

LA CUESTIONABLE LEGITIMIDAD DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DE LA RELACIÓN LABORAL POR ALCANZAR EL TRABAJADOR LA EDAD DE JUBILACIÓN

[Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, The Queen, a instancia de: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

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

Extracto:

LA prohibición de discriminación por edad naturalmente abarca a la relación laboral, de tal manera que aquella no puede, por sí misma, justificar un trato peyorativo para un trabajador. Bajo la eufemística denominación de jubilación convencional, se ha producido un ataque frontal al derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores a partir de una determinada edad (generalmente la de jubilación establecida en los sistemas de Seguridad Social). La sentencia objeto de comentario reconduce el tratamiento deparado por la jurisprudencia comunitaria a semejante supuesto discriminatorio, y si bien permite nominalmente su pervivencia, las limitaciones y condicionamientos a los que lo somete prácticamente lo proscriben.

Palabras clave: discriminación por edad, jubilación forzosa, jubilación convencional, despido, extinción del contrato de trabajo y carga de la prueba.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 313, abril 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La «jubilación forzosa»: ¿una *contradictio in terminis*?, ¿un oxímoron? o ¿una paradoja?
- III. Breve referencia al supuesto de hecho de la sentencia, a las cuestiones prejudiciales planteadas y la normativa comunitaria aplicable.
 1. El supuesto de hecho de la sentencia.
 2. Las cuestiones prejudiciales planteadas.
 3. La normativa comunitaria aplicable.
- IV. La inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE de cualesquiera normas que faculten al empresario para la extinción (unilateral) del contrato de trabajo (relación laboral), al alcanzar el trabajador la edad de jubilación.
- V. Sobre la legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y/o relación laboral, unilateralmente por el empresario, al alcanzar el trabajador la edad de jubilación.
 1. Consideraciones generales.
 2. Sobre la necesidad de que la normativa nacional aplicable enumere concretamente los motivos de política social que permiten exceptuar el principio general comunitario de no discriminación por razón de edad.
 3. La exigencia de que las diferencias de trato por razón de edad estén «objetiva y razonablemente justificadas».
 4. La carga, del Estado, de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ¹ ha dictado con fecha 5 de marzo de 2008, en el asunto C-388/07, una sentencia que obliga a replantear argumentaciones anteriores efectuadas en torno a la jubilación por convenio colectivo, también conocida como jubilación convencional, sobre la base de nuestra jurisprudencia constitucional ².

Efectivamente, ha de recordarse que tras una intensa y larga historia legislativa mediante Ley 14/2005, de 1 de julio ³, se estableció la regulación vigente de la jubilación forzosa convencional. Según aquella norma «en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social», siempre que se cumplieren determinados requisitos.

¹ Esa denominación, y no la de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el momento actual es la correcta, pues el cambio a esa otra denominación (que comprende al Tribunal de Justicia, al Tribunal General y a los Tribunales especializados), se realiza por el Tratado de Lisboa cuya entrada en vigor está pendiente de su ratificación por Irlanda (que depende de la respuesta afirmativa en un referéndum a celebrarse en octubre o noviembre de este año), hasta que se produzca aquella ratificación ha de seguir utilizándose la denominación Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como además se indica en el Libro de Estilo Interinstitucional de la Unión Europea (Oficina de Publicaciones, punto 9.5.a), «La denominación completa y oficial, en documentos jurídicos, es "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"; la denominación corriente, nombre abreviado, en documentos no jurídicos es "Tribunal de Justicia (Tribunal)"; la abreviatura es "TJCE"; su denominación en los actos del Consejo es "Tribunal de Justicia", y su sede "Luxemburgo"».

² Vid. TAPIA HERMIDA, A., «Jubilación forzosa posconvenio colectivo (Comentario a la STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*. CEF, núm. 22, julio 2007, págs. 113-142; también «Despido (Jubilación) por convenio colectivo (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 299, febrero 2008, págs. 125-156.

³ Se incorporó a la legalidad ordinaria el contenido del artículo único («Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación»), contenido en la «Declaración para el diálogo social 2004, competitividad, empleo estable y cohesión social» suscrito el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras. Mediante aquella norma se incluía una disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores (ET), titulada «cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», con la siguiente redacción: «En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo; el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

Efectivamente, la regulación de la jubilación forzosa convencional en nuestro ordenamiento jurídico ha sido accidentada, bien que como ya se ha indicado ha estado orientada por una determinada posición de la jurisprudencia constitucional. Aquel «*iter* legislativo» no ha sido rectilíneo, sino quebrado y accidentado, pudiendo distinguirse varias etapas señaladamente diferentes, a saber:

- a) Una primera etapa en la que el legislador consideró que podía limitar incondicionalmente la edad de trabajar estableciendo una edad tope o límite para permanecer en el «mercado de trabajo», por lo que y consecuentemente admitió que, además, pudieran establecerse por medio de la negociación colectiva edades inferiores para la salida o expulsión de los trabajadores del mercado de trabajo.
- b) Una segunda etapa en la que, a la vista de los pronunciamientos de la justicia constitucional (SSTC 22/1981 y 58/1985), señaladamente de la declaración de inconstitucionalidad de la «disposición adicional 5.^a del ET (1980), interpretada como norma que establecía la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad», el texto refundido del ET de 1995 incorpora una disposición adicional 10.^a «cuyo contenido recogía, de forma un tanto difusa, los restos maltrechos de la disposición adicional 5.^a de la LET/1980 y las correcciones interpretativas de la jurisprudencia constitucional».
- c) Una tercera etapa que se inicia con la derogación de la disposición adicional 10.^a del ET, por el Real Decreto-Ley 5/2001, después Ley 12/2001.
- d) Una cuarta etapa que se inicia con la entrada en vigor de la Ley 14/2005, mediante la cual se vuelve a admitir la posibilidad de la jubilación forzosa convencional, mediante la incorporación al ET de una nueva disposición adicional 10.^a, dotada de una cuestionable retroactividad.

Los condicionantes de la validez de los pactos colectivos de jubilación forzosa (eufemísticamente tratada como «jubilación convencional»), ya venían consistiendo, en la derogada legislación, en que aquella medida se vinculase a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo ⁴, y a que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tuviera cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

El Tribunal Constitucional mediante su sentencia núm. 280/2006, de 9 de octubre, tras afirmar que la hipótesis de violación del artículo 14 de la CE por discriminación por razón de edad estaba fuera de duda ⁵ [punto en el que destaca que las disposiciones legales que regulan la jubilación convencional

⁴ Tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

⁵ Indicando que «basta recordar pronunciamientos de este Tribunal en la materia de jubilación que nos ocupa (por ejemplo, SSTC 22/1981, de 2 de julio, 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio, o 111/1985, de 11 de octubre, por todas), u otras sentencias todavía recientes sobre figuras jurídicas diversas a la ahora analizada, pero en las que concurría con

en nuestro ordenamiento «suponen un refuerzo de la protección contra la discriminación por razón de edad, que se refleja, entre otros preceptos, en la nueva redacción de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET], admite la constitucionalidad de la jubilación forzosa convencional, siempre que el convenio colectivo que la estableciera respetase las «exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación»⁶, y además se cumpliesen las «precondiciones de constitucionalidad que (podía) llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado»⁷.

Semejantes «precondiciones», que justificaban a juicio del Tribunal Constitucional el ajuste a la norma fundamental de aquella legislación ordinaria, se constitucionalizaron definitivamente por su jurisprudencia, señalando en primer lugar que el cese forzoso por esa causa solo era posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procedía la percepción de pensión de jubilación⁸, y si resultaba que con la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo se garantizaba una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, amortización de puestos de trabajo.

