

SEGUNDA PARTE

TEXTOS DEL II ENCUENTRO IBÉRICO DE DERECHO DEL TRABAJO

LA EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES*

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer**

RESUMEN

A pesar de que los derechos sociales fundamentales son considerados como una competencia propia de los Estados Miembros, no han sido olvidados por las instancias europeas. El reconocimiento explícito de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario apareció a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa atribuyó a la Carta carácter de derecho primario, y por ello la doctrina ha venido discutiendo su posible efecto inter privados en el seno de una relación laboral, es decir, la eficacia horizontal. La experiencia muestra que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha utilizado los derechos sociales reconocidos en la Carta como norma directamente aplicable, sino como un criterio interpretativo de las diferentes directivas. Sin duda alguna esta práctica podría convertir la Carta en un elemento decorativo, lo cual es contrario al objetivo que se perseguía con su aprobación: dar visibilidad a los derechos fundamentales.

ABSTRACT

Although the fundamental social rights are considered to be a competence of the European Union Member States, they have not been forgotten by the european authorities. The explicit recognition of the social rights appeared in Community law through the EU Charter of Fundamental Rights. The Treaty of Lisbon attributed the primary law character to Charter, and for this reason the doctrine has discussed its possible impact on a private employment relationship, that is, the horizontal effect. Experience shows that the Court of Justice of the European Union did not use the social rights as a directly applicable standar, but as a criterion interpreting the directives. This practice could certainly turn the Charter into an embellishment, contradicting the purpose of its approval: give greater visibility to the fundamental rights.

Palabras clave: derechos fundamentales, derechos sociales, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, eficacia vertical, eficacia horizontal, criterios interpretativos.

Key words: fundamental rights, social rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, vertical effect, horizontal effect, interpretative criteria.

*Recibido el 16 de enero. Aceptado el 4 de marzo.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Consejero Permanente de Estado.

En el originario sistema comunitario ni siquiera se planteó la consagración formal de unos derechos sociales de los trabajadores, una materia que, como toda la de los derechos fundamentales, se entendió competencia propia de los Estados miembros y, por así decirlo, del Consejo de Europa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esa falta de consagración, tanto en los Tratados como en el Derecho derivado, no impidió que el Tribunal de Justicia reconociera en el ordenamiento jurídico comunitario algunos derechos fundamentales. Para ello dedujo unos principios extraídos de las tradiciones constitucionales compartidas de los Estados miembros y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Esta labor del Tribunal de Justicia de encontrar bases para la protección de los derechos fundamentales en la entonces Comunidad Europea se centró sobre todo en los derechos y libertades públicas, también porque el influyente CEDH carecía de una dimensión social que se degradó en la Carta Social Europea. No obstante, el Tribunal de Justicia ya reconoció desde el Tratado algunos derechos fundamentales específicos de los trabajadores.

En primer lugar, en materia de igualdad entre mujeres y hombres, el Tribunal de Justicia desde la Sentencia *Defrenne I*, dio especial relieve al precepto del Tratado que garantizaba esa igualdad en materia salarial, y le reconoció efecto y aplicabilidad directa en las relaciones entre particulares. Desde entonces la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres ha dado lugar a una amplia jurisprudencia y un desarrollo progresivo a través de Directivas.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia extrajo del precepto que garantizaba la no discriminación por razón de nacionalidad de los trabajadores de los Estados miembros que hicieran uso de su derecho a la libre circulación, y en buena parte para garantizar esa libertad económica, una serie de consecuencias importantes para asegurar a los trabajadores desplazados de otro Estado los mismos derechos que a los nacionales del Estado miembro, aplicando, además, con rigor las excepciones de orden público para impedir la libre circulación o para decidir la expulsión, rodeando esa expulsión de garantías "constitucionales". Aparte, el Tribunal de Justicia tuvo que elaborar una amplia jurisprudencia en relación a la temática compleja de la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, base de una extensa jurisprudencia social del Tribunal de Justicia.

La protección de los derechos fundamentales en estos casos concretos, la igualdad salarial y la libre circulación, podía considerarse como una excepción respecto al reconocimiento general de los derechos sociales como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

El nuevo discurso de los derechos sociales como derechos fundamentales, su re-conceptualización como verdaderos derechos humanos y sus difíciles relaciones con la imperiosa libertad de mercado habían llevado a buena parte de la doctrina a defender la necesidad de un reconocimiento explícito de los derechos sociales en el entonces ordenamiento jurídico comunitario. Una definición y regulación de los derechos sociales que los hiciera visibles y que les diera algún grado de vinculabilidad, asegurando un mejor equilibrio frente a las libertades económicas para tratar de mitigar el desfase entre el fuerte compromiso institucional y político de los Estados en el sector económico-financiero y la débil defensa del llamado modelo social europeo.

Los Tratados de Ámsterdam y Maastricht reforzaron los objetivos sociales de la Unión pero no consagraron unos derechos sociales, una cuestión que se abordaría fuera de los Tratados al formular una mera "declaración" de derechos mediante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la llamada Carta de Niza, y en la que singularmente se incluyeron, además de los clásicos derechos civiles y políticos, unos derechos sociales "hermanándolos" con los demás derechos fundamentales. Este fue un paso atrevido y muy relevante al unir la suerte de aquellos derechos fundamentales clásicos con los derechos sociales.

La Carta de Niza, pese a su carácter no vinculante, permitió plantear en lo relativo a los derechos sociales que reconocía sus posibles efectos *soft law*, como legitimación de acciones políticas, como posible límite a políticas desreguladoras o como criterio de interpretación jurisprudencial del derecho derivado, suscitando la duda de si la Carta se limitaba a promover derechos sociales o suponía, además, alguna garantía de ellos. Pese a su carácter no vinculante, los abogados generales utilizaron la Carta como criterio de interpretación (casos *Traco* C-340/99, *Hautala* C-353/99, entre otros), pero el Tribunal de Justicia fue mucho más reacio a citar la Carta y en los escasos supuestos en que lo hizo fue para reafirmar derechos ya reconocidos en una directiva como en materia de reunificación familiar (*Parlamento-Consejo* C-540/03).

