

EL RELEVO GENERACIONAL Y LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE ABRIL DE 2021

ISABEL OLMOS PARÉS

Magistrada de la Sala de lo Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia
olmospares@yahoo.es

RESUMEN

El relevo generacional es un objetivo de política de empleo que sigue justificando la extinción o el despido de los trabajadores más maduros. A propósito de la sentencia del TJUE de fecha 15 de abril de 2021, C-511/19, tras hacer referencia al contexto normativo–nacional, comunitario e internacional–, así como a las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se alcanza la conclusión de que la Jurisprudencia del TJUE hace prevalecer la Directiva 2000/78 frente a los principios generales de igualdad de trato y no discriminación previstos en los Tratados de la UE y en la CDFUE.

Palabras clave: extinción; contrato de trabajo; relevo generacional; discriminación por edad; empleo.

ABSTRACT

Generational handover is an employment policy objective that continues to justify the termination or dismissal of older workers. Regarding the judgment of the CJEU dated April 15, 2021, C-511/19, after referring to the normative context- national, community and international-, as well as the judicial decisions of the Court of Justice of the European Union, the reached conclusion is that the CJEU jurisprudence makes Directive 2000/78 prevail over the general principles of equal treatment and non-discrimination provided for in the EU Treaties and the CDFUE.

Keywords: extinction; employment contract; generational relief; age discrimination; employment.

RESUMO

O relevo xeneracional é un obxectivo da política de emprego que sigue a xustificar a extinción ou o despedimento dos traballadores máis maiores. A propósito da senteza do TXUE de data 15 de abril de 2021, C-511/19, tras facer referencia ao contexto normativo–nacional, comunitario e internacional–, así como ás resolucions xudiciais do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, alcánzase a conclusión de que a Xurisprudenza do TXUE fai prevalecer a Directiva 2000/78 fronte ós principios xerais de igualdade de trato e non discriminación previstos nos Tratados da UE e na CDFUE.

Palabras chave: extinción; contrato de traballo; relevo xeneracional; discriminación por idade; emprego.

SUMARIO

1. Introducción.- 2. El principio de igualdad de trato en el derecho originario y derivado.- 3. La discriminación por edad y la extinción del contrato de trabajo.- 4. La extinción del contrato de trabajo y la jubilación.- 4.1. Objetivo legítimo.- 4.2. Proporcionalidad.- 4.2.1. Cláusulas de extinción automática en convenios colectivos. Casos Palacios de la Villa y Rosenbladt.- 4.2.2 Medidas en el sector público. Caso de los jueces polacos.- 5. El despido discriminatorio por razón de edad.- 5.1 Objetivo legítimo. Caso olympiako athlitiko kentro athinon.- 5.2. Proporcionalidad.- 6. Conclusiones.- 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La edad condiciona nuestras vidas y constituye un factor determinante en dos momentos decisivos de nuestra trayectoria profesional: el acceso al ámbito de las relaciones laborales y su salida¹, influido además por múltiples

¹ Véase al respecto a MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad". AAVV: *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Jaime Cabeza Pereiro (dir), María Amparo Ballester

estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica². El TJUE ha dictado hasta la fecha alrededor de 45 sentencias abordando de un modo u otro la cuestión de la discriminación por razón de edad, la última la recaída en fecha 15 de abril de 2021, relativa al despido de un trabajador de una entidad pública griega próximo a la edad de jubilación³. Una mayoría importante de estas resoluciones afecta a los trabajadores de más edad, cuando esta causa de discriminación podría de igual manera concernir a los más jóvenes. Incluso puede afirmarse que no solo los trabajadores más jóvenes resultan ser menos afectados, sino que la discriminación que padecen los mayores se justifica en un número elevado de casos en atención a criterios tales como el relevo intergeneracional. La discriminación de los más veteranos en la Jurisprudencia del TJUE es de lo más variopinta, no se salva nadie: pilotos, jueces, fiscales, catedráticos, dentistas. La presión de un mercado de trabajo ¿escaso?, empuja a los más mayores fuera, en la mayoría de los casos en atención a la existencia de una pensión de jubilación a las puertas, incluso sin atender al importe de esta⁴.

De hecho, la edad presenta diferencias con relación a otras posibles causas de discriminación prohibidas por la UE, pues las posibilidades de justificar las diferencias de trato por razón de edad con arreglo a la Directiva 2000/78 son más amplias que las que se reconocen para los demás motivos mencionados en el artículo 1 de ésta⁵. Se ha dicho que la

Pastor (dir.), Marta Fernández Prieto (dir.), Editorial Aranzadi, 2009, ISBN 978-84-8355-959-8, pág. 69.

² REQUENA CASANOVA, M., La discriminación por razón de la edad en la unión europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia, *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).

³ STJUE de fecha 15 de abril de 2021, Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

⁴ Véase la STJUE de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421.

⁵ Véase el art. 6.1 en relación con el art. 2.2. de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, Ref DOUE-L-2000-82357 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En todo

edad figura en el último nivel de protección antidiscriminatoria⁶. En todo caso, el análisis de la discriminación por razón de edad se construye de igual modo que las demás formas de discriminación

De las 45 sentencias del TJUE examinadas, más del 50% abordan supuestos que pueden agruparse en los siguientes: (1) casos relacionados con determinados límites de edad (máximos), para trabajar o acceder a determinadas profesiones⁷; (2) extinciones automáticas de contratos de trabajo o despidos por razón de edad⁸; (3) derecho a la indemnización por despido si el trabajador afectado puede

caso, téngase en cuenta que la citada Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Véase también el apartado 76 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák presentadas el 23 de septiembre de 2008, C-388/07, ECLI:EU:C:2008:518; y las Conclusiones del Abogado General Sr. Richard de la Tour de fecha 19 de noviembre de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 44.

