

DESPIDO (JUBILACIÓN FORZOSA) POR CONVENIO COLECTIVO

(Comentario a la STJCE, Gran Sala,
de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05) *

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 «jubilación forzosa por convenio colectivo» no constituye solamente una singular modalidad de despido, sino que conculca el derecho fundamental, y principio general del Derecho al propio tiempo, a la igualdad ante la ley y no discriminación. Además, aquel acto reprochable, por «forzoso» y falta de libertad, se contraponen a los retos demográficos que afrontan las sociedades occidentales que, consecuentes con los tiempos que nos han tocado vivir, se planteen la prolongación del empleo y el aumento de la edad de jubilación. Una de las cuestiones fundamentales en las sociedades occidentales actuales no es otra que la de las consecuencias asociadas al alargamiento, respecto de épocas anteriores, de la vida activa de las personas, lo cual reclama una urgente redefinición de la jubilación, desde la cobertura de situaciones de necesidad que atienden los sistemas de Seguridad Social y, si existe un derecho subjetivo pensionable con cargo al Erario Público, al ocio y al descanso, en el momento en que una persona voluntariamente lo decide. La «jubilación forzosa por convenio colectivo» no es comprensible desde ninguna de aquellas perspectivas, simplemente porque conculca groseramente los núcleos de la cultura occidental, la libertad y la igualdad, tanto formal como real.

Palabras clave: jubilación forzosa, despido, convenio colectivo, igualdad y no discriminación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 299, febrero 2008 o en *Normacef Social*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La jubilación forzosa por convenio colectivo no es más que una singular modalidad de despido.
- III. La regulación de la jubilación forzosa convencional en nuestro ordenamiento jurídico.
 1. Consideraciones generales.
 2. Sobre los requisitos de promoción del empleo y cumplimiento de una determinada edad.
- IV. El principio de igualdad ante la Ley y jubilación forzosa. Normativa internacional, constitucional y ordinaria referente a la prohibición de discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, pertinente.
- V. Pertinencia y aplicabilidad de la normativa comunitaria prohibitiva de discriminaciones en el ámbito del empleo y la ocupación a la jubilación forzosa convencional.
 1. El supuesto de hecho.
 2. Las cuestiones prejudiciales planteadas.
 3. Regulación comunitaria referente al principio de igualdad y prohibición de discriminación por edad, en el ámbito del empleo y de la ocupación.
- VI. El principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario y, por ende, del Derecho de los Estados miembros.
- VII. Sobre la obligación del Juez nacional de dejar inaplicada la norma de derecho nacional o interna que, imponiendo la «jubilación forzosa», viole el Derecho comunitario.
- VIII. Conclusiones.

NOTA: Félix PALACIOS DE LA VILLA contra Cortefiel Servicios, S.A.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de 16 de octubre de 2007 dictada, en el asunto C-411/05, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), constituido en Gran Sala, tiene un interés sobresaliente porque plantea y resuelve la cuestión de la legitimidad de la regulación española que habilita la imposición de la jubilación forzosa por convenio colectivo, contemplada a la luz de la normativa comunitaria y la supremacía de la misma sobre los ordenamientos de los Estados miembros, habiendo sido planteada al Alto Tribunal comunitario por el titular del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid ¹.

Además, y desde un punto de vista más teórico, pero no por ello con menor trascendencia práctica, a la razón expuesta se une la cuestión de la violación del principio de igualdad y, por ende, del de no discriminación de un determinado grupo social, la sentencia objeto de comentario obliga a destacar, tanto de la normativa que posibilita la jubilación forzosa como del acto que la impone, que bien podría concebirse como una modalidad específica de «acoso laboral», o a quien la sufre «trabajador quemado» ².

¹ Sobre la jubilación forzosa por convenio colectivo no puede olvidarse que ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 280/2006, de 9 de octubre, dictada en autos del recurso de amparo 43/2003.

² Acoso laboral, es tanto como violencia en el trabajo, empleándose diferentes denominaciones para designar otras tantas modalidades específicas de aquel «acoso laboral». Así se alude a *bullying*, como sinónimos de violencia física, y a *mobbing*, que literalmente significa atacar o atropellar y que se traduce por psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Algunos de aquellos términos, dada la singular fuerza expresiva de violencia subjetiva que se ejerce ilegítimamente contra alguien en situación de inferioridad o desamparo, se aplica también fuera del ámbito laboral, aludiéndose al «*mobbing* inmobiliario» para designar el acoso que se ejerce por el titular del dominio contra el inquilino de una vivienda, o quien la habita por otro título legítimo, para que la abandone contrariando su deseo y libre determinación. Con más razón podría aplicarse a la «jubilación forzosa por convenio colectivo», al estar el acto empresarial extintivo de la relación laboral, por semejante razón (materialmente un despido nulo) viciado por la violencia que caracteriza al *mobbing* y, al menos en algunos supuestos, al *bullying*. Por ello la normativa en base a la cual pueden adoptarse aquellas decisiones extintivas por jubilación forzosa (convenio colectivo y norma estatal) bien podría considerarse configuradora de «acoso legal», que no puede considerarse que incida en una *contraditio in terminis*, en esta época de entrada en la democracia deliberativa (superadora de la democracia meramente participativa), tanto por la irrupción del constitucionalismo (bien entendido) norteamericano en el Derecho continental emergente del fenómeno revolucionario francés de 1789, como porque la ley ha dejado de constituir el único equivalente a «Derecho».

En otro plano «ha de admitirse, a la vista de los retos demográficos³ y de las limitaciones presupuestarias⁴ que deben afrontar la mayoría de los Estados miembros —y que han inducido recientemente a la Comisión a instar una acción urgente—, que la cuestión crucial que se plantea en Europa parece consistir más bien en la prolongación del empleo y en el aumento de la edad de jubilación»⁵. Propuestas y propósitos de fijación de una edad de jubilación más tardía que ya se están llevando a efecto en los países de nuestro entorno (por ejemplo: Gran Bretaña, Italia, Alemania, Austria o Suiza) y a la que no es ajeno nuestro sistema de Seguridad Social⁶.

Más recientemente se habla de la aparición de enfermedad psicosocial, la denominada *Burn out*, que viene a significar «estar quemado», y que refiere un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado del estrés laboral crónico o frustración prolongada, tratándose de un trastorno de adaptación del individuo al entorno laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El «quemado» por el trabajo, se dice que «tiene fuerzas (trabajo) pero no ganas». La situación del individuo (trabajador) al que se le impone la jubilación y se le expulsa del ámbito laboral, pasando de ser activo a «pasivo», es la de un sujeto al que se le «quema», provocando las mismas consecuencias que en el «trabajador quemado», esto es, induciendo su «despersonalización», que se manifiesta en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, ansiedad y depresión (*vid.*, SSTJ, de Navarra, de 23 de marzo de 2004 y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 15 de diciembre de 2006).

³ Se destaca en la prensa diaria citada (*ABC* del miércoles 14 de noviembre de 2007, pág. 44) lo siguiente: «la Caixa ha propuesto en el informe mensual que elabora su Servicio de Estudios, retrasar la jubilación a los 70 años. La medida se haría de forma gradual, desde 2008 hasta el año 2050 añadiendo a cada año seis semanas más».

⁴ Se indica en el periódico *ABC* del miércoles 14 de noviembre de 2007, pág. 44, lo siguiente: «la Caixa dice que el envejecimiento de la población supone un enorme reto para la política fiscal, ya que la presión que el aumento de la población de mayor edad va a ejercer sobre el gasto público en pensiones, sanidad y políticas de dependencias "puede llegar a ser asfixiante". Y aunque los primeros síntomas pueden aún tardar una década, explica que ahora es el momento de tomar medidas». Sobre la modificación de la legislación en materia de Seguridad Social, incentivando el retraso de la edad de jubilación, ya aprobada por el Congreso, da noticia el mismo periódico en su edición del lunes 3 de diciembre de 2007, pág. 32.

⁵ Conclusión 78 de las presentadas el 15 de febrero de 2007 por el Abogado General, sr. Ján Mazák, en el asunto objeto de atención por la sentencia que se comenta.

⁶ En el plano legislativo nuestro país ya se ha sumado a esa tendencia incentivando el retraso de la edad de jubilación, mediante la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, donde «quienes prolonguen voluntariamente su vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación se establece la percepción de una cantidad a tanto alzado, cuando el pensionista tenga derecho a la pensión máxima, o de un porcentaje adicional sobre la base reguladora de la pensión, cuando no se alcance dicha cuantía máxima». Dando nueva redacción al apartado 2 del artículo 163 en los siguientes términos: «2. Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1 b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por 100 por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por 100 cuando el interesado hubiera acreditado, al menos, 40 años de cotización al cumplir 65 años. El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 47. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en 14 pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual. El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial ni de la jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 165».

La sentencia objeto de comentario obliga a reflexionar sobre esa esencial contradicción, entre jubilación forzosa con las políticas demográficas comunitarias y de los Estados miembros, que también conlleva a un aumento insoportable de costes económicos y presupuestarios mediante un incremento artificial del envejecimiento natural de la población debido al establecimiento en los convenios colectivos de edades, cada vez más tempranas, de jubilación forzosa, violentando el interés de aquel (trabajador) al que se «impone» la «jubilación», como pone de manifiesto que, de lo contrario, no sería «forzosa».

