CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 7 de julio de 2009 [1]

1. Con la presente remisión prejudicial se insta una vez más al Tribunal de Justicia a que precise el régimen jurídico y el alcance de la prohibición de las discriminaciones por razón de edad en Derecho comunitario. Ofrece a dicho Tribunal la posibilidad de aclarar el alcance que debe darse a la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold. [2]

2. Más concretamente, el presente asunto debe llevar al Tribunal de Justicia a 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 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. [3] En particular, deberá determinarse 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 y en el litigio se enfrenten dos particulares.

3. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Kücükdeveci y su anterior empresario, Swedex GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Swedex»), en relación con el cálculo de la duración del preaviso aplicable a su despido.

4. En las presentes conclusiones explicaré, en primer lugar, por qué la Directiva 2000/78 constituye, en el presente asunto, la norma de referencia con respecto a la cual debe determinarse la existencia o no de una discriminación por motivos de edad.

5. Indicaré, a continuación, que, a mi juicio, dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual los períodos de empleo completados por un trabajador antes de cumplir los 25 años de edad no se toman en cuenta para calcular la duración de la relación laboral que, de por sí, sirve para determinar el plazo de preaviso que debe respetar el empresario en caso de despido.

1 — Lengua original: francés.
2 — Asunto C-144/04, Rec. p. I-9981.
3 — DO L 303, p. 16.

6. Por último, expondré las razones por las cuales considero que, en una situación en la que el juez remitente no puede interpretar su Derecho nacional de una manera acorde con la Directiva 2000/78, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario y a la luz del principio de no discriminación por razón de la edad, dicho juez ostenta la facultad de inaplicar el Derecho nacional contrario a esa Directiva, y ello incluso en un litigio entre dos particulares.

I. Marco jurídico

A. *Directiva 2000/78*

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

8. El artículo 2 de dicha Directiva establece:

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

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

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

[…]»

9. El artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva dispone:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[…]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[…]»

10. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 establece:

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

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [remuneración] para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la

experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;

c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.»

11. Con arreglo al artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, la adaptación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a la misma debía tener lugar no más tarde del 2 de diciembre de 2003. No obstante, según el párrafo segundo de ese mismo artículo:

«A fin de tener en cuenta condiciones particulares, los Estados miembros podrán disponer, cuando sea necesario, de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, para poner en aplicación las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. En este caso, lo comunicarán de inmediato a la Comisión […]»

12. La República Federal de Alemania ejerció dicha facultad, por lo que la adaptación de su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Directiva 2000/78 relativas a la discriminación por motivos de edad y de discapacidad debía producirse en ese Estado miembro no más tarde del 2 de diciembre de 2006.

B. *Derecho nacional*

13. El artículo 622 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán; en lo sucesivo, «BGB»), con la rúbrica «Plazos de preaviso en las relaciones laborales», dispone:

«1) Podrá denunciarse la relación laboral de un trabajador o de un empleado con un preaviso de cuatro semanas anteriores al día 15 del mes o al final del mes.

2) En caso de despido por el empresario los plazos de preaviso serán los siguientes:

— 1 mes con efecto al final del mes cuando la relación laboral en el establecimiento o en la empresa haya durado 2 años;

— 2 meses con efecto al final del mes cuando haya durado 5 años;

— 3 meses con efecto al final del mes cuando haya durado 8 años;

— 4 meses con efecto al final del mes cuando haya durado 10 años;

[…]

Los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de que cumpla los 25 años de edad no se tendrán en cuenta para calcular la duración de empleo.» [4]

14. Los artículos 1, 2 y 10 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [5] (Ley general sobre la igualdad de trato) de 14 de agosto de 2006, que adapta el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78, establecen:

«Artículo 1 — Objetivo de la Ley

El objetivo de la presente Ley es impedir o eliminar toda discriminación por motivos de raza u origen étnico, sexo, religión o creencias, discapacidad, edad o identidad sexual.

Artículo 2 — Ámbito de aplicación

[…]

4) Los despidos se regirán exclusivamente por las disposiciones relativas a la protección general y particular contra el despido.

4 — Esta última frase ya figuraba esencialmente en el artículo 2, apartado 1, de la Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten (Ley relativa a los plazos de despido de los trabajadores), de 9 de julio de 1926.

5 — BGBl. 2006 I, p. 1897.

[…]

Artículo 10 — Licitud de determinadas diferencias de trato por razón de la edad

Sin perjuicio del artículo 8, se autoriza una diferencia de trato por razón de edad cuando esté justificada objetiva y razonablemente y se base en un objetivo legítimo. Los medios para alcanzar dicho objetivo deberán ser apropiados y necesarios. Las referidas diferencias de trato podrán comprender, en particular:

1. el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidos las condiciones de retribución y de despido, para los jóvenes, los trabajadores de más edad y aquellos que tengan personas a su cargo, con el fin de favorecer su inserción profesional o garantizar su protección;

[…]»

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15. La Sra. Kücükdeveci nació el 12 de febrero de 1978. Ocupaba un puesto de trabajo en Swedex desde el 4 de junio de 1996, es decir, desde que tenía 18 años de edad.

16. Swedex despidió a la trabajadora mediante carta de 19 de diciembre de 2006, con efecto, habida cuenta del preaviso legal, al 31 de enero de 2007.

17. Mediante un recurso interpuesto el 9 de enero de 2007 la Sra. Kücükdeveci impugnó su despido ante el Arbeitsgericht Mönchengladbach (Alemania). En apoyo de su recurso alegó, en particular, que el despido no era efectivo hasta el 30 de abril de 2007 debido a que el artículo 622, apartado 2, primera frase, punto 4, del BGB prolonga el plazo de preaviso en cuatro meses con efecto al final del mes, transcurridos diez años de servicio en la empresa.

18. A su juicio, en la medida en que establece que no se tienen en cuenta los períodos de empleo completados antes de cumplir 25 años de edad para calcular la duración del preaviso, el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB supone una discriminación por razón de edad contraria al Derecho comunitario. Sostiene que, por consiguiente, debe inaplicarse dicha disposición de Derecho nacional.

19. Dado que el Arbeitsgericht Mönchengladbach acogió el recurso de la Sra. Küçükdeveci, Swedex decidió interponer un recurso de apelación contra esta resolución ante el Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania).