⁶ Véase en ese sentido a BALLESTER PASTOR, M.A.: "Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario", AAVV: *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Jaime Cabeza Pereiro (dir), María Amparo Ballester Pastor (dir.), Marta Fernández Prieto (dir.), Editorial Aranzadi, 2009, ISBN 978-84-8355-959-8, pág. 32.

⁷ Véase la STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573, relativa a Pilotos de líneas aéreas comerciales que a partir de los 60 años de edad no podían ejercer como piloto de un avión de transporte comercial; o también la STJUE (Gran Sala) de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4, sobre disposición nacional que prevé un límite de edad de 68 años para el ejercicio de la profesión de dentista concertado. En cuanto a límite máximo para acceder a una profesión, véase la STJUE de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371, sobre edad máxima de 30 años para policía local del Ayuntamiento de Oviedo o la STJUE de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, ECLI:EU:C:2016:873, sobre selección de agentes de la Ertzaintza limitada a candidatos que no hayan cumplido 35 años.

⁸ Véanse a título de ejemplo la STJUE de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, sobre cláusula de jubilación forzosa en Convenio Colectivo o la STJUE de 5 marzo de 2009, Age Concern England, C-388/07, EU:C:2009:128, sobre cláusula que autoriza la extinción del contrato de un trabajador de 65 años o más por razón de su jubilación.

acceder a la pensión de jubilación⁹; (4) casos donde la legislación nacional permite acudir a la contratación temporal sin restricciones a partir de determinada edad¹⁰. En este trabajo me ceñiré al segundo grupo de supuestos.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO

El principio de igualdad de trato se consagra en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la "Carta")¹¹, y constituye un principio general del Derecho de la Unión, del que el principio de la no discriminación, establecido en el artículo 21, párrafo 1, de la misma Carta, es una expresión particular. Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, este principio exige, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, que situaciones comparables no deben ser tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no deben ser tratadas de manera igual a menos que dicho trato esté objetivamente justificado¹². Las disposiciones de la Directiva

⁹ Véanse a título de ejemplo, la STJUE (Gran Sala), de 12 de octubre de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, sobre denegación de la indemnización por despido cuando existe derecho a percibir una pensión de jubilación.

¹⁰ Véanse la STJUE de 22 noviembre 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, sobre contratos de duración determinada sin restricciones desde los 52 años hasta que tengan derecho a la pensión de jubilación; o la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Deutsche Lufthansa AG*, C-109/09, ECLI:EU:C:2011:129, sobre una disposición nacional que permite celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores sin ningún requisito adicional, únicamente porque éstos han cumplido 58 años de edad; véase también la STJUE de 8 de octubre de 2020, *FT*, C-644/19, ECLI:EU:C:2020:810, que aborda un caso donde los profesores universitarios de 65 años que no tengan la condición de director de tesis solo pueden celebrar con el centro contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la que se concede a los profesores titulares de la misma edad que sí sean directores de tesis.

¹¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, publicada en DOUEC núm. 303 de 14 de diciembre de 2007.

¹² Véase la STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*, C-406/15, apartado 55, ECLI:EU:C:2017:198; en el mismo sentido, las SSTJUE de 22 de mayo de 2014, *Glatzel*, C-356/12, apartado 43 ECLI:EU:C:2014:350; y de 21 de

2000/78 materializan, en Derecho derivado, los límites que enmarcan el principio fundamental de igualdad de trato y no discriminación, consagrado en el artículo 21 de la Carta¹³.

El objetivo de la Directiva 2000/78 es establecer un marco general para combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en materia de empleo, con el fin de aplicar, en los Estados miembros, el principio de igualdad de trato¹⁴.

También de la jurisprudencia del TJUE podemos deducir que: 1) en cuanto a los tipos de situaciones protegidas (artículo 1 de la Directiva), es necesario adoptar una interpretación restrictiva¹⁵; 2) cualquier disparidad de trato no constituye discriminación en el sentido de la Directiva 2000/78, pues es necesario que pueda vincularse a una de las situaciones protegidas; 3) la discriminación sea directa o indirecta puede quedar excepcionada, es decir, puede estar justificada en los supuestos previstos en la propia Directiva, en especial, en relación a objetivos de política de empleo, lo que explica que el TJUE haya admitido con más facilidad la justificación de diferencias de trato por razón de edad. Esto no significa que sea un motivo de discriminación menos "serio", sino que las otras causas de discriminación pueden encontrar menos justificaciones que estas¹⁶.

Por otra parte, el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un derecho subjetivo

diciembre de 2016, *Vervloet e a.*, C-76/15, apartado 74, ECLI:EU:C:2016:975.

¹³ Véase las Conclusiones del Abogado General Kokott de 31 de mayo de 2016, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, apartado 61, ECLI:EU:C:2016:382.

¹⁴ Véanse las SSTJUE de 22 de enero de 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, apartado 36. ECLI:EU:C:2019:43; y de 17 abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16, apartado 47, ECLI:EU:C:2018:257, en lo que respecta a la religión y las convicciones. Para la incapacidad, véase en el mismo sentido la STJUE de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06, apartado 42, ECLI:EU:C:2008:415.

¹⁵ Véanse las SSTJUE de 26 de septiembre de 2013, *HK Danmark*, C-476/11, apartado 47, ECLI:EU:C:2013:590; y la de 26 de septiembre de 2013, *Dansk Jurist- og Økonomforbund*, C-546/11, ECLI:EU:C:2013:603, apartado 41.

¹⁶ Véase al respecto a RODRIGUEZ -PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes", Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2017, ISSN 2387-1113, pág. 1037.

invocable como tal que —aun en los litigios entre particulares— obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio¹⁷.