II. La situación cambió cuando, tras el frustrado Tratado de una Constitución para Europa que incorporó en su Título II los derechos fundamentales, incluidos los sociales, el posterior Tratado de Lisboa, sin llegar a incorporar la Carta en los Tratados, le ha reconocido el valor de Tratado, otorgándole una mayor "juridicidad", operando como "*hard law*" *sui generis*. Ello permite asegurar un mejor equilibrio entre los objetivos políticos, económicos y sociales, generar límites internos a la expansión incontrolada de las libertades económicas y corregir el desequilibrio entre la dimensión económica y social de la Comunidad dado que el ejercicio por la Unión de sus competencias y por los Estados cuando pongan en práctica el Derecho de la Unión debe respetar y hacer efectivos los derechos sociales reconocidos en la Carta, aún más un deseo que una realidad. En todo caso la integración de la Carta dentro del sistema de fuentes de la Unión Europea ha supuesto un salto cualitativo y ha de tener efectos en el contrato de trabajo y en las relaciones laborales.

No obstante debe reconocerse el papel relativo y complementario de la Carta en los ordenamientos jurídicos de los Estados puesto que no se ha propuesto uniformar el nivel y contenido de los derechos fundamentales de los Estados miembros, ni aún menos de los derechos sociales. Su art. 53 establece que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, *en su respectivo ámbito de aplicación*, "por las constituciones de los Estados miembros" que siguen siendo la fuente principal y directa de los derechos sociales fundamentales.

La propia Carta establece que los derechos, libertades y principios contenidos en ella deben interpretarse y aplicarse conforme a lo dispuesto en su Título VII, pero este Título es poco clarificador. El art. 51 de la Carta establece que sus disposiciones están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, y que unos y otros habrán de respetar los derechos, observar los principios y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias, que la Carta no amplía ni modifica.

Es claro que la Carta no afecta, a diferencia del CEDH, a situaciones "puramente internas" o "no comunitarizadas", sino sólo a situaciones en las que sea aplicable, mediata o inmediatamente, el Derecho de la Unión Europea, en el que la materia laboral tiene un ámbito muy limitado. La no invocabilidad ni aplicación de la Carta a situaciones puramente internas ha sido reiterada por el Tribunal de Justicia.

El inciso primero de art. 51, al establecer que sus disposiciones están dirigidas a las instituciones de la Unión así como a las de sus Estados miembros, ha sido interpretado por algunos, especialmente por la doctrina alemana, como que las disposiciones de la Carta no se dirigen a los privados. Sin embargo, cabe una interpretación distinta: que lo que el art. 51 ha querido dejar claro es el alcance de los derechos fundamentales respecto a las instituciones de la Unión y de los Estados miembros y en relación con su ámbito, pero sin determinar cuáles sean los posibles destinatarios o sujetos activos y pasivos de los derechos reconocidos en la Carta.

Como ha afirmado el Abogado General Cruz Villalón, las Constituciones no suelen determinar los posibles destinatarios o sujetos pasivos de los derechos en las relaciones de derecho privado, una cuestión que se ha resuelto de forma casuística y por vía interpretativa especial-

mente por los órganos de justicia constitucional, de modo que la Carta no ha abordado "la muy compleja cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", y el intérprete de la Carta se encontraría "ante el mismo horizonte, frecuentemente nebuloso" del intérprete de la Constitución.

La Carta ha establecido una distinción relevante para sus efectos entre derechos y libertades y principios. Respecto a los primeros, su art. 52 dispone que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y ha de respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Para los principios, el art. 52.5 establece que las disposiciones que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y mediante actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, pero esos principios sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiera a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos de aplicación.

Los principios, aunque el precepto se refiera a "podrán", contienen más bien mandatos a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros para su desarrollo y concreción, mediante normas o actos de "aplicación" que podrán ser alegados ante los jueces, de la Unión o nacionales, para controlar si han sido bien interpretados o si han sido aplicados "legalmente", es decir, conforme al correspondiente precepto de la Carta que reconoce el principio.

Los derechos y principios de la Carta están sometidos, pues, a un diverso tratamiento. Los principios requieren un desarrollo específico para poder ser invocables ante los tribunales a efectos del control de convencionalidad de las medidas que los desarrollan. El problema es que no siempre es clara la distinción entre principios y derechos, sobre todo cuando no nos encontramos con prohibiciones o cuando nos movemos en el terreno de los derechos sociales o económicos y, aún más, cuando en un mismo artículo pueden incluirse principios desarrollables en actos o reglas que concedan derechos sometidos a revisión judicial y derechos que podrían ser auto aplicables por los órganos judiciales.

El contraste entre los arts. 51 y 52 de la Carta permite deducir que cuando no se trata de principios sino de derechos y libertades éstos serán "alegables" ante un órgano jurisdiccional, ya sea un Tribunal de la Unión ya sea un órgano judicial nacional, aunque suscite dudas el alcance de esa "alegabilidad" o invocabilidad.

III. La Carta carece de la eficacia general y directa del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el que el propio Tribunal de Justicia suele apoyarse cuando se trata de derechos reconocidos tanto en él como en la Carta. En esos casos el Tribunal de Justicia viene entendiendo que a los derechos consagrados en la Carta ha de dárseles el mismo alcance y no menor grado de protección que al CEDH (aunque si puede ser mayor), lo que ha configurado un sistema convergente de protección de derechos fundamentales, especialmente de los derechos no sociales.