La posibilidad de establecer la jubilación forzosa en convenio colectivo se calificó, por la jurisprudencia constitucional, como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Entendiéndose que su determinación no era contraria a los artículos 14 y 35 de la CE caso de establecerse con los condicionamientos señalados anteriormente, esto es, siempre que quedase vinculada a las políticas de empleo, se asegurase al perjudicado la cobertura social reseñada, y no implicara, sin más, la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad.

Semejante situación no parecía de recibo, por más que tuviera el beneplácito del Tribunal Constitucional, pues como ya hemos indicado «la jubilación forzosa convencional no se aviene bien con los valores generales que están en la base de la cultura occidental. Formulados jurídicamente como el

carácter decisivo la circunstancia de la edad (por ejemplo, SSTC 197/2003, de 30 de octubre, y 78/2004, de 29 de abril). En relación con todo ello, conviene tener presente que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha aprobado en el Capítulo III del Título II (arts. 27 a 43) medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que trasponen al Derecho español las Directivas comunitarias 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y 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».

⁶ STC 27/2004, de 4 de marzo, por todas. Precizando que «así debe entenderse, según señalábamos en la STC 177/1988, de 10 de octubre, mucho más cuando en el Ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no solo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito (...). El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea per se contraria al artículo 14 de la CE (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, 119/2002, de 20 de mayo, o 27/2004, de 4 de marzo)».

⁷ SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 58/1995, de 30 de abril.

⁸ Es decir, que no basta con que la jubilación forzosa sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De manera que el límite máximo de edad solo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación y cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente.

principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el derecho al trabajo y la libertad de empresa. Su polémica introducción en nuestro sistema jurídico, a la altura de 1980, simplemente acompañaba, y era coherente, con una medida claramente liberticida y que fue declarada inconstitucional en la importante STC 22/1981. Como consecuencia de ello la jubilación forzosa convencional se quedó sin referente ideológico y como un cuerpo extraño, que ni denodados esfuerzos doctrinales ni de una pusilánime jurisprudencia constitucional han logrado ubicar sin mácula en nuestro sistema jurídico (obediencia a los valores y principios propios de la occidental). Tras su acertada derogación ha vuelto a reinstaurarse, de la mano de intereses y finalidades «extremadamente economicistas», contrarias al «Estado de bienestar social» y tendentes a la «asistencialización» de la Seguridad Social»⁹.

En aquel lugar añadíamos que urgía, atendiendo a la intrahistoria de nuestra cultura jurídica, expulsar aquella norma de nuestro ordenamiento. Su exclusión de nuestro ordenamiento jurídico resultaba exigible «para reivindicar la vuelta al derecho; para incitar al sosiego en el replanteamiento de la jubilación; para agitar la conciencia de quienes contribuyen, desde su acción u omisión, a pervertir una institución centenaria que cumple una función laboral, social y económica, hoy desvirtuada»¹⁰. La sentencia objeto de comentario interfiere en la denunciada situación y, a la postre, creemos que hace buenos los planteamientos y reflexiones que en su momento efectuábamos.

II. LA «JUBILACIÓN FORZOSA»: ¿UNA *CONTRADICTION IN TERMINIS*?, ¿UN OXÍMORON? O ¿UNA PARADOJA?

Reiterando posiciones ya expuestas, hemos de insistir en que la primera reflexión que debe efectuarse sobre la jubilación forzosa u obligada mediante convenio colectivo, es que se trata de una institución jurídica en absoluto ajena al contrato de trabajo, pues deviene y se constituye en una de sus formas o modos de extinción.

Se acepta generalmente y con raíz en la proscripción de las vinculaciones a la prestación personal o arrendamientos de servicios de por vida¹¹, que el contrato de trabajo puede ser extinguido unilateralmente por el trabajador, mediante su «dimisión», sin consecuencias indemnizatorias, generalmente, a favor del empresario, y en todo caso inexistentes cuando existe causa suficiente para ese proceder del trabajador, considerándose la «jubilación», en cuanto que voluntaria, como una justificación suficiente.

Esto es, la jubilación (debidamente anunciada, y que no constituya una ruptura brusca o violenta) constituye «un supuesto que pacíficamente podría incardinarse en la categoría de la extinción por voluntad unilateral del trabajador, concretamente en la figura de la dimisión»¹², en cuanto que

⁹ TAPIA HERMIDA, A., *op. cit.* («Jubilación forzosa por convenio colectivo...») pág. 142.

¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., «La jubilación entre el derecho y la obligación», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Iustel, Madrid 2007, pág. 106.

¹¹ Artículo 1.593 del CC.

¹² MELLA MÉNDEZ, L., «La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Iustel, Madrid 2007, pág. 1.332.

se trata «del cese en el trabajo por razón de edad decidido unilateralmente por el sujeto interesado. En efecto, aquí el protagonista absoluto de la decisión extintiva es este último, que, al reunir la edad y la carencia necesarias para el acceso a la pensión de jubilación, decide retirarse de la vida laboral activa y pasar a la situación de jubilado»¹³.

Por el contrario, «la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador encaja en la categoría de extinción por voluntad unilateral del empresario cuando aquella depende de la voluntad de este, o sea, cuando es este el que tiene la facultad de poner fin al contrato por dicha causa, porque así se prevé en una norma colectiva. En tal caso se habla de jubilación forzosa porque esta se impone por el empresario al cumplir el trabajador una determinada edad y sin contar con su voluntad»¹⁴.

Dos cuestiones se insinúan en relación con aquellas contrarias posiciones. La primera consistente en si la «jubilación» puede dejar de constituir un derecho subjetivo para pasar a constituirse en un deber jurídico, lo cual además de cuestiones de derecho positivo, afecta a los valores culturales que constituyen y están en su misma base del Derecho occidental y justifican su misma existencia. Esto es, si, en términos morales o éticos puede admitirse o es justificable el apartamiento forzoso de las personas del trabajo remunerado (básicamente del trabajo asalariado y por cuenta ajena como modalidad de prestación del trabajo más extendida). La segunda referente a si acaso el instituto jurídico de la jubilación, en cuanto que impuesta o forzosa, deja de constituir un mecanismo de protección social para devenir en un instrumento de opresión del individuo, en cuanto que ciudadano, so capa de políticas, más o menos populistas, de subempleo, y de eliminación de costes (la persona como simple coste) productivos.

Conviene recordar que los primeros sistemas de protección mutualistas que surgen en los gremios medievales¹⁵ se centran en la prestación de recursos a aquellos agremiados que, entre otras

¹³ Véase nota anterior.

¹⁴ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, págs. 1.338-1.339.