3. LA DISCRIMINACION POR EDAD Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La Directiva 2000/78 se aplica a todas las personas, tanto en lo que respecta al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, también las de despido y remuneración¹⁸. El término “despido” abarca, en su sentido más amplio, cualquier extinción del contrato de trabajo¹⁹.

En la extinción de un contrato de trabajo puede producirse una discriminación si la causa extintiva no tiene otro motivo que el de la edad, aunque sea la edad legal de jubilación. Además, la extinción del contrato de trabajo basada en criterios de edad puede ser contraria también al derecho a trabajar reconocido en el artículo 15, apartado 1, de la Carta. De ahí que deba prestarse una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social, pues el mantenimiento en activo de esas personas favorece entre otras cosas la diversidad en el empleo. El interés que representa el mantenimiento en activo de dichas personas debe tomarse en consideración respetando otros

¹⁷ Véase la STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, apartado 47; y la STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, *Dansk Industri (DI)*, actuando en representación de *Ajos A/S*, y *Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278, apartado 36.

¹⁸ Así lo dispone el art. 3.1 c) de la Directiva 2000/78. En los apartados a) y b) establece su aplicación a: “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción” y al “acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica”.

¹⁹ STJUE de 16-10-07, *Palacios de la Villa*, C-411/05, EU:C:2007:604, apartados 45 a 47.

intereses que puedan ser divergentes²⁰, pues debe de tenerse en cuenta que la marcha de las personas mayores del mercado laboral dificulta mucho más una reincorporación posterior, sin olvidar la realidad existente en el mercado de trabajo relativa a la prohibición de contratar a personas de determinada edad o incluso de contratar a personas jubiladas, medidas que también han sido bendecidas por el TJUE en aras de conseguir ese rejuvenecimiento laboral²¹.

4. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA JUBILACIÓN

El contrato de trabajo se extingue cuando el trabajador se jubila, lo que no equivale a decir cuando alcanza la edad legal de jubilación. Sin ir más lejos, el art 49 f) de nuestro Estatuto de los Trabajadores no habla de edad legal de jubilación, sino que solo establece como causa de extinción, la jubilación del trabajador²², de modo que cabe preguntarse: ¿debe incluirse tanto la jubilación voluntaria como la forzosa?

En principio, esta causa de extinción es individual y voluntaria, es decir, opera por cada trabajador individualmente considerado en función de sus intereses

²⁰ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 44. Véanse también en ese sentido, las sentencias de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 62 a 64; y la de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, EU:C:2012:421, apartado 37.

²¹ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, dónde se analizaba una normativa nacional que prohibía a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas y dónde se concluye que la misma no se opone a la Directiva 2000/78, si bien se matiza que sería pertinente tomar en consideración el nivel de la pensión de jubilación que pueden obtener las personas afectadas, así como que corresponde al juez nacional comprobar si la prohibición es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado y responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática.

²² Téngase en cuenta que en España la normativa de Seguridad Social no exige el acceso a la pensión de jubilación desde una situación de alta, es decir, desde un trabajo previo. Véase en ese sentido a PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: La jubilación en la unificación de doctrina", *La Ley*, 1ª edición, Madrid, septiembre 2001, ISBN 84-9725-135-0, pág. 21.

personales que pueden o no coincidir con los de su empleador. Sin embargo, la jubilación forzosa ha sido en los últimos veinte años la herramienta más utilizada en el saneamiento de las empresas y ha encontrado su máximo exponente en la posibilidad legal de que la misma se incorpore como cláusula de un convenio colectivo, permitiendo con carácter general la extinción de todos los contratos de trabajo que vinculan a una empresa con aquellos empleados que alcanzan la edad legal de jubilación, aunque normalmente ligada al acceso real y efectivo a la referida pensión²³. De la misma manera, en el sector público, las AAPP pueden establecer medidas extintivas o de prejubilación para los funcionarios o el personal laboral atendiendo, como único criterio, al de la edad legal de jubilación.

Sin embargo, la extinción del contrato de trabajo basada en el hecho de que el trabajador afectado haya alcanzado la edad legal de jubilación o por tener simplemente derecho a una pensión de jubilación o, incluso, por la simple expectativa de que la pensión de jubilación se materialice en un corto plazo es en sí misma discriminatoria en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva²⁴.

²³ En nuestro ordenamiento jurídico laboral, la DA 10ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone expresamente la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, pero a continuación lo condiciona a que la pensión del trabajador cuyo contrato se va a extinguir sea del cien por cien de la pensión contributiva. También lo condiciona a que dicha medida de extinción por jubilación se vincule a objetivos de política de empleo como puede ser la contratación de nuevos trabajadores; el relevo generacional o cualquier otra dirigida a favorecer la calidad del empleo. Sobre las vicisitudes de dicha disposición adicional, véase a TORTUERO PLAZA, J.L.: "Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial", Cuadernos Civitas, 1ª Edición, Madrid 2002, ISBN:84-470-1786-9, pp. 29 a 64.

²⁴ En ese sentido, en la discriminación por razón de edad, la distinción entre discriminación directa e indirecta deja de tener sentido en la medida que bien sea directa, bien indirecta admite excepciones, lo que no sucede con la discriminación por razón de sexo (véase el art. 14 de la Directiva

En efecto, una normativa interna que permita al sector público o privado extinguir los contratos de trabajo por razones vinculadas a la edad está afectada por la Directiva 2000/78. Cosa distinta es que estas disposiciones nacionales que establezcan diferencias de trato por motivos de edad, incluidas las discriminaciones directas, sean tratadas como una excepción al principio de prohibición de la discriminación y como tales excepciones deban ajustarse estrictamente a los requisitos previstos en el propio precepto como veremos²⁵.