Según la Sentencia *J. McB* de 5 de Octubre de 2010 (C-400/10), el art. 7 de la Carta "contiene derechos equivalentes a los garantizados por el art. 8 apdo. 1, del CEDH. Por consiguiente, debe darse al art. 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al art. 8 apdo. 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, por analogía, la sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, Rec. p. I-581, apdo. 48)". La Sentencia *J McB* añade que ese art. 7 debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, reconocido en el art. 24, apdo. 2, de dicha Carta, y tomar en consideración el derecho fundamental de un menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, establecida en el apdo. 3 del mismo art. 24, lo que le lleva a examinar si "el art. 24 de la Carta, de la que el Tribunal de Justicia garantiza en último lugar el respeto, se opone a la interpretación del Reglamento núm. 2201/2003 expuesta en el apdo. 44 de la presente sentencia".

La Carta se está utilizando por el Tribunal de Justicia no tanto como pauta de control de convencionalidad o "legalidad" sino, sobre todo, como criterio de interpretación de los reglamentos y de las directivas que desarrollan principios y derechos reconocidos por ella, sin perder del todo la perspectiva precedente de descubrimiento o creación judicial de derechos fundamentales como "principios generales" de la Unión, lo que no deja de suscitar inquietud tras la "confianza perdida en el Tribunal de Justicia" y de su "soft constitutionalism" especialmente tras las Sentencias *Laval*, *Viking* y *Ruffert* que han dado un valor preeminente a la integración de los mercados sobre los derechos sociales.

La eficacia "vertical" de los derechos reconocidos en la Carta no ha suscitado grandes dudas. Por efecto vertical de una directiva se viene entendiendo, desde la Sentencia *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1974 (C-41/74), el derecho del particular a invocar contra el Estado las disposiciones de una directiva claras, precisas, e incondicionales, y no dejaran espacio de apreciación estatal desde la premisa de que la inejecución de una directiva no puede beneficiar al Estado incumplidor, ni perjudicar al particular al que la directiva trata de reconocer derechos. Para el Tribunal de Justicia sería incompatible con el efecto vinculante de la directiva el que no pudiera ser invocado ante el Estado por los interesados, y su efecto útil se debilitaría si los jueces nacionales no pudieran tomarla en consideración cuando, por sus términos y naturaleza, las reglas de la directiva fueran susceptibles de auto aplicación ("self-executing"). En suma, las directivas pueden crear derechos para los particulares y establecer obligaciones a cargo del Estado, unos y otras garantizados por sus órganos judiciales. A la misma conclusión, no desde la lógica de la obligada transposición sino del necesario respeto, puede llegarse respecto a preceptos de la Carta susceptibles de auto aplicación.

No son escasas las sentencias del Tribunal de Justicia o del Tribunal General que han aplicado preceptos de la Carta como instrumento interpretativo, como condición de validez, o para reconocer una determinada pretensión frente a las instituciones de la Unión o frente a los Estados que aplican el Derecho de la Unión.

Eso ha sucedido especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión entendido como "un principio general del Derecho de la Unión que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que ha sido consagrado en los arts. 6 a 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (STG de 21 de marzo de 2012 (T-439/18, *Fulmen*), confirmada en casación por la SENTENCIA de 28 de noviembre de 2013 (C-280/12 P.)

En una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Español, la importante Sentencia *Melloni* (28 de febrero de 2013, C-399/11) ha examinado la compatibilidad del art. 4 bis, apdo. 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados en su art. 48, 2. El Tribunal de Justicia, tras precisar que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, ha declarado que ese art. 4 bis, apdo. 1, de la Decisión marco 2002/584 es compatible con las exigencias derivadas de los arts. 47 y 48, apdo. 2, de la Carta. Además, se le había preguntado si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, con fundamento en el art. 53 de la Carta, por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución nacional.

La cuestión afectaba directamente a si, de qué manera y en qué condiciones la Carta tiene efecto directo en su ámbito de aplicación y si, en consecuencia, los jueces nacionales pueden dejar de aplicar una norma interna contraria a ella. De la Sentencia *Melloni* parece deducirse, a *contrario sensu*, que sí. El Tribunal de Justicia ha considerado que el precepto cuestionado no lesionaba los arts. 47 y 48, apdo. 2, de la Carta, pero ha rechazado que el art. 53 de la Carta autorice a un Estado miembro a aplicar el estándar de protección de los derechos fundamentales

garantizado por su Constitución más elevado que el derivado de la Carta, para oponerse, en menoscabo del principio de primacía, invocando derechos fundamentales garantizados por su Constitución a la aplicación de una disposición del Derecho de la Unión, plenamente conforme con la Carta. De modo este, el art. 53 de la Carta permite esa inaplicación cuando no se respeten los "niveles mínimos" garantizados por la Carta, de ello depende la validez de la norma de la Unión y la nacional que la desarrolla y con una "judicial review" de esa validez.

En relación con la aplicación del *non bis in idem*, del art. 50 de la Carta, la Sentencia *Akerberg* de 16 de febrero de 2013 (C- 670/10,) ha declarado que "puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta". El Tribunal se ha declarado competente "para para facilitar todos los elementos de interpretación necesarios para que el tribunal remitente pueda apreciar la conformidad de la normativa nacional con el principio *non bis in idem* enunciado en el art. 50 de la Carta".

En materia de asilo, la Sentencia de 21 de diciembre de 2011 (C-411/10) ha declarado que el ejercicio de la facultad de apreciación conferida a los Estados en el art. 3, apdo. 2, del Reglamento núm. 343/2003 es un elemento del sistema europeo común de asilo de modo que "un Estado miembro que ejerce esta facultad de apreciación aplica el Derecho de la Unión en el sentido del art. 51, apdo. 1, de la Carta", doctrina reiterada posteriormente.