¹⁵ Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el medioevo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1994 (5.ª ed.), págs. 131-264. La libertad, el trabajo en régimen de libertad aparece como presupuesto de los primeros mecanismos eficientes de protección individual (el ahorro) y social (mutualismo), bien que coexistan con otros métodos, surgidos con anterioridad, para paliar la pobreza extrema. El desarrollo de tales mecanismos y sistemas de protección requieren del surgimiento de un «principio de humanidad», no así formulado, pero latente incluso en las primeras religiones, pasando posteriormente a integrarse con mayores o menores limitaciones en ideologías y filosofías de lo más diverso o incluso a generar nuevas ideologías. La «cosificación» o «deshumanización» del esclavo obvia cualquier referencia al cuidado de los mismos no centrado en razones meramente economicistas. Tras el tránsito del régimen de esclavitud al de servidumbre, que supuso humanizar la prestación del trabajo, ha de esperarse al surgimiento de la ciudad medieval, a su desarrollo como un centro de tráfico económico y como un ámbito de producción especializada, que además consume, normalmente, los excedentes (más allá del autoconsumo) de la producción agraria, para que emerjan los primeros sistemas de protección social. Lo que singulariza y da capital importancia a la ciudad medieval es el constituir un ámbito de libertad para sus moradores («el aire de la ciudad hace a los hombres libres»). Siendo la ciudad sinónimo de civilización, correlativamente los gremios, que se constituyen «por oficios» (es el «oficio organizado»), van a constituir los primeros mecanismos de protección social. Esto es, al propio tiempo que monopolizan el ejercicio del «oficio» (determinando la producción, fijando los precios y garantizando las calidades) y participan en el gobierno y defensa de la ciudad, van a constituir ejemplares sistemas de protección contra la adversidad para sus miembros y familiares participando en su sostenimiento todos los agremiados, fundamentalmente los maestros. Efectivamente los gremios además de disciplinar (mediante estatutos y ordenanzas) las relaciones de los agremiados entre sí y las condiciones de prestación del trabajo en el «oficio», son, desde su inicio, asociaciones tanto de culto religioso (cofradías) como entidades mutualistas, llevando a cabo actividades benéficas de primer orden, creando y sosteniendo hospicios y hospitales, obras pías y asistenciales a favor de sus miembros. Las grandes pesetas que asolaron Europa, diezmando las poblaciones, provocan la desaparición de la autonomía municipal y la consiguien-

causas, debido a su edad avanzada (vejez) no podían trabajar con el mínimo rendimiento exigible para poder atender a su propia subsistencia. Ciertamente los primeros sistemas de protección social surgen para atender situaciones en las que el individuo no puede valerse por sí mismo, institucionalizándose fuera del grupo parental solo para socorrer la pobreza extrema, al socaire de ideas y sentimientos pietistas, y posteriormente vinculados a la prestación del trabajo, en base a muy diferentes componentes ideológicos, vinculación que en buena medida se mantiene estableciéndose un marcado paralelismo, que no se altera hasta la aparición de la «jubilación forzosa», entre la libertad de industria o trabajo y el carácter de derecho subjetivo de la «jubilación», atribuyéndose su ejercicio, consiguientemente, a la libre decisión de su titular ¹⁶.

Tras el mercantilismo, las tesis de la escuela clásica de la economía desembocan en la Revolución Industrial ¹⁷, que produjo consecuencias de todo orden ¹⁸. Por una parte y desde entonces la creación y destrucción de empleo ¹⁹ son consecuencias antagónicas pero asociadas a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana, por otra parte surge un proletariado industrial y urbano, que se vincula directamente a la aparición del *factory system*, y cuyas visibles y duras condiciones de existencia ²⁰ van a producir el advenimiento de nuevas ideologías así

te decadencia del gremio y con él, de sus específicos mecanismos de protección mutualista. A finales de la Edad Media «aún no se habían generalizado técnicas de protección de los riesgos, ni genéricos –para todo ciudadano–, ni específicos –para los trabajadores–; todo se hacía depender de la voluntad divina, de ahí que se haya afirmado que «el milagro ocupaba el sitio de la previsión social».

- ¹⁶ Las primeras técnicas de protección que fueron surgiendo pretendían hacer frente a los riesgos individuales, y habían sido tomadas de otras experiencias y otras ramas del ordenamiento jurídico preexistentes, fundamentalmente del Derecho Mercantil (...). Entre estas técnicas destacaban la beneficencia, la previsión, en sus modalidades de ahorro y previsión colectiva» (RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 2001, pág. 28).
- ¹⁷ Sobre la «Revolución Industrial» y sus consecuencias sociales, *vid.* ALONSO OLEA, M., *cit. (Introducción al Derecho del Trabajo)*, págs. 267-328; también KENNETH GALBRAITH, J., *Historia de la Economía*, Ariel, Barcelona 1991(5.^a ed.) págs. 110 y ss.; con aquella expresión, cuyo origen es muy discutido (debatándose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que parecen en un momento singularmente rico en invenciones, Watt, Arkwright, Kay y Hargreaves, etc., o a la aparición del espíritu de empresa), se alude, ordinariamente, a la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. Con ella se inicia un largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*), y con F. ENGELS el *Manifiesto Comunista*), son los economistas más celebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de las ideologías (y padres del «economicismo»), el capitalismo y el socialismo-comunismo.
- ¹⁸ La «Revolución Industrial» determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de las materias en materias primas que era enviada a los talleres domésticos, para su elaboración, y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia, se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. No obstante ha de repararse que la ruptura que los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo, se lleva a cabo, en un paso intermedio, por el mercantilismo.
- ¹⁹ La desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, va a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra.
- ²⁰ Grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y en Escocia sufren las consecuencias más adversas (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., y, en fin, brevedad de una sufrida existencia, careciendo de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia en un medio

como de grandes movimientos sociales, que van a influir de manera determinante en el curso de la historia de la humanidad.

La vigencia del *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación, es observado rigidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial, progresivamente va desapareciendo tal criterio limitador de la actividad legiferante, administrativa y prestacional de los Estados ²¹, destacando, además de la limitación de la jornada y la humanización del trabajo de niños y mujeres, la imposición de indemnizaciones y prestaciones por accidentes de trabajo y los sistemas de seguros sociales.

En Alemania la legislación social de Bismarck, elaborada a partir de 1880, da lugar al primer sistema de seguros sociales, con la aparición en 1889 del seguro de vejez e invalidez. En España es a partir de 1878 cuando se desarrolla una importante legislación social ²², pudiéndose destacar la creación de la Comisión de Reformas Sociales, en 1883, del Instituto de Reformas Sociales, en 1903, y, singularmente, la creación del Instituto Nacional de Previsión en 1908 y del Ministerio de Trabajo en 1920. Los Seguros Sociales se van a desarrollar en España con el mismo retraso con que se recibió la «Revolución Industrial», pero con mucha más intensidad que con la que se llevó a cabo una débil e inacabada industrialización.

dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante. Aquellas terribles consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX, producen inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera, así SISMONDI, J.-Ch. L. advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, y acciones concretas tendentes a mitigar los daños infringidos a esos grupos de población mediante realizaciones filantrópicas, como el complejo fabril y residencial de New Lanark fundado por DALE, D. La crítica sistemática derivó de las posiciones, después conocidas como socialistas. Se efectuó desde el socialismo utópico de SAINT-SIMON, C.H., FOURIER, Ch., OWEN, R., desde el socialismo de transición de BLANC, L., PROUDHON, P., LASSALLE, F. y FEUERBACH, L. y desde el «cartismo» inglés. No obstante la crítica más contundente va a ser obra de MARX, K., cuya doctrina va a influir decisivamente en la marcha de la historia del mundo, con nueva interpretación o forma de historia universal y la reacción más contundente va a venir de una parte por la revolución francesa de 1848 y la Comuna de París de 1871.