Al respecto, procede señalar en primer lugar que, con arreglo a su decimocuarto considerando, la Directiva 2000/78 se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación, lo que significa que la competencia de los Estados miembros para determinar la edad de acceso a la jubilación no se ve afectada por la mencionada Directiva. Pero, una cosa es establecer la edad legal de jubilación y otra muy distinta, posibilitar medidas nacionales que permitan la extinción de un contrato de trabajo por razón de edad, aunque lo sea a cambio de una pensión de jubilación²⁶.

En segundo lugar, la propia Directiva, en su art. 6.1, párrafo segundo, enumera varios ejemplos de diferencias de trato que pueden ser compatibles con las exigencias del Derecho comunitario²⁷, entre las cuáles se contempla expresamente la posibilidad de establecer condiciones especiales de

2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

²⁵ El art. 6.1. de la Directiva 200/78/CE dispone expresamente que: "No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios".

²⁶ Véase la STJUE de 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 44.

²⁷ Véase la STJUE de 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 52.

despido para los trabajadores de mayor edad. Si bien solo menciona el despido, tal circunstancia no es determinante en sí misma, pues la mencionada lista tiene valor meramente indicativo²⁸, de modo que también pueden entenderse incluidas otras causas extintivas, como lo es la extinción por jubilación.

La jubilación forzosa es una discriminación directa por razón de la edad en la medida que impide a los trabajadores que no desean salir del mercado laboral, la posibilidad de mantenerse en él sin otro criterio que el de la edad, dispensando, de manera directa, un trato menos favorable a estos trabajadores en comparación con las demás personas activas en el mercado²⁹; medidas discriminatorias que, sin embargo, pueden entenderse justificadas, objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, como lo es un objetivo legítimo de política social. La Directiva utiliza la expresión de «políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional», así como también exige que «los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios», lo que no debe hacernos olvidar que lo que se produce es una extinción por razón de edad, aunque justificada por el acceso a la jubilación. La pensión de jubilación es la zanahoria, el medio utilizado para conseguir el fin, que no es otro que el relevo generacional, entre otros.

4.1. OBJETIVO LEGÍTIMO

Del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva se desprende que pese a estar en presencia de

²⁸ Los Estados miembros no están obligados a elaborar una lista específica de las diferencias de trato que pueden estar justificadas en aras de un objetivo legítimo (véase en ese sentido la STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 34). No obstante, si en el ámbito de su margen de apreciación optan por hacerlo, podrán incluir en la lista en cuestión supuestos de diferencias de trato y de objetivos distintos de los que menciona expresamente la propia Directiva, siempre que tales objetivos sean legítimos, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de esta última, y que tales diferencias de trato sean adecuadas y necesarias para alcanzar los mencionados objetivos.

²⁹ Véase, en este sentido, la STJUE 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128, apartado 27.

una discriminación directa por razón de edad, existe la posibilidad de que la misma esté justificada (de forma objetiva y razonable) por una finalidad legítima o lo que es lo mismo, por un objetivo legítimo de política social.

La Jurisprudencia del TJUE ha venido identificando como objetivos de política social, los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional³⁰. La misma Jurisprudencia ha calificado esos objetivos de política social como de interés general, para distinguirlos de los motivos puramente individuales de un empleador, como podrían ser la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empresarios, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad³¹.

Puede ocurrir que el objetivo legítimo no esté expresamente establecido en la normativa cuestionada, lo que no excluye automáticamente la posibilidad de que el mismo exista³². Cuando no exista indicación al respecto, será necesario que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo subyacente, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre su legitimidad y sobre la idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr el mismo³³.

Por otro lado, es habitual que en la adopción de las medidas controvertidas, los Estados miembros tengan en cuenta consideraciones presupuestarias. Al respecto, es también jurisprudencia reiterada la que afirma que aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el

³⁰ Véase, en este sentido, la STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128, apartado 49.

³¹ Véase las Conclusiones del Abogado General Sr. Richard de la Tour de 19 de noviembre de 2020, C-511/19, *AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 58, por remisión a la STJUE de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler*, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 52 y jurisprudencia citada.

³² Véase la STJUE de 5 de marzo de 2009, C-388/07, *Age Concern England*, EU:C:2009:128, apartado 44; véase también la Sentencia del TJUE de 16-10-07, C-411/05, *Palacios de la Villa*, EU:C:2007:604, apartado 56.

³³ Véase la STJUE de 5 de marzo de 2009, C-388/07, *Age Concern England*, EU:C:2009:128, apartado 45; véase también la STJUE de 16-10-07, C-411/05, *Palacios de la Villa*, EU:C:2007:604, apartado 57.

motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección de empleo que este desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78³⁴. De este modo, junto a las consideraciones presupuestarias debe haber otras de carácter político, social o demográfico. Así pues, la circunstancia de que el contexto nacional esté caracterizado por una crisis económica grave no autoriza a un Estado miembro a privar de efecto útil a las disposiciones de dicha Directiva³⁵.

En ese sentido, conviene diferenciar el sector público del privado, pues aunque en general, las razones presupuestarias del primero o la reducción de costes del segundo no son por sí mismos objetivos legítimos, no es menos cierto que el objetivo de reducción del gasto público del primero puede ser considerado de interés general³⁶, pero en cualquier caso, no bastaría por sí solo, para llegar a la conclusión de que el mismo forma parte de los objetivos legítimos admitidos por la Directiva. Siguiendo esa lógica, en efecto, cualquier diferencia de trato en función de la edad que permitiese una reducción del gasto público sería, por esa sola razón, justificable sobre la base del artículo 6, apartado 1, de la Directiva. La reducción del gasto público, por tanto, debe coincidir con otros objetivos, como sería el de favorecer el empleo y una estructura de edades

³⁴ Véanse, en particular, las SSTJUE de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 73 y 74; de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375, apartado 43, y de 2 de abril de 2020, Comune di Gesturi, C-670/18, EU:C:2020:272, apartado 34.

³⁵ Véase la STJUE de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, apartado 106.

