrada en una profesión o garantizar un periodo mínimo de servicio antes de la jubilación eran legítimos en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, y si la fijación de la edad límite para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos en 30 años era un medio adecuado y necesario para lograr tales objetivos.

El Tribunal de Justicia comunitario admitió, en el asunto referido, como razonable la alegación de que el servicio técnico medio de bomberos exigía, para determinadas intervenciones, una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tenían los funcionarios más jóvenes. Por ello, y habida cuenta de que del proceso de envejecimiento resultaba (médicamente demostrado) que los funcionarios que hubiesen sobrepasado los 45-50 años dejaban de poseer dicha capacidad física elevada, y de que las referidas intervenciones tenían que llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes, concluyó que la edad máxima de contratación impuesta en los 30 años tenía el objetivo de garantizar que los funcionarios del servicio técnico medio de bomberos pudiesen cumplir las misiones que exigían una capacidad física particularmente elevada, durante un periodo de tiempo relativamente largo de su carrera.

Nada que objetar a semejante consideración; naturalmente, la eficacia en la prestación del servicio de salvamento de las personas y la protección de los bienes, y la garantía de la prestación de tal servicio público justifican y fundamentan sobradamente aquel razonamiento. Porque no es la edad el motivo en el que se basa la razonable y justificada diferencia de trato, sino la capacidad física que, si bien se vincula a la edad, no lo hace inexorable e idénticamente en todos los casos. Capacidad física que constituía, en ese caso, un requisito profesional esencial y determinante.

Insiste el Tribunal de Justicia comunitario en la evidencia de que una elevada capacidad física guarda relación con la edad. Así, afirma que determinadas tareas confiadas a los miembros del servicio técnico medio de bomberos, como la extinción de incendios o el salvamento de personas, exigen una capacidad física excepcionalmente elevada, que únicamente pueden llevar a cabo fun-

⁴⁷ Según las SSTJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, Age Concern England, y 18 de junio de 2009, asunto C-88/08, Hütter, únicamente los objetivos que pueden considerarse «legítimos» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad, son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional.

cionarios más jóvenes e indica que de los datos científicos resultantes de estudios realizados en el marco de la medicina del trabajo y deportiva se desprende que la capacidad respiratoria, la musculatura y la resistencia disminuyen con la edad, y que muy pocos trabajadores/funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente como para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios, dejando de disponer de la referida capacidad en el ámbito del salvamento de personas a la edad de 50 años.

Razón por la cual la diferencia de trato por razón de la edad contenida en la normativa nacional (controvertida en el litigio principal) estaba justificada, en la medida en que la aptitud física era una característica vinculada a la edad y constituía un requisito profesional esencial y determinante para la actividad profesional de bombero y para su ejercicio. Esto es, para garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de bomberos profesionales.

El Alto Tribunal comunitario añade que el cuerpo de bomberos profesionales forma parte de los servicios de socorro, y que el decimoctavo considerando de la Directiva 2000/78/CE precisa que ésta no puede tener el efecto de obligar a dichos servicios a contratar a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios, siendo, por lo tanto, el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales un objetivo legítimo en el sentido del artículo 4, apartado 1, de aquella norma comunitaria.

Diferencia implícitamente aquella resolución de la justicia comunitaria entre los miembros del servicio técnico medio de bomberos, que llevan a cabo sobre el terreno las tareas atribuidas a los bomberos profesionales, y aquellos otros trabajadores/funcionarios del servicio de bomberos que ejercen funciones de dirección y de mando del servicio técnico de bomberos, destacando que únicamente las actividades del servicio técnico medio de bomberos se caracterizan por su naturaleza física, y en las que participan los trabajadores/funcionarios adscritos al mismo mediante la extinción de incendios, el salvamento de personas, las tareas relacionadas con la protección del medio ambiente, el salvamento de animales y la protección frente a animales peligrosos, así como en tareas de apoyo como el mantenimiento y control de los equipos de protección y los vehículos de intervención.

Bien que precise que cada uno de esos concretos ámbitos de actividad exija una capacidad física diferente. En los dos primeros, la extinción de incendios y el salvamento de personas, los trabajadores/funcionarios del servicio técnico medio de bomberos han de responder a unos requisitos físicos excepcionalmente exigentes, que se caracterizan por corresponderse con una estructura de edades comprendida entre 30 y, como máximo, 50 años. Dado que el ser humano pierde capacidad física con la edad, prácticamente ningún funcionario presta servicios en los ámbitos de extinción de incendios y salvamento de personas una vez superada una edad de entre 45 y 50 años. Por lo tanto, los funcionarios que rebasan dichas edades han de ser adscritos a otras tareas que debe cumplir el servicio técnico medio de bomberos y cuyos requisitos físicos son inferiores⁴⁸.

⁴⁸ Conclusiones 29-31 de las presentadas por el Abogado General Sr. Yves Bot el 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main.

Es a raíz de esta última precisión que el Alto Tribunal comunitario llega a una más que cuestionable conclusión. Efectivamente, según aquella jurisprudencia comunitaria un trabajador/funcionario bombero contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás habrá de seguir una formación más o menos larga, podría ser destinado a las tareas antes indicadas durante un periodo mínimo de entre 15 y 20 años; por el contrario, si fuera contratado a la edad de 40 años, dicho periodo será como mucho de entre 5 y 10 años.

A partir de estas apreciaciones, interfieren en el discurso del Alto Tribunal comunitario consideraciones economicistas y burocrático-administrativas consistentes en dar pábulo de justificación y coherencia al objetivo de establecer una estructura de edades equilibrada que permita garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de bomberos, objetivo que considera, con manifiesto despropósito y error, que forma parte de la política de empleo, y que por ello considera «legítimo», en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE. Consecuentemente, no duda en afirmar que «el establecimiento de una estructura de edades equilibrada dentro del cuerpo de bomberos forma parte de la definición de una política de empleo interna de dicho cuerpo, cuyos parámetros vienen marcados por las tareas que éste tiene que cumplir, y que responde a un interés general imperativo»⁴⁹.