- ²¹ «En un principio, partiendo de la situación de necesidad de los sujetos en general, se pretendió cubrir esta por un mecanismo de beneficencia o asistencia privada o pública, por el que se socorría a los indigentes en sus necesidades más básicas (...). Las insuficiencias de este mecanismo no iban a superarse con la técnica de la previsión, ya en su modalidad de ahorro o en su manifestación de previsión colectiva» indica RAMOS, M.^a J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.*, pág. 28. La detración de recursos presentes para hacer frente a las necesidades futuras (ahorro) o el desarrollo de un mutualismo heredado del espíritu cofrade y gremial (sobre ese espíritu gremial *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *cit.*, pág. 32), de que fueron ejemplo las sociedades de socorros mutuos creadas por la Real Orden de 28 de febrero de 1839, iniciaron su andadura. No obstante aquellas técnicas de incipientes protección social no fueron suficientes frente a los desastres sociales provocados por la Revolución Industrial. Hubo de superarse el rígido abstencionismo estatal, para que el sistema de protección social mediante los Seguros Sociales irrumpiera, abruptamente, en la historia. Entonces fue decisiva la intervención del Estado para solventar las situaciones de necesidad extrema en que se encontraban muchos trabajadores y para paliar los efectos de la ofensiva de que era objeto la «gran tradición clásica de la economía», creándose los primeros seguros sociales.
- ²² Alterándose hasta cierto punto, la precedencia temporal de la beneficencia sobre el ahorro. Efectivamente este último e institucionalizado de las clases populares como medida de prevención, se inicia cuando el Padre F. Piquer constituye, en 1702, el primer Monte de Piedad en Madrid (origen de la actual Caja de Madrid). Los mecanismos de protección asistencial surgirán más tarde, mediante la Ley de 27 de diciembre de 1821, origen de las Juntas Municipales de Beneficencia, creándose las Diputaciones de barrio (*vid.* MARSAL FERRET, M., *Pobreza y beneficencia pública en el siglo XIX español*, Lex Nova, Valladolid, 2002).

El primero de los seguros sociales es el «retiro obrero», establecido por Real Decreto de 22 de marzo de 1919²³. El conjunto de los seguros sociales se complementa con un extraordinariamente efectivo sistema de protección de base profesional, auténtico germen de lo que más tarde será el sistema español de Seguridad Social. Efectivamente mediante la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento de 25 de mayo de 1942 se establecen el «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad. La Ley de bases de 28 de diciembre de 1963²⁴ supone un cambio radical en el panorama de la protección social nacional, iniciándose la andadura del sistema español de Seguridad Social a partir del Texto articulado I de 28 de diciembre de 1966, de prolongada vigencia, hasta que se aprueba el texto refundido (de aquella norma con la Ley de 1972) de 1974; los desarrollos legislativos posteriores por muy conocidos no son preciso indicarlos²⁵.

Esa brevísima referencia histórica pone de manifiesto el acierto de la observación de que «en toda la evolución de esta contingencia (vejez o jubilación) es común como regla general y salvando supuestos excepcionales, que el cumplimiento de la edad que se considere como pensionable actúe como presupuesto de la concesión de la pensión y nunca se imponga esta con carácter automático. La solicitud de la pensión expresa la libre voluntad del trabajador de jubilarse y, por tanto, de cesar definitivamente en la actividad laboral. Se trata de un derecho del trabajador (...) y responde a intereses estrictamente individuales del mismo»²⁶.

La jubilación obligatoria o forzosa constituye una anomalía que aparece vinculada históricamente al desarrollo de la función pública, y marcada por intereses políticos partidistas, por lo que las consideraciones referentes a la misma no pueden extrapolarse²⁷. Debiendo además tomarse en consideración

²³ Que mediante la Ley de 1 de septiembre de 1939 se transforma en el subsidio de vejez, convirtiéndose por Decreto de 18 de abril de 1947 en seguro de vejez e invalidez, representa un momento singular que inicia un desarrollo mantenido, y mejorado, ininterrumpidamente hasta el día de hoy.

²⁴ Sitúa en esta norma el inicio de la Seguridad Social en España, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Derecho de la Seguridad Social* (dir. DE LA VILLA, L.E.), Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 49; afirma RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M., *op. cit.*, pág. 27, «La seguridad social como institución no parece, tal como la concebimos hoy día, en el principio de los tiempos; aunque ya entonces existieran situaciones de necesidad, individuales o colectivas, que requerían ser protegidas. El proceso de aparición de esta disciplina es largo y laborioso, caracterizado en sus albores por su carácter asistemático y disperso, pues un verdadero sistema implica un conjunto de contingencias y prestaciones para hacer frente a las mismas, que tiene muy poco que ver con la protección particularista propia que se dispensaba antes de su aparición».

²⁵ Sobre la evolución de la Seguridad Social en España, AA.VV., *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2001.

²⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., *op. cit.* (*La jubilación entre el derecho y la obligación*), pág. 106.

²⁷ Se indica en el Voto particular a la STC 22/1981, formulado por el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, siempre con referencia al ET de 1980, que «el sentido de la disposición adicional 5.^a es el de introducir como causa extintiva de la relación laboral de tiempo indefinido, un término final, trasladando al área laboral la figura de la jubilación forzosa, procedente de otro campo de la relación de empleo y generalizada en el sector público». Es ya tardíamente, en la base octava del Estatuto de Maura de 2 de julio de 1918, cuando aparece por primera vez la jubilación forzosa del funcionario, a los 67 años, vinculada al derecho al cargo y a la inmovilidad. Posteriormente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 7 de febrero de 1964, se insiste en la jubilación forzosa del funcionario al cumplir este los 70 años para los Cuerpos Técnico y Administrativo y los 65 años para los Cuerpos Auxiliar y Subalterno. La Ley de Derechos Pasivos de 1966 abunda en las mismas consideraciones. La Ley de medidas para la reforma de la función pública de 2 de agosto de 1984 vino a establecer con carácter general la edad de jubilación forzosa a los 65 años, que no obstante fue ampliándose para determinados funcionarios (docentes universitarios, jueces y magistrados) hasta fijarse en los 70 años, estableciéndose mediante Ley 13/1996, un sistema de flexibilización con carácter general para los funcionarios públicos, que manteniendo la jubilación forzosa de los funcionarios a los 65 años, establece la posibilidad de que voluntariamente prorroguen su situación de servicio activo hasta el cumplimiento de los 70 años.

que la jubilación forzosa «se plasmó inicialmente como una conquista del funcionario, a la que iba unido un derecho a una pensión de clases pasivas»²⁸. Frente a la conceptualización de la pensión de jubilación como un derecho social, como un jubileo, merecido y jubiloso descanso del que cada uno dispone según su propio interés e idiosincrasia «la disposición adicional 5.^a del Estatuto de los Trabajadores introdujo la jubilación forzosa por edad en el empleo privado, a imagen y semejanza de la jubilación en el empleo público de los funcionarios»²⁹, alzándose otras concepciones, diferentes de la expuesta de la jubilación³⁰ (la jubilación como derecho subjetivo), que, en ocasiones, bajo el pretexto de pretendidos argumentos económicos de interés general, esconden ideologías populistas y totalitarias³¹.

En esa línea de consideraciones conviene destacar que «la regla de la jubilación forzosa –y no voluntaria– es la gran innovación de la Ley de 1980. Hasta entonces, en términos de una Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, la jubilación era un derecho, de ejercicio facultativo, del trabajador, quien, una vez contratado, tenía derecho a la estabilidad en el empleo, a permanecer en el empleo dentro de la duración propia de su contrato, que no se extinguía al cumplir una determinada edad a no ser que el propio trabajador lo juzgase conveniente a sus intereses. Es decir, en la legislación laboral anterior a 1980, la edad –mejor dicho, cierta edad– no era causa de extinción del contrato de trabajo»³².

Esa «regla de la jubilación forzosa» resulta coherente con una ideología que bien pudiera denominarse de «economicismo extremo», que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, si con ello se atiende a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado. Esa nueva ideología, que no puede tacharse de ultraliberal sino todo lo contrario, impone el sacrificio de cualesquiera derechos y libertades, si con ello los agentes económicos (las empresas, o mejor dicho, las grandes corporaciones) mejoran su posición relativa frente a la competencia en un sistema de economía de mercado globalizado, eliminando derechos y libertades trabajosamente conseguidos frente al «antiguo régimen», posteriormente establecidas en los textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos humanos, políticos y sociales fundamentales³³, y que fueron proclamadas como basamento y fundamento de una sociedad justa por las grandes y primeras revoluciones liberales y burguesas del siglo XVIII (norteamericana y francesa).