³⁶ Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2019, en las que el Sr. Mengozzi opina que «resulta claro que, cuando el empleador es una administración pública, el objetivo de reducción de costes responde, en principio, a una finalidad de interés general, al igual que las contempladas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva.

equilibrada entre empleados jóvenes y empleados de más edad³⁷.

Descendiendo todavía más en lo concreto, cabe preguntarse, ¿es un objetivo legítimo de política social una política de empleo basada en la idea del relevo generacional?

La idea maestra subyacente en esta cuestión es la de repartir el trabajo entre las distintas generaciones. Se suele afirmar que la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores maduros beneficia directamente a los trabajadores jóvenes, al favorecer su inserción profesional. Sin embargo, también se ha afirmado lo contrario, esto es, que el aumento de las tasas de ocupación, incluidas las de los trabajadores mayores, produce consecuencias positivas sobre el crecimiento económico y, por consiguiente, también repercute positivamente en la ocupación de los más jóvenes³⁸. Otro argumento utilizado es el de la adecuada protección de los derechos de los trabajadores de más edad, por ejemplo, a través de la pensión de jubilación, poniéndose de manifiesto que la mayor parte de ellos desea dejar de trabajar tan pronto como pueden acceder a la misma, ya que la prestación obtenida les proporciona una renta de sustitución, lo que evita, además, abordar cuestiones tan escabrosas como es la falta de aptitud de los trabajadores más mayores³⁹.

³⁷ Véase las Conclusiones del Abogado General Sr. Richard de la Tour de 19 de noviembre de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 61, por remisión a la STJUE de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 50 y 53.

³⁸ BREDT, S.: «Compulsory retirement as an instrument to strengthen labour market opportunities for young employment seekers? An annotation to the European Court of Justice's decision C-411/05 – Palacios de la Villa», en *European Journal of Social Security*, 2008, pp. 195 y ss.; TISSANDIER, H.: «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, pp. 97 y ss.

³⁹ Véase la STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, Rosenblatt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 43. En ella, el Gobierno alemán manifestó que la extinción automática del contrato de trabajo encierra el mérito añadido de no compeler a los empresarios a despedir a los trabajadores basándose en que ya no son idóneos para el trabajo, lo que podría resultar humillante para los trabajadores de edad avanzada.

Lo cierto es que el objetivo de beneficiar a los trabajadores más jóvenes no puede ser descartado nunca de entrada como un objetivo legítimo de política de empleo, sobre todo en un contexto de elevado desempleo juvenil; cosa distinta será el modo que se arbitre para ello, lo que nos conduce al análisis de la proporcionalidad que veremos a continuación. De hecho, el objetivo consistente en garantizar la inserción profesional de los más jóvenes figura entre los objetivos expresamente enumerados en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78⁴⁰, aunque junto a él figure también el de la inserción profesional de los de mayor edad. Por otro lado, con arreglo al artículo 3 TUE, apartado 3, párrafo primero, la promoción de un alto nivel de empleo se cuenta entre las finalidades de la Unión⁴¹. La cuestión, pues, es: ¿Cómo aunar todos estos objetivos?

La Jurisprudencia del TJUE se inclina a favor de los jóvenes. Afirma que la promoción de la contratación, en particular la que tiene por objeto el favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de una profesión⁴², constituye un objetivo legítimo de la política de empleo de los Estados miembros. A continuación, suele sacar a relucir la amplia competencia de apreciación que tienen los Estados miembros en el ámbito de la política laboral y social, la cual no sólo se aplica en el análisis de la legitimidad del objetivo concreto, sino también en el de los medios que proyectan emplear para ello⁴³.

⁴⁰ El art. 6.1. a) de la Directiva 2000/78/CE dispone que dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

⁴¹ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 36; véase también, en ese sentido, la STJUE de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 64.

⁴² Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 37; véanse también, en ese sentido, las sentencias de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 65, y de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, apartado 37.

⁴³ Véanse las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 28 de abril de 2010, Rosenbladt, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:227, apartado 89 y ss.

Respecto a los más mayores, las afirmaciones del TJUE van en la línea de la diversidad⁴⁴, como si se tratasen de una especie en extinción cuya exótica presencia mereciese la pena mantener.

Es más, el TJUE ha venido afirmando que la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del Derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales y que este mecanismo descansa en un equilibrio entre consideraciones de índole política, económica, social, demográfica y/o presupuestaria y que depende de que se opte entre prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever la jubilación temprana de estos últimos⁴⁵, lo que en última instancia es una decisión nacional, no comunitaria, pero entonces, ¿qué pasa con los objetivos de la UE sobre esta cuestión⁴⁶? Lo cierto es que no existe un «contenido jurídico comunitario autónomo». Esa es la cuestión. Los Estados miembros

⁴⁴ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 44.

⁴⁵ Véase, en este sentido, la STJUE de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 69, o la STJUE de 12 de octubre de 2010, Rosenblatt C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601 apartado 44.

⁴⁶ Por ejemplo, con la creación del Observatorio Europeo sobre el envejecimiento y las personas de edad avanzada en 1990 pasando por la celebración del Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones (1993), o el Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo (1993), donde se hizo el primer reconocimiento público por parte de la UE de las consecuencias del envejecimiento de la fuerza de trabajo. Más recientemente, con el Año europeo del envejecimiento activo 2012 que trata de promover la calidad de vida y el bienestar de la población europea sobre todo de las personas de edad avanzada y fomentar la solidaridad intergeneracional considerando que la seguridad y la salud en el trabajo son decisivas. Véase en ese sentido a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad: una difícil singladura», AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Milagros Alonso Bravo (coord.), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, págs. 138.

pueden apostar en favor de los jóvenes o de los mayores, en ambos casos, la Directiva lo permite. El medio para conseguirlo será también el que decida el Estado miembro. El control de la proporcionalidad de los medios corresponde a los jueces, pero ¿cuál es el estándar en el análisis de la proporcionalidad que se aplica?