Asimismo, el Tribunal ha invocado el art. 45.1 de la Carta en relación con la prohibición de salida del territorio nacional a causa del impago de una deuda fiscal (Sentencia *Aladzhev* de 17 noviembre 2011, C-434/10), o el art. 24 para asegurar relaciones personales regulares y contactos directos de un niño con sus padres (Sentencia *Povse* de 1 de julio de 2010, , C-211/10), o en relación con el reagrupamiento familiar (Sentencia *Chakroum* de 4 de marzo de 2010, C-578/08) para lo que el Tribunal de Justicia se ha referido al art. 6.1 TUE que concede a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

En relación con la protección de la salud en las políticas y acciones de la Unión Europea, el Tribunal ha declarado que el art. 35 de la Carta obliga a definir y ejecutar todas las políticas y acciones de la Unión Europea para garantizar un alto grado de protección de la salud humana (Sentencia *Blanco Pérez* de 1 de junio 2010, C-579/07 y 571/07). En cuanto al derecho a la no comunicación de datos sobre la vida privada, la Sentencia *ASNEF* de 4 de noviembre de 2011, (C-468/10), ha declarado que la lesión "de los derechos consagrados en los arts. 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos".

Todos estos ejemplos, entre otros muchos, muestran la importancia creciente que la invocación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta está jugando en los asuntos en los que un poder público está afectado, sobre todo como criterio de interpretación y de relectura de las directivas.

IV. Distinto es el caso del posible efecto "horizontal" de la Carta, o sea de si la misma es aplicable en las relaciones entre particulares cuando esté en juego la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Esta cuestión se ha planteado sobre todo en derechos y principios de la Carta que afectan a temas relacionados con el trabajo.

Respecto al derecho primario, el Tribunal ha reconocido un efecto directo a las disposiciones de los Tratados que conceden derechos a los particulares, los cuales ha de tutelar el órgano jurisdiccional nacional. Esa eficacia horizontal se ha aplicado en temas que afectan a los trabajadores como las libertades fundamentales de circulación o la no discriminación por razón de sexo. Según la Sentencia *ITC* de 11 de enero de 2007 (C-208/05) "corresponde al órgano juris-

diccional nacional, dentro del margen de apreciación que le conceda su Derecho interno, interpretar y aplicar una disposición de Derecho interno en un sentido conforme con las exigencias del Derecho comunitario y, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando se trate de disposiciones del Tratado CE que conceden a los particulares derechos que éstos puedan invocar ante los tribunales y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar, abstenerse de aplicar cualquier norma del Derecho interno que sea contraria a tales disposiciones". Ello es resultado del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, que, en su concreto ámbito y por su valor de Tratado ha de predicarse de la Carta.

El tema tiene un cierto paralelismo con el de la posible invocabilidad y efecto directo de las directivas que afectan al contenido o desarrollo del contrato de trabajo. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE ha venido declarando que las directivas sociales pueden tener efectos directos frente al Estado en caso de falta o de insuficiencia de su transposición o de su aplicación, así ha sucedido en materias de prestaciones Seguridad Social. Por ejemplo, al aplicar la Directiva 97/81 sobre el trabajo a tiempo parcial el Tribunal ha estimado que misma se opone a que no se computen a efectos de antigüedad para el acceso a la pensión los periodos no trabajados, lo que impedirá al Istituto Nazionale della Previdenza sociale italiano aplicar esa exclusión (Sentencia *Bruno y Pettini* de 10 de junio 2010 (C-395 y 396/08).

Ese efecto "vertical" no supone tutela alguna para los trabajadores respecto a derechos que una directiva les "reconoce" y que han de operar en una relación de trabajo en la que el Estado no está implicado ni directa ni indirectamente. La conocida Sentencia *Marshall I* (26 febrero 1986, C-152/84) ha dejado claro que el efecto directo de la directiva no se aplica a las relaciones entre los particulares, y que la directiva, por sí misma, no impone obligaciones a los privados ni genera derechos invocables ante los tribunales frente a otros sujetos privados.

El que la directiva no imponga por sí misma obligaciones al empleador no establecidas por el ordenamiento interno ha tratado de compensarse por el Tribunal de Justicia dando una relevancia hermenéutica a las directivas en la interpretación del Derecho interno, incluidas las directivas laborales, asegurando así la adaptación de la aplicación del Derecho del Trabajo nacional al contenido y a los objetivos de las correspondientes directivas, lo que ha provocado cambios relevantes en el sistema normativo, en su aplicación judicial y en su interpretación doctrinal. Lo mismo cabe predicar de la Carta como criterio de interpretación de normas de la Unión y de las normas internas de ejecución o de transposición de éstas afectadas por los derechos y principios establecidos por aquella.

Esa obligación de utilizar la directiva como criterio de interpretación de las normas laborales sólo puede llevarse a cabo si la norma interna lo permite, pero el juez no puede hacer decir a esa norma lo contrario de lo que la misma claramente establece, o sea excluye una interpretación *contra legem*. El Tribunal de Justicia, manteniendo que la directiva no crea derechos ni obligaciones para los particulares, ha tratado de moderar este límite mediante el llamado efecto de exclusión, que implica que el juez no aplique una norma contraria a la directiva.

La Sentencia *Pfeiffer* de 5 de Abril de 2004 (C-397/01), ha declarado que el juez en un litigio entre particulares, al aplicar las normas adoptadas para transponer las obligaciones establecidas por una directiva, está obligado "a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta" haciendo "todo lo que esté dentro de sus competencias para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en 48 horas en virtud del art. 6, punto 2, de la Directiva 93/104". Ese posible efecto de exclusión no implica la "sustitución" de la norma nacional por la regla de la directiva en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares.