20. En su resolución de remisión dicho órgano jurisdiccional observa que, aunque la organización de la protección del empleo pueda influir indirectamente en el comportamiento de los empresarios en materia de contratación, no está demostrado que el umbral de 25 años persiga y cumpla concretamente objetivos relativos a la política de empleo y del mercado de trabajo.

21. Según dicho órgano jurisdiccional, el hecho de vincular la prórroga del plazo de preaviso a una edad mínima se basa esencialmente en las concepciones del legislador alemán en materia de política social y familiar, así como en la consideración de que las consecuencias del desempleo afectan más gravemente a los trabajadores de más edad debido a sus obligaciones familiares y económicas y a la disminución de su flexibilidad y de su movilidad profesionales. Señala que el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB refleja la apreciación del legislador de que los jóvenes trabajadores reaccionan, en general, más fácil y rápidamente a la pérdida de su empleo y que, teniendo en cuenta su edad, puede exigirse razonablemente de ellos unas mayores flexibilidad y movilidad. De conformidad con el objetivo de protección de los trabajadores de más edad y empleados durante más tiempo, el artículo 622, apartado 2, del BGB prevé de manera indiscutible que no deben tomarse en consideración los períodos de empleo completados antes de los 25 años de edad y que sólo a partir de esta edad los trabajadores gozan progresivamente de plazos de preaviso más largos en función de la duración de su pertenencia a la empresa.

22. El órgano jurisdiccional remitente no está convencido de la inconstitucionalidad del artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB. En cambio, expresa algunas dudas en cuanto a la conformidad de dicha disposición con el Derecho comunitario.

23. Más concretamente, con respecto a la argumentación expuesta por el Tribunal de Justicia en su sentencia Mangold, antes citada, y las «consideracion[es] relacionada[s] con la estructura del mercado laboral de que se trate y la situación personal del interesado» que en ella se hacen constar, el órgano jurisdiccional remitente duda de que la desigualdad de trato pueda estar justificada objetivamente en virtud de los principios generales de Derecho comunitario o a la luz del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

24. Considera, además, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que dicha Directiva no puede producir ningún efecto directo en el litigio principal. Señala igualmente, basándose en dos sentencias recientes del Tribunal de Justicia que han recordado y concretado la obligación de

interpretación conforme que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, [6] que el requisito consiste en que la normativa nacional pueda ser interpretada. Con arreglo a los criterios según los cuales, cuando se interpreta una disposición legislativa debe tenerse en cuenta no sólo los términos de ésta, sino también su inserción sistemática en el contexto normativo de que se trate y los objetivos perseguidos, según la intención reconocible del legislador, por la normativa de la que forma parte, [7] el órgano jurisdiccional remitente considera que el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB, cuyo texto carece de ambigüedad, no puede ser objeto de interpretación.

25. Se pregunta, por lo tanto, qué consecuencias debe extraer el juez nacional de la posible incompatibilidad entre dicha disposición y el principio general de Derecho comunitario que constituye la prohibición de las discriminaciones por motivos de edad.

26. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente hace hincapié en el hecho de que la constitución alemana obliga a los órganos jurisdiccionales alemanes a aplicar las normas legislativas en vigor. Duda de que la sentencia Mangold, antes citada, pueda entenderse en el sentido de que concede a los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando aplican el Derecho comunitario originario, la facultad de inaplicar normas nacionales contrarias. Observa que, en efecto, tal situación supondría el riesgo de que se dieran discrepancias entre las jurisprudencias de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que pueden decidir inaplicar o no una normativa nacional según que la consideren o no contraria al Derecho comunitario originario. Dichas reflexiones llevan al órgano jurisdiccional remitente a solicitar al Tribunal de Justicia que precise si, en su sentencia Mangold, antes citada, pretendía descartar que pudiera obligarse, en virtud de su Derecho interno, a los órganos jurisdiccionales nacionales a proceder a una remisión prejudicial antes de admitir la inaplicabilidad de una norma legislativa nacional por violación del Derecho comunitario originario. Por último, indica que la inaplicabilidad del Derecho nacional contrario que se exige en la sentencia Mangold, antes citada, plantea la cuestión de la protección de la confianza legítima de los justiciables en la aplicación de las leyes en vigor, máxime cuando se suscita la cuestión de su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario.

27. En estas circunstancias el Landesarbeitsgericht Düsseldorf decidió plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales 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 una normativa nacional que prevea que los plazos de preaviso que el empresario debe respetar se incrementan

6 — Sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 119, así como de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 124.

7 — A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente menciona una sentencia del Bundesverfassungsgericht de 7 de junio de 2005 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, Rec. p. I-11519), apartado 34.

progresivamente en función de la duración del servicio, pero no toma 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 no 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 mermarían los períodos 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, puede 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 manifiestamente 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 inaplicación una vez que el Tribunal de Justicia […] se haya pronunciado sobre la normativa de que se trate o sobre una normativa esencialmente similar?»

III. Análisis

A. *Sobre la primera cuestión, letras a) y b)*

28. El objeto de esta primera cuestión consiste esencialmente en dilucidar si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual no se tienen en cuenta, para el cálculo del plazo de preaviso en caso de despido, los períodos de ocupación realizados antes de cumplir los 25 años de edad. Antes de responder a esta cuestión, como exhorta a hacerlo el órgano jurisdiccional remitente, debe precisarse cuál es la norma comunitaria de referencia en el presente asunto, es decir, el principio de no discriminación en función de la edad que, según el Tribunal de Justicia, constituye un principio general del Derecho comunitario, [8] o la Directiva 2000/78.

8 — Sentencia Mangold, antes citada (apartado 75).

1. ¿Cuál es la norma comunitaria de referencia?

29. Considero que, en una situación como la del litigio principal, la Directiva 2000/78 debe constituir la norma de referencia para determinar la existencia o no de una discriminación por motivos de edad prohibida por el Derecho comunitario.

30. Recuerdo, en primer lugar, que tanto de su título como de su exposición de motivos, de su contenido y de su finalidad se desprende que el objeto de la Directiva 2000/78 es establecer un marco general para garantizar a toda persona la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo, ofreciéndole una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en uno de los motivos previstos en su artículo 1, entre los que figura la edad. [9]

31. Observo que los hechos de los que trae causa el litigio principal ocurrieron tras la expiración del plazo de que dispuso la República Federal de Alemania para adaptar su ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva, es decir, después del 2 de diciembre de 2006.