4.2. PROPORCIONALIDAD

El relevo generacional, el perseguir una estructura de edad equilibrada, la promoción de los jóvenes son objetivos legítimos. Sin embargo, ya se ha dicho, una cosa es el objetivo y otra que el mismo se obtenga por medios adecuados y necesarios, lo que nos conduce a la noción de la proporcionalidad. Dentro de los medios más utilizados por los Estado miembros, ya se han mencionado, se hallan las cláusulas de extinción automática en los convenios colectivos. Repasemos algunos de esos casos.

4.2.1. Cláusulas de extinción automática en convenios colectivos. Casos Palacios de la Villa y Rosenbladt

Con carácter general estas cláusulas van acompañadas de la condición de que los trabajadores concernidos tengan derecho a una pensión de jubilación⁴⁷, en cuyo caso el TJUE tiene en cuenta que los afectados son apartados del mercado laboral no por despido, sino por razón de su acceso a una pensión de jubilación, lo que entiende no supone un menoscabo excesivo de sus intereses legítimos⁴⁸. Se valora así la existencia, junto al requisito de la edad, de una compensación económica o una renta de sustitución (pensión de jubilación)⁴⁹.

Así, el TJUE ha concluido que la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el

⁴⁷ STC 8/2105 se pronunció sobre la DA 10ª del ET, avalando la misma como garantía de la continuidad del empleo, del mismo modo que las SSTC de 280/2006 y 341/2006.

⁴⁸ Véase la STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 47.

⁴⁹ Véase en este sentido la STJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 73.

cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión es proporcional. Este tipo de medidas abarca en la casuística de la Jurisprudencia europea múltiples variantes⁵⁰.

A *sensu contrario*, el TJUE no admitiría como proporcional una medida que previera la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que no cumplieran, salvo la edad, los requisitos de cotización para poder lucrar una pensión de jubilación, de modo que la proporcionalidad se vincula a la obtención real de la pensión de jubilación, no solo a la edad legal de jubilación. En esa línea, tampoco debería admitir una cláusula de extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos empleados que aunque pudieran acceder a una pensión de jubilación no hubieran, sin embargo, alcanzado la edad legal de jubilación, ya que en estos casos la pensión a la que tendrían derecho podría ser inferior a la íntegra. Sin embargo, el carácter voluntario o forzoso de la extinción de los contratos vinculados a la jubilación no es un elemento que tenga en cuenta la Jurisprudencia del TJUE a efectos de considerarla justificada⁵¹.

Por otro lado, la Jurisprudencia del TJUE distingue los supuestos en los que la extinción automática del contrato está prevista por una normativa convencional, de aquella

⁵⁰ Por ejemplo, que el trabajador afectado puede demorar la fecha del cese, pero supeditado al consentimiento del empresario. Véase en tal sentido, la STJUE de 28 de febrero de 2018, C-46/17, Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen, ECLI:EU:C:2018:131, apartado 30, que afirma que “el carácter favorable o ventajoso de la disposición controvertida en el litigio principal, en la medida en que constituye un modo de prolongar la relación laboral, prolongación que en ningún caso puede producirse sin el acuerdo —durante la relación laboral— de las dos partes del contrato”. Para saber más de esta STJUE, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9188, 2018.

⁵¹ Téngase en cuenta que en España, la Ley 3/2012 en su DF 4ª prohibió las cláusulas de jubilación forzosa en el Convenio Colectivo, posibilidad que ha sido reestablecida con la DF 1ª del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018, que desde el 1 de enero de 2019 redactó la DA 10ª en el modo que está actualmente en vigor, ver nota 53. En la E. de M. se alude a que la disposición permitirá el rejuvenecimiento de plantillas.

otra que ha podido ser pactada en el contrato de trabajo entre empresario y trabajador. En el primer caso, se ha dicho que la medida es fruto de un acuerdo negociado entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, de modo que el hecho de encomendar a los interlocutores sociales el cometido de definir un equilibrio entre sus respectivos intereses ofrece una flexibilidad nada desdeñable, al poder cada una de las partes, en su caso, denunciar el acuerdo⁵². En definitiva, se valora el hecho de que este tipo de mecanismo, al descansar en un fundamento convencional, puede valorar no sólo la situación global del mercado de trabajo, sino también las características propias de los puestos de que se trate⁵³.

4.2.2 Medidas en el sector público. Caso de los jueces polacos

Fuera de los mecanismos convencionales, sobre todo en el sector público, pueden adoptarse normas o disposiciones con la misma finalidad. Un caso reciente en el TJUE ha sido el de la reforma realizada por el Gobierno de Polonia que afectó a la ley del Tribunal Supremo que databa del año 2002 y cuyo artículo 30 fijaba la edad de jubilación de sus jueces en 70 años. La Ley del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 2017 (en lo sucesivo, «nueva Ley del Tribunal Supremo»), rebajó la edad de jubilación de sus magistrados a los 65 años, aunque permitió la posibilidad de una prórroga autorizada por el presidente de la República de Polonia, previo dictamen del CNPJ⁵⁴. Esta norma afectó con carácter inmediato a 27 de los 72 magistrados del Tribunal Supremo polaco.

El nuevo sistema de jubilación provocó dos procedimientos ante el TJUE: el primero fue un recurso de incumplimiento a instancia de la Comisión Europea cuya demanda fue estimada por sentencia dictada por la Gran Sala de fecha 24

⁵² Véase la STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartados 67 y 68.

⁵³ Véase la STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 49; véase también la STJUE de 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, apartado 74.