V. En conexión con los derechos fundamentales de la persona, el Tribunal de Justicia progresivamente está aceptando un cierto efecto de exclusión en las directivas sobre discriminación en el empleo. La Sentencia *Rodríguez Caballero* (12 diciembre 2002, C-442/00) ha declarado

que, cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario, el principio de igualdad sólo puede garantizarse concediendo a las personas perjudicadas las mismas ventajas que a las personas beneficiadas, reequilibrando la situación de desprotección del colectivo perjudicado, y que para ello el juez nacional debe inaplicar toda disposición nacional discriminatoria y extender a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen que disfrutaban los demás trabajadores, una doctrina confirmada por la Sentencia *Palacios Villa* de 16 octubre 2007 (C-411/2005) la cual ha declarado que no se trata sólo de excluir la norma discriminatoria contraria a la directiva o incompatible con ella, sino también de extender a los perjudicados el trato otorgado a la categoría beneficiada.

Esta doctrina se ha elaborado en aplicación de la Directiva 2000/78 y en relación con la discriminación por edad, una materia en la que el Tribunal ha dado pasos relevantes para excluir la aplicación de un tratamiento desigual. La importante Sentencia *Mangold* de 22 noviembre de 2005 (C/154/04) ha declarado que el juez nacional, debe garantizar la eficacia plena de la Directiva dejando sin aplicación la ley nacional contraria a ella. La referencia en la Sentencia al principio general de igualdad y no discriminación implicaba una referencia implícita a la Carta, si bien el asunto era anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el Tribunal no había reconocido como derecho fundamental el derecho a la no discriminación.

El tema se había suscitado directamente en la Sentencia *Kücükdeveci* de 19 de enero de 2010 (C-555/07) que de nuevo ha tenido que pronunciarse sobre si el juez nacional debía dejar de aplicar una norma discriminatoria contraria a la Directiva 2000/78. El Abogado General BOT en sus conclusiones se ha hecho eco del futuro efecto vinculante de la Carta y considera que "el TJUE 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", pues "una invocabilidad reforzada en los litigios entre particulares" de la Directiva 2000/78 contribuiría a garantizar derechos fundamentales en supuestos que aumentaran al adquirir fuerza jurídica vinculante la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Haciéndose eco de estas ideas, la Sentencia *Kücükdeveci* ha reiterado que la "no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión" y hace una referencia expresa al art. 21,1 de la Carta ("se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] la edad") recordando que el art. 6 TUE, apdo. 1, establece que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. De esa declaración el Tribunal no extrae la consecuencia de aplicar directamente la Carta, declara que la normativa nacional controvertida debe interpretarse a la luz del "principio general del Derecho comunitario" de la no discriminación por motivos de edad, *tal como se concreta en la Directiva 2000/78/CE*, pero a la que considera desarrollo o concreción de una prohibición contenida en la Carta (que como tal sería de por sí auto aplicable).

La novedosa conclusión a la que llega la Sentencia es la de que en un litigio entre particulares el juez nacional ha de "garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste... dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio".

La Sentencia *Kücükdeveci* no ha llegado a reconocer la aplicación directa de una directiva en los litigios horizontales pero ha dado un paso significativo al facilitar la invocación y un efecto mediato de la prohibición contenida en una directiva en desarrollo de un principio general de derecho primario consagrado en la Carta, y con ello ha dotado a los jueces nacionales de un importante instrumento para hacer respetar la primacía del principio de no discriminación. El Tribunal habla de la prohibición de discriminación como un principio general, pero lo trata como un derecho fundamental reconocido en la Carta y directamente invocable, una invocación de la Carta que le ha dado una base más sólida a su doctrina y que permite esperar que en el futuro el Tribunal extraiga de la Carta otros derechos fundamentales sociales como principios generales de la Unión.

El Tribunal de Justicia ha querido salir al paso de una interpretación extensiva o expansiva de esa doctrina en un asunto relativo al derecho a vacaciones y la aplicación de la Directiva 2003/88 y en el que se había planteado la posible invocabilidad y efecto directo de la Carta (Sentencia *Domínguez* de 24 enero 2012, C- 282/10). La Abogada General Trstenjak se había preguntado en sus conclusiones si "en el contexto del carácter vinculante recientemente adquirido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se debe estudiar la aplicabilidad directa del art. 31, apdo. 2, de la Carta" relativo al derecho a vacaciones que reconoce es un derecho fundamental social de los trabajadores.

La Abogada General ha reconocido que el texto del precepto "podría llevar a pensar, a primera vista, que la norma tiene eficacia frente a terceros y que es de aplicación directa a las relaciones entre empresarios y trabajadores", sin embargo ha considerado que el mismo sólo otorga a los particulares un derecho a una "protección a cargo de la Unión y de sus Estados miembros", los cuales tienen un considerable margen de apreciación, de modo que el art. 31,2 de la Carta no sería de aplicación directa entre particulares, sino sólo a través de las normas de su transposición, por lo que a efectos de la Carta el derecho a vacaciones parece considerarlo como principio. Sin embargo, la Sentencia *Kücükdeveci* ha eludido toda referencia al posible efecto de la Carta, y ha mantenido la doctrina tradicional sobre la falta de efecto horizontal directo de las directivas.

VI. Este posible efecto horizontal directo se ha abordado directamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Association de Médiation Sociale (AMS)* (Sentencia de 15 de enero de 2014 C-176/ 2012) relativo a la negativa de una empresa a la constitución de una representación de trabajadores en la empresa, amparándose en la norma francesa que excluía del cómputo del umbral de trabajadores a ciertas categorías de éstos, en contra de lo establecido en la Directiva 2002/14.