El Alto Tribunal comunitario llega a un reprochable paroxismo economicista y organicista, cuando concluye, de manera no irreprochable y disculpando una manifiesta discriminación por razón de edad, que la Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que fije en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos⁵⁰, porque:

⁴⁹ Precisa el Abogado General Sr. Yves Bot en su conclusión 42, de las presentadas el 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main.

⁵⁰ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot en sus conclusiones 36-39, de las presentadas el 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-229/08, Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main, lo siguiente: «En relación con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, procede recordar que, a tenor de dicho precepto, "no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado". Pues bien, (...) la naturaleza de varios de los ámbitos de actividad en los que han de intervenir los bomberos del servicio técnico medio y las condiciones de ejercicio de sus principales tareas exigen una capacidad física particularmente elevada. En la medida en que la capacidad física disminuye de forma natural con la edad, esta última constituye, (...), una característica consustancial al buen ejercicio de aquellas actividades de dicha profesión que son más exigentes desde el punto de vista físico. Por consiguiente, (...), el límite de edad de 30 años puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para garantizar el carácter operativo del servicio técnico medio de bomberos. El carácter legítimo de ese objetivo se desprende claramente del decimotercero considerando de la Directiva 2000/78/CE que, (...), señala que ésta "no puede tener el efecto de obligar a las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios". Además, dicho requisito es proporcionado, dado que, (...), no va más allá de lo necesario para que los bomberos del servicio técnico medio puedan cumplir correctamente las tareas más exigentes desde el punto de vista físico durante un periodo de tiempo suficientemente largo. De lo anterior se desprende, (...), que el límite de edad de 30 años para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos está justificado en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE».

- Una contratación a edad avanzada tendría como consecuencia que un número demasiado elevado de trabajadores/funcionarios no podría ser destinado a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico.
- Tal contratación no permitiría que los trabajadores/funcionarios contratados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un periodo de tiempo suficientemente largo.
- La organización razonable del cuerpo de bomberos profesionales exige, por lo que respecta al servicio técnico medio, una correlación entre los puestos que requieren una mayor capacidad física y que no están adaptados a los funcionarios de más edad y los puestos que requieren una menor capacidad física y que están adaptados a dichos funcionarios.

1.2. *Minoraciones o limitaciones de los derechos laborales por «poca edad»*

En esta materia resulta paradigmática la ya referida STJCE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG, que parte de la consideración de que una disposición nacional que disponga que no se tendrán en cuenta, a efectos del cálculo del plazo de preaviso en caso de despido, los periodos de trabajo completados por un trabajador antes de cumplir los 25 años de edad afecta a las condiciones de despido de los trabajadores; por lo tanto, ha de considerarse que una normativa de esta naturaleza establece normas relativas a las condiciones de despido.

Tal normativa nacional, señala la meritada resolución del Ato Tribunal comunitario, estaría dispensando un trato menos favorable a los trabajadores que empiezan a prestar sus servicios al empresario antes de cumplir los 25 años de edad, instaurando, por lo tanto, una diferencia de trato entre personas que tienen la misma antigüedad en función de la edad a la que se incorporaron a la empresa.

Así, y a título de ejemplo, indica aquella misma resolución de la justicia comunitaria que al tenor de la normativa nacional objeto de consideración resultaría que, en el caso de dos trabajadores que tuviesen cada uno 20 años de antigüedad, el que se hubiese incorporado a la empresa a la edad de 18 años tendría derecho a un plazo de preaviso de despido de cinco meses, mientras que dicho plazo sería de siete meses para el que se hubiese incorporado a ella a la edad de 25 años, perjudicando, además de forma general, a los trabajadores jóvenes frente a los trabajadores de mayor edad, por cuanto los primeros, pese a tener una antigüedad de varios años en la empresa, podrían quedar excluidos del beneficio del aumento progresivo de los plazos de preaviso de despido en función de la duración de la relación de trabajo, beneficio del que podrían gozar, en cambio, trabajadores de mayor edad con una antigüedad comparable.

Recuerda el Alto Tribunal comunitario que si bien los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en

materia social y laboral ⁵¹, y el legislador nacional puede pretender mediante una norma de aquel contenido ofrecer al empresario una mayor flexibilidad en la gestión del personal aliviando la carga que para dicho empresario supone el despido de los trabajadores jóvenes, a los que resulta razonable exigir una mayor movilidad personal o profesional (¿por qué?), resulta que la misma no es adecuada para la realización de tal objetivo, al aplicarse a todos los trabajadores incorporados a la empresa antes de cumplir los 25 años, cualquiera que fuere su edad en el momento del despido.

Concluyendo el Tribunal de Justicia comunitario que, en virtud de una tal normativa nacional, la ampliación del plazo de preaviso de despido en función de la antigüedad del trabajador se retrasaría para todo trabajador que se hubiese incorporado a la empresa antes de cumplir 25 años de edad, aun cuando el interesado dispusiera de una gran antigüedad en ella en el momento de su despido, y que por ello cualquier normativa nacional de semejante contenido resulta contraria al contenido de la Directiva 2000/78/CE.

2. Eliminación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo para los empleados de «mayor edad»

La Directiva 2000/78/CE establece (art. 2, titulado «Concepto de discriminación») que se prohíbe la discriminación por razón de 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, diferenciando entre discriminación directa e indirecta, que la jurisprudencia comunitaria describe en los siguientes términos:

- Existirá «discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por (razón de su edad)».
- Existirá «discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una edad, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

2.1. La libertad de trabajo y el derecho al trabajo de los empleados de «mayor edad»

La jurisprudencia comunitaria ya con anterioridad a las sentencias objeto de consideración en el presente trabajo se había planteado y resuelto la cuestión de si una norma nacional que autorizaba a los empresarios a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo o la relación laboral por cumplir el trabajador la edad de jubilación infringía la Directiva 2000/78/CE. Esto es, si las normativas nacio-

⁵¹ SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, y de 16 de octubre de 2007, asunto C- 411/05, Palacios de la Villa.

nales «que permiten a los empleadores extinguir la relación laboral cuando el trabajador haya cumplido los 65 años (...) debe considerarse que (...) establecen diferencias de trato basadas directamente en la edad que pueden constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE»⁵².