9 — Sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Rec. p. I-8531), apartado 42.

32. Por otra parte, a mi juicio no cabe ninguna duda de que la normativa nacional controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Recuerdo, a este respecto, que, a tenor del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, ésta «se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado […], en relación con […] las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». En la medida en que consiste en una disposición que regula una de las circunstancias en las que puede producirse un despido, debe considerarse que el artículo 622 del BGB está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

33. Mi método de análisis, consistente en determinar si el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB va en contra de la prohibición de las discriminaciones por motivos de edad establecida en el Derecho comunitario, se basará, por lo tanto, principalmente en las disposiciones de la Directiva 2000/78 que puntualizan lo que debe considerarse una diferencia de trato por razón de edad contraria al Derecho comunitario. Así, dicha Directiva constituye el marco detallado que permite advertir la existencia o no de discriminaciones por razón de edad en materia de empleo y de trabajo.

34. Por consiguiente, no veo ninguna razón por la que deba otorgarse un alcance autónomo al principio general de no discriminación en función de la edad limitándome a la interpretación de éste, ya que tal postura tiene el inconveniente grave de restar toda eficacia a la Directiva 2000/78. No obstante, ello no significa que el principio general del Derecho

comunitario que constituye el principio de no discriminación en función de la edad no desempeñe ningún papel en nuestro análisis de la presente remisión prejudicial. Como explicaré al responder a la segunda cuestión, en la medida en que se halla indisociablemente vinculado a la Directiva 2000/78, cuyo objeto principal consiste en facilitar su aplicación, dicho principio general deberá tomarse en consideración cuando se trate de determinar si puede invocarse la Directiva 2000/78 en un litigio *inter privatos* y en qué condiciones es procedente tal invocación.

35. Precisado lo anterior, debe examinarse en este momento si la Directiva 2000/78 y, en particular, el artículo 6, apartado 1, de ésta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB.

2. ¿Se opone la Directiva 2000/78 al artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB?

36. Observo, en primer lugar, que, en la medida en que el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB excluye los períodos de empleo realizados por los trabajadores antes de cumplir 25 años de edad para el cálculo de la duración de la relación laboral que, a su vez, permite determinar el plazo de preaviso aplicable en caso de despido, instaura una diferencia de trato directamente basada en la edad, tal como se prevé en el artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78. En efecto, el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB establece, de manera directa, un trato menos favorable para los trabajadores despedidos que hayan iniciado una relación laboral con su empresario antes de los 25 años de edad, con respecto a los trabajadores despedidos que hayan iniciado tal relación después de dicha edad. Además, la referida medida discrimina a los jóvenes trabajadores en comparación con los trabajadores de más edad, ya que potencialmente puede excluirse a los primeros, como demuestra la situación de la Sra. Kücükdeveci, del mecanismo protector que constituye el aumento progresivo de los plazos de preaviso de despido en función del tiempo pasado en la empresa.

37. No obstante, del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 se desprende que tales diferencias de trato por razón de edad no suponen una discriminación prohibida en virtud del artículo 2 de ésta «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». De este modo, tales objetivos legítimos, que son objetivos relativos a la política social, [10] pueden justificar las diferencias de trato vinculadas a la edad, de las que el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 ofrece varios ejemplos.

10 — Sentencia de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, Rec. p. I-1569), apartado 46.

38. En el acto de la vista el representante de la República Federal de Alemania expuso el contexto general en el que se instauró el umbral de 25 años. De dicha exposición se desprende que en 1926 el legislador alemán estableció un sistema de aumento progresivo de los plazos de preaviso de despido en función de la duración de la relación laboral. La finalidad de la introducción de un umbral de 25 años a partir del cual se tienen en cuenta los períodos de empleo era relevar parcialmente a los empresarios de dicha prórroga gradual de plazos de preaviso. Según parece, se trata de una disposición que facilitó el compromiso político para la adopción de la medida principal que constituye dicha prórroga. Además, aparentemente, la finalidad de dicha disposición es conceder una mayor flexibilidad a los empresarios cuando deseen despedir a los trabajadores jóvenes, flexibilidad con respecto a los más jóvenes que compensa de alguna manera el rigor que impone a los empresarios el aumento progresivo de los plazos de preaviso en función de la duración de la relación laboral. En otros términos, al parecer, el legislador alemán intentó equilibrar el reforzamiento de la protección de los trabajadores en función del tiempo pasado en la empresa y el interés de los empresarios en una gestión flexible del personal.

39. Además, las explicaciones dadas por el órgano jurisdiccional remitente permiten precisar el contexto en el que se adoptó el artículo 622, apartado 2, del BGB. Según afirma dicho órgano, considerado globalmente, el objetivo del referido artículo es reforzar la protección contra el desempleo de los trabajadores de más edad. El legislador alemán partió del postulado según el cual una situación de desempleo afecta a los trabajadores de más edad con mayor dureza que a los trabajadores jóvenes porque los primeros tienen obligaciones familiares y económicas de las que, en general, carecen los segundos y, por otra parte, porque su movilidad profesional es menor. Según parece, en el momento en que se adoptó la disposición impugnada, es decir, a principios del siglo XX, los trabajadores, principalmente de sexo masculino, tenían la costumbre de fundar una familia en una fecha cercana a aquella en que alcanzaban la edad de 30 años. Dado que, en general, no se tenían cargas familiares antes de dicha edad, los trabajadores jóvenes se encontraban suficientemente protegidos por la aplicación del plazo de preaviso de base. Manifiesta el referido órgano jurisdiccional que, por otra parte, éstos reaccionaban más fácil y rápidamente a la pérdida de su empleo.

40. Se ha aducido asimismo que puede analizarse el umbral de 25 años en el sentido de que persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral en la medida en que su efecto consiste en disminuir la tasa de desempleo más elevada entre los jóvenes trabajadores creando las circunstancias que pueden facilitar la contratación de este grupo de edad. En otros términos, el hecho de tener que respetar únicamente el plazo de preaviso de base estimula a los empresarios a contratar a más trabajadores jóvenes.

41. En relación con estas explicaciones, ¿puede considerarse que el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB, que prevé que no se tomen en consideración los períodos de empleo realizados antes de los 25 años de edad, persigue un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, es decir un objetivo de política social?