Llama poderosamente la atención la sentencia que es objeto de comentario ⁷, que se haya producido como consecuencia de la interposición, en el litigio principal, de una demanda por despido nulo. Efectivamente la jubilación forzosa por convenio colectivo constituye una institución jurídica que lejos de ser ajena al contrato de trabajo se interfiere en sus modos de extinción, viniendo a constituirse en un modo de finalización de la vida laboral, una auténtica expulsión del ámbito de la población activa.

Como precisa la sentencia objeto de comentario «la extinción automática de la relación laboral entre el empresario y el trabajador, cuando este haya cumplido los 65 años, afecta a la duración de dicha relación entre las partes y, en general, al ejercicio por el trabajador de su actividad profesional, impidiendo su participación futura en la vida activa».

Finalmente, debe tomarse en consideración, como indica la sentencia que se comenta, que una normativa «que prevé la extinción automática 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. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad».

Por todo ello resulta que la sentencia objeto de comentario sugiere el planteamiento de una de las cuestiones fundamentales en las sociedades occidentales y en los momentos que nos ha tocado vivir, que no es otro, sino el de las consecuencias asociadas al alargamiento, respecto de épocas anteriores, de la vida activa de las personas (el mal denominado «envejecimiento de la población», y bien denominado «aumento de la esperanza de vida»), que obliga a una necesaria e imprescindible redefinición de la jubilación, desde la perspectiva de la cobertura de situaciones de necesidad que atienden los sistemas de Seguridad Social, y si existe un derecho pensionable, con cargo al Erario Público, al ocio y al descanso, en el momento en que una persona voluntariamente lo decide.

⁷ Como aconteció en la STC 280/2006, antes referida.

II. LA JUBILACIÓN FORZOSA POR CONVENIO COLECTIVO NO ES MÁS QUE UNA SINGULAR MODALIDAD DE DESPIDO ⁸

Se acepta generalmente y con raíz en la proscripción de las vinculaciones a la prestación personal o arrendamientos de servicios de por vida ⁹, que el contrato de trabajo puede ser extinguido unilateralmente por el trabajador, mediante su «dimisión», habitualmente sin consecuencias indemnizatorias a favor del empresario, considerándose la «jubilación», en cuanto que voluntaria, como una modalidad de la misma. Esto es, la jubilación ordinaria, en cuanto que voluntaria, se constituye en «un supuesto que pacíficamente podría incardinarse en la categoría de la extinción por voluntad unilateral del trabajador, concretamente en la figura de la dimisión» ¹⁰, en cuanto que se trata «del cese en el trabajo por razón de edad decidido unilateralmente por el sujeto interesado (pues) aquí el protagonista absoluto de

⁸ En contra de la afirmación de que la jubilación forzosa por convenio colectivo constituya una modalidad singular de despido se manifiesta el Abogado General, en la sentencia objeto de comentario, según aquel ilustre miembro (Sr. Ján Mazák, en las conclusiones 53 a 67 de las presentadas el 15 de febrero de 2007) del Alto Tribunal comunitario. Parte para ello aquel Abogado General de que, si bien el demandante en el juicio principal se refiere en este contexto a su «despido», acordado en virtud de las previsiones sobre jubilación forzosa que, sobre la base de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, contiene el convenio colectivo. Sin embargo, el Gobierno español ha discutido la adecuación de esta terminología en la vista, señalando que en realidad el (trabajador) no fue despedido, sino que únicamente se le obligó a jubilarse en aplicación de las normas nacionales que fijan la edad de jubilación forzosa en los 65 años. El mismo Gobierno precisa que la carta que se envió al Sr. Palacios no habla de «despido». Es cierto, precisa el ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, que «la disposición transitoria única no regula por sí misma el régimen de Seguridad Social que prevé los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, sino que se refiere más bien a ese régimen como condición para el establecimiento de una edad de jubilación forzosa. Sin embargo, (...) la disposición transitoria única —en relación con el convenio colectivo que la tome por base— no deja de establecer una edad de jubilación forzosa (que) supone la extinción de la relación laboral y el inicio de la percepción de la pensión». Por ello, concluye, «considerar esta situación como un "despido" resulta (...) más bien forzado». Bien que precise lo siguiente: «aunque debe admitirse que el Tribunal de Justicia ha efectuado una interpretación en este sentido en la jurisprudencia sentada sobre el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en el que se recoge ese término». En los asuntos (262/84, Beets-Proper, y 152/84, Marzhall, resueltos por Sentencias de 26 de febrero de 1986) el Tribunal de Justicia distinguió entre el acceso a un régimen de jubilación legal o profesional —es decir, los requisitos para el pago de una pensión de vejez o de jubilación— y la fijación de un límite de edad en lo que se refiere a la extinción de la relación laboral. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que este último punto se remite a las condiciones de despido y de que, por consiguiente, su ámbito es el de la Directiva 76/207. Sin embargo, esta interpretación se basa en la premisa de que la palabra «despido», tal como se utiliza en la Directiva mencionada, debe ser objeto de una interpretación amplia. (...) la Directiva 2000/78 requiere, por el contrario, que su ámbito de aplicación se interprete restrictivamente, en particular por lo que respecta a la prohibición de discriminación por razón de edad (...) los trabajos preparatorios para la adopción del artículo 13 de la CE, base jurídica de la Directiva 2000/78, y los términos de este abogan por una interpretación más bien restringida de dicha Directiva y que el legislador comunitario tuvo que ser consciente de las repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas que podía provocar, en particular, la prohibición de discriminación por razón de edad. De hecho, es por lo general recomendable observar una gran cautela a la hora de interpretar y aplicar las prohibiciones de discriminación que establece el Derecho comunitario, puesto que, debido a la relativa amplitud e indefinición del concepto de no discriminación, es muy probable que tales normas supongan la supresión o el cuestionamiento de requisitos y condiciones establecidos por el Derecho nacional (...), las prohibiciones de discriminación «pueden utilizarse (...) para corregir, sin intervención de los autores del Tratado ni del legislador comunitario, las consideraciones hechas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que, todavía, tienen atribuidas».

⁹ Artículo 1.593 del Código Civil.

¹⁰ 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.

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»¹¹.

Por el contrario, diametralmente opuesta a la extinción voluntaria del contrato de trabajo y de la relación laboral se muestra la jubilación forzosa, pues 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»¹².

Las observaciones anteriores encuentran una cumplida justificación en el fundamento y finalidad de la pensión de jubilación. Para ello es preciso llevar a cabo una limitada pero necesaria referencia histórica, pues las normas jurídicas como es sabido gozan de un componente tal de irracionalidad, que fundamentalmente (cuando no únicamente), se explican por el devenir histórico. En esa perspectiva conviene destacar que los primeros sistemas de protección mutualistas que surgen en los gremios medievales¹³, se limitan a la prestación de recursos a aquellos agremiados que, entre otras causas, debido a su edad avanzada (vejez) no podían trabajar con el mínimo rendimiento exigible para poder atender a su propia subsistencia.

¹¹ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.332.

¹² MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, págs. 1.338-1.339.

¹³ Por ello es preciso efectuar una breve referencia histórica a la prestación del trabajo y a la existencia o ausencia de algún medio o sistema de protección frente a los riesgos asociados a su prestación. Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el Medioevo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, *vid.*, ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1994 (5.ª ed.), págs. 131-264. 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 mecanismos, 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. 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 pestes que asolaron Europa, diezmando las poblaciones, provocan la desaparición de la autonomía municipal y la consiguiente 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 genéricas –para todo ciudadano–, ni específicas –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" (...). 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 VILCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 2001, pág. 28).

Al margen de la protección mutualista proporcionada por el gremio medieval, los primeros sistemas de protección social surgen precisamente 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. Solo muy posteriormente surgen los sistemas de protección social vinculados a la prestación del trabajo (inicialmente solo al asalariado por cuenta ajena) 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.

Tras el mercantilismo, las tesis de la escuela clásica de la economía unidas a una fructífera creatividad científica y tecnológica, acaban desembocando en ese fenómeno trascendente conocido como la Revolución Industrial¹⁴ que produjo consecuencias de todo orden. Desde entonces la creación y destrucción de empleo son consecuencias unidas pero antagónicas (asociadas a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana), surgiendo un proletariado industrial y urbano, que se vincula directamente a la aparición del *factory system*, y cuyas visibles y duras condiciones de existencia¹⁵ van a producir el advenimiento de nuevas ideologías así como de grandes movimientos sociales, que van a influir de manera determinante en el devenir de la humanidad, así como a procurar una auténtica «revolución en la protección social».

Si inicialmente la vigencia del *laissez faire, laissez passer*, como norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social limitadora de la libertad de contratación, es observado rígidamente en las primeras etapas de la Revolución Industrial, movimientos sociales e ideologías emergentes determinan una progresiva desaparición de la actitud inhibicionista de los Estados, que comienzan a desarrollar una actividad legiferante reguladora de las relaciones industriales y prestacional¹⁶.

¹⁴ Sobre la «Revolución Industrial» y sus consecuencias sociales, *vid.*, ALONSO OLEA, M., «Introducción al Derecho del Trabajo», págs. 267-328; 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 aparecen 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 el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*), y F. ENGELS (*Manifiesto Comunista*), son los economistas más célebres 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.