Al respecto, el Tribunal de Justicia comunitario tiene establecido que «la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto el establecimiento de un marco general para garantizar la igualdad de trato de

⁵² Precisó el Abogado General Sr. Ján Mazák, en su conclusión 77 de las presentadas el día 23 de septiembre de 2008, asunto C-388/07, The Queen, a instancia de: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, el cual indica, en sus conclusiones 68-74, lo siguiente: «En un mundo perfecto, cada uno se haría acreedor de lo que le corresponde por sus propios méritos, se trataría a todas las personas del mismo modo en lo que se igualan y de modo distinto en lo que difieren. En un mundo perfecto, se daría a cada uno lo que merece y se haría justicia. Desgraciadamente, esta perfección de la justicia no está al alcance de la ley de este mundo. Por "norma", la ley es intrínsecamente general: sólo partiendo de lo abstracto puede abarcar la realidad. Queda entonces para los tribunales, las administraciones y los particulares la tarea de aplicarla en cada supuesto y, por lo tanto, de "traducir" la ley general, en el mejor de los casos, en una justicia concreta. De este modo, la ley generaliza y clasifica: coloca tanto a los particulares como a las diferentes situaciones individuales bajo el prisma de tipos, categorías, características y clases, y establece distinciones con arreglo a determinados criterios. Sin embargo, con el paso del tiempo algunas clasificaciones han pasado a considerarse inaceptables en el ordenamiento jurídico y contrarias a los valores que le sirven de fundamento. De conformidad con el artículo 13 de la CE, el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE menciona la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual como criterios en los que, en principio, no pueden basarse las diferenciaciones legales, a no ser que estén objetivamente justificadas. Por consiguiente, las clasificaciones o las diferencias de trato basadas, directa o indirectamente, en estos motivos son, a primera vista, "sospechosas" y pueden constituir discriminación indebida, si bien se desprende de las posibilidades de justificación ofrecidas por el artículo 2 de la Directiva que no tiene necesariamente que ser así. Dependerá de las circunstancias (especialmente cuando se trate de diferencias de trato por razón de edad). El legislador comunitario subrayó en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78/CE, en lo que se refiere, concretamente, a la edad, que es "esencial distinguir (entre) las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y (las discriminaciones que deben) prohibirse". La edad se diferencia también de los demás motivos mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE en que el artículo 6, apartado 1, contiene una justificación específica para las diferencias de trato que se basan en ella siempre que no constituyan discriminación prohibida con arreglo al artículo 2 "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". (...) Este enfoque, particularmente matizado, sobre las diferencias de trato por razón de edad refleja la verdadera singularidad de la edad en comparación con los demás motivos mencionados en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE. La edad no es, por naturaleza, un "motivo sospechoso" o, cuando menos, no lo es tanto como, por ejemplo, la raza o el sexo. De hecho, en la legislación y, concretamente, en el Derecho laboral y social menudean las diferenciaciones basadas en la edad, los límites de edad y las medidas relacionadas con la edad, que se caracterizan por su hipotética facilidad de gestión, claridad y transparencia. Otra cualidad del criterio basado en la edad es la fluidez. Es posible que la determinación de si un trato diferenciado constituye o no discriminación por razón de edad dependa no sólo de si se basa directa o indirectamente en la edad, sino también de la propia edad de la que se trate. Por lo tanto, en comparación con otras distinciones, como, por ejemplo, las basadas en el sexo, puede ser mucho más difícil determinar cuándo las diferenciaciones por razón de edad dejan de estar justificadas para pasar a ser indebidas. Por último, en la medida en que los límites de edad, como las edades de jubilación previstas (...), implican una distinción basada directamente en la edad, deben automáticamente considerarse desde el punto de vista de la discriminación directa definida en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE; cabe recordar que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE, fue interpretada por la propia jurisprudencia comunitaria, hasta su Sentencia de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, The Queen, a instancia de: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, en el sentido de que no se oponía a una normativa nacional que considerase válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exigiesen, como únicos requisitos, que el trabajador hubiera alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación fijado por la normativa nacional, y que cumpliera con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva».

todas las personas en el empleo y la ocupación, ofreciendo una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad»⁵³. Esto es, que «se aplica, en el marco de las competencias conferidas a la Comunidad, a todas las personas (...) en relación con (...) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración»⁵⁴.

Según la jurisprudencia comunitaria, si bien no existe indicación precisa y una relación concreta y circunstanciada de los objetivos de política social, que permitan excepcionar la vigencia del derecho social fundamental comunitario a no ser discriminado por razón de edad, «es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre su legitimidad y sobre la idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo»⁵⁵.

Tiene ya indicado la jurisprudencia comunitaria⁵⁶ que los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 2, apartado 2, letra b), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE no coinciden exactamente. De tal manera:

- Que el artículo 2 «define el concepto de discriminación por motivos de (...) edad (...) en el ámbito del empleo y la ocupación», distinguiendo, en su apartado 2, «entre, por una parte, las discriminaciones directamente basadas en (este motivo) y, por otra, las discriminaciones «indirectas», que, pese a que se fundamentan en una disposición, criterio o práctica aparen-

⁵³ STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, *The Queen*, a instancia de: *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)* y *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