²⁸ MARTÍN REBOLLO, L., «Catorce "estaciones" normativas en la jubilación del funcionario», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Iustel, Madrid 2007, pág. 256.

²⁹ BORRAJO DACRUZ, E., «La jubilación laboral como institución jurídica», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Iustel, Madrid 2007, pág. 149.

³⁰ Así indica CORREA CARRASCO, M., «La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 126, abril-junio 2005, pág. 57, que «el derecho de un trabajador individual a permanecer en un puesto de trabajo hasta que, voluntariamente, decida abandonarlo, debe ser amparado, pero, en buena lógica, también ha de ser susceptible de someterse a límites que, como la edad, pueden entenderse objetivos y razonables en la medida en que encuentran fundamento en la realización de otros principios y valores constitucionales».

³¹ Como precisa MARTÍN REBOLLO, L., *op. cit.*, pág. 256, el que, además, precisa: «A pesar del origen de su nombre, la jubilación no siempre es equivalente a júbilo».

³² BORRAJO DACRUZ, E., *op. cit.* pág. 149.

³³ Al respecto es de interés la SAN de 16 de febrero de 2004, según la cual y partiendo «de lo dispuesto en la Directiva 78/2000 del Consejo, en cuya virtud es discriminatoria la diferencia de trato por motivos de edad, si no está justificada, objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional. Releemos atentamente el artículo 38 del Convenio y no encontramos justificación alguna para establecer, sin más, el límite de los 65 años para la jubilación. Si bien el artículo 85 del ET permite que el Convenio regule cualquier materia que afecte a las condiciones del empleo, la edad de jubilación, fijada de

Una de las manifestaciones más cumplidas de semejante ideología liberticida vino representada por la disposición adicional 5.^a del ET de 1980, a cuyo tenor se establecía una «edad laboral máxima incondicionada», permitiéndose además que en la negociación colectiva pudiesen «pactarse libremente edades de jubilación»³⁴. Aquella previsión legal fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, planteada, de oficio, por el Magistrado de Trabajo núm. 9 de Madrid y resuelta por STC (Pleno) 22/1981, de 2 de julio de 1981, la cual declaró «inconstitucional la disposición adicional 5.^a del ET, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad», pero no se pronunció sobre la posibilidad de establecer convencional y libremente edades de jubilación (con cierto fundamento procesal dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad le fue planteada³⁵).

Lo que acontece en la jubilación forzosa u obligada, impuesta directamente por una norma legal o por un convenio colectivo, es que en realidad se elimina la libertad fundamental al trabajo, o se da pábulo al libérrimo y facultativo desistimiento empresarial, que ordinariamente debiera tener la consideración de despido libre o no causal, en cuanto que el empresario no tiene que aducir una «justa causa» para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo³⁶. En el caso de los convenios colectivos que prevén la jubilación forzosa del trabajador, estos «no imponen el cese ni el desistimiento empresarial, sino que, en realidad, lo que hace es atribuir al empresario una facultad extintiva en base a la mencionada causa»³⁷, que además «no prescribe» pues «el ejercicio de la mencionada facultad empresarial no está sometido a plazo, por lo que, de no ejercitarse en el momento del cumplimiento de la edad de jubilación, nada impide que se haga posteriormente»³⁸. De lo que se deduce que «los intereses a proteger son, especialmente, los de la clase política dominante o los del empresario. El hecho de que la cláusula de jubilación forzosa prevista en convenio derive una facultad empresarial para extinguir el contrato, cuyo ejercicio resulta imprescriptible, evidencia que los intereses a proteger son, fundamentalmente, los del empresario»³⁹.

forma aleatoria y discriminatoria, al carecer de justificación legal excede del ámbito de tales condiciones, por no concurrir con un derecho fundamental digno de mayor protección que deba prevalecer sobre el individual al trabajo. Distinto sería si, *de pacti ferenda*, el Convenio estableciera unas causas razonables y ponderadas que, contemplando el tipo de trabajo que se presta en las residencias de ancianos llegara a justificar objetivamente la falta de capacidad, y por lo tanto de idoneidad, para realizar la tarea de cuidar ancianos por parte de trabajadores que, en muchos casos, serían de más edad que los propios residentes. En muchas profesiones –casos de pilotos, policías, militares, controladores aéreos, etc.– se exige cierta edad para realizar sus funciones, ya que pasada esa edad no se tiene capacidad e idoneidad necesarias para desempeñarlas. Atender el duro trabajo de cuidar ancianos, con todo lo que conlleva, no parece que pueda ser realizado convenientemente por personas de 70 ó 75 años, pues podrían llegar a invertirse los papeles respecto de los residentes de 60 ó 65 años y acabar estos cuidando a aquellos como si se tratara de una situación valleinclanesca. Pero, repetimos, todo esto debe ser pactado razonable y objetivamente».

³⁴ «Sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», se añadía.

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

³⁶ Como sucede por ejemplo en la relación laboral especial de personal de alta dirección.

³⁷ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.339.

³⁸ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.343.

³⁹ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.345.

La situación actual de crisis económica generalizada, con un desempleo desenfadado, con un ejército de mileuristas y pensionistas lindando con la pobreza extrema y la exclusión social, no es favorable a la libertad (constituyendo la libertad de trabajo una manifestación singularmente calificada de la misma). «Un panorama tan sombrío para amplias capas de la población puede sugerir que pronto se vivirán enormes convulsiones sociales. Algunos advierten de un resurgimiento de movimientos radicales, como el neofascismo. Por el momento nada de eso se ha producido (...). Puede que no sea muy romántico advertir que, tampoco esta vez, seremos testigos de una revolución, pero es muy probable que la caída del bienestar se acepte con resignación, sin grandes algaradas, ante la indiferencia del poder político, que llevará sus pasos hacia la política-espectáculo»⁴⁰. En ese panorama desolador y enrarecido la sentencia objeto de comentario constituye una «bocanada de aire fresco», que, a la postre, defiende la cuestionada libertad y dignidad del ser humano, de la persona.

III. BREVE REFERENCIA AL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA, A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS Y LA NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE⁴¹

La correcta inteligencia de la sentencia requiere una alusión, siquiera breve, al supuesto de hecho de la misma, así como a las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas al Tribunal de Justicia comunitario.

1. El supuesto de hecho de la sentencia.

El litigio principal se inició a instancias de The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England), en adelante AC, institución benéfica que pretende mejorar la calidad de vida de las personas de edad avanzada. En aquel litigio AC discutía la legalidad de concretos preceptos de una norma de derecho interno⁴², al considerar que no adaptaba correctamente el Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Alegaba esencialmente AC que, al preverse en aquella norma nacional una excepción al principio de no discriminación cuando la causa de la extinción de la relación laboral de un trabajador que haya cumplido los 65 años fuera la jubilación, la misma vulneraba el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, precisada, así como el principio general comunitario de proporcionalidad.

Por su parte, las autoridades del Reino Unido alegaron que con arreglo al decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78/CE antes indicada, su contenido debía entenderse «sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación», y que por ello en el ámbito de aplicación de la referida directiva no podía considerarse incluida la norma nacional antes aludida,

⁴⁰ MUÑOZ, R., «Adiós, clase media, adiós», El País, sección Negocios, de 31 de mayo de 2009, pág. 5.

⁴¹ Según se indica en la sentencia objeto de comentario.