42. A mi juicio, debe distinguirse la medida que constituye el aumento progresivo del plazo de preaviso de despido en función del tiempo pasado en la empresa de la relativa a la fijación de una edad mínima de 25 años para beneficiarse de dicho aumento.

43. Resulta patente que la finalidad del preaviso prolongado es proteger a los trabajadores cuya capacidad de adaptación y posibilidades de reasignación disminuye, según el legislador alemán, cuando han estado trabajando mucho tiempo en una empresa. En el caso de que un empresario decida despedir a un trabajador presente en su empresa durante mucho tiempo, un plazo de preaviso prolongado facilita ciertamente el tránsito de ese trabajador a una nueva situación profesional, en particular, la búsqueda de un nuevo empleo. A mi juicio, puede considerarse que esta protección reforzada del trabajador despedido en función del tiempo que haya pasado en una empresa persigue un objetivo de política de empleo y del mercado de trabajo, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

44. En cambio, es más difícil la determinación de un objetivo legítimo, a efectos de esta misma disposición, con respecto a la no consideración de los períodos de empleo completados antes de los 25 años de edad.

45. En relación, en primer lugar, con la afirmación de que tal medida produce un efecto positivo en la contratación de los trabajadores jóvenes, ésta me parece, cuando menos, teórica. Por el contrario, es cierto que los plazos de preaviso cortos tendrán necesariamente un impacto negativo en la búsqueda de un nuevo empleo por parte de los trabajadores jóvenes. Por lo tanto, a mi juicio, el establecimiento de un umbral de 25 años a partir del cual pueda aplicarse el sistema de ampliación de los plazos de preaviso no favorece la inserción profesional de los trabajadores jóvenes, en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra a), de la Directiva 2000/78.

46. Como se desprende del contexto general de esta medida, su objetivo principal es permitir a los empresarios gestionar con más flexibilidad la categoría de personal que representan los trabajadores jóvenes, dado que el legislador alemán consideró que éstos necesitaban ser protegidos en menor medida que los trabajadores de más edad en caso de despido. Por lo tanto, el problema estriba en determinar si dicho interés de los empresarios en poder gestionar con mayor flexibilidad un tipo de trabajadores puede considerarse que forma parte de los objetivos incardinados en la política social referidos en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, como los relacionados con la política de empleo y del mercado de trabajo.

47. En su sentencia Age Concern England, antes citada, el Tribunal de Justicia indicó que, por su carácter de interés general, dichos objetivos legítimos se distinguen de los motivos meramente individuales que son propios de la situación del empresario, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que sea posible, sin embargo, excluir que, en aras de dichos objetivos legítimos, una norma nacional

reconozca un cierto grado de flexibilidad a los empresarios. [11] De ello deduzco que el Tribunal de Justicia no descarta que una medida nacional relativa a la política de empleo y del mercado de trabajo pueda traducirse en la concesión de «un cierto grado de flexibilidad a favor de los empresarios». No obstante, me parece difícil admitir que, de por sí, dicha flexibilidad reconocida a los empresarios pueda constituir un objetivo legítimo. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que los objetivos «legítimos» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 tienen «carácter de interés general». Ahora bien, esta dimensión de interés general parece ajena a la medida que prevé la no consideración de los períodos de empleo completados antes de los 25 años de edad que, en definitiva, equivale a excluir a una categoría de trabajadores, a saber, los más jóvenes, de un régimen de protección en materia de despido.

48. Además, dudo de la pertinencia de uno de los postulados en los que se basa el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB, es decir, que los trabajadores jóvenes reaccionan más fácil y rápidamente a la pérdida de su empleo que los demás trabajadores. La parte importante que representa el desempleo de los jóvenes en nuestras sociedades da al traste con este postulado que quizá era fundado en 1926 pero que hoy en día resulta ya incongruente.

49. Por estos motivos, considero que la medida que establece la no consideración de los períodos de empleo realizados antes de los 25 años de edad para calcular los plazos de preaviso de despido no persigue un objetivo legítimo, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

50. En todo caso, aunque el Tribunal de Justicia considerara que dicha medida persigue un objetivo legítimo de política social, como los relacionados con la política de empleo y del mercado de trabajo, considero que tal medida va más allá de lo que es adecuado y necesario para alcanzar tales objetivos.

51. Es ciertamente indiscutible que los Estados miembros ostentan una amplia facultad discrecional en la elección no sólo de la persecución de un objetivo determinado entre otros en materia de política social y de empleo, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo. [12] No obstante, el Tribunal de Justicia ha señalado igualmente 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 objetivo. [13] Así, aunque se suponga que el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB

11 — Apartado 46.

12 — Sentencia Palacios de la Villa, antes citada (apartado 68).

13 — Sentencia Age Concern England, antes citada (apartado 51).

persigue el objetivo de facilitar la contratación de trabajadores jóvenes y, por lo tanto, la inserción profesional de esta categoría de trabajadores, ningún elemento tangible corrobora esta afirmación ni demuestra la aptitud de dicha medida para alcanzar tal objetivo. En consecuencia, a mi juicio, no se ha demostrado el carácter apropiado y necesario de dicha medida.

52. Por otra parte, la aplicación del artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB aboca a una situación en la que todos los trabajadores que hayan iniciado una relación laboral antes de los 25 años de edad y que, como la Sra. Kücükdeveci, sean despedidos poco tiempo después de haber alcanzado dicha edad quedan privados, en general, cualquiera que sea su situación personal y familiar, así como su grado de formación, de un elemento importante de la protección de los trabajadores en caso de despido. Además, se ha mantenido dicha exclusión general decidida en 1926 sin que, a mi juicio, esté demostrado que la situación de tal umbral de edad se atempere siempre a la situación económica y social contemporánea de esa categoría de trabajadores.

53. Por ello propongo al Tribunal de Justicia que declare que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que establece, con carácter general, la no consideración de los períodos de empleo completados antes de los 25 años de edad para el cálculo de los plazos de preaviso en caso de despido.

B. *Sobre la segunda cuestión*

54. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se dilucide qué consecuencias debe extraer de la incompatibilidad del artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB con la Directiva 2000/78. En particular ¿está obligado a inaplicar dicha disposición nacional cuando conozca de un litigio entre particulares? Además, ¿está obligado dicho órgano jurisdiccional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia antes de poder inaplicar una disposición nacional contraria al Derecho comunitario?