En el litigio se había invocado el art. 27 de la Carta según el cual deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

Este precepto de la Carta no consagra directamente un derecho sino más bien un principio, pero que ya había sido concretado por una directiva. Por ello, al haber sido concretado el precepto de la Carta por una directiva, el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones ha estimado que podía ser invocado en las relaciones entre particulares, una eficacia horizontal que se ha aplicado en las libertades fundamentales de circulación o en la no discriminación por razón de sexo, y otros derechos fundamentales reconocidos en la Carta, aunque esa eficacia horizontal opere de forma diversa respecto a los derechos fundamentales como el derecho de información y de consulta de los trabajadores en la empresa del art. 27 de la Carta, que solo tiene relevancia en relaciones jurídico privadas y que, aunque contenga un mandato a los poderes públicos y no defina una situación jurídica individual, y la remita a sus actos de aplicación (la Directiva 2002/14 y su art. 3.1 que determina el ámbito personal del derecho de información y consulta), podría ser invocado en un litigio entre particulares para la interpretación y control de la legalidad de los actos de aplicación, tanto de la propia Directiva como del Derecho nacional que la transpone (en el caso una regla que excluye a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del umbral para constituir una representación de personal). Es decir, la concreción del principio a través de una directiva no debe impedir la invocación de la Carta para el control judicial de la validez de la norma interna, lo que fortalecería la seguridad jurídica y los principios enunciados en la Carta y permitiría al juez nacional invalidar y no aplicar la norma interna, aunque ello suponga imponer una obligación al empresario no prevista en la norma nacional contraria a la directiva.

La Sentencia *AMS* no ha acogido la propuesta del Abogado General sobre el reconocimiento de efecto directo entre particulares del art. 27 de la Carta. Su análisis sobre el tema se ha centrado en la contradicción con el art. 3.1 de la Directiva 2002/14 de la norma francesa que para

establecer una representación en la empresa excluye del cómputo de trabajadores a ciertas categorías (aprendices, en formación, en contrato para el fomento de empleo o de iniciativa para el empleo) y ha examinado si ese precepto tiene efecto directo y puede invocarse frente a la asociación empleadora. Tras reiterar su doctrina precedente sobre la obligación de interpretación de la norma interna a la luz de la Directiva, y reiterar que ello no puede servir de base para una interpretación *contra legem*, ha reconocido que el precepto del Código de Trabajo francés no puede ser objeto de una interpretación conforme con la Directiva.

Llegado a este punto, el Tribunal se pregunta "si la situación en el asunto principal es similar a la que concurría en el asunto que dio lugar a la sentencia *Kücükdeveci*, antes citada, de modo que el art. 27 de la Carta, por sí solo o en combinación con las disposiciones de la Directiva 2002/14, puede ser invocado en un litigio entre particulares a efectos de inaplicar, en su caso, la disposición nacional no conforme con la Directiva".

La Sentencia declara que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que la normativa nacional discutida en el litigio principal constituye la aplicación de la Directiva 2002/14, el art. 27 de la Carta aplicable en el asunto principal, pero entiende su texto como que para que "produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional". Por ello, no ha considerado directamente aplicable la prohibición del art. 3.1 de la Directiva 2002/14 de excluir del cómputo del personal de la empresa a una categoría específica de trabajadores, una norma "dirigida a los Estados miembros", a diferencia del principio de discriminación por razón de edad de la Sentencia *Kücükdeveci*, reconocido por el art. 21, apdo. 1, de la Carta, "suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal", poniendo el acento, además, que en caso de la discriminación se está ante un principio fundamental del Derecho social de la Unión.

El Tribunal de Justicia no ha admitido que se invoque el art. 27 de la Carta en sí mismo ni en combinación con la Directiva 2002/14, para no aplicar la disposición nacional disconforme con la Directiva 2002/14 (obligando a computar a ese grupo excluido). Ello sin perjuicio de que la "parte perjudicada" pueda invocar la jurisprudencia del Tribunal para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido. Según el fallo de la Sentencia, "las disposiciones del art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de la Directiva 2002/14, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva es incompatible con el Derecho de la Unión, ese art. de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional".

La Sentencia *AMS* ha tenido como resultado práctico que la empleadora, apoyándose en una regla interna contraria a la Directiva, siga impidiendo a los trabajadores constituir una representación interna en la empresa. La referencia a la posible responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor, de muy difícil eficacia práctica, es un "pequeño consuelo dadas las dificultades de ejercicio de esa acción" (*PARKER*).

La Sentencia no carece de aspectos positivos en cuanto confirmación de la Sentencia *Kücükdeveci*, y ha corregido el cambio de tendencia que parecía derivarse de la Sentencia *Dominguez*. Declara que el art. 27 de la Carta contiene un principio que no deviene en derechos hasta su desarrollo por el Derecho de la Unión o por el Derecho interno, pero ha dejado desprotegida, desde la perspectiva de la Carta, la operatividad del desarrollo de ese principio.

Si el art. 52 de la Carta confiere a los jueces el conocimiento de la interpretación y la legalidad de esos "actos de implementación de los principios", esa interpretación y ese control de legalidad deberían llevar a resultados más rigurosos que los derivados de un incumplimiento o defecto de transposición de una directiva. En última instancia, el fallo de la sentencia hubiera sido el mismo de no haber existido el art. 27 de la Carta, que en la práctica ha resultado inoperante.

En todo caso, es una doctrina no extensible a otros derechos porque el art. 27 de la Carta tenía una clara naturaleza principal que necesitaba una concreción, que han realizado la Directiva 2002/14 y la legislación nacional que la ha transpuesto, en el caso francés de forma insatisfactoria. Quedaba así entreabierto la problemática del posible efecto horizontal directo en el contrato de trabajo de los derechos reconocidos como tales y directamente por la Carta, como ya reflejaba la sentencia *Kükükdeveci* en relación con el principio de igualdad y no discriminación.

De nuevo, y en relación con la discriminación por edad, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, entre otras, en la Sentencia *Dansk Industri* de 19 de abril de 2016 (C-441/14) que ha examinado unas cuestiones prejudiciales relativas a si el principio de no discriminación por edad concretado en la Directiva 2000/78 puede ser directamente aplicado a las relaciones entre particulares y en qué modo la aplicación directa de dicho principio debe ponderarse con el principio de seguridad jurídica y con el vinculado a éste, el principio de protección de la confianza legítima.