¹⁵ Grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y 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 insoportables condiciones de trabajo y existencia en un medio 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 (inicialmente filantrópicas, como el complejo fabril y residencial de New Lanark).

¹⁶ «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» (RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., GORELLI

En España es a partir de 1878 cuando se desarrolla una importante legislación social¹⁷, 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. Pero es en Alemania mediante la legislación social de Bismarck, que se elabora a partir de 1880, donde aparecen los primeros sistemas de seguros sociales, así sucede en 1889 el seguro de vejez e invalidez. 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.

Efectivamente, el primero de los seguros sociales que aparece en nuestro país es el «retiro obrero», establecido por Real Decreto de 22 de marzo de 1919¹⁸ (con desarrollos posteriores de seguros de invalidez, desempleo, enfermedad y protección a la maternidad), que 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, siendo de destacarse, en lo atinente a la jubilación, la instauración, mediante la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento de 25 de mayo de 1942 del «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad. Posteriormente, la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963¹⁹ supuso un cambio sustancial en el panorama de la protección social española, iniciándose la andadura del sistema de Seguridad Social a partir del Texto Articulado 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 ser muy conocidos no es preciso indicarlos²⁰.

HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.*, pág. 28). La detracción 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 RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., EN RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.*, pág. 32.), del que fueron ejemplo las sociedades de socorros mutuos creadas por Real Orden de 28 de febrero de 1839, iniciaron posteriormente su andadura. No obstante aquellas técnicas incipientes de 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.

- ¹⁷ 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.
- ¹⁸ 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.
- ¹⁹ Sitúa en esta norma el inicio de la Seguridad Social en España, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Derecho de la Seguridad Social* (Director, 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 VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit.*, pág. 27, que «la Seguridad Social como institución no parece, tal como la concebimos hoy día, en el principio de los tiempos; aunque ya entonces existían 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 dispensaba antes de su aparición».
- ²⁰ Sobre la evolución de la Seguridad Social en España, AA.VV., *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2001.

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»²¹.

La jubilación obligatoria o forzosa debe entenderse en el propio contexto en el que nace, vinculada históricamente al desarrollo de la función pública y consecuentemente marcada por intereses políticos partidistas, por lo que las consideraciones referentes a la misma no pueden extrapolarse²². Además, ha de tomarse en consideración que, dada la época en que se instaura, la jubilación forzosa constituyó «inicialmente como una conquista del funcionario, a la que iba unido un derecho a una pensión de clases pasivas»²³.

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 quinta del Estatuto de los Trabajadores (ET) (1980) «introdujo la jubilación forzosa por edad en el empleo privado, a imagen y semejanza de la jubilación en el empleo público de los funcionarios»²⁴ (sin tener en cuenta los condicionamientos jurídico-políticos de la función pública ni su contingencia histórica), alzándose entonces y mediante aquella disposición legal, otras concepciones de la jubilación²⁵, que bajo el pretexto de pretendidos argumentos econó-

²¹ 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.

²² Se indica en el Voto particular a la STC 22/1981, formulado por el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, con referencia al ET de 1980, que «el sentido de la disposición adicional quinta 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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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».

micos de interés general, escondían concretos intereses patronales y toda una ideología²⁶. 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. El trabajador 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 principio, en la legislación laboral anterior a 1980, la edad –mejor dicho, cierta edad– no era causa de extinción del contrato de trabajo»²⁷.

Esta «regla de la jubilación forzosa» resultaba y resulta coherente únicamente con una ideología que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, para atender a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado. Esa nueva ideología, que no puede tacharse de liberal, sino de una patología esencial del principio de libertad, nuclear a semejante ideología, o de otra ideología contraria a cualquier manifestación, más o menos cercana al liberalismo, o radicalmente contraria al mismo, 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 incluso de aquellos derechos y libertades que, trabajosamente logradas frente al «antiguo régimen» y posteriormente establecidas en los textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos humanos, políticos y sociales fundamentales²⁸, 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).

Una de las manifestaciones más cumplidas de semejante ideología liberticida vino representada por la disposición adicional quinta 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»²⁹. Aquella previsión legal fue objeto de una cuestión

²⁶ Como precisa MARTÍN REBOLLO, L., *op. cit.*, pág. 256, «a pesar del origen de su nombre, la jubilación no siempre es equivalente a júbilo».

²⁷ BORRAJO DACRUZ, E., *op. cit.*, pág. 149.

²⁸ Al respecto 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. (...) 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 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».

²⁹ «Sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», se añadía.

de inconstitucionalidad, planteada, de oficio, por el Magistrado de Trabajo número 9 de Madrid y resuelta por la STC (Pleno) 22/1981, de 2 de julio de 1981, la cual declaró «inconstitucional la disposición adicional quinta 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 fundamento procesal dado los términos en que la cuestión de constitucionalidad le fue planteada³⁰). Más adelante el mismo Tribunal Constitucional se pronunció sobre la jubilación forzosa convencional habilitada en la indicada disposición adicional quinta, en su Sentencia 58/1985 (Pleno), de 30 de abril de 1985, concluyendo que no era inconstitucional. Posteriormente en el Texto Refundido del ET de 1995 incorpora una disposición adicional décima³¹ (derogada por el RDL 5/2001, después Ley 12/2001). Finalmente, la Ley 14/2005 la regula mediante la incorporación al ET de una nueva disposición adicional décima y una disposición transitoria única. Baste aquí con esta referencia.

En la jubilación forzosa convencional del trabajador existe un libérrimo y facultativo desistimiento empresarial, constitutivo de un despido libre o no causal, en cuanto que el empresario no tiene que aducir una «justa causa» para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo³². 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»³³, 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»³⁴. De lo que se deduce que «los intereses a proteger son, especialmente, los del empresario. El hecho de que la cláusula de jubilación forzosa prevista en convenio derive en una facultad empresarial para extinguir el contrato, cuyo ejercicio resulta imprescriptible, evidencia que los intereses a proteger son, fundamentalmente, los del empresario»³⁵.

En este punto la jubilación forzosa por convenio colectivo se muestra como un mecanismo excepcionalmente útil a los intereses empresariales, pues en el momento actual resulta que uno de los modos de crecimiento empresarial más eficaces son las fusiones y adquisiciones de empresas, al extremo que «la fusión y adquisición alcanza niveles sin precedentes a medida que las industrias se consolidan sobre una base global (...). La reestructuración de las compañías tiene lugar de una forma mucho más rápida de lo que cabría imaginar. Comienzan a emerger mono-

³⁰ 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 quinta 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».

³¹ RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, pág. 1.077.

³² Como sucede por ejemplo en la relación laboral especial de personal de alta dirección.

³³ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.339.

³⁴ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.343.

³⁵ MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.*, pág. 1.345.

polios y oligopolios globales (...). La atención preferente a la rentabilidad ha conducido a reducciones en el número de empleados y a aumentos de productividad por empleado, al tiempo que los rápidos avances tecnológicos han contribuido a elevar la productividad»³⁶.

Las deslocalizaciones de las empresas que cambian su emplazamiento a países donde la mano de obra es menos exigente en todos los órdenes (salarios a nivel de mera subsistencia, falta de derechos sociales y con nula protección social), también constituye otro modelo de desarrollo empresarial actual y generalizado en los países del llamado «primer mundo». Basta para comprobar estas afirmaciones con estar medianamente atento a las noticias de la actualidad económica. A tal fin las jubilaciones forzosas convencionales constituyen un aliado corporativo o empresarial inestimable, en términos de costes, pero también con daño igualmente inestimable e inenarrable, individual, para los trabajadores que las sufren³⁷.

En esta línea se destaca que «las conexiones entre jubilación y política de empleo se han puesto también al servicio, desde tiempo atrás, de la reconversión de sectores productivos y de la reestructuración de empresas, determinando la salida de la vida laboral de contingentes de trabajadores afectados por las mencionadas actuaciones, que pasaban, en unos casos, a engrosar la cohorte de trabajadores maduros y, en otros, a un acceso prematuro a la condición de pensionistas de la Seguridad

³⁶ SOROS, G., *La crisis del capitalismo global*, Editorial Debate, Barcelona 1999, pág. 161.