55. A mi juicio, este último interrogante no exige una exposición extensa. Resulta, en efecto, patente desde la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal,[14] que, 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 comunitarios. 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 virtud del artículo 234 CE, párrafo segundo, en una obligación de remisión generalizada.

14 — Asunto 106/77, Rec. p. 629.

56. En cambio, la primera parte de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es más delicada y no halla una respuesta evidente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

57. Sin embargo, 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, este Tribunal 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, según el Tribunal de Justicia, 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. [15] 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. [16] 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 puede obligar a los particulares a través de las medidas nacionales de adaptación del ordenamiento jurídico interno. [17]

58. El Tribunal de Justicia 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.

59. 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. [18] 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. [19]

60. En su sentencie Pfeiffer y otros, antes citada, en relación con un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia precisó la actuación que debía seguir el juez nacional, reduciendo un poco más la frontera entre la invocabilidad de interpretación conforme y la invocabilidad de una Directiva a fin de excluir la aplicación del Derecho nacional contrario. En efecto, el Tribunal de Justicia señaló que, si

15 — Sentencia de 7 de junio de 2007, Carp (C-80/06, Rec. p. I-4473), apartado 20, y jurisprudencia citada.

16 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 24.

17 — Véase Simon, D., *La directive européenne,* Dalloz, 1997, p. 73.

18 — Véanse, en particular, las sentencias Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 113 y jurisprudencia citada, así como de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071), apartado 197.

19 — Sentencia Angelidaki y otros, antes citada (apartado 200).

el Derecho nacional, mediante la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de esa disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la Directiva. [20]

61. 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. [21]

62. 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 concurran 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. [22]

63. Finalmente, 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 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.

64. No obstante, el Tribunal de Justicia nunca ha consagrado de una manera general y explícita dicha disociación entre el efecto

20 — Sentencia Pfeiffer y otros, antes citada (apartado 116).

21 — Sentencia Angelidaki y otros, antes citada, apartado 119 y jurisprudencia citada.

22 — *Ibidem* (apartado 202 y jurisprudencia citada).

directo conocido como «de sustitución» de las directivas y la invocabilidad de exclusión de éstas. [23] Por lo tanto, actualmente el alcance de este tercer paliativo sigue siendo muy limitado. [24]

65. En resumen, la línea jurisprudencial actual relativa al efecto de las directivas en los litigios *inter privatos* es la siguiente. El Tribunal de Justicia sigue oponiéndose al reconocimiento de un efecto directo horizontal de las directivas y, según parece, considera que los dos paliativos principales consistentes en la obligación de interpretación conforme y la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho comunitario son, en la mayoría de los casos, suficientes tanto para garantizar la eficacia plena de las directivas como para satisfacer a los particulares que se consideran lesionados por el comportamiento culposo de los Estados miembros.

66. La respuesta que debe darse al órgano jurisdiccional remitente podría, por lo tanto, consistir, de manera clásica, en recordar la jurisprudencia a la que acabo de referirme, indicando al juez nacional que está obligado a utilizar todas las herramientas de que dispone para interpretar su Derecho nacional conforme a la finalidad perseguida por la Directiva 2000/78 y, de no poder llevar a cabo tal interpretación, exhortar a la Sra. Kücükdeveci a que inicie una acción de responsabilidad contra la República Federal de Alemania debido a la adaptación incompleta del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva.

67. Sin embargo, no propondré al Tribunal de Justicia que se pronuncie en este sentido por las razones siguientes.

68. En primer lugar, como señala acertadamente el Landesarbeitsgericht Düsseldorf, la obligación de interpretación conforme sólo es admisible en la medida en que la legislación nacional controvertida puede ser interpretada. Ahora bien, dicho órgano jurisdiccional considera que no es así en cuanto al artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional que plantea el interrogante al Tribunal de Justicia

23 — Para una explicación general de la distinción entre estos dos efectos del Derecho comunitario, véanse, en particular, los puntos 24 a 90 de las conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 11 de enero de 2000 en el asunto Linster (sentencia de 19 de septiembre de 2000, C-287/98, Rec. p. I-6917), así como Simon, D., «Synthèse générale», *Les principes communs d'une Justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000*, La Documentation française, París, 2001, p. 321, según el cual «si el Tribunal de Justicia no atribuye efecto directo a determinadas disposiciones del Derecho comunitario, es simplemente porque los tribunales nacionales *no pueden* aplicar tales disposiciones sin verse obligados a dejar su función jurisdiccional y sustituir al legislador nacional, que dispone sobre el particular de un margen de apreciación que no puede utilizar un juez sin atentar contra los principios fundamentales de la separación de poderes» (p. 332). Con la invocabilidad de la exclusión en modo alguno se menoscaba el ejercicio de dicho margen de apreciación. Se trata únicamente de controlar que, en ese ejercicio, el Estado miembro se mantenga dentro de los límites que configuran dicho margen de apreciación.

24 — Las sentencias de 30 de abril de 1996, CIA Security Internacional (C-194/94, Rec. p. I-2201), así como de 26 de septiembre de 2000, Unilever (C-443/98, Rec. p. I-7535) se citan a menudo por reconocer la invocabilidad de exclusión de las directivas en un litigio entre particulares. El Tribunal de Justicia ha considerado, en efecto, que el juez nacional debe inaplicar una regla técnica que no haya sido notificada conforme a lo establecido en la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34), lo que constituye, según el Tribunal de Justicia «un vicio sustancial de procedimiento», incluso en un litigio *inter privatos* (sentencias citadas CIA Security Internacional, apartado 48, y Unilever, apartado 50). Ha justificado el viraje emprendido de este modo en relación con su jurisprudencia clásica por el hecho de que la «Directiva 83/189 no define en absoluto el contenido material de la norma jurídica en la que debe basarse el juez nacional para resolver el litigio de que conoce. No crea ni derechos ni obligaciones para los particulares» (sentencia Unilever, antes citada, apartado 51).

le indica que el texto de dicha disposición carece de ambigüedad y que, aunque se haga todo cuanto es de su competencia para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva 2000/78, no puede dar a la referida disposición una interpretación conforme al objetivo de dicha Directiva. En estas circunstancias, considero que no sería satisfactorio instar al órgano jurisdiccional remitente a que realizara un ejercicio que se considera incapaz de llevar a cabo en el estado de su Derecho nacional.