⁴² Específicamente de los artículos 3, apartado 1, 7, apartado 4, y 30 de la Employment Equality (Age) Regulations 2006.

alegando también, con carácter subsidiario, que aquella disposición nacional era, en todo caso, conforme con el artículo 6 de la directiva precitada.

2. Las cuestiones prejudiciales planteadas.

El órgano jurisdiccional *a quo*, que conocía del litigio principal, la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), decidió suspender aquel proceso y plantear al Tribunal de Justicia determinadas cuestiones prejudiciales, que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- A) En relación con la Directiva 2000/78/CE, las edades nacionales de jubilación y el ámbito de aplicación de la Directiva, plantearon el referido órgano jurisdiccional nacional al Tribunal de Justicia comunitario las siguientes cuestiones:
- 1) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores extinguir la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años?
 - 2) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores extinguir la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años si han sido adoptadas tras la entrada en vigor de la directiva?
- B) A la luz y según las respuestas que recibiesen las anteriores cuestiones, aquel órgano jurisdiccional planteó al Tribunal de Justicia si determinados preceptos de la norma nacional ¿eran «disposiciones nacionales que establecían las edades de jubilación en el sentido del decimocuarto considerando de la directiva»?
- C) Por lo que respecta a la definición de una posible discriminación directa por razones de edad, y en particular a su justificación, inquirió el referido órgano nacional al Alto Tribunal comunitario, si acaso permitía el artículo 6, apartado 1, de la directiva, antes mencionada, a los Estados miembros adoptar disposiciones que establecieran que una diferencia de trato por razones de edad no constituía discriminación si se demostraba que era un medio proporcionado para lograr una finalidad legítima, o si exigía dicha disposición que los Estados miembros especificasen, en una lista u otra medida que por su forma y contenido se asemejase a aquella, los tipos de diferencias de trato que podrían justificarse de ese modo.
- D) Con relación al criterio de justificación de las discriminaciones directa e indirecta, preguntó el aludido órgano jurisdiccional nacional al Tribunal de Justicia comunitario, si existía alguna diferencia significativa en la práctica, y si era así cuál, entre el criterio de justificación establecido en el artículo 2, apartado 2, de la directiva precitada, con respecto a la discriminación indirecta, y el criterio de justificación establecido con respecto a la discriminación directa por razones de edad en el artículo 6, apartado 1, de la directiva antes mencionada.

3. La normativa comunitaria aplicable.

Dado el tema que estamos tratando, la referencia a la normativa comunitaria aplicable necesariamente ha de comenzar, como hace la sentencia objeto de comentario, con una alusión al decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78/CE, según el cual:

«La (...) Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación.»

Aquella salvedad relativa no es obstáculo para que la sentencia objeto de comentario precise que, según el vigésimo quinto considerando de la directiva, la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo, bien que en determinadas circunstancias se puedan justificar diferencias de trato por razones de edad, que requerirán, por tanto, disposiciones específicas, las cuales que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resultando pues esencial distinguir entre las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y las discriminaciones que deben prohibirse, al carecer de justificación suficiente.

Recuerda la sentencia objeto de comentario que, al tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78/CE «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».

Asimismo también precisa la sentencia que se comenta que el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, titulado «Concepto de discriminación», establece que prohíbe la discriminación por razones de edad en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, entendiéndose por tal «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos» antes mencionados.

La diferencia entre discriminación directa e indirecta, recuerda la sentencia comentada, se establece por la Directiva 2000/78/CE, en los siguientes términos:

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

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, que lleva el título de «ámbito de aplicación», establece que, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, aquella Directiva 2000/78/CE se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, titulado «justificación de diferencias de trato por motivos de edad», establece que no obstante lo dispuesto en aquella norma (fundamentalmente en el apartado 2 del art. 2 que proscribire toda discriminación), 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».

Añadiendo el mencionado precepto, que aquellas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- 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».
- 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».
- 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».

IV. LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE DE CUALESQUIERA NORMAS QUE FACULTEN AL EMPRESARIO PARA LA EXTINCIÓN (UNILATERAL) DEL CONTRATO DE TRABAJO (RELACIÓN LABORAL), AL ALCANZAR EL TRABAJADOR LA EDAD DE JUBILACIÓN

La primera cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia comunitario es la de si una norma nacional que autorice a los empresarios a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo o la relación laboral, por cumplir el trabajador la edad de jubilación, queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Esto es, las normativas nacionales «que permite a los empleadores extinguir la relación laboral cuando el trabajador haya cumplido los 65 años si la razón del cese es la jubila-

ción, debe considerarse que este tipo de normas establecen diferencias de trato basadas directamente en la edad que pueden constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a) de la Directiva 2000/78/CE»⁴³.

Al respecto comienza el Alto Tribunal comunitario por recordar que «la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto el establecimiento de un marco general para garantizar la igualdad de trato de todas las personas en el empleo y la ocupación, ofreciendo una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad». Esto es, que «se aplica, en el marco de las competencias conferidas a la Comunidad, «a todas las personas (...) en relación con (...) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración»⁴⁴.

Precisando que si bien «es cierto que, con arreglo a su decimocuarto considerando, la Directiva 2000/78/CE se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación», no lo es menos que aquel considerando «se limita a precisar que la competencia de los Estados miembros para determinar la edad de acceso a la jubilación no se ve afectada por la mencionada Directiva, sin excluir de modo alguno que esta pueda aplicarse a las medidas nacionales que establecen los requisitos para la extinción de un contrato de trabajo por alcanzarse la edad de jubilación así determinada».

Consecuentemente una norma nacional que, aún no estableciendo un régimen imperativo de jubilación forzosa, prevea las circunstancias en las que un empleador «puede apartarse del principio de prohibición de la discriminación por razón de edad y extinguir la relación laboral de un trabajador por haber alcanzado esta la edad de jubilación», precisa la sentencia que se comenta, «puede afectar directamente a la duración de la relación laboral entre las partes y, en general, al ejercicio por el trabajador de su actividad profesional».

⁴³ Precisa el Abogado General Sr. Ján Mazák, en su conclusión 77 de las presentadas en este asunto el día 23 de septiembre de 2008.

⁴⁴ Indica el Abogado General Sr. Ján Mazák, en sus conclusiones 48-51 de las presentadas en este asunto el día 23 de septiembre de 2008, lo siguiente: «En este contexto, el objetivo de la Directiva 2000/78/CE, conforme a su artículo 1, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra c), del mismo texto, es ofrecer a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, una protección eficaz, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad. Por consiguiente, la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto que los particulares, especialmente en las relaciones que entablen entre ellos (horizontales) en contextos como el empleo, disfruten de una protección eficaz contra la discriminación basada, en particular, en razones de edad. Se deduce claramente de los artículos 9 y 10 y de los considerandos vigésimo noveno y trigésimo primero de la Directiva 2000/78/CE que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar, a este respecto, la disponibilidad de medios de protección jurídica adecuados y la inversión de la carga de la prueba en los casos de presunta discriminación, que no ha de recaer, por tanto, en quien alegue ser la víctima sino en el demandado. Habida cuenta de esta protección material que la Directiva 2000/78/CE pretende ofrecer a los particulares contra las formas de discriminación que prohíbe, la completa ejecución de esta Directiva no puede posiblemente lograrse mediante la mera garantía de que la normativa nacional incluida en su ámbito de aplicación cumple de hecho con las exigencias acerca de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que en ella se imponen. (...) Para que los particulares puedan hacer uso efectivo, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de su derecho a recibir un trato igual y, en concreto, a no sufrir discriminación ilegítima por razón de edad, los Estados miembros están también obligados, en el contexto del empleo y la ocupación, a adoptar normas nacionales en las que se recoja específicamente y con la suficiente claridad la prohibición de discriminación por razones de edad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con los artículos 2 y 6, apartado 1, de esta. A mi juicio, el artículo 3 del Reglamento constituye, en principio, una normativa de este tipo, en la medida en que define la discriminación por razones de edad a efectos del Derecho nacional».