La Sentencia *Dansk Industri* insiste en que dicho principio, “ahora consagrado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, debe considerarse un *principio del Derecho general de la Unión* remitiéndose a las sentencias *Mangold*, y *Kücükdeveci*. Sin embargo el texto de ese art. 21 no está redactado como mero principio sino como una prohibición radical de toda discriminación, en particular la ejercida por, entre otras razones, la edad. La rebaja a “principio” de ese derecho a la no discriminación en la interpretación del Tribunal de Justicia le lleva a precisar que la Directiva 2000/78 “no consagra” por sí misma el principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que se limita a concretarlo en materia de empleo y de trabajo, facilitando la aplicación concreta del principio de igualdad de trato.

Adoptando esta perspectiva, la Sentencia deja así de lado el art. 21 de la Carta para centrarse en un “principio fundamental” el de igualdad de trato y una concreción del mismo en un “principio general” de no discriminación por razón de la edad, desde el cual se llega a la conclusión de que ese principio general concretado por la Directiva 2000/78 “debe interpretarse en el sentido de que, también en un litigio entre particulares, se opone a una normativa nacional, como la debatida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un trabajador no puede percibir una indemnización por despido si tiene derecho a una pensión de jubilación pagada por su empresario con arreglo a un plan de pensiones al que se ha incorporado antes de cumplir 50 años, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse”.

Decidida la contradicción de la regla nacional con ese principio general concretado por la Directiva (también garantizado, aunque lo omita el Tribunal de Justicia, por el art. 21 de la Carta), responde a la pregunta del órgano judicial nacional si cabe ponderar ese “principio general” con los de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima en un litigio entre particulares, o sea de nuevo el tema de cuál es la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y cómo garantizar su pleno efecto cuando la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia ha reiterado que una directiva por sí sola no puede crear obligaciones a cargo del particular ni invocarse contra dicha persona, aunque, al mismo tiempo, impone a los órganos judiciales adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de esa obligación, de acuerdo al principio de interpretación conforme que no puede servir de base para una interpretación contra legem, a la vez que recuerda que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos judiciales de modificar su jurisprudencia reiterada si supone una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva. Ello implica que el órgano judicial nacional no puede escudarse en su jurisprudencia precedente que suponga una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva.

Junto a ello, el Tribunal reitera en esta Sentencia que si no puede interpretar el Derecho nacional conforme a la Directiva, debe garantizar la protección jurídica que confiere el Derecho de

la Unión a sus justiciables y su eficacia plena “dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional a dicho principio”, reiterando la doctrina precedente sobre que “el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal que –aun en los litigios entre particulares– obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio”, de modo que si no puede garantizar una interpretación conforme, el órgano judicial nacional debe abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con el principio de no discriminación por razón de edad, sin que pueda basarse en el principio de protección de la confianza legítima para seguir aplicando una regla nacional contraria al principio general de no discriminación por razón de la edad tal y como lo concreta la Directiva. “Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación”.

La Sentencia *Dansk Industri* ha reforzado considerablemente la aplicación del principio de no discriminación por razón de la edad y un efecto material similar a la aplicación directa de la Directiva a la relación entre particulares. Pero, al mismo tiempo, ha dejado pasar la ocasión para resolver el dilema que ya había planteado el Abogado General Cruz Villalón, el de la invocabilidad y aplicabilidad directa a una relación entre particulares, en este caso de un artículo de la Carta no principal sino que reconoce un derecho fundamental concretado por la Directiva, pero no creado por ésta.

La Sentencia *Milkova* de 9 de marzo de 2017(C-406/15) ha examinado un tema relativo a una discriminación por incapacidad en el que se había invocado el Convenio de Naciones Unidas sobre el derecho de personas con discapacidad, la Directiva 2000/78 y la Carta de Derechos Fundamentales. En ella el Tribunal ha declarado que “el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2000/78, a la luz de la Convención de la ONU y atendiendo al principio general de igualdad de trato, consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que permite una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con determinados tipos de discapacidad una protección especial *ex ante* frente al despido, sin conferir tal protección a los funcionarios con discapacidades del mismo tipo, a menos que se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual ha de ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente”. Como puede verse, el Tribunal ha aplicado directamente la Directiva pero la interpreta a la luz de lo previsto en el art. 21 de la Carta.

También se ha referido a un caso de pretendida discriminación por razón de discapacidad en un despido por incapacidad temporal en la Sentencia *Daoudi* de 1 de diciembre de 2016(C-395/15) que, ante la invocación de diversos preceptos de la Carta en relación con la Directiva 2000/78, ha respondido que el “eventual efecto directo” invocado de esos artículos era irrelevante al no ser aplicable al caso la Carta.

De nuevo sobre discriminación, esta vez por edad, la Sentencia *Salaberri* de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), aunque se alegaron por el demandante los arts. 20 y 21 de la Carta, considera no discriminatorio exigir treinta y cinco años para el acceso a la policía y en su fundamentación no llega a mencionar la Carta.

El anterior régimen italiano del contrato de trabajo intermitente para los jóvenes, extinguido “automáticamente” al cumplir los 25 años y presentado como medida de fomento de empleo, se ha cuestionado si genera para los presuntos beneficiarios una discriminación por razón de edad invocando no sólo la Directiva 2008/78 sino también directamente el art. 21 de la Carta.

El Tribunal de Justicia en la Sentencia *Abercrombie*, de 19 de julio de 2017 (C-143/16) ha reconocido que la situación controvertida estaba comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva y del art. 21,1 de la Carta y ha declarado que la norma italiana “en la medida que

prevé que un contrato de trabajo discontinuo puede celebrarse «en cualquier caso» con un trabajador menor de 25 años y se extingue automáticamente cuando dicho trabajador cumple 25 años, establece una diferencia de trato por razón de la edad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78”. Lo que le lleva a examinar si de acuerdo al art. 6,1 de la Directiva la cuestionada diferencia de trato estaba justificada por un objetivo legítimo y si los medios utilizados para ello eran adecuados.