69. En segundo lugar, el principal inconveniente de una respuesta que dirigiera a la Sra. Kücükdeveci a una acción de responsabilidad contra la República Federal de Alemania sería hacerle perder su proceso, con las consecuencias pecuniarias que de ello se derivan y aun cuando se probara la existencia de una discriminación por razón de la edad contraria a la Directiva 2000/78, y obligarla a entablar una nueva acción judicial. A mi juicio, tal solución iría en contra del derecho a un recurso efectivo que, en virtud del artículo 9 de la Directiva 2000/78, debe asistir a las personas que se consideran perjudicadas por la violación, respecto a las mismas, del principio de igualdad de trato. Desde esta perspectiva, la lucha eficaz contra las discriminaciones contrarias al Derecho comunitario implica que el juez nacional competente pueda conceder a las personas incluidas en la categoría perjudicada, inmediatamente y sin necesidad de exhortar a las víctimas a que entablen una acción de responsabilidad contra el Estado, las mismas ventajas que aquellas de que disfrutan las personas comprendidas en la categoría privilegiada. [25] Por ello considero que el Tribunal de Justicia no debería limitarse a dar una respuesta vertebrada sobre la existencia de una acción de responsabilidad del Estado por adaptación incompleta de su ordenamiento jurídico interno a esa Directiva.

70. Insto al Tribunal de Justicia a que formule un planteamiento más ambicioso en términos de lucha contra las discriminaciones contrarias al Derecho comunitario, planteamiento que, por lo demás, en modo alguno se opondría frontalmente a su jurisprudencia clásica relativa a la falta de efecto directo horizontal de las directivas. Esta posición, que se basa en gran parte en la especificidad de las directivas de lucha contra las discriminaciones y en la jerarquía de las normas en el orden jurídico comunitario, consiste en considerar que una directiva que se haya adoptado para facilitar la aplicación del principio general de igualdad y de no discriminación no puede disminuir su alcance. Por lo tanto, como ya lo ha hecho en relación con el propio principio general de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debería reconocer que una Directiva cuyo objeto sea luchar contra las discriminaciones pueda invocarse en un litigio *inter privatos* con el fin de inaplicar una normativa nacional contraria a tal Directiva.

71. Por lo demás, a mi juicio, dicha posición es la única que puede compadecerse con lo declarado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Mangold, antes citada. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que, una normativa nacional que autorice la celebración, sin restricciones, excepto si existe una estrecha relación con un contrato

25 — Véase, en particular, la sentencia de 17 de enero de 2008, Velasco Navarro (C-246/06, Rec. p. I-105), apartado 38.

de trabajo anterior de duración indeterminada celebrado con el mismo empresario, de contratos de trabajo de duración determinada cuando el trabajador cumple los 52 años de edad, no podía estar justificada en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. La principal dificultad con que se encontraba el Tribunal de Justicia era determinar qué consecuencias debía extraer el juez nacional de dicha interpretación en una situación en la que, por una parte, en el litigio principal se enfrentaran dos particulares y, por otra, el plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva aún no hubiera expirado en la fecha de celebración del contrato de trabajo controvertido.

72. Superando estos dos obstáculos, con arreglo a su jurisprudencia derivada de las sentencia Simmenthal, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que correspondía al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones contrarias de la ley nacional. [26] De este modo, el Tribunal de Justicia reconoció que podía invocarse dicho principio en un litigio *inter privatos* para excluir la aplicación de una normativa nacional discriminatoria.

73. Para llegar a esta conclusión el Tribunal de Justicia estimó que la circunstancia de que, en la fecha de la celebración del contrato, aún no hubiera expirado el plazo para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78 no podía cuestionar la afirmación de incompatibilidad entre la normativa nacional controvertida y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Se basó, en primer lugar, en su jurisprudencia sentada con la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, [27] de la que se desprende que, durante el plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a una Directiva los Estados miembros deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito en esa Directiva. [28]

74. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación tiene su origen en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. [29] De ello dedujo el Tribunal de Justicia que el principio de no discriminación por razón de edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. [30]

26 — Sentencia Mangold, antes citada (apartados 77 y 78).

27 — Asunto C-129/96, Rec. p. I-7411.

28 — Apartado 45. Véase, asimismo, la sentencia Mangold, antes citada (apartado 67).

29 — Sentencia Mangold, antes citada (apartado 74).

30 — *Ibidem* (apartado 75).

75. A renglón seguido, el Tribunal de Justicia aplicó su jurisprudencia en virtud de la cual, siempre que una normativa nacional esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad entre esa normativa y tal principio. Pues bien, la disposición nacional controvertida se halla claramente comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario como medida de aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. [31] Por consiguiente, el Tribunal de Justicia consideró que la observancia del principio general de igualdad de trato, en particular, en función de la edad, como tal, no podía depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su ordenamiento jurídico interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra las discriminaciones por motivos de edad. [32]

76. No se ignora que la sentencia Mangold, antes citada, ha sido objeto de numerosas críticas. Si atendemos a la principal contribución de dicha sentencia, es decir, que la observancia del principio general del Derecho comunitario que consiste en el principio de no discriminación por motivos de edad no puede depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78 y que, por lo tanto, el juez nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de dicho principio inaplicando toda disposición contraria de la ley nacional, incluso en un litigio entre particulares, considero que dichas críticas deben ser matizadas.

77. Así, en relación, en primer lugar, con la existencia misma del principio de no discriminación por motivos de edad como principio general del Derecho comunitario, me inclino a pensar que el hecho de que el Tribunal de Justicia ponga de relieve tal principio corresponde a la evolución de ese Derecho tal como resulta, por una parte, de la inclusión de la edad como criterio de discriminación prohibido en el artículo 13 CE, apartado 1, y, por otra, de la consagración de la prohibición de las discriminaciones por motivos de edad como un derecho fundamental, como se desprende del artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [33] Es cierto que el razonamiento del Tribunal de Justicia habría sido más convincente si se hubiera sustentado en dichos elementos, más allá de únicamente los instrumentos internacionales y tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que, en su mayoría, no determinan ningún principio de prohibición específico de las discriminaciones por motivos de edad. No obstante, me parece importante señalar que, al revelar la existencia de tal principio general del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia se compadece con la voluntad expresada por los Estados miembros y las instituciones comunitarias de luchar eficazmente contra las discriminaciones vinculadas a la edad. Desde esta óptica no es sorprendente que el principio de no discriminación por

31 — DO L 175, p. 43. Véase la sentencia Mangold, antes citada (apartado 75 y jurisprudencia citada).