Además, continúa indicando la sentencia objeto de comentario, una disposición de tal carácter acaba privando a los trabajadores que hayan cumplido o estén a punto de cumplir esa edad (generalmente 65 años) de toda protección contra las discriminaciones por razón de edad ejercidas en el momento de la contratación, limitando la participación futura de estos trabajadores en la vida activa.

Por ello entiende el Tribunal de Justicia comunitario que las disposiciones nacionales de ese tipo establecen normas relativas a las «condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y remuneración, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78/CE, y, por lo tanto, (están incluidas) en el ámbito de aplicación de esta Directiva».

Sin duda se trata de una afirmación importante del Tribunal de Justicia comunitario que acaba consolidando la doctrina sentada en la sentencia de 16 de noviembre de 2007⁴⁵, en la que señaló que una normativa nacional que prevea la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral, estableciendo, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE.

V. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y/O RELACIÓN LABORAL, UNILATERALMENTE POR EL EMPRESARIO, AL ALCANZAR EL TRABAJADOR LA EDAD DE JUBILACIÓN

El epígrafe es susceptible de consideraciones muy específicas y diferenciadas, por lo que conviene tratarlo según los apartados que a continuación se especifican.

1. Consideraciones generales.

El Tribunal de Justicia comunitario hasta la sentencia objeto de comentario, venía considerando⁴⁶ que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en 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 no se oponía a una normativa nacional que considerase válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exigiesen, como únicos requisitos, que el trabajador hubiera alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación fijado por la normativa nacional, y que cumplierse con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva⁴⁷.

⁴⁵ Asunto C-411/05, Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.

⁴⁶ STJCE de 16 de noviembre de 2007, asunto C-411/05, Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.

⁴⁷ Indica el Abogado General Sr. Ján Mazák, en sus conclusiones 68-74 de las presentadas en este asunto el día 23 de septiembre de 2008, lo siguiente: «En un mundo perfecto, cada uno se haría acreedor de lo que le corresponde por sus propios méritos; se trataría a todas las personas del mismo modo en lo que se igualan y de modo distinto en lo que difieren. En un mundo perfecto, se daría a cada uno lo que merece y se haría justicia. Desgraciadamente, esta perfección de la justicia no está al alcance de la ley de este mundo. Por "norma", la ley es intrínsecamente general: solo partiendo de lo abstracto puede abarcar la realidad. Queda

Legitimidad que el Alto Tribunal comunitario condicionó en aquella jurisprudencia a que (literalmente «siempre que») se diesen, al mismo tiempo o conjuntamente dos circunstancias. La primera de ellas que semejante medida, «pese a basarse en la edad», estuviese justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo. La segunda, que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general «no resultasen inadecuados e innecesarios» a ese respecto.

La normativa nacional objeto de consideración en la sentencia que se comenta permitía a los empleadores extinguir la relación laboral de los trabajadores de menos de una determinada edad (65 años) cuando alcanzasen la edad de jubilación fijada por la empresa si tal medida constituía un «medio proporcionado para alcanzar una finalidad legítima», lo cual, a juicio del Alto Tribunal comunitario, supone dispensar un trato menos favorable a los trabajadores que han alcanzado esta edad de jubilación en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Por lo que puede dar lugar a una diferencia de trato basada directamente en la edad [en el sentido del art. 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE].

No obstante aquella apreciación se matiza, de seguido, por aquel Tribunal de Justicia comunitario, al indicar que semejante diferencia de trato por motivos de edad que no constituirá discriminación prohibida en virtud del artículo 2 de la misma directiva si la medida que la imponen «está justificada 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

entonces para los tribunales, las administraciones y los particulares la tarea de aplicarla en cada supuesto y, por lo tanto, de "traducir" la ley general, en el mejor de los casos, en justicia concreta. De este modo, la ley generaliza y clasifica: coloca tanto a los particulares como a las diferentes situaciones individuales bajo el prisma de tipos, categorías, características y clases, y establece distinciones con arreglo a determinados criterios. Sin embargo, con el paso del tiempo algunas clasificaciones han pasado a considerarse inaceptables en el ordenamiento jurídico y contrarias a los valores que le sirven de fundamento. De conformidad con el artículo 13 de la CE, el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE menciona la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual como criterios en los que, en principio, no pueden basarse las diferenciaciones legales, a no ser que estén objetivamente justificadas. Por consiguiente, las clasificaciones o las diferencias de trato basadas, directa o indirectamente, en estos motivos son, a primera vista, "sospechosas" y pueden constituir discriminación indebida, si bien se desprende de las posibilidades de justificación ofrecidas por el artículo 2 de la Directiva que no tiene necesariamente que ser así. Dependerá de las circunstancias (especialmente cuando se trate de diferencias de trato por razón de edad). El legislador comunitario subrayó en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78/CE, en lo que se refiere, concretamente, a la edad, que es "esencial distinguir [entre] las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y (las discriminaciones que deben) prohibirse". La edad se diferencia también de los demás motivos mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE en que el artículo 6, apartado 1, de esta contiene una justificación específica para las diferencias de trato que se basan en ella –siempre que no constituyan discriminación prohibida con arreglo al artículo 2– "si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios". (...) Este enfoque, particularmente matizado, sobre las diferencias de trato por razón de edad refleja la verdadera singularidad de la edad en comparación con los demás motivos mencionados en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE. La edad no es, por naturaleza, un "motivo sospechoso" o, cuando menos, no lo es tanto como, por ejemplo, la raza o el sexo. De hecho, en la legislación y, concretamente, en el Derecho laboral y social menudean las diferenciaciones basadas en la edad, los límites de edad y las medidas relacionadas con la edad, que se caracterizan por su hipotética facilidad de gestión, claridad y transparencia. Otra cualidad del criterio basado en la edad es la fluidez. Es posible que la determinación de si un trato diferenciado constituye o no discriminación por razón de edad dependa no solo de si se basa directa o indirectamente en la edad, sino también de la propia edad de la que se trate. Por lo tanto, en comparación con otras distinciones, como, por ejemplo, las basadas en el sexo, puede ser mucho más difícil determinar cuándo las diferenciaciones por razón de edad dejan de estar justificadas para pasar a ser indebidas. Por último, en la medida en que los límites de edad, como las edades de jubilación previstas en el Reglamento, implican una distinción basada directamente en la edad, deben automáticamente considerarse desde el punto de vista de la discriminación directa definida en el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE».

si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Apostilla que el Alto Tribunal comunitario deduce del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78/CE, insistiendo en que aquel precepto enumera varios ejemplos de diferencias de trato que reúnen esas características.

Ejemplificación que, contrariando y desautorizando el discurso del órgano jurisdiccional comunitario, permite afirmar lo opuesto, pues se concreta, como antes se indicó, en:

- 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.

Esto es, en ninguno de esos supuestos ejemplarizantes se contempla una hipótesis semejante a la posibilidad de que el empresario pueda con absoluta libertad decidir unilateralmente la extinción del contrato de trabajo o relación laboral por la circunstancia de que el trabajador cumpla una determinada edad, sea la que establece para jubilación en el sistema público de protección social o cualquier otra. Es más, sucede todo lo contrario, lo que se contempla es la posibilidad de establecer medidas que estimulen la entrada en el empleo de trabajadores de mayor edad.

2. Sobre la necesidad de que la normativa nacional enumere concretamente los motivos de política social que permiten exceptuar el principio general comunitario de no discriminación por razón de edad.