⁵⁴ Indicó el Abogado General Sr. Ján Mazák, en sus conclusiones 48-51 de las presentadas el día 23 de septiembre de 2008, en el asunto C-388/07, *The Queen*, a instancia de: *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)* y *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, lo siguiente: «En este contexto, el objetivo de la Directiva 2000/78/CE, conforme a su artículo 1, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra c), del mismo texto, es ofrecer a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, una protección eficaz, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad. Por consiguiente, la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto que los particulares, especialmente en las relaciones que entablen entre ellos (horizontales) en contextos como el empleo, disfruten de una protección eficaz contra la discriminación basada, en particular, en razones de edad. Se deduce claramente de los artículos 9 y 10 y de los considerandos vigésimo noveno y trigésimo primero de la Directiva 2000/78/CE que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar, a este respecto, la disponibilidad de medios de protección jurídica adecuados y la inversión de la carga de la prueba en los casos de presunta discriminación, que no ha de recaer, por tanto, en quien alegue ser la víctima sino en el demandado. Habida cuenta de esta protección material que la Directiva 2000/78/CE pretende ofrecer a los particulares contra las formas de discriminación que prohíbe, la completa ejecución de esta Directiva no puede posiblemente lograrse mediante la mera garantía de que la normativa nacional incluida en su ámbito de aplicación cumple de hecho con las exigencias acerca de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que en ella se imponen. (...) Para que los particulares puedan hacer uso efectivo, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de su derecho a recibir un trato igual y, en concreto, a no sufrir discriminación ilegítima por razón de edad, los Estados miembros están también obligados, en el contexto del empleo y la ocupación, a adoptar normas nacionales en las que se recoja específicamente y con la suficiente claridad la prohibición de discriminación por razones de edad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con los artículos 2 y 6, apartado 1, de ésta».

⁵⁵ STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, *The Queen*, a instancia de: *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)* y *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

⁵⁶ Véase nota anterior.

temente neutros, pueden ocasionar a determinadas personas, respecto de otras, una desventaja particular debido a su (...) edad».

- Que con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE, «sólo las disposiciones, criterios o prácticas que pueden constituir discriminaciones indirectas pueden quedar excluidas de la calificación de discriminación», como sucede, cuando se trata de una «disposición, criterio o práctica (que) pued(e) justificarse objetivamente con una finalidad legítima y (...) los medios para la consecución de esta finalidad (son) adecuados y necesarios», y que sin embargo «para las diferencias de trato constitutivas de discriminación directa, el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva no contempla ninguna excepción».
- Que «el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE establece un régimen excepcional para las diferencias de trato por razón de edad, dada la especificidad que se reconoce a la edad entre los motivos de discriminación prohibidos por dicha Directiva. En el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78/CE se menciona, en efecto, que es «esencial distinguir (entre) las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y (las discriminaciones que deben) prohibirse».

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, ha precisado el Alto Tribunal comunitario en un discurso ciertamente contradictorio, «permite a los Estados miembros adoptar en su Derecho nacional disposiciones que establezcan diferencias de trato por razón de edad incluidas, en particular, en la categoría de las discriminaciones directas, tal como se define en el artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva». Añadiendo que «precisamente en esta medida debe interpretarse el mencionado artículo 6, apartado 1, en el sentido de que se aplica, a tenor de su párrafo primero, "no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2" de dicha Directiva. Sin embargo, esta facultad, en tanto que excepción al principio de prohibición de la discriminación, debe ajustarse estrictamente a los requisitos previstos en el mismo artículo 6, apartado 1».

Para salvar, en lo posible, la referida contradicción, aquella misma jurisprudencia comunitaria acude al remedio del rigor procesal, indicando que afirmada la «evidencia absoluta de que una disposición, un criterio o una práctica no constituye una discriminación», la exigencia de la carga de la prueba de la legitimidad por ajustarse a las exigencias de la Directiva 2000/78/CE, de las disposiciones o medidas del Estado, es contundente, porque aquella norma comunitaria «impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria».

2.2. *Cuestionables limitaciones a la libertad de trabajo y al derecho al trabajo a los trabajadores de «mayor edad» o a partir de «mucha edad»*

Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico nacional ya se planteó aquella cuestión grosso modo, con ocasión de la determinación de la inconstitucionalidad de la disposición adicional 5.^a del ET de 1980, a cuyo tenor se establecía una «edad laboral máxima incondicionada»,

permitiéndose además que en la negociación colectiva pudiesen «pactarse libremente edades de jubilación»⁵⁷.

Efectivamente, aquella previsión legal fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, planteada, de oficio, por el Magistrateo de Trabajo núm. 9 de Madrid y resuelta por STC (Pleno) 22/1981, de 2 de julio de 1981, la cual declaró «inconstitucional la disposición adicional 5.ª ET, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad», pero no se pronunció sobre la posibilidad de establecer convencional y libremente edades de jubilación, (con cierto fundamento procesal, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad le fue planteada⁵⁸).

Posteriormente se planteó, ante el mismo Tribunal Constitucional, la legitimidad de la extinción del contrato de trabajo mediante la aplicación de una institución que si bien aparentemente era ajena al contrato de trabajo, sin embargo interfería, y sigue interfiriendo, en sus modos de extinción, cual es la jubilación convencional⁵⁹, pues se acepta generalmente y con raíz en la proscripción de las vinculaciones a la prestación personal o arrendamientos de servicios de por vida⁶⁰, que el contrato de trabajo puede ser extinguido unilateralmente por el trabajador, mediante su «dimisión», habitualmente sin consecuencias indemnizatorias a favor del empresario. Efectuándose, consecuentemente, las siguientes diferenciaciones:

- Que la «jubilación ordinaria», en cuanto que voluntaria, (puede considerarse) como una modalidad de la (extinción voluntaria del contrato de trabajo), constituyendo «un supuesto

⁵⁷ «Sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», se añadía.

⁵⁸ Según se recoge en la propia STC 22/1981, «a juicio del Magistrateo de Trabajo, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14, aplicado al derecho al trabajo reconocido en el artículo 35, obliga a concluir que todos los españoles tienen derecho al trabajo, sin discriminación alguna por razones de tipo social, por lo que la disposición adicional 5.ª del ET, al negar el derecho al trabajo a aquellos españoles que superen los 69 años de edad y reúnan el periodo de carencia para la jubilación, viola el principio de igualdad y, en consecuencia, puede ser anticonstitucional».