⁵⁴ Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia.

de junio de 2019⁵⁵. El Tribunal afirmó que aunque los Estados miembros conservan la competencia para adaptar las condiciones laborales aplicables a los jueces y, por lo tanto, su edad de jubilación, con el fin de equipararla a la prevista en el régimen general de jubilación, al tiempo que se optimiza la estructura por edades de sus miembros, concluyó que no concurría el objetivo legítimo de política social alegado por Polonia, cuál era, entre otros, el referido equilibrio entre jóvenes y mayores⁵⁶.

En el caso concreto, no cabía excluir por completo que la reducción de la edad de jubilación de los magistrados del Supremo podía beneficiar al colectivo de jueces más jóvenes, pero, por otro lado, dicha reducción era

⁵⁵ En esa demanda, asunto 619/18, ECLI:EU:C:2019:531, la Comisión Europea también alegaba que la reforma en cuestión violaba la independencia judicial y por tanto la tutela judicial efectiva, lo que culminó con la STJUE, dictada por la Gran Sala, de fecha 24 de junio de 2019, en la cual se declaró que Polonia había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 19, apartado 1, párrafo segundo del TJUE, el que establece el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la jubilación masiva de los jueces del máximo órgano jurisdiccional del país tenía implicaciones en ese derecho fundamental, en tanto en cuanto implicaba no tanto el relevo generacional, como el nombramiento de otros jueces afines al Gobierno polaco. Antes de recaer sentencia, mediante auto de 17 de diciembre de 2018, en el mismo asunto Comisión/Polonia (C-619/18), ECLI:EU:C:2018:1021, el Tribunal de Justicia había estimado la demanda sobre medidas provisionales hasta que se dictara sentencia definitiva en el presente asunto. Asimismo, mediante auto de 9 de enero de 2019, el presidente del Tribunal de Justicia autorizó la intervención de Hungría en el litigio en apoyo de las pretensiones de la República de Polonia. Véase al respecto a SERRANO RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M.: "Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 22, Nº 61, 2018, pág. 933, ISSN 1138-4026.

⁵⁶ Véase el apartado 81 de la de la STJUE dictada por la Gran Sala de fecha 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, donde alude a ciertos objetivos de política de empleo como los encaminados, por un lado, a uniformizar, en el marco de las profesiones de la función pública, los límites de la edad de cese obligatorio de la actividad, y, por otro lado, a fomentar el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada facilitando el acceso de los jóvenes a la profesión de juez, con cita a Jurisprudencia en la materia como las sentencias de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 50, y de 6 de noviembre de 2012, Comisión/Hungría, C-286/12, EU:C:2012:687, apartados 61 y 62.

sospechosa de ser un modo encubierto de modificar la composición de dicho órgano judicial⁵⁷, pues dicha medida se contradecía con el hecho de que en la misma ley se estableciera un mecanismo que atribuía al presidente de la República la facultad discrecional para conceder dos prórrogas consecutivas, de tres años cada una, lo que hizo albergar dudas en cuanto al objetivo real de optimizar la estructura por edades de la carrera judicial. De este modo, aunque el análisis de los medios utilizados por Polonia para alcanzar el objetivo alegado pertenece al terreno de la proporcionalidad, el TJUE negó la existencia del objetivo mismo por razón de la idoneidad de los medios utilizados para alcanzarlo⁵⁸. En segundo lugar, se valoró el hecho de que la medida afectaba a casi un tercio de los miembros del Tribunal Supremo polaco, de manera que la medida se revelaba excesiva y ahondaba en la intención del Gobierno de nombrar jueces afines al mismo, lo que sí entraba de lleno en el análisis de la proporcionalidad⁵⁹.

El segundo procedimiento fue el conocido como el caso de la Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo

⁵⁷ Ese es el argumento que defendía la Comisión alegando que era necesario en cualquier caso que se adopten medidas adecuadas —como un período transitorio o un planteamiento gradual que permitan prevenir que dicha reducción se utilice de forma encubierta para modificar la composición de los órganos judiciales— a fin de evitar, en particular, cualquier impresión de que el acortamiento del período de ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces afectados se debe en realidad a las actividades desarrolladas por estos durante el ejercicio de sus funciones, así como a fin de no menoscabar su certeza de que podrán continuar en sus plazas (punto 64 de la STJUE de TJUE dictada por la Gran Sala de fecha 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia asunto C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531).

⁵⁸ Un defecto de técnica que puede ser achacado al hecho de que se trataba de una sentencia recaída en un recurso de incumplimiento y no en un procedimiento seguido por una cuestión prejudicial.

⁵⁹ En otro orden de cosas, también se valoró el hecho de que gracias a la facultad de prórroga del presidente, éste pudiera decidir quién se quedaba y quién no. En definitiva, las garantías de independencia judicial estaban íntimamente vinculadas con la salvaguarda de la permanencia de la función jurisdiccional, incluida la garantía de inamovilidad. Téngase en cuenta que los condicionantes a los que están sometidos los jueces son más amplios que los puramente profesionales. En ese sentido, MANZANOS BILBAO, C.: Factores sociales y decisiones judiciales, 2004, *Revista de pensamiento social*, 2004, 5: 127-159. ISSN: 1137-1234.

Polaco, resuelto por la STJUE de 19 de noviembre de 2019, A. K. y otros⁶⁰. Como en el primer procedimiento, la STJUE de 24 de junio de 2019 ya había concluido que no concurría el objetivo legítimo de favorecer a los jueces más jóvenes, en el segundo, la STJUE de 19 de noviembre de 2019 (eran tres cuestiones prejudiciales, acumuladas, planteadas por tres magistrados del Tribunal Supremo polaco que fueron jubilados por aplicación de la nueva Ley, los cuales habían alegado discriminación por razón de la edad⁶¹), estaba abocada a decir lo mismo.