³⁷ En una perspectiva macroeconómica puede afirmarse que aun reconociendo los efectos positivos que la globalización tiene sobre el crecimiento, el empleo y la prosperidad, la globalización también conlleva desventajas para los trabajadores, en general y especialmente cuando estos son poco cualificados, al extremo de haberse considerado «oportuno, por consiguiente, crear un Fondo Europeo de Adaptación a la globalización (...) accesible a todos los Estados miembros y que permita a la Comunidad (Europea) canalizar su solidaridad hacia los trabajadores despedidos como consecuencia de los cambios en los patrones del comercio mundial», constituyéndose efectivamente mediante el Reglamento (CE) n.º 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006. Barajándose para la procedencia de la concesión de «contribuciones financieras» por el mismo (que no consistirán «en ningún caso medidas pasivas de protección social») cifras impresionantes de pérdida de empleo por despidos para una sola empresa (o grupo de empresas, en cuanto empresario polisocietario) o para un sector cuando se trate de PYMES, al extremo de poderse calificar no ya de despidos colectivos, sino masivos, con las lamentables secuelas, morales económicas y sociales, que siempre producen y sobre las que no es preciso insistir. En otra perspectiva, esta ya microeconómica, parece incontestable la afirmación del protagonismo y predominio de las direcciones corporativas, cuya mayor o menor competencia, así como de las burocracias que conforman, es irrelevante en la búsqueda de mayor eficiencia y mejores resultados, para lo cual sin embargo «las reducciones de plantilla son una operación de rutina. La tendencia burocrática, común a todas las grandes organizaciones, produce inevitablemente algún personal superfluo que refleja un cambio en las necesidades y constituye un problema a corregir» GALBRAITH, J. K., *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*. Editorial Crítica, Barcelona 2004, pág. 45. Afirmándose que una manifestación ampliamente aceptada del denominado «fraude inocente» se produce «cuando una aventura poco afortunada choca con las fuerzas hostiles de la realidad. Las causas de unos malos resultados corporativos son conocidas y son, invariablemente, las mismas: las fuerzas impersonales del mercado, la ausencia de controles públicos, el simple robo. El remedio universal, las reducciones enérgicas de plantilla, el despido de aquellos que menor responsabilidad tienen en los resultados». Cuanto mayor sea el número de trabajadores de los que se desprendan, mejores serán las perspectivas financieras de la empresa (GALBRAITH, *op. cit.* págs. 69-70, que añade «en lugar de ello lo que el sano reajuste hace es enviar a los ex trabajadores a disfrutar en sus hogares de la vida familiar y el tiempo libre, a completar su formación y mejorar sus aptitudes profesionales»). «Se trata de una acción cruel pero decidida. Sin embargo, todo parece indicar que nadie es despedido o echado». Las jubilaciones forzosas por convenio colectivo contribuyen a ese «fraude inocente», condenando a la miseria y a la desesperanza a múltiples trabajadores, bien que sirvan en ocasiones para moderar, anestesiar, o hacer, sino indolora, menos dolorosa la transición del trabajador (activo) a la condición de ex trabajador (pasivo).

Social»³⁸, haciéndose, a la postre, «un uso desviado e impropio de la jubilación para resolver los problemas económicos de las empresas o de una política de empleo solo orientada a la redistribución del trabajo, cargando sobre el régimen de protección social en la jubilación la consecución de objetivos y finalidades que no son propios de la estricta cobertura de la contingencia»³⁹.

III. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA CONVENCIONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Consideraciones generales.

La regulación de la jubilación forzosa convencional en nuestro ordenamiento jurídico ha sido accidentada, estando orientada por una determinada posición de la jurisprudencia constitucional, pudiéndose distinguir las siguientes etapas:

- a) Una primera etapa en que el legislador consideró que podía limitar incondicionalmente la edad de trabajar estableciendo una edad tope o límite para permanecer en el «mercado de trabajo», por lo que, 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) La 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 quinta del ET (1980), 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», el ET (Texto Refundido de 1995) incorpora una disposición adicional décima «cuyo contenido recogía, de forma un tanto difusa, los restos maltrechos de la disposición adicional quinta de la Ley del ET (1980) y las correcciones interpretativas de la jurisprudencia constitucional⁴⁰».
- c) Una tercera etapa que se inicia con la derogación de la disposición adicional décima del ET, por el Real Decreto-Ley 5/2001, después Ley 12/2001.
- d) La cuarta etapa que comienza 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 décima, dotada de una cuestionable retroactividad, que además añade una disposición transitoria única, para las cláusulas contenidas en convenios colectivos concluidos con anterioridad a su entrada en vigor, así como la indisponibilidad sobre las situaciones ya consolidadas.

³⁸ RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, pág. 1.096.

³⁹ RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, pág. 1.097.

⁴⁰ RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, pág. 1.077.

Sin necesidad de efectuar una referencia pormenorizada y particularizada a cada una de aquellas etapas, bastando una remisión a las SSTC 22/1981 y 58/1985, merece una cierta atención, una sucinta referencia, a la Ley 14/2005, de 1 de julio, porque fue la que dio lugar a la sentencia objeto de comentario.

Para ello, como indica la jurisprudencia constitucional ⁴¹, «ha de partirse de que el convenio colectivo como norma jurídica que se inscribe en el sistema de fuentes», lo que determina es que se someta «a las normas de mayor rango jerárquico» y que deba respetar «el cuadro de derechos fundamentales acogido en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio colectivo sea *per se* contraria al artículo 14 de la CE».

Afirma aquella jurisprudencia constitucional ⁴² que en materia de jubilaciones forzosas convencionales «la cuestión reside en definir las precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado», y que son, con arreglo a nuestra doctrina, las siguientes:

1. El cese forzoso por esa causa (edad) «solo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación. Es decir, no basta con que la jubilación forzosa sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De manera que el límite máximo de edad 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» ⁴³.
2. La «fijación de una edad máxima para la permanencia en el trabajo» será constitucional siempre que con ella se garantice «una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo».

Como precisa alguna jurisprudencia menor ⁴⁴ la Ley 14/2005, de 1 de julio, incorpora en sus propios términos la «Declaración para el diálogo social, 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 ⁴⁵.

⁴¹ STC 280/2006.

⁴² Efectuando cita expresa a las SSTC 22/1981 y 58/1985.

⁴³ Como ya se indicaba en la STC 22/1981, la limitación para trabajar que se impone mediante la jubilación forzosa por edad determina «un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta, al asegurar que el límite máximo de edad solo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación. Desde el punto de vista de la jubilación forzosa es patente el especial relieve que a tal efecto cobra la mejora de los sistemas de Seguridad Social».

⁴⁴ Ejemplificada en la STSJ, de Castilla y León, de 5 de junio de 2006.

⁴⁵ Artículo único, «Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación».

El tenor de dicha disposición, conviene recordarlo, es el siguiente: «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: a) que se vincule 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; b) que 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».

Además la ley contiene una única disposición transitoria, de capital importancia para el presente comentario, y que se refiere al «régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de esta ley», determinando que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de aquella ley y en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación «se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva», bien entendido que semejante disposición no afectaba «a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza» antes de su entrada en vigor.

Según la precitada jurisprudencia menor, «parece que la norma ha querido "legalizar" los Convenios Colectivos suscritos entre el 3 de marzo de 2001 fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001 y el 3 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2005, es decir, la norma considera válidas, si cumplen determinados requisitos, las cláusulas de los convenios colectivos que establecen edades obligatorias de jubilación y que eran nulas, al no existir normas habilitantes».

Esto es, ha de repararse en que el tratamiento dado por el legislador a la fijación de una edad de jubilación forzosa en convenio colectivo, no es la misma si el convenio se ha suscrito con anterioridad a la vigencia de la Ley 14/2005, que si se ha suscrito con posterioridad. De tal manera que «mientras en la nueva disposición adicional décima que se incluye en el ET, es decir para convenios posteriores a la Ley 14/2005, se exige que la cláusula de extinción del contrato por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación se vincule expresamente 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 de empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo, en la disposición transitoria única, es decir la que "convalida" los convenios colectivos anteriores a la citada Ley 14/2005, no se exigen tales requisitos».

Existe, por lo tanto, concluye la misma jurisprudencia menor, «una diferencia de trato entre los dos supuestos, una diferencia de trato respecto a los convenios suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley 14/2005 y los suscritos con posterioridad a la misma, conteniendo mayor exigen-

cia (en cuanto se requiere que las cláusulas de extinción del contrato por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación se vinculen a políticas de empleo) la recién introducida disposición adicional, que regula los futuros convenios colectivos, que la transitoria, que "convalida" los anteriores convenios». Tal diferencia de trato, precisa:

«Si no se sustenta en una justificación objetiva y razonable, podría ser contraria al artículo 14 (Constitución Española).»

Circunstancia que precisamente fue objeto de cuestionamiento en la sentencia que se comenta, pues en el caso que fue objeto de su atención la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por jubilación forzosa (despido) se llevó a cabo por el empresario en aplicación del artículo 19 del convenio colectivo textil para la Comunidad de Madrid, suscrito el 10 de marzo de 2005 y publicado el 26 de mayo del mismo año y cuya vigencia se extendía hasta el 31 de diciembre de 2005. El tenor del mencionado precepto era el siguiente, «con el objeto de fomentar el empleo, se pacta que la edad de jubilación será a los sesenta y cinco años, salvo que el trabajador afectado no hubiese cubierto el período de carencia exigido para lucrar la pensión de jubilación, pudiendo continuar, en tal caso, en la prestación de sus servicios hasta completar tal período».

2. Sobre los requisitos de promoción del empleo y cumplimiento de una determinada edad.

La referida disposición adicional décima, condiciona la validez de las cláusulas de jubilación forzosa a la concurrencia de dos requisitos:

- a) «El primero, referido a la empresa y a la determinación de objetivos de empleo en el convenio colectivo»⁴⁶.
- b) «El segundo alusivo al trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo, requiere del cumplimiento por este de los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva»⁴⁷.

El enjuiciamiento de aquellos requisitos legales dista de ser favorable, pues si bien por una parte aquel segundo requisito «hace referencia a la edad general de los sesenta y cinco años, o edad distinta que pudiese estar fijada para actividades profesionales o colectivos concretos de trabajadores, (suprimiéndose) así la posibilidad de que en los convenios colectivos puedan "pactarse libremente edades de jubilación", aunque exista el resto de los requisitos que darían derecho a la percepción de la prestación correspondiente»⁴⁸. Por otra parte, la exigencia de «constancia expresa en el convenio

⁴⁶ GÓMEZ CABALLERO, P., «Las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», *AS* núm. 15, enero 2006, pág. 54.