⁵⁹ SSTC 58/1985 (Pleno), de 30 de abril de 1985 y STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006. La regulación de la jubilación forzosa convencional en nuestro ordenamiento jurídico ha sido accidentada, bien que como ya se ha indicado ha estado orientada por una determinada posición de la jurisprudencia constitucional. No ha sido rectilínea sino que pueden distinguirse las siguientes etapas: a) Una primera etapa en que el legislador consideró que podía limitar incondicionalmente la edad de trabajar estableciendo una edad tope o límite para permanecer en el «mercado de trabajo», por lo que y consecuentemente admitió que, además, pudieran establecerse por medio de la negociación colectiva edades inferiores para la salida o expulsión de los trabajadores del mercado de trabajo; b) Una segunda etapa en la que, a la vista de los pronunciamientos de la justicia constitucional (SSTC 22/1981 y 58/1985), señaladamente de la declaración de inconstitucionalidad de la «disposición adicional 5.ª del ET (1980), interpretada como norma que establecía la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad», el texto refundido del ET de 1995 incorporó una disposición adicional 10.ª «cuyo contenido recogía, de forma un tanto difusa, los restos maltrechos de la disposición adicional 5.ª de la LET/1980 y las correcciones interpretativas de la jurisprudencia constitucional» (RIVERO LAMAS, J., «La jubilación como medida de fomento del empleo», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L., coordinadora, IUSTEL, Madrid 2007, págs. 1077); c) Una tercera etapa que se inicia con la derogación de la disposición adicional 10.ª del ET por el Real Decreto Ley 5/2001, después Ley 12/2001; e) Una cuarta etapa que se inicia con la entrada en vigor de la Ley 14/2005, mediante la cual se vuelve a admitir la posibilidad de la jubilación forzosa convencional, mediante la incorporación al ET de una nueva disposición adicional 10.ª, dotada de una cuestionable retroactividad.

⁶⁰ Artículo 1.593 del CC.

que pacíficamente podría incardinarse en la categoría de la extinción por voluntad unilateral del trabajador, concretamente en la figura de la dimisión»⁶¹.

- Por contra, «la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador encaja en la categoría de extinción por voluntad unilateral del empresario cuando aquélla depende de la voluntad de éste, o sea, cuando es éste el que tiene la facultad de poner fin al contrato por dicha causa, porque así se prevé en una norma colectiva. En tal caso se habla de jubilación forzosa porque ésta se impone por el empresario al cumplir el trabajador una determinada edad y sin contar con su voluntad»⁶².

La solución a semejante cuestión dista de ser pacífica en nuestro ordenamiento; no obstante, puede afirmarse sobre la base de la STC 280/2006 que en cualquier análisis del régimen jurídico de la jubilación forzosa convencional «ha de partirse de que el convenio colectivo como norma jurídica que es se inscribe en el sistema de fuentes», lo que determina «que se someta a las normas de mayor rango jerárquico», y que asimismo deba respetar «el cuadro de derechos fundamentales acogido en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al artículo 14 de la CE».

Por ello, afirma, aquella resolución de la justicia constitucional que en materia de jubilaciones forzosas convencionales «la cuestión reside en definir las precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado, y que son, con arreglo a nuestra doctrina, las siguientes:

- El cese forzoso por esa causa (edad) «sólo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación. Es decir, no basta con que la jubilación forzosa sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De manera que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los periodos de carencia para la jubilación y cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente»⁶³;

⁶¹ MELLA MÉNDEZ, L., «La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L., coordinadora, Iustel, Madrid 2007, indica en pág. 1.332, que eso sucede «en cuanto que se trata del cese en el trabajo por razón de edad decidido unilateralmente por el sujeto interesado. En efecto, aquí el protagonista absoluto de la decisión extintiva es este último, que, al reunir la edad y la carencia necesarias para el acceso a la pensión de jubilación, decide retirarse de la vida laboral activa y pasar a la situación de jubilado».

⁶² MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, págs. 1.338-1.339.

⁶³ Como ya se indicaba en la STC 22/1981, la limitación para trabajar que se impone mediante la jubilación forzosa por edad determina «un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Éste es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional 5.ª, al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los periodos de carencia para la jubilación. Desde el punto de vista de la jubilación forzosa es patente el especial relieve que a tal efecto cobra la mejora de los sistemas de seguridad social».

- La «fijación de una edad máxima para la permanencia en el trabajo» será constitucional siempre que con ella se garantice «una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo».

Sin detenernos más en la cuestión de extinción obligatoria del contrato de trabajo por jubilación forzosa convencional, baste con lo dicho ⁶⁴, puede considerarse muestra del tratamiento íntimamente contradictorio dado al tema objeto de consideración general en este apartado, el contenido de la ya referida STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, *Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*.

Efectivamente, se cuestionaba en aquel asunto si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE se oponía a una medida nacional por la que se establecía una edad máxima para el ejercicio de la actividad de «dentista concertado», (68 años), a fin de proteger la salud de los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad, por suponerse que las facultades de dichos dentistas disminuían a partir de la referida edad, que, según una primera indicación del Tribunal de Justicia comunitario (que no puede sino tacharse de precipitada y apriorística, por no basarse en ningún estudio, prueba o evidencia), podría considerarse lo suficientemente avanzada como para servir de fin a la habilitación para ejercer como dentista concertado. Conviene recordar que la mencionada norma comunitaria, al tenor de su artículo 3, apartado 1, letras a) y c), se aplica a todas las personas en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, así como a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido ⁶⁵.

La legislación nacional objeto de consideración en aquel caso establecía una edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista únicamente en el marco del régimen legal del seguro de enfermedad; no obstante, dado que la mayoría de los pacientes (un 90%, aproximadamente) procedían de dicho sistema, resultaba que el hecho de que un dentista no pudiera ejercer en régimen de concierto podía limitar la demanda de los servicios que prestaba. Por consiguiente, al establecerse una edad a partir de la cual dejan de ser posibles el acceso a la actividad de «dentista concertado» y el ejercicio de la misma, se estaba afectando a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia, al ejercicio profesional y a las condiciones de empleo y trabajo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letras a) y c) de la Directiva 2000/78/CE. Esto es, que determinadas personas, los «dentistas concertados», recibían, por aquella legislación nacional, un trato menos favorable que otras que ejercían la misma profesión por el motivo de haber alcanzado o superado la edad de 68 años, estableciéndose pues una diferencia de trato por razón de la edad.