32 — Sentencia Mangold, antes citada (apartado 76).

33 — Dicha Carta fue proclamada solemnemente por primera vez el 7 de diciembre en 2000 en Niza (DO C 364, p. 1) y posteriormente por segunda vez el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1).

motivos de edad, como expresión específica del principio general de igualdad y de no discriminación y como derecho fundamental, tenga la condición de principio general del Derecho comunitario.

78. En relación, además, con las consecuencias que el Tribunal de Justicia extrajo, en su sentencia Mangold, antes citada, de la existencia de tal principio, a mi juicio, son coherentes con la jurisprudencia que ha sentado progresivamente en relación con el principio general de igualdad y de no discriminación.

79. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera desde hace mucho tiempo que el principio general de igualdad forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario. [34] Dicho principio exige que no se dispense un trato diferente a las situaciones comparables, a menos que una diferenciación se justifique objetivamente. [35] Figura entre los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. [36]

80. Como principio general del Derecho comunitario, dicho principio cumple varias funciones. Permite al juez comunitario colmar las lagunas que, en principio, pueden tener algunas disposiciones del Derecho originario o derivado. Además, es un instrumento de interpretación que puede aclarar el sentido y el alcance de disposiciones de Derecho comunitario, [37] así como un medio de control de la validez de los actos de Derecho comunitario. [38]

81. Por otra parte, el respeto del principio general de igualdad y de no discriminación vincula igualmente a los Estados miembros cuando ejecutan normas de Derecho comunitario. Por consiguiente, éstos están obligados, en lo posible, a aplicar tales normas de modo que no se transgredan las exigencias que derivan de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. [39] A este respecto, como había señalado anteriormente, el Tribunal de Justicia considera que, siempre que una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, dicho Tribunal, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. [40] En el caso de que, en relación con esta interpretación,

34 — Sentencia de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 7.

35 — Véanse, en particular, las sentencias de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros (201/85 y 202/85, Rec. p. 3477), apartado 9, así como de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartado 32 y jurisprudencia citada.

36 — Sentencia Rodríguez Caballero, antes citada (apartado 32).

37 — Véase, en particular, la influencia que pudo tener el principio de igualdad en la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), en la sentencia de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, Rec. p. I-2143), apartados 18 a 20.

38 — Véase, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 1998, Alemania/Consejo (C-122/95, Rec. p. I-973), apartados 54 a 72.

39 — Sentencia Rodríguez Caballero, antes citada (apartado 30 y jurisprudencia citada).

40 — *Ibidem* (apartado 31 y jurisprudencia citada).

una normativa nacional resulte ser contraria al Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional nacional deberá inaplicarla de conformidad con el principio de primacía del Derecho comunitario.

82. El razonamiento expuesto por el Tribunal de Justicia en su sentencia Mangold, antes citada, tiene en cuenta estos diferentes elementos que resultan de su jurisprudencia para garantizar la efectividad del principio general de igualdad independientemente de la expiración del plazo para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78. A mi juicio, tal razonamiento se ajusta a la jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico comunitario.

83. Para ilustrar la manera como el Tribunal de Justicia considera la relación entre una norma de Derecho comunitario originario y una norma de Derecho comunitario derivado, resulta interesante establecer una analogía con la forma como ha comprendido la relación entre el artículo 119 del Tratado CEE [que pasó a ser el artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE fueron sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE)], que establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, y la Directiva 75/117/CEE. [41]

84. Así, en su sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, [42] el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva 75/117 precisaba en ciertos aspectos el alcance material del artículo 119 del Tratado y contenía diversos preceptos concebidos, en esencia, para mejorar la protección jurisdiccional de los trabajadores eventualmente perjudicados por la falta de aplicación del principio de igualdad de retribución establecido en dicho artículo. [43] Consideró que dicha Directiva tiene por objeto favorecer por medio de un conjunto de medidas que deben adoptarse a escala nacional, la correcta aplicación del artículo 119 del Tratado, sin poder, no obstante, atenuar la eficacia de dicho artículo. [44] En su sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins, [45] el Tribunal de Justicia puntualizó, en el mismo sentido, que el artículo 1 de dicha Directiva, cuya finalidad esencial es facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, no altera en absoluto el contenido ni el alcance de este principio, tal como lo define dicho artículo. [46] El Tribunal de Justicia ha reiterado recientemente dicha jurisprudencia en su sentencia de 3 de octubre de 2006, Cadman. [47]

85. A la luz de esta jurisprudencia, según mi parecer, es perfectamente lógico que, en su sentencia Mangold, antes citada, el Tribunal de Justicia haya considerado que la no expiración del plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78 no podía mermar la efectividad del principio de no discriminación por razón de edad y que, para asegurar tal efectividad, correspondía al juez nacional inaplicar las

41 — Directiva del Consejo de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52).

42 — Asunto 43/75, Rec. p. 455.
43 — Apartado 54.
44 — Apartado 60.
45 — Asunto 96/80, Rec. p. 911.
46 — Apartado 22.
47 — Asunto C-17/05, Rec. p. I-9583, apartado 29.

disposiciones contrarias de la ley nacional. Por lo demás, la circunstancia de que en el litigio principal se enfrentaran dos particulares difícilmente podía oponerse a que fuera predicable de dicho principio general de Derecho comunitario una invocabilidad de exclusión en la medida en que, en varias ocasiones, el Tribunal de Justicia ya ha dado un paso más importante al reconocer el efecto directo horizontal de disposiciones del Tratado que contienen expresiones específicas del principio general de igualdad y de no discriminación. [48]

86. A partir de ahora el Tribunal de Justicia debe decidir si desea mantener el mismo enfoque respecto a las situaciones que tengan lugar tras la expiración del plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78. A mi juicio, la respuesta debería ser en sentido afirmativo ya que adoptar una postura distinta llevaría romper la lógica que subyace a la sentencia Mangold, antes citada.