Sin embargo, el TJUE no entró en el fondo de asunto por falta de elementos fácticos necesarios a tales efectos, los cuáles -dijo-no habían sido suministrados por la jurisdicción de reenvío⁶². En todo caso diré que la posible promoción de los jueces más jóvenes como consecuencia de la jubilación de los jueces más mayores, y los del Tribunal Supremo lo

⁶⁰ STJUE de 19 de noviembre de 2019, A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), C-585/19 y acumulados, ECLI:EU:C:2019:982.

⁶¹ En este asunto, existía una segunda cuestión planteada por los demandantes cuál era la violación de la independencia judicial, pero ya no ligada al hecho de la modificación de la edad de jubilación y su afectación al propio órgano judicial, sino a otra reforma que afectó a la de organización del propio órgano, me refiero a la creación de una Sala especial, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo, para conocer, entre otros asuntos, precisamente de la jubilación forzosa de los jueces del Tribunal Supremo; asuntos que hasta entonces habían sido competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente, que era la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en el momento de la interposición de las tres demandas todavía era competente, pues no habían sido nombrados los integrantes de la citada Sala Disciplinaria), consideraba que, habida cuenta de las circunstancias en las que debía realizarse el nombramiento de los nuevos jueces de la Sala Disciplinaria, existían serias dudas en cuanto a si esta Sala y sus miembros ofrecerían suficientes garantías de independencia e imparcialidad, pues eran nombrados por el presidente de la República a propuesta del CNPJ, cuyos integrantes también suscitaban dudas de imparcialidad e independencia. En definitiva, se cuestionaba el nombramiento de los miembros del CNPJ y en consecuencia también el de los jueces integrantes de la Sala Disciplinaria.

⁶² Véase la STJUE de 19 de noviembre de 2019, A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), C-585/19 y acumulados, ECLI:EU:C:2019:982.

son, constituye un objetivo legítimo de política social⁶³. Más aún en el sector público, dado que el objetivo persigue crear una estructura de edad equilibrada entre jóvenes funcionarios y funcionarios de más edad⁶⁴. Cosa distinta es que los medios utilizados ni eran idóneos ni proporcionados, como ya había adelantado la STJUE de fecha 24 de junio de 2019, recaída en el asunto de la Comisión Europea contra Polonia⁶⁵.

5. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE EDAD

Ya hemos visto como el art. 6.1, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 enumera varios ejemplos de diferencias de trato que pueden ser compatibles con las exigencias del Derecho comunitario, entre las cuáles se cita expresamente el establecimiento de condiciones especiales de despido para los trabajadores de mayor edad⁶⁶, con vistas a la inserción de los más jóvenes. También hemos visto como la lista no es tasada y que se admiten otras medidas, como han sido las ya analizadas relativas a la extinción automática del contrato de trabajo, si el trabajador afectado alcanza la edad legal de jubilación y tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación.

En lo que se refiere propiamente a la extinción por despido de los más mayores, esta puede estar basada también en el

⁶³ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 37; véanse también, en ese sentido, las sentencias de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 65, y de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, apartado 37.

⁶⁴ Véase la STJUE de 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 38; véase también, en ese sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 50.

⁶⁵ Véanse los apartados 80 y ss. de la referida STJUE 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531.

⁶⁶ El TJUE ya ha admitido que, con el fin de alcanzar un objetivo de política de empleo, resulta adecuada una medida consistente en restringir el pago de una indemnización especial por despido únicamente a los trabajadores que, en el momento de su despido, no tienen derecho a una pensión de jubilación del régimen general. Véase a tal efecto, la STJUE de 26 de febrero de 2015, Ingeniørforeningen i Danmark (C-515/13, EU:C:2015:115), apartado 27.

objetivo de conseguir un rejuvenecimiento del sector público u obtener el relevo generacional de una empresa privada⁶⁷, como se verá en el caso concreto del que trataré a continuación.

5.1 OBJETIVO LEGÍTIMO. CASO OLYMPIAKO ATHLITIKO KENTRO ATHINON

Recientemente se ha planteado ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que se cuestionaba una medida nacional por la cual el trabajador demandante de una entidad pública griega era obligado a pasar a una situación de reserva durante un período no superior a veinticuatro meses, aplicando como único criterio el de cumplir durante ese período los requisitos de acceso a una pensión de vejez completa (treinta y cinco años de cotización)⁶⁸. Además, la medida nacional también preveía una reducción drástica de su retribución durante esos dos años, aunque, por otra parte, no estaba obligado a trabajar para la entidad pública en cuestión. Esa retribución percibida durante veinticuatro meses era imputada a la indemnización legal por despido que tenía derecho a percibir. Se consideró así que su inclusión en dicho régimen de reserva constituía en realidad un preaviso de despido. Por lo tanto, el trabajador era despedido, percibiendo, mientras no tenía derecho a la pensión de jubilación íntegra, un importe mensual imputable a la indemnización de su despido, lo que implicaba, por un lado, que la empresa siguiera cotizando por él y, por otro, que no ingresara en las listas del paro

⁶⁷ También puede estar justificado que la mayor edad del trabajador despedido implique una menor indemnización respecto a un trabajador más joven. Véase el caso de la STJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772, donde se abonó al trabajador demandante, por razón de su edad, una indemnización por despido por causas objetivas por un importe inferior, la mitad de la indemnización que resultaría de aplicar la fórmula general prevista en el Plan de Previsión Social de la empresa.

⁶⁸ También el requisito relativo a la edad de 58 años, aunque dicha edad no figuraba expresamente en el tenor literal de la normativa nacional cuestionada, pero era directamente deducible de otras normas nacionales a las que aquella se remitía, lo que determinó que se considerara que la medida era una discriminación directa por razón de edad, sin perjuicio de analizar después si la misma estaba justificada.

como demandante de empleo, ahorrándose el Estado abonar la prestación pública de desempleo. Estamos, en realidad, ante un