⁶⁴ Me remito a mis trabajos publicados en esta Revista, núm. 292, julio 2007, págs. 113-1242, «Jubilación forzosa por convenio colectivo» (Comentario a la STC de 9 de octubre de 2006, rec. amparo núm. 43/2003); Núm. 299, febrero 2008, págs. 125-156, «Despido. Jubilación forzosa por convenio colectivo». (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05); Núm. 317-118, págs. 133-156, «La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación». (Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, *The Queen*, a instancia de: *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)* y *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*).

⁶⁵ SSTJUE de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, *Palacios de la Villa*, y de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, asunto C-388/07.

Consideró el Alto Tribunal comunitario semejante límite de edad de 68 años en una doble perspectiva:

- a) Por una parte, entendió que podía responder al legítimo objetivo de la política de empleo, autorizado por la Directiva 2000/78/CE, de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de la profesión de dentista en el régimen de concierto, lo cual podía considerarse una medida de política de empleo. Esto es, que con tal objetivo ante una situación en la que existiese un número excedentario de dentistas concertados o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado miembro podía considerar necesario establecer un límite de edad como el controvertido en el litigio principal para facilitar el acceso al trabajo de dentistas más jóvenes. Concluyendo el Alto Tribunal comunitario que si tal medida tenía por objeto el reparto entre las generaciones de las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, podía considerarse que la diferencia de trato resultante por razón de la edad estaba objetiva y razonablemente justificada por dicho objetivo y que los medios para lograr éste eran adecuados y necesarios, siempre que existiese una situación en la que hubiese un número excedentario de dentistas concertados o el riesgo latente de que se produjera tal situación.
- b) Por otra parte, estimó que aquella medida debía considerarse también en cuanto que instrumento que formaba parte de una política de planificación de la oferta de asistencia dental destinada a controlar el aumento de los gastos de salud del régimen legal del seguro de enfermedad, de tal manera que con dicho límite de edad se podría perseguir el objetivo de protección de la salud pública desde el punto de vista de la preservación del equilibrio financiero del régimen legal del seguro de enfermedad. Punto en el que ha de tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia comunitaria, el objetivo de prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social es una de las facetas del objetivo de protección de la salud pública ⁶⁶.

Esta segunda perspectiva económica o «economicista» enturbió definitivamente el razonamiento y la respuesta del Tribunal de Justicia comunitario. Faceta respecto de la que, y para justificarse, el Alto Tribunal comunitario hace recordatorio de que, de conformidad con el artículo 152 de la CE, apartado 5, los Estados miembros fueron, son y siguen siendo competentes para ordenar sus sistemas de seguridad social y, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar y prestar servicios sanitarios y cuidados médicos, y que si bien es cierto que al ejercer dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, para apreciarse su respeto a dicha obligación, debe tenerse presente que aquellos Estados miembros pueden decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse este nivel, y que, dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un amplio margen de apreciación ⁶⁷.

⁶⁶ STJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, Hartlauer.

⁶⁷ SSTJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, Hartlauer, y de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes y otros. Según esta última sentencia objeto de consideración específica del presente trabajo, si un Estado miembro considera que la situación de la oferta de asistencia dental constituye un riesgo para el equilibrio financiero de su régimen legal del seguro de enfermedad es necesario que pueda adoptar con carácter preventivo las medidas de regulación que permitan reducir ese riesgo.

Precisamente en virtud de ese margen de apreciación, precisa el Tribunal de Justicia comunitario, ha de admitirse que en el marco del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE, un Estado miembro puede considerar necesario establecer un límite de edad para el ejercicio de una profesión médica como la de dentista, con la finalidad de proteger la salud de los pacientes, ya se considere el objetivo de protección de la salud desde el punto de vista de la competencia de los dentistas o desde el del equilibrio financiero del sistema nacional de salud.

No pudiéndose excluir que la evolución del número de dentistas concertados pudiera conducir a un aumento excesivo de la oferta de prestaciones que se tradujera en un nivel demasiado elevado del gasto a cargo del Estado, por lo que la retirada de los dentistas de mayor edad permitiría reducir dicho gasto y evitar un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social.

Ahora bien, como la propia normativa nacional controvertida admitía una pluralidad de excepciones al límite de edad de los 68 años para los «dentistas concertados», resultaba que entonces se daba una clara incongruencia en cuanto que dichas excepciones estarían atentando contra el objetivo proclamado de protección de la salud, incluso si estuvieran dirigidas a garantizar que los pacientes del régimen de concierto pudiesen ser tratados pese a todo, o que hubieran sido concebidas para situaciones de escasez en la oferta de prestaciones dentales.

No pareciendo de recibo al Alto Tribunal comunitario que los riesgos para la salud de los pacientes derivados de la realización de prestaciones dentarias por dentistas profesionales de 68 o más años únicamente existiesen cuando los dentistas que ejercieran su actividad profesional en el marco del régimen de concierto con el sistema público de Seguridad Social, de tal modo que, fuera de ese marco, los mismos dentistas podían ejercer su profesión fuera cual fuera su edad y, por consiguiente, los pacientes hacerse tratar por dentistas de más de 68 años ⁶⁸.