Según manifestó la Comisión de las Comunidades Europeas, comparecida como parte en el proceso, el principio de no discriminación por razón de edad es un principio fundamental del Derecho comunitario, proclamado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, por lo que cualquier incumplimiento del mismo «debe justificarse por un objetivo público de política social». Afirmación sorprendente de aquella institución comunitaria pues:

- Por una parte encierra en sí misma contradicción, pues admite el incumplimiento de aquel principio en aras de solucionar un problema social, pero al mismo tiempo admite implícitamente que mediante semejante incumplimiento se genere un problema social de la misma o mayor magnitud del que se pretende solucionar.

⁴⁸ «El principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario», proclama el TJCE en su sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Werner Mangold y Rüdiger Helm.

- Por otra parte exige la reducción drástica de los supuestos de justificativos del incumplimiento de un «principio fundamental del Derecho comunitario».

Obviando la primera objeción, esto es, sin reparar en la íntima contradicción existente en su discurso, la referida institución comunitaria se detiene en la exigencia justificativa de la exceptuación «por un objetivo público de política social», afirmando, según se precisa en la sentencia que se comenta, que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz del vigésimo quinto considerando de esta, prevé una limitada excepción a este principio fundamental, que se justifica por consideraciones relativas a la política social particular del Estado miembro de que se trate. De este modo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE implica, (...), la necesidad de adoptar una disposición nacional específica que prevea un conjunto concreto de circunstancias y objetivos».

Disconforme con esa posición de la Comisión de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia afirma que «la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal de sus prescripciones en una disposición legal expresa y específica», siendo posible «que la ejecución de una directiva, en función de su contenido, se concrete en un Estado miembro en principios generales o en un contexto jurídico general, siempre que estos garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva y que, si una disposición de la directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, la situación jurídica derivada de tales principios generales o de dicho contexto jurídico general sea suficientemente precisa y clara, permitiendo a los beneficiarios conocer todos sus derechos y, en su caso, ejercerlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. También puede aplicarse una directiva a través de una medida general que satisfaga los mismos requisitos». Consecuentemente afirma lo siguiente:

- a) Que «no puede interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de prever, en las medidas para la adaptación de su Derecho interno, una lista específica de las diferencias de trato que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima. Además, se desprende del tenor de dicha disposición que los objetivos legítimos y las diferencias de trato que menciona tienen valor meramente indicativo, como demuestra el hecho de que el legislador comunitario haya incluido la locución adverbial "en particular"».
- b) Que «no puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE que la falta de indicación en la normativa nacional de los objetivos que pueden considerarse legítimos conforme a dicha disposición tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que tal normativa esté justificada a la luz de aquella».

No obstante es laxa posición del Alto Tribunal comunitario, el mismo se cuida en señalar que cuando no existe indicación precisa y una relación concreta y circunstanciada de los objetivos de política social, que permiten, a su juicio, excepcionar la vigencia del derecho social fundamental comunitario, «es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre su legitimidad y sobre la idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo».

Según el Tribunal de Justicia «del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE se desprende que los objetivos que pueden considerarse "legítimos" en el sentido de dicha disposición y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Por su interés general, estos objetivos legítimos se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad».

Bien entendido, continúa indicando el Alto Tribunal comunitario, que si bien «los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en la elección de los medios que les permitan lograr sus objetivos de política social», ello no implica que este margen de apreciación pueda abocar a que la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad se vea menoscabada. Esto es:

«Las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esta medida puede justificar el establecimiento de excepciones al mencionado principio (no discriminación por edad) ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo»⁴⁹.

3. La exigencia de que las diferencias de trato por razón de edad estén «objetiva y razonablemente justificadas».

Parte el Tribunal de Justicia de que los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 2, apartado 2, letra b), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE no coinciden exactamente. De tal manera:

- a) Que el artículo 2 «define el concepto de discriminación por motivos de (...) edad (...) en el ámbito del empleo y la ocupación», distinguiendo, en su apartado 2, «entre, por una parte, las discriminaciones directamente basadas en estos motivos y, por otra, las discriminaciones "indirectas", que, pese a que se fundamentan en una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pueden ocasionar a determinadas personas, respecto de otras, una desventaja particular debido a su (...) edad».
- b) Que con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE, «solo las disposiciones, criterios o prácticas que pueden constituir discriminaciones indirectas pueden quedar excluidas de la calificación de discriminación», como sucede, cuando se trata de una «disposición, criterio o práctica (que) pued(e) justificarse objetivamente con una finalidad legítima y (...) los medios para la consecución de esta finalidad [son] adecuados y necesarios», y que sin embargo «para las diferencias de trato constitutivas de discriminación directa, el artículo 2, apartado 1, de dicha directiva no contempla ninguna excepción».

⁴⁹ Vid. STJCE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez.

- c) Que «el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE establece un régimen excepcional para las diferencias de trato por razón de edad, dada la especificidad que se reconoce a la edad entre los motivos de discriminación prohibidos por dicha Directiva. En el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78/CE se menciona, en efecto, que es «esencial distinguir (entre) las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y (las discriminaciones que) (deben) prohibirse».

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

4. La carga, del Estado, de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria.

Según el Tribunal de Justicia comunitario, el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE:

«Reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, que ciertas formas de diferencias de trato por motivos de edad no constituyan discriminación a efectos de dicha directiva cuando estén "objetiva y razonablemente" justificadas», no pareciendo «posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima, perseguida por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación sea razonable».

Por tanto, afirma el Alto Tribunal comunitario, «no debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término referido solo figure en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva», sin que ello suponga banalizar la imposición que supone para los Estados miembros, pese al amplio margen de apreciación de que disponen en materia de política social, «la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria». Se trata de acreditar no solo que los medios sean los «adecuados y necesarios»⁵⁰ para alcanzar una finalidad legítima sino la legitimidad misma de la finalidad a alcanzar.

No se detiene el Tribunal de Justicia comunitario en cuál sea el nivel de exigencia probatoria exigible, pero mantiene incólume la exigencia probatoria en los términos expuestos. Bien entendido que si una disposición, un criterio o una práctica no constituye una discriminación a los efectos de la Directiva 2000/78/CE, por concurrir una justificación objetiva [en el sentido del art. 2, apartado 2,

⁵⁰ *Vid.* Abogado General Sr. Ján Mazák, conclusión 84 de las presentadas en este asunto el día 23 de septiembre de 2008.

letra b)], no es preciso llevar a cabo prueba alguna. Esto es, recurrir al referido artículo 6, apartado 1, de la mencionada directiva, que tiene por fin, en particular, permitir la justificación de ciertas diferencias de trato que, sin esta última disposición, constituirían discriminaciones de este tipo.

Salvado lo que se podría denominar la «evidencia absoluta de que una disposición, un criterio o una práctica no constituye una discriminación», la exigencia de la carga de la prueba de la legitimidad (por ajustarse a las exigencias de la Directiva 2000/78/CE) de las disposiciones o medidas del Estado, es contundente. Esto es, la precitada norma comunitaria:

«Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria.»

VI. CONCLUSIONES

Como precisa la sentencia objeto de comentario, en las declaraciones contenidas en su fallo, «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE»:

- Debe «interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que, (...), no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional».
- Reconoce «a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén "objetiva y razonablemente" justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».
- Impone «a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria».

Aquellas declaraciones son sin duda trascendentes, pudiéndose afirmar que a partir de la sentencia objeto de comentario, se proscriben la posibilidad de que se produzcan discriminaciones por razón de edad so capa de jubilaciones (forzosas) convencionales.