La Sentencia *Abercrombie* no ha admitido las críticas del Abogado General sobre la idoneidad y necesidad de las medidas, compartidas por la Comisión y, al examinar si eran adecuados y necesarios los medios utilizados por el ordenamiento italiano para lograr el objetivo de favorecer la entrada de los jóvenes en el mercado de trabajo, se ha limitado a afirmar que este contrato menos rígido, “menos coercitivo y menos costoso que el contrato ordinario” puede impulsar a las empresas “a responder con más frecuencia a solicitudes de empleo procedentes de jóvenes trabajadores” y, en relación con la necesidad, ha comparado la situación del joven en contrato de trabajo discontinuo con la situación del joven sin empleo alguno. El Tribunal de Justicia ha admitido acriticamente las alegaciones del Gobierno italiano sobre las ventajas de estas formas de trabajo flexible para facilitar la movilidad laboral, aumentar la adaptabilidad al mercado de trabajo y favorecer el acceso al mismo, así que el argumento de para que el mayor número posible de jóvenes pudiera acceder a este tipo de contrato, no podía ser de carácter duradero o estable, añadiendo que para los períodos trabajados (y que no se garantizan) se aseguraba una igualdad de trato con el trabajador equivalente.

De ahí, la conclusión a la que llega de que “el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como el artículo 2, apartado 1, el artículo 2, apartado 2, letra a), y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición, como la controvertida en el litigio principal, que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumple 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios”.

En lo que aquí interesa, la Sentencia no ha puesto pegas a la invocación y aplicación del art. 21 de la Carta concediendo a ésta una importancia relevante en materia de discriminación, aunque sin que el Tribunal haya reconocido clara y terminantemente su invocabilidad y aplicabilidad en las relaciones entre particulares sin intermediación de la correspondiente Directiva.

En otros derechos o principios no ha reconocido la invocabilidad y aplicabilidad directa de sus preceptos en las relaciones entre particulares, más allá de su valor interpretativo de las directivas que los desarrollan. Así, por ejemplo, la Sentencia *Sobczyszyn* de 30 de junio de 2016 (C-178/15) relativa al derecho a vacaciones anuales retribuidas reconocido por la Carta, se ha limitado a interpretar el texto de la Directiva 2003/88 para reconocer el derecho a disfrutar las vacaciones anuales en otro periodo cuando las vacaciones anuales coinciden con un periodo de descanso por convalecencia. En contraste en un asunto similar, la Sentencia *King* de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16), el Tribunal de Justicia, además de interpretar la Directiva 2003/88, se ha referido expresamente a la Carta pero para citar su art. 47 sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la controversia entre trabajador y empresario a la hora de determinar si el trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Hasta ahora hemos venido examinado el posible efecto inter privados de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuanto a los derechos sociales reconocidos por ésta, y se ha visto como el Tribunal ha utilizado la Carta más como criterio de interpretación o, en su caso, de invalidez que como norma directamente aplicable a las relaciones de trabajo. Sin embargo, esta posibilidad de eficacia directa de derechos reconocidos en la Carta se ha reconocido por el Tribunal de Justicia al vincular las libertades económicas fundamentales con el

derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 36 de la Carta, respecto a una exigencia de autorización administrativa para llevar a cabo unos despidos colectivos combinando la libertad de establecimiento por ser una empresa de otro Estado miembro, con la libertad de empresa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia había entendido como el derecho a ejercer una actividad económica, a la libertad contractual y a la libre competencia, protegiendo la iniciativa económica y la capacidad de actuación en un mercado.

El Tribunal de Justicia ha considerado que el régimen de autorización de la normativa griega puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego, lo que podría constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libertad de empresa, y una restricción que requiere razones imperiosas de interés general, como la protección de los trabajadores y el fomento del empleo, que justifiquen la medida y que la medida sea proporcionada, lo que puede justificarse mediante límites al despido adecuados para garantizar el objetivo perseguido sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, respetando "los derechos económicos fundamentales de los empresarios", lo que considera que no se ha cumplido en el caso de la legislación griega, que excluye la libertad de empresa en decisiones de carácter fundamental en la vida de una empresa como los despidos colectivos.

En este caso, la invocabilidad y aplicación directa del derecho de libertad de empresa protegido en la Carta no ha contado con las reticencias que el Tribunal de Justicia ha tenido para dejar aplicar directamente otros principios o derechos de carácter social reconocidos en la Carta.

Una última reflexión sobre el peligro de banalización de la Carta. Consultando la lista de sentencias de los últimos doce meses, la Carta es mencionada en ciento cincuenta y ocho sentencias, en su mayor parte en sentencias en relación con materias muy vinculadas a derechos humanos como el derecho al asilo, la cooperación judicial en materia penal o civil, los reagrupamientos familiares, el derecho a no ser expulsado para evitar tratos inhumanos o degradantes, etc. pero también en otros supuestos relativos a propiedad intelectual o industrial, medio ambiente, etc. y también en materia social.

Llama la atención que en muchos de los casos en que ha habido invocación de la Carta, el Tribunal de Justicia haya mencionado el artículo concreto afectado declarando que debe tenerse en cuenta para interpretar el derecho derivado cuestionado, pero luego se ha limitado a interpretar ese derecho derivado y a resolver el asunto no mencionando en su fallo el correspondiente precepto de la Carta. Ese uso meramente retórico de la Carta es preocupante porque tiene el peligro de hacer de ella un inútil o "decorativo" punto de referencia, lo que no se corresponde con las aspiraciones que estuvieron detrás de su aprobación y posterior elevación al valor jurídico "constitucional" de Derecho primario de la Unión.