No obstante, la interferencia economicista acaba alterando tan ponderado juicio del Alto Tribunal comunitario, al extremo de hacer, en buena medida, irrelevante la contradicción que el mismo Tribunal de Justicia comunitario denunciaba y destacaba, y a la que se acaba de aludir. Efectivamente, por consideraciones de aquella naturaleza economicista, más o menos discutibles desde el punto

⁶⁸ En relación con las demás excepciones previstas en la norma nacional cuestionada, el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 50, de las presentadas en 3 de septiembre de 2009, en el asunto C-341/08, Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, indica lo siguiente: «Si el Tribunal de Justicia estimara que (el) aspecto del objetivo de protección de la salud pública es ciertamente uno de los que persigue (la norma nacional controvertida) el límite de edad previsto por ese artículo difícilmente podría considerarse necesario para tal fin, habida cuenta de todas las excepciones de su aplicación que el (admite). Esas excepciones llevan a preguntarse por la coherencia intrínseca de ese (precepto nacional) considerado en ese contexto. En efecto, si el legislador (nacional) estima en verdad que, debido a la presunción de una disminución del rendimiento de los dentistas concertados que han alcanzado los 68 años, la prosecución de la actividad de estos últimos puede perjudicar la salud de los pacientes beneficiarios del régimen legal del seguro de enfermedad, es difícil encontrar razones sólidas que permitan explicar por qué esos dentistas pueden a pesar de todo continuar ejerciendo en caso de insuficiencia de la asistencia médica en una región, o para una sustitución, o incluso si han ejercido durante un periodo inferior a 20 años como dentistas concertados (...). La observación de tales incoherencias apenas sorprende dado que la voluntad del legislador (nacional), como resulta del contexto general de la medida controvertida, no era manifiestamente proteger a los pacientes cubiertos por el régimen legal del seguro de enfermedad a partir de la presunción de una disminución del rendimiento de los dentistas concertados que han alcanzado los 68 años».

de vista financiero, pero desde luego espurias desde la aplicación del principio de igualdad, el Alto Tribunal comunitario acaba afirmando que una disposición por la que se mantenga tal, o semejante, límite de edad, en la medida en que esté dirigida a prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social con el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud, «es compatible con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE».

Para conciliar tan diversas y contrapuestas consideraciones, el Tribunal de Justicia se ve obligado a adoptar una decisión aparentemente salomónica, y con un apego desmesurado, desproporcionado, a la norma comunitaria antes referida, da pábulo a la violación del principio de igualdad y proscripción de la discriminación, resolviendo lo siguiente:

- Por una parte, el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 200/78/CE se opone a una medida nacional por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados, pero,
- por otra parte, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no se opone a tal medida cuando ésta tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo.

Es decir, El Tribunal de Justicia comunitario acaba afirmando, a la postre, que el principio de igualdad de trato, lejos de constituir parte esencial del basamento y fundamento de la cultura occidental, es un principio «derrotable» frente a consideraciones meramente economicistas.

VII. LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Según la jurisprudencia comunitaria, el cometido de un juez nacional cuando debe resolver un litigio entre particulares en el que se ponga de manifiesto que una normativa nacional es contraria al Derecho de la Unión consiste en asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión, y garantizar su pleno efecto ⁶⁹.

Tratándose de un litigio entre particulares, la misma jurisprudencia ha declarado reiteradamente que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona ⁷⁰. Sin que ello excuse la

⁶⁹ SSTJUE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, y de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, Impact.

⁷⁰ SSTJUE de 26 de febrero de 1986, asunto C-152/84, Marshall, de 14 de julio de 1994; asunto C-91/92, Faccini Dori, de 5 de octubre de 2004; asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros.

obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, que se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales ⁷¹.

Al aplicar el derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva correspondiente, si la hubiera, para alcanzar el resultado que aquélla persiguiera y, por lo tanto, ha de atenerse al artículo 288 del TFUE, párrafo tercero ⁷². La exigencia de una interpretación conforme del derecho nacional es inherente al régimen del tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce ⁷³.

Por ello, puede lícitamente plantearse la cuestión de la eventual obligación del juez nacional que conoce de un litigio entre particulares de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión antes de poder dejar sin aplicación una disposición nacional que estime contraria a dicho Derecho.

Extremo en el que, como el Tribunal de Justicia tiene establecido, y reitera la jurisprudencia comunitaria objeto de comentario ⁷⁴, aunque el derecho interno al órgano jurisdiccional nacional le impida abstenerse de aplicar una disposición vigente de su legislación nacional sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por la instancia competente del correspondiente Estado miembro, el juez nacional debe otorgar prevalencia al Derecho comunitario.

Como juez comunitario de Derecho común, el juez nacional está obligado a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, inaplicando toda disposición nacional contraria al Derecho comunitario. Este deber que incumbe al juez nacional de prescindir de las disposiciones nacionales que obstaculizan la plena eficacia de las normas de Derecho comunitario en modo alguno está condicionado por el ejercicio previo de una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, so pena de transformar en la mayoría de los casos la facultad de remisión de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales en una obligación de remisión generalizada ⁷⁵.

⁷¹ SSTJUE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, von Colson y Kamann, de 13 de noviembre de 1990; asunto C-106/89, Marleasing, de 14 de julio de 1994; asunto C-91/92, Faccini Dori, de 18 de diciembre de 1997; asunto C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, de 5 octubre de 2004; asuntos acumulados C-97/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros, y de 23 de abril de 2009; asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros.

⁷² SSTJUE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, von Colson y Kamann, de 13 de noviembre de 1990; asunto C-106/89, Marleasing, de 14 de julio de 1994; asunto C-91/92, Faccini Dori, de 5 octubre de 2004; asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros.

⁷³ STJUE de 5 octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer y otros.

⁷⁴ STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

⁷⁵ STJUE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal. Así lo aprecia también el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 55 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

Efectivamente, la necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de igualdad y no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, determina que, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que el órgano jurisdiccional nacional estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, ese órgano jurisdiccional deba abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, ni estar impedido para hacerlo.

La facultad reconocida al juez nacional por el artículo 267 del TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional correspondiente u organismo nacional equivalente.