87. En efecto, en la medida en que la Directiva 2000/78 constituye un instrumento concebido para facilitar la aplicación concreta del principio de no discriminación en función de la edad y, en particular, para mejorar la protección judicial de los trabajadores perjudicados, en su caso, por la violación de dicho principio, no puede, incluso —y *a fortiori*— tras la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para la adaptación a la misma de sus ordenamientos jurídicos internos, afectar al alcance de dicho principio. A este respecto, sería difícil concebir que las consecuencias de la primacía del Derecho comunitario se debilitaran tras la expiración del plazo para la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78. Sin embargo, sobre todo, no puedo admitir que la protección de los justiciables contra las discriminaciones contrarias al Derecho comunitario disminuya en cuanto a intensidad una vez expirado dicho plazo, siendo así que se trata de una norma cuya finalidad consiste en depararles una mayor protección. Por lo tanto, a mi juicio, debe poder invocarse la Directiva 2000/78 en un litigio *inter privatos* con el fin de inaplicar una disposición nacional contraria al Derecho comunitario.

88. Admitir tal planteamiento en el presente asunto no llevaría al Tribunal de Justicia a revisar su jurisprudencia sobre la falta de efecto directo horizontal de las directivas. En efecto, el único objeto del caso de autos consiste únicamente en la exclusión de una disposición nacional contraria a la Directiva 2000/78, concretamente el artículo 622, apartado 2, última frase, del BGB, para permitir que el juez nacional aplique las restantes disposiciones de dicho artículo, en particular, los plazos de preaviso calculados según la duración de la relación laboral. Por lo tanto, no se trata aquí de aplicar directamente la Directiva 2000/78 a un comportamiento privado autónomo que no obedece a ninguna normativa estatal específica como, por ejemplo, la decisión que podría adoptar un empresario de no contratar a los trabajadores de más de 45 años de edad o de menos

48 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch (36/74, Rec. p. 1405); Defrenne, antes citada, así como de 6 de junio de 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139). Véase, además, para una reciente confirmación del efecto directo horizontal de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, como el artículo 43 CE, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartados 57 a 59 y la jurisprudencia citada.

de 35 años. Únicamente esta situación llevaría a plantarse un interrogante sobre la conveniencia de reconocer a dicha Directiva un verdadero efecto directo horizontal. [49]

89. Por otra parte, si el Tribunal de Justicia persiste en su voluntad de no consagrar con carácter general la disociación entre el efecto directo conocido como «de sustitución» y la invocabilidad de exclusión, la especificidad de las directivas de lucha contra la discriminación le permite, a mi juicio, adoptar una solución cuyo alcance sea más reducido y que, al mismo tiempo, tenga el mérito de ser coherente con la jurisprudencia que ha sentado dicho Tribunal en relación con el principio general de igualdad y de no discriminación. Desde esta óptica, por el hecho de aplicar dicho principio, en su dimensión prohibitiva de las discriminaciones por motivos de edad, se confiere a la Directiva 2000/78 una invocabilidad reforzada en los litigios entre particulares.

90. Para concluir, debo señalar que, habida cuenta de que el Derecho comunitario se inmiscuye cada día más en las relaciones entre particulares, a mi juicio, el Tribunal de Justicia deberá enfrentarse inevitablemente a otros supuestos que planteen la cuestión de la invocabilidad en litigios entre particulares de directivas que contribuyen a garantizar derechos fundamentales. Dichos supuestos aumentarán probablemente si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere en el futuro fuerza jurídica vinculante, ya que entre los derechos fundamentales que se mencionan en la referida Carta algunos figuran en el acervo comunitario en forma de directivas. [50] Desde esta perspectiva, a mi juicio, el Tribunal de Justicia debe ya desde hoy mismo reflexionar sobre si la identificación de derechos que constituyen derechos fundamentales, garantizados por directivas, permite fortalecer la invocabilidad de éstas en litigios entre particulares o no. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la posibilidad de dar la repuesta que desee aportar a esta importante cuestión.

49 — El problema tendría entonces una solución más compleja ya que, además del grave obstáculo relativo a la naturaleza del acto de Derecho comunitario derivado que constituye la Directiva, el Tribunal de Justicia se enfrentaría entonces a la cuestión más general de si la prohibición de las discriminaciones puede regular todos los tipos de relaciones entre particulares. Observo, a este respecto, que el carácter imperativo de la prohibición de determinadas formas de discriminación establecidas en las disposiciones de Derecho originario ya llevó al Tribunal de Justicia a reconocerles la aplicabilidad más amplia posible, en particular en lo tocante a la relación entre particulares [véanse, por todas, las citadas sentencias Defrenne (apartado 39) y Angonese (apartados 34 a 36)]. Por lo demás, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78, que establece que «se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado» demuestra que el legislador comunitario concibe que la prohibición de las discriminaciones se extiende a las relaciones laborales reguladas por el Derecho privado. Véase, además, trascendiendo al ámbito comunitario, TEDH, sentencia Pla y Puncernau c. Andorra de 13 de julio de 2004, *(Recueil des arrêts et décisions* 2004-VIII), en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según parece, admite que el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, se aplica en las relaciones entre particulares, permitiendo de este modo controlar la compatibilidad de los actos meramente privados a la luz de dicho artículo (véase, sobre el particular, Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme,* PUF, París, 2008, 9ª ed., p. 264).

50 — Véase, sobre el particular, De Schutter, O., «Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis», *Classer les droits de l'homme,* 2004, p. 315. El autor cita como ejemplos el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27); la protección del trabajador en caso de despido improcedente (artículo 30); el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31); la prohibición del trabajo de los niños y la protección de los jóvenes en el trabajo (artículo 32); la garantía de poder conciliar la vida familiar y la vida profesional (artículo 33), así como el derecho a la seguridad social de los trabajadores migrantes (artículo 34, apartado 2) (pp. 346 y 347).

IV. Conclusión

91. Teniendo en cuenta todas las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que declare:

«1) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que, con carácter general, establezca la no consideración de los períodos de empleo completados antes de cumplir la edad de 25 años para el cálculo de los plazos de preaviso en caso de despido.

2) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional inaplicar dicha normativa nacional, incluso en un litigio entre particulares.»