⁴⁷ Véase nota 46.

⁴⁸ ALBIOL MONTESINOS, I., *op. cit.*, págs. 1.364-1.365.

colectivo de la vinculación de la jubilación forzosa con objetivos coherentes de política de empleo, puede quedar en nada, tanto por la generalidad de los objetivos que se admiten, como por la dificultad de control jurisdiccional sobre su existencia y la adecuación y razonabilidad de la extinción contractual»⁴⁹.

Aquellas cláusulas convencionales de «jubilación forzosa» pueden pactarse en un convenio colectivo sectorial o de empresa. Que se establezcan en el ámbito de la empresa, como sucedió en el caso objeto de atención, parece más que razonable, pues «este último puede resultar más adecuado desde el punto de vista de la eficacia de la cláusula. La intermediación que caracteriza la negociación de un convenio puede aportar realismo a la negociación de la cláusula, ajustándola a la situación y a las necesidades de la empresa y de los trabajadores. Si el convenio es de ámbito sectorial podrá darse la circunstancia de que las cláusulas pactadas no se ajusten a las necesidades del empleo en la empresa o al control en la aplicación de las mismas»⁵⁰. También pueden convenirse en convenio colectivo estatuario o extraestatuario, siendo la vía procedente la primera no pareciendo, además, que pudieran pactarse tales cláusulas en convenio o pactos extraestatutarios⁵¹.

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y JUBILACIÓN FORZOSA. NORMATIVA INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA REFERENTE A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN, PERTINENTE

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, así lo establece el artículo 10.1 de la Constitución.

La clave de bóveda de todo nuestro sistema jurídico, y principio fundamental de las democracias occidentales, es el principio de igualdad, que se acompaña con la proscripción de toda forma de discriminación, que consagra el artículo 14 de la Constitución Española en los siguientes términos:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La adjetivación de aquel principio como de igualdad «ante la ley», no puede considerarse una limitación a su alcance hoy en día, sino una simple reminiscencia histórica, puesto que no lo restrin-

⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., *op. cit.*, págs. 1.368-1.369.

⁵⁰ GÓMEZ CABALLERO, P., *op. cit.*, pág. 48.

⁵¹ Indica GÓMEZ CABALLERO, P., *op. cit.*, pág. 48, «no es coherente, jurídicamente hablando, que el Estatuto de los Trabajadores, que se ocupa de regular el convenio colectivo estatuario, contenga prescripciones aplicables a los convenios colectivos extraestatutarios. Por tanto, la disposición adicional décima se refiere a los convenios colectivos tramitados y negociados conforme a lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores».

ge, sino que partiendo de ese limitado campo de aplicación se ha extendido a todos los ámbitos del obrar de las personas, dado su eminente carácter lógico y consecuente connatural al ser humano (persona). Muy al contrario, lo que significa aquella adjetivación hoy en día es que «en la ley», la igualdad de las personas es absoluta, no admitiendo ningún tipo de modulación.

El derecho pues de toda persona a la igualdad, que se muestra con carácter absoluto cuando el punto de referencia es la ley, y a estar protegida contra cualquier imaginable causa de discriminación, constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. Asimismo el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación. Normativa internacional que debe traerse a colación por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución Española, a cuyo tenor «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En la legislación ordinaria, los artículos 4 y 17 del ET (según redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que tuvo por objeto adaptar el Derecho español a la Directiva 2000/78 y entró en vigor el 1 de enero de 2004) establecen, entre otras, la prohibición de discriminación por razones de edad. Con arreglo al artículo 4, apartado 2, del ET, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho «a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) edad». Según el artículo 17, apartado 1, del ET, «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad».

V. PERTINENCIA Y APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA COMUNITARIA PROHIBITIVA DE DISCRIMINACIONES EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN A LA JUBILACIÓN FORZOSA CONVENCIONAL

1. El supuesto de hecho.

Según se recoge en la sentencia objeto de comentario, los hechos correspondientes al litigio principal fueron los siguientes:

- a) El señor P, nacido el 3 de febrero de 1940, prestó servicios para la empresa «C» desde el 17 de agosto de 1981, ostentando la categoría de director de organización.

- b) Por carta de 18 de julio de 2005 la empresa «C» le comunicó la extinción automática de su relación laboral, por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa prevista en el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo aplicable, y puesto que el 2 de julio de 2005 se había publicado la Ley 14/2005, que, en su disposición transitoria única, así lo autorizaba.
- c) En la fecha en que la empresa «C» comunicó al trabajador P la extinción de su contrato de trabajo, el señor P había cubierto el período de carencia exigido para percibir, con cargo al sistema de Seguridad Social, una pensión de jubilación del 100 por 100 de su base de cotización de 2.347,78 euros, sin perjuicio de los topes máximos previstos.
- d) El 9 de agosto de 2005, el señor P, por estimar que dicha notificación equivalía a un despido, presentó demanda por despido, solicitando que se declarase nula la medida de que ha sido objeto por vulneración de sus derechos fundamentales y, más concretamente, de su derecho a la no discriminación por razón de la edad, dado que dicha medida se adopta únicamente por haber alcanzado el trabajador los 65 años.
- e) El conocimiento de aquella demanda correspondió al Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, que tramitó el correspondiente procedimiento, con suspensión del plazo para dictar sentencia, planteando al TJCE las cuestiones prejudiciales, que dieron lugar a la sentencia objeto de comentario.

2. Las cuestiones prejudiciales planteadas.

A la vista de las circunstancias referidas en los apartados anteriores, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. «¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, se opone a una ley nacional (en concreto el primer párrafo de la disp. trans. única de la Ley 14/2005) que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos, que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y con las condiciones establecidas en la normativa del Estado Español en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva?»
2. «Caso de responderse positivamente a la pregunta anterior. ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, me obligan en tanto que juez nacional a no aplicar al caso la citada disposición transitoria única?»

3. Regulación comunitaria referente al principio de igualdad y prohibición de discriminación por edad, en el ámbito del empleo y de la ocupación.

La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores, habiendo sido desarrollada por una ingente cantidad de disposiciones comunitarias⁵².

Ciertamente el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal, y la discriminación por motivos de edad u orientación pone en peligro la consecución de los objetivos de los Tratados fundacionales comunitarios.

Por ello la Unión Europea aprobó 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, que prohíbe en toda la Unión Europea cualquier discriminación directa o indirecta por diferentes motivos, expresamente la edad. Pudiendo los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables para la consecución del principio de igualdad de trato. La pertinencia y aplicabilidad de la Directiva 2000/78 no excluye que también deba traerse a colación la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1976, así como la jurisprudencia comunitaria recaída en relación con la interpretación de su artículo 5⁵³.

No obstante la norma fundamental aplicable es la Directiva 2000/78, a la que debe atenderse principalmente, y según la cual «la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad», que requerirán por lo tanto disposiciones específicas, resultando pues esencial, al decir de aquella norma comunitaria, 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.

Conforme al artículo 2 de la Directiva 2000/78, titulado «concepto de discriminación», se entiende por principio de igualdad de trato la «ausencia de toda discriminación directa o indirecta» basada en cualquiera de los motivos mencionados en la propia norma. Aplicándose su contenido «a todas las personas», tanto en el sector público como en el privado, en relación con «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».

⁵² Así las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación tanto respecto de grupos como de personas, subrayando la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa.

⁵³ Derogada, con efectos de 15 de agosto de 2009, por la Directiva 2006/54/CE, sin perjuicio de que múltiples de sus preceptos hayan sido, bien añadidos bien suprimidos por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre.

La «justificación de diferencias de trato por motivos de edad», se reconoce en el artículo 6 de la norma comunitaria que se acaba de citar, en los siguientes términos, «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»⁵⁴.

El artículo 16 de dicha Directiva exige a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, las cuales deben declararse nulas e inválidas, y que igualmente se supriman o modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales.

La aplicabilidad de la Directiva 2000/78, a la normativa española sobre jubilación forzosa convencional parece incuestionable⁵⁵, porque «una disposición que establezca una edad de jubilación forzosa implica una discriminación directa por razón de edad en el sentido del artículo 2 de dicha Directiva», pues «es obvio que, aplicando correctamente el concepto de discriminación, la supuesta discriminación consiste en el hecho de que quienes alcanzan la edad de jubilación forzosa no pueden, a diferencia de otras personas de menor edad, seguir trabajando»⁵⁶.

⁵⁴ Permitiéndose a los Estados miembros disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de Seguridad Social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales.

⁵⁵ Siguiendo las conclusiones 68 a 78 de las presentadas el 15 de febrero de 2007 por el Abogado General Sr. Ján Mazák, que precisa lo siguiente: «Del auto de remisión –y de las observaciones presentadas por el Gobierno español– se infiere que la disposición transitoria única, que permite la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se adoptó, a instancias de los agentes sociales, como mecanismo para favorecer el empleo intergeneracional (...), no cabe duda de que esta disposición, en relación con el artículo 19, apartado 3, del convenio colectivo, cumple un objetivo legítimo de interés público en el ámbito de la política de empleo y del mercado de trabajo que puede justificar que se dispensen tratos diferentes por razón de la edad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. En este contexto (debe admitirse) que no concuerda con la presunción de la que parece partir el órgano jurisdiccional remitente, es decir, no considero necesario que la disposición nacional de que se trate se refiera expresamente a un motivo político legítimo a efectos del artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva para quedar legitimada a la luz de este último artículo. Por otro lado, dado que las directivas solo vinculan en cuanto al resultado que debe alcanzarse, lo suficiente y determinante es que la normativa nacional esté justificada, tanto de hecho como por su resultado, por un objetivo legítimo de este tipo. En lo que atañe al requisito previsto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, de que los medios empleados para lograr el objetivo legítimo de que se trate sean "adecuados y necesarios", debe subrayarse que (sentencia Mangold) los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral. Además, como regla de principio, no es tarea del Tribunal de Justicia anteponer su propia apreciación sobre estos asuntos complejos a la que haya podido efectuar el legislador nacional u otras fuerzas políticas o sociales que participen en la definición de la política social o laboral de un determinado Estado miembro (...). A lo sumo, tan solo una medida nacional manifiestamente desproporcionada debería censurarse en esta instancia (...). En cambio, en el presente asunto nada parece indicar que al prever la jubilación forzosa en cuanto tal o, más concretamente, al fijar la edad de jubilación en los 65 años se haya excedido de lo apropiado y necesario para alcanzar los objetivos propuestos (...). Pero, de nuevo, es tarea de los Estados miembros definir sus políticas en este contexto».

⁵⁶ Precisa aquel Abogado General en su conclusión 69, *in fine*, «sin embargo, ha de señalarse que quizás el trato más desventajoso por razones de edad tienda a identificarse con el establecimiento de una edad mínima de jubilación –probablemente reconocida en la mayoría de los sistemas de pensiones de los Estados miembros–, puesto que, por lo general, la jubilación se concibe más como derecho social que como obligación».

VI. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD DEBE SER CONSIDERADO UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO COMUNITARIO Y, POR ENDE, DEL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Según reiterada jurisprudencia comunitaria ⁵⁷:

- a) «Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».
- b) «Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria».

Por consiguiente, los Estados miembros «están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias» ⁵⁸. De manera que «cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia» ⁵⁹. Entre aquellos derechos fundamentales:

«Figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación. Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente» ⁶⁰. Esto es, «el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario» ⁶¹.

Por ello el principio general de igualdad debe usarse, en lugar de la propia Directiva, como parámetro de interpretación para apreciar la compatibilidad de la norma nacional en cuestión, evitándose así la cuestión del «efecto horizontal directo» de la Directiva, correspondiendo a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por

⁵⁷ SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/92, Bostock, C-2/92, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson y otros.

⁵⁸ Véase nota 57.

⁵⁹ SSTJCE de 18 de junio de 1991, ERT, asunto C-260/89, ERT, y de 19 de noviembre de 1998, asunto, C-85/97, SFI.

⁶⁰ SSTJCE de 12 de julio de 2001, asunto C-189/01 Jippes, y de 23 de noviembre de 1999, asunto C-149/96, Portugal/Consejo.

⁶¹ STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold. Al extremo que «el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad».

razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias al principio de igualdad ⁶².

Como tiene declarado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005, que la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto:

A tenor de su artículo 1, esta Directiva (2000/78) únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) edad (...), mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario ⁶³.

De tal manera que «el Tribunal de Justicia parece partir de la presunción de que la prohibición específica de la discriminación por razón de edad es inherente o deriva del principio general de igualdad» ⁶⁴.

⁶² STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold; En un discurso que minusvalora y relativiza el principio general de igualdad el Abogado General, sr. Ján Mazák, indica, en las conclusiones 134 a 139, lo siguiente: «No sostengo que los principios generales del Derecho carezcan, por sistema, de los requisitos sustantivos necesarios para producir efecto directo (carácter incondicional y precisión suficiente). Lo que creo es que el concepto de principio general hace referencia más a un tipo particular de norma que a un contenido concreto: describe una fuente del Derecho que puede incluir normas de muy variado contenido y desigual concreción y que van desde máximas interpretativas hasta normas perfectamente trabadas como derechos fundamentales o el núcleo, altamente desarrollado, que forman los principios comunitarios de buena administración y adecuación procedimental. Por consiguiente, la función de los principios generales también varía según el propio principio de que se trate y el contexto real en el que se utiliza. Los principios generales pueden, por ejemplo, servir de criterios interpretativos, a modo de rasero con el que medir directamente la conformidad a Derecho de los actos comunitarios, o incluso fundamentar una vía de recurso concreta de Derecho comunitario. Sin embargo, en un contexto como el que subyace al presente asunto debe observarse que, por regla general, una Directiva, en tanto que acto de Derecho comunitario secundario, debe ser interpretada a la luz de los principios generales que le son subyacentes y valorada conforme a estos mismos principios. Por lo tanto, los principios generales del Derecho —que el Tribunal de Justicia, sobre la base del art. 220 de la CE, considera parte del Derecho comunitario primario— se concretan y llevan a efecto a través de normativa comunitaria específica (...). Sin embargo, podría dar lugar a una situación problemática el invertir prácticamente este concepto reconociendo a un principio general del Derecho comunitario que (...) pueda considerarse expreso en una normativa comunitaria específica un grado de autonomía tal que permita su operatividad en sustitución o con independencia de dicha normativa. Esta postura no solo plantearía serias dudas en relación con la seguridad jurídica, sino que también significaría cuestionar la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y, en general, la atribución de poderes que consagra el Tratado. Debe recordarse a este respecto que el artículo 13 de la CE reserva expresamente al Consejo la facultad de adoptar acciones adecuadas, siguiendo el procedimiento previsto en dicho artículo, para luchar, en particular, contra la discriminación por motivos de edad y que dicha institución ha decidido hacerlo mediante una directiva. (...) las limitaciones que entraña este acto comunitario específico, especialmente por lo que respecta al efecto horizontal directo, no deben soslayarse mediante el recurso a un principio general».

⁶³ STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold.

⁶⁴ Véase nota 64.

El concepto de los principios generales del Derecho ha sido crucial en la evolución del ordenamiento jurídico comunitario⁶⁵, pues «al formular los principios generales del Derecho comunitario –en cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 220 CE de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado–, (la jurisprudencia comunitaria) ha dado cuerpo a este Derecho, que, de otro modo, en tanto que sistema jurídico basado en un tratado marco, no hubiera pasado de mero almacén de normas, sin llegar a "ordenamiento" jurídico propiamente dicho»⁶⁶.

Semejante fuente del Derecho «ha permitido (...) –a veces bajo la inspiración de las tradiciones jurídicas comunes a los Estados miembros y de los tratados internacionales– dar efecto y consistencia a principios jurídicos en áreas de importancia como (es) la protección de los derechos fundamentales (...). Sin embargo, es inherente a la naturaleza de los principios generales del Derecho, que hay que buscar en el mundo platónico de las Ideas antes que en la letra de la ley, el que tanto su existencia como su contenido material estén tocados por la incertidumbre»⁶⁷.

Ciertamente, en los instrumentos internacionales y tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, a los que se refiere al jurisprudencia comunitaria, se consagra el principio de igualdad de trato, pero no explícitamente el más específico de no discriminación por razón de edad⁶⁸. No obstante no por ello puede excluirse, sin más, una implícita inclusión en el mismo, como sucede en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Probablemente la cuestión esté en que el denominado «principio de igualdad», no es propiamente un principio, sino un macro-principio resultado de la confluencia e interferencia de los cuatro primeros teoremas de la lógica de proposiciones [ley de identidad, ley de la doble negación, ley del tercio excluido y ley de (no) contradicción], por ello puede operar como base racional y lógica única y suficiente de todo el sistema de Derecho occidental⁶⁹.

⁶⁵ Precisa aquel Abogado General, sr. Ján Mazák, en su conclusión 84.

⁶⁶ Conclusión 84 del Abogado General, sr. Ján Mazák.

⁶⁷ Conclusión 85 del Abogado General, sr. Ján Mazák.

⁶⁸ Salvo en algún caso, como en la Constitución finlandesa.

⁶⁹ Por ello no es irreprochable el resultado al que llega el Abogado General, sr. Ján Mazák, en sus conclusiones 94, segunda parte, y siguientes, que a continuación se expone: «Sin embargo, inferir del principio general de igualdad (...) la existencia de una prohibición de discriminación por un motivo específico es cosa muy distinta y en absoluto obvia. (...) ni el artículo 13 de la Constitución Española ni la Directiva 2000/78 reflejan necesariamente que ya se prevea una prohibición de todas las formas de discriminación a las que se refieren. Más bien al contrario, la intención que preside ambos casos es la de dejar al legislador comunitario y a los Estados miembros la tarea de tomar las medidas adecuadas a tal efecto. (...) Ha de añadirse que si se siguiera el razonamiento expuesto (...) hasta su conclusión lógica, debería considerarse que constituyen principios generales de Derecho comunitario no solo la prohibición de discriminación por razón de edad, sino cualquier prohibición específica de los tipos de discriminación mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78. A la luz de las consideraciones anteriores, no considero que la conclusión de la existencia de un principio general de no discriminación por razón de edad (...) sea especialmente sólida (...). En cualquier caso, aun cuando esa conclusión se tomara como base del presente análisis (...) el Tribunal de Justicia parte de la presunción de que el principio general de no discriminación por razón de edad no difiere en esencia de la prohibición equivalente que se prevé en la Directiva 2000/78, en particular, por lo que a las justificaciones se refiere (...) incluso teniendo en cuenta la existencia de un principio general de no discriminación por razón de la edad, el Derecho comunitario no se opone a una norma nacional como la controvertida».

Establecido que la prohibición de discriminación por razón de edad constituye parte integrante del macro-principio general del Derecho comunitario ⁷⁰, resulta que «con arreglo a la definición comúnmente aceptada, así como a una reiterada jurisprudencia, el principio general de igualdad de trato, o de no discriminación, exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica» ⁷¹.

Ciertamente «no resulta demasiado difícil determinar si dos situaciones reciben un trato distinto o igual. Lo realmente importante a la hora de aplicar el principio general de igualdad es, en primer lugar, comprobar si las situaciones de que se trata son comparables o, en otras palabras, si guardan semejanzas relevantes, lo que requiere efectuar un análisis basado en el criterio de relevancia. Esta apreciación normalmente no aparece explícita en las sentencias del Tribunal de Justicia y, de hecho, entraña un juicio de valor». Pero nada de ello atenta al carácter fundante de los derechos accidentales, que ha de atribuirse al principio de igualdad.

También es verdad que «lo que distingue el principio general de no discriminación de una prohibición específica de un tipo concreto de discriminación es, esencialmente, que para esta última el criterio en el que la distinción no puede basarse legítimamente aparece expresamente identificado (...). En cambio, la prohibición general de discriminación deja abierta la cuestión de los motivos de distinción que pueden considerarse aceptables, (...) cuestión que parece haber recibido diferentes respuestas a lo largo del tiempo y está sujeta actualmente a constante desarrollo tanto a nivel nacional como internacional». Consecuentemente:

«Puede decirse que el principio general de igualdad implica en potencia la prohibición de discriminación por cualquier motivo que pueda considerarse inaceptable (siendo consecuentemente) correcta la afirmación, (...) en relación con distintas prohibiciones de discriminación por motivos concretos, de que las prohibiciones específicas constituyen expresiones particulares del principio general de igualdad, que forma parte de los fundamentos de la Comunidad» ⁷² que, precisamente y por ello, no pueden menoscabarlo o limitarlo.

La sentencia objeto de comentario constituye una excepción a la doctrina expuesta y justifica, a la postre, la discriminación por edad, legitimando la previa desatención y vulneración del principio de igualdad. En su descargo puede decirse que opera con el pie forzado del artículo 6 de la Directiva 2000/78, pero en su contra puede afirmarse que la interpretación de aquel precepto no la hace guiado por un escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que a la postre determina una solución injusta no respetuosa con el Derecho comunitario. Efectivamente, según el Alto Tribunal comunitario:

⁷⁰ Por contra para el Abogado General, sr. Ján Mazák, conclusión 86: «Si se mira detalladamente inferir del mero principio general de igualdad de trato la existencia de una prohibición específica de discriminación por razón de edad –o cualquier otro tipo de discriminación específica de las mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 2000/78– constituye en realidad una apuesta arriesgada y un paso significativo».

⁷¹ SSTJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-354/95, Nacional Farmerts, Union y otros, y de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello.

⁷² Indica el Abogado General, Sr. Ján Mazák, en sus conclusiones 90 a 94.

- a) «No puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación en la normativa nacional de que se trate del objetivo que pretende alcanzarse tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que una disposición nacional que habilite el establecimiento de cláusulas de la jubilación forzosa en los convenios colectivos (como la disp. trans. única), no esté justificada a la luz de dicha disposición».
- b) No obstante «cuando no existe indicación en este sentido, es necesario 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 la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo».

La legitimidad de un objetivo de interés general, dice la sentencia que se comenta, no puede cuestionarse razonablemente ⁷³, habida cuenta de que los objetivos relativos a la política de empleo y a la situación del mercado de trabajo figuran entre los expresamente enumerados en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 y de que, con arreglo a los artículos 2 de la Unión Europea, párrafo primero, primer guión, y 2 de la Constitución Española, la promoción de un alto nivel de empleo se cuenta entre las finalidades de la Unión Europea y de la Comunidad.

Además continúa indicando la resolución de la justicia comunitaria objeto de comentario, «no puede negarse que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros» ⁷⁴, apreciación válida, precisa, «por lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo (español) con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores».

⁷³ En relación con la disposición transitoria única y disposiciones anteriores habilitadoras de cláusulas convencionales de jubilación forzosa indica el Alto Tribunal comunitario lo siguiente: «En el presente caso, de las explicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente resulta, en primer lugar, que la jubilación forzosa de los trabajadores una vez alcanzada una determinada edad se introdujo en la normativa española en 1980, en un contexto económico caracterizado por un alto nivel de desempleo, con el fin de ofrecer, en el marco de la política nacional de empleo, oportunidades en el mercado de trabajo a las personas en busca de un empleo. En segundo lugar, este objetivo se mencionaba expresamente en la disposición adicional décima. En tercer lugar, tras la derogación en 2001 de esta disposición adicional y la firma entre el Gobierno español y las organizaciones patronales y sindicales de la Declaración para el diálogo social sobre competitividad, empleo estable y cohesión social, suscrita en 2004, el legislador español volvió a reconocer la jubilación forzosa mediante la Ley 14/2005. Esta Ley, por su parte, tiene por objeto ofrecer oportunidades en el mercado de trabajo a las personas que buscan un empleo. De ese modo, su artículo único supedita la posibilidad de establecer en los convenios colectivos cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad de jubilación al requisito de que la medida se "vincul(e) a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo", tales como "la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo (o) la contratación de nuevos trabajadores". En este contexto, habida cuenta de los numerosos litigios sobre la consideración que debían recibir, tras la derogación de la disposición adicional décima, las cláusulas de jubilación forzosa incluidas en los convenios colectivos celebrados al amparo de la Ley 8/1980, tanto en su versión original como en la aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, así como de la inseguridad jurídica resultante para los agentes sociales, la disposición transitoria única confirmó la posibilidad de establecer una edad límite de jubilación en aplicación de los mencionados convenios colectivos. Por lo tanto, situada en este contexto, la disposición transitoria única tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo. Esta apreciación se ve confirmada por el hecho de que, en el presente caso, el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo indica expresamente el "objeto de fomentar el empleo" como la finalidad que inspira la medida establecida en dicha disposición».

⁷⁴ Sobre el tema, STJCE de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, ITC.

Por lo tanto, debe considerarse que, en principio, «un objetivo como el contemplado en la disposición transitoria única justifica "objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional", conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad».

Añadiendo el Tribunal de Justicia comunitario a semejantes declaraciones, una precisa, pero no por ello menos cuestionable, justificación sobre los medios empleados a tal fin, concluyendo que los medios empleados para lograr aquel objetivo «legítimo» fueron «adecuados y necesarios». Para ello comienza por recordar que, en el estado actual del Derecho comunitario, los Estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no solo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo ⁷⁵. Debiendo reconocerse, según expone en la sentencia objeto de comentario, a las autoridades competentes a nivel nacional, regional o sectorial la posibilidad de modificar los medios que se emplean para lograr un objetivo legítimo de interés general ⁷⁶.

Con un añadido sorprendente, que sin embargo y bien considerado a *contrario sensu*, es suficiente para desbaratar toda su argumentación anterior, que consiste en la siguiente afirmación:

«El hecho de que, en el presente caso, la jubilación forzosa se haya vuelto a reconocer en España años después de haber sido derogada carece, (...), de pertinencia.»

Introducida, esa indiferencia forzada a la derogación normativa anterior, sin duda relevante, no le cuesta al Alto Tribunal comunitario proseguir su irreprochable discurso, concluyendo, como no podía ser menos, que le «parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida (como la contenida en la disp. trans. única y convenio colectivo aplicado, en el litigio principal) pueda ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo». No obstante, y dada la irregularidad de aquel discurso el Tribunal de Justicia comunitario, se ve forzado a buscar alguna justificación, y para ello añade lo siguiente:

- «Además, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa per-

⁷⁵ «Así sucede, como se desprende ya de la expresión "disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros", recogida en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78, en los casos en que las autoridades nacionales competentes deben optar entre prolongar la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever su jubilación anticipada, en función de consideraciones de carácter político, económico, social, demográfico o presupuestario y de la situación concreta del mercado de trabajo en un Estado miembro determinado», ejemplifica la sentencia que se comenta; *Vid.*, STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold.

⁷⁶ Por ejemplo, precisa la sentencia objeto de comentario, «mediante su adaptación a la evolución de la situación laboral en el Estado miembro de que se trate». Afirmando que «incumbe, en consecuencia, a las autoridades competentes de los Estados miembros conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego», bien que, deba «velarse por que las medidas nacionales previstas en este contexto no excedan de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo que pretenda conseguir el Estado miembro en cuestión».

tinente no se basa solo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación, como la prevista por el régimen nacional controvertido en el litigio principal, que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado».

- «Por otro lado, la normativa nacional pertinente ofrece a los agentes sociales la posibilidad de recurrir en los convenios colectivos –y, por lo tanto, con una flexibilidad considerable– al instrumento de la jubilación forzosa, de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no solo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate».

A la luz de aquellas consideraciones afirma, de manera no irreprochable, que «no puede sostenerse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78». Concluyendo con la siguiente apreciación general:

La prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, que considere válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que:

- Dicha medida, pese a basarse en la edad, esté 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.
- Los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

VII. SOBRE LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ NACIONAL DE DEJAR INAPLICADA LA NORMA DE DERECHO NACIONAL O INTERNA QUE, IMPONIENDO LA «JUBILACIÓN FORZOSA», VIOLE EL DERECHO COMUNITARIO

Según algunas de las partes personadas en el procedimiento (el Gobierno español, entre otras) «ni la Directiva 2000/78 ni un principio general del Derecho que prohíba la discriminación por razón de la edad pueden tener el efecto de imponer a un Tribunal nacional la inaplicación de una norma nacional incompatible (pues) dado que el litigio principal enfrenta a particulares, llegar a tal conclusión supondría menoscabar la regla de que las directivas no pueden producir efecto horizontal directo», no obstante lo cual afirmaban, en abierta contradicción, «no deja de existir la obligación de interpretar, en la medida de lo posible, la disposición nacional de que se trata de conformidad con la Directiva 2000/78 y el principio que en ella se consagra».

Por contra, para otras partes (la Comisión y el demandante) «el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar inaplicada cualquier disposición nacional incompatible», consecuentemente debe inaplicar cualquier norma nacional que colisione con la prohibición de discriminación por razón de edad.

Para un adecuado enjuiciamiento de semejantes posiciones contrapuestas, ha de recordarse que las líneas maestras de la jurisprudencia comunitaria ⁷⁷ establecen que todos aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, cuando este no adapte el Derecho nacional a la Directiva dentro de los plazos señalados o cuando haga una adaptación incorrecta ⁷⁸.

El Tribunal de Justicia ha atribuido este efecto a las Directivas –pese al tenor del art. 249 CE, que, en relación con las Directivas, no se refiere a la concesión de derechos a los particulares– teniendo en cuenta su naturaleza vinculante y efecto útil y, sobre todo, basándose en la idea de que un Estado miembro no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que una Directiva implica ⁷⁹.

Semejante razonamiento se excepciona, en principio, para las obligaciones que incumben a los particulares. Por este motivo, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular ni, por consiguiente, ser invocada como tal en contra de aquel ⁸⁰.

Por lo tanto, como criterio general, cuando una disposición de una Directiva satisface el requisito sustantivo de no estar sujeta a condiciones y de ser lo suficientemente precisa, los particulares pueden, por regla general, invocarla contra una autoridad pública (efecto vertical directo), pero no contra otro particular (efecto horizontal directo), pues «equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando solo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos» ⁸¹, conculcándose el principio de seguridad jurídica si las directivas pudiesen crear obligaciones a cargo de los particulares ⁸².

No obstante, semejante apreciación general última ha sido matizada por la propia jurisprudencia comunitaria en, al menos, dos aspectos, a saber:

⁷⁷ Siguiendo al Abogado General, sr. Ján Mazák, conclusiones 107 a 116.

⁷⁸ SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich y otros, y de 11 de julio de 2002, asunto C-62/00, Marks&Spencer.

⁷⁹ SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, Van Duyn, y de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, Ratti.

⁸⁰ SSTJCE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, Marshall, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, Facci Dori, y de 7 de enero de 2004, asunto C-201/02, Wells.

⁸¹ STJCE de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, Facci Dori.

⁸² STJCE de 7 de enero de 2004, asunto C-201/02, Wells.

- En primer lugar, las meras «repercusiones negativas» sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una Directiva contra el Estado miembro de que se trate.
- En segundo lugar, se admite el «efecto directo incidental»⁸³, de tal manera que, incluso en un litigio sustanciado exclusivamente entre particulares, uno de ellos puede, en determinadas circunstancias, invocar una Directiva para conseguir que no se aplique la disposición nacional incompatible.

En el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta, no cabe duda de que la prohibición de discriminación por razón de edad establecida en la Directiva 2000/78 (arts. 1 y 6) es lo suficientemente precisa e incondicional, en lo que atañe al establecimiento de una edad de jubilación forzosa, para satisfacer los requisitos sustantivos del efecto directo. Máxime si se tiene en cuenta que el hecho de que las disposiciones de una Directiva estén sujetas a excepciones o requieran una justificación no significa por sí solo que no se cumplan los requisitos necesarios para que produzcan efecto directo⁸⁴.

Consiguientemente debiera haber sido considerado contrario a Derecho un convenio colectivo (en cuanto que se trata de una norma jurídica, imputable al Estado, que la promulga y publica, bien que sea adoptada a iniciativa de los agentes sociales) como el que fue objeto de atención en el litigio principal, por establecer una edad de jubilación forzosa. Por consiguiente, el juez nacional debiera dejarse inaplicada cualquier norma, como la disposición transitoria única, por incumplir la prohibición de discriminación por razón de edad, y consecuentemente considerar que la pertinente norma del convenio colectivo que establecía la jubilación forzosa, era contraria a Derecho, y el acto unilateral del empresario extinguiendo el contrato de trabajo y relación laboral consiguiente, constitutivo de un despido nulo⁸⁵.

⁸³ SSTJCE de 30 de abril de 1996, asunto C-194/94, CIA y Security, y de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, Unilever.

⁸⁴ SSTJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Pfeiffere, y de 7 de febrero de 2005, asunto C-453/02, Linnewebwe y Akrtidis,

⁸⁵ En otra perspectiva, incluso podría entenderse que al demandarse en el litigio principal contra un despido por extinción de la relación laboral por «jubilación forzosa», nos encontraríamos claramente con una relación contractual horizontal, comprensiva de mutuos derechos y obligaciones laborales, pues, como precisa el Abogado General, sr. Ján Mazák, en la conclusión 117, «si el órgano jurisdiccional remitente estimase la pretensión del sr. Palacios y declarase nula la extinción de la relación laboral (por basarse en la disp. trans. única y en el convenio colectivo), (el empresario) resultaría directamente afectado, por cuanto se le impondría la obligación de mantener la relación laboral o, en su caso, afrontar otras consecuencias como el pago de una reparación», pero que respecto del empresario bien podrían calificarse de meras «repercusiones negativas». Debiendo, en todo caso, admitirse la posibilidad de invocar una Directiva en un litigio entre particulares si su único efecto es conseguir que las normas nacionales incompatibles queden faltas de operatividad para dejar paso a otras disposiciones nacionales en las que puedan basarse las pretensiones de alguna parte, como acontecía en el litigio principal, aun cuando, distinguiendo entre los efectos «exclusión» y «sustitución» (SSTJCE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, Marshall, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, Faci Dori), pudiese cuestionarse si acaso la Directiva en cuestión no llega a ocupar materialmente la posición de la norma nacional incompatible ni ciertamente «puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular».

VIII. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario merece una crítica desfavorable pues concluye que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se establece específicamente en la Directiva 2000/78, no impide el establecimiento de cláusulas convencionales de jubilación forzosa para cuando un trabajador haya alcanzado la edad generalmente establecida a efectos de jubilación y reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que aquella medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; y los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

La resolución jurisdiccional objeto de comentario también merece una crítica desfavorable porque relativiza absolutamente el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de edad, al indicar que la falta de indicación en la norma habilitante de la «jubilación forzosa por edad» del objetivo que se pretenda alcanzar con el acto empresarial que la actualiza mediante la extinción de la relación laboral (despido), no excluye automáticamente la legitimidad del establecimiento de las cláusulas o pactos de «jubilación forzosa» en los convenios colectivos, siempre que otros elementos, propios del contexto general de la medida a alcanzar, permitan la identificación del objetivo que subyace a la misma. Con la admisión de una apelación de tal vaguedad, como lo es la atención a intereses generales, que acaba constituyendo un monumento al trato desigual, y una puerta abierta a todo tipo de discriminaciones por razón de edad.

Por último, cabe efectuar una crítica negativa de la sentencia objeto de comentario, porque no reconoce lo que es notorio, contradiciendo la evidencia de que el acto unilateral del empresario de extinción de la relación laboral, por más que pretenda fundamentarse en una cláusula (nula por inconstitucional) de un convenio colectivo que establezca la jubilación forzosa por edad, no es más que una singular modalidad de despido (nulo), produciendo consecuencias personales tan desfavorables para el trabajador afectado por aquella extinción (despido), que pueden equipararse a las características del «trabajador quemado».

En fin, una sentencia que confirma en la perspectiva comunitaria la desafortunada doctrina del Tribunal Constitucional que, desde una determinada y cuestionable perspectiva constitucional de la igualdad, ya en su STC 280/2006 admitió sin paliativos la procedencia del establecimiento de «jubilaciones forzosas» por convenio colectivo.

No obstante la opinión tan desfavorable expuesta acerca de la sentencia objeto de comentario, puede considerarse que la misma, en un panorama tan sombrío, abre una puerta a la esperanza, pues su discurso general es riguroso y ajustado al principio de igualdad y no discriminación, al contrario de lo que sucede con la resolución citada de la justicia constitucional. Lástima que el Tribunal de Justicia comunitario, por haber interferido su discurso desajustándolo de los estrictos parámetros racionales (lógicos) por los que discurría, haya acabado desvirtuando lo que podría haber sido una resolución ejemplar de la justicia comunitaria.