Esto es, según la jurisprudencia comunitaria, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, del que también goza el principio de igualdad y no discriminación por razón de la edad, una normativa nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debe dejarse sin aplicación⁷⁶. El juez nacional que conoce de un litigio entre particulares no está obligado, sino que tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, antes de abstenerse de aplicar una disposición de la normativa nacional que considere contraria a dicho principio. El carácter facultativo de esta remisión es independiente de los procedimientos que el derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución nacional pertinente⁷⁷.

Se afirma que «la cuestión de si puede alegarse la deficiente adaptación del ordenamiento jurídico interno a una directiva o la no adaptación a ésta por un Estado miembro en un litigio entre particulares ha recibido, en varias ocasiones, una respuesta clara por parte del Tribunal de Justicia. Así, (se) ha declarado reiteradamente que una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede, por lo tanto, ser invocada, como tal, contra dicha persona. De ello se deduce (...) que incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio en el que sólo se enfrentan particulares. De este modo, el Tribunal de Justicia se niega a dar un paso cuya consecuencia sería asimilar las directivas a los reglamentos, reconociendo a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos. Esta posición es acorde con la naturaleza especial de la directiva que, por definición, sólo genera directamente obligaciones a cargo de los Estados miembros destinatarios, y únicamente

⁷⁶ SSTJUE 27 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, y de 19 de enero de 2010; asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

⁷⁷ STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

puede obligar a los particulares a través de las medidas nacionales de adaptación del ordenamiento jurídico interno»⁷⁸.

Añadiéndose que la jurisprudencia comunitaria «ha compensado esta firme negativa de un efecto directo horizontal de las directivas señalando la existencia de soluciones alternativas adecuadas para satisfacer al particular que se considere lesionado por la no adaptación del ordenamiento jurídico interno a una directiva o por la deficiente adaptación a ésta de dicho ordenamiento»⁷⁹. Al efecto se indica que:

- «El primer paliativo a la falta de efecto directo horizontal de las Directivas consiste en la obligación que incumbe al juez nacional de interpretar su Derecho nacional en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue. El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. (...) No obstante, es pacífico que la obligación del juez nacional de referirse al contenido de una Directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular, en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional»⁸⁰.
- «El segundo paliativo a la falta de efecto horizontal de las Directivas puede activarse precisamente en el caso de que el resultado prescrito por una Directiva no pueda alcanzarse a través de la interpretación. El Derecho comunitario obliga, en efecto, a los Estados miembros a reparar los daños que hayan causado a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en esa Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. En primer lugar, el objetivo de la Directiva debe ser atribuir derechos a los particulares. Segundo, el contenido de tales derechos debe poder determinarse basándose en las disposiciones de esa Directiva. Por último, debe existir un nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado miembro y el daño sufrido»⁸¹.
- «El tercer paliativo radica en la disociación entre el efecto directo horizontal de las Directivas y la invocabilidad de éstas para excluir el Derecho nacional contrario, incluso en un litigio entre particulares. Esta solución equivale a considerar que si bien las Directivas no pueden sustituir el Derecho nacional inexistente o inadaptado para imponer directamente obligaciones

⁷⁸ Por el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 57 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

⁷⁹ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 58 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

⁸⁰ Señala el Abogado General Sr. Yves Bot, en las conclusiones 59 y 61 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

⁸¹ Dice el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 62 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

a un particular, al menos, pueden ser invocadas para excluir el Derecho nacional contrario, aplicando entonces el juez nacional para resolver un litigio entre particulares únicamente el Derecho nacional expurgado de sus disposiciones contrarias a la Directiva»⁸².

A la incuestionable pertinencia y existencia de semejantes «medidas paliativas», añade la jurisprudencia contenida en las sentencias objeto de consideración en el presente trabajo, un deber jurídico, que se enuncia de la siguiente manera:

«La necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de igualdad y no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo».

VIII. CONCLUSIONES

La libertad de trabajo y el derecho al trabajo únicamente pueden darse en su plenitud si no se cuestiona la vigencia del principio de igualdad y, consecuentemente, la ausencia de discriminación, entre otros motivos, por edad.

Contrariando en buena medida semejante evidencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias de 12 y 19 de enero de 2010, admite tratamientos desiguales en función de la edad, no ya para realizar aquellas concretas tareas para cuyo desempeño se requiera una determinada aptitud física (en cuyo caso ésta sería la «razonable razón» discriminatoria, y no la edad), sino para acceder a un empleo. Posición que el Tribunal de Justicia comunitario adopta sin consideración alguna a que tareas cuya realización requiera mantener una óptima condición física son excepcionales, y que en la inmensa mayoría de los empleos o trabajos si bien en ocasiones, puntuales o determinadas tareas sólo las pueden llevar a cabo personas en óptimas condiciones físicas, o excepcionalmente dotadas físicamente, las demás ocupaciones o tareas del mismo trabajo o empleo pueden llevarlas a cabo y, efectivamente, las desempeñan personas sin semejante «potencialidad física».

Esta última circunstancia era precisamente la que se daba en los casos de los bomberos y de los dentistas concertados. Por ello, en aquellos supuestos, el Alto Tribunal comunitario ha resuelto inconsistentemente, acudiendo para dar pábulo a injustificables discriminaciones en función de la edad a argumentos espurios, como los relativos a consideraciones burocrático-administrativas u organizativas y económicas, y por ello contrarios a la «lógica y la razón del principio de igualdad». Además, en el caso de los dentistas concertados, la sentencia del Tribunal de Justicia pura y llanamente incide en contradicción.

⁸² Precisa el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 63 del correspondiente escrito de conclusiones presentado el 7 de julio de 2009, en el asunto C-555/07, Seda Küçükdeveci contra Swedex GMBH & Co. KG.

En fin, que las Sentencias de 12 de enero de 2010 objeto de consideración, a pesar de contener observaciones estimables, no son irreprochables. Sin embargo, la Sentencia de 19 de enero de 2010, también objeto de consideración, sí es irreprochable tanto en la proscripción que lleva a cabo de una patente discriminación por edad, como por la afirmación que efectúa de que «incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, en los casos previstos en el artículo 267 del TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del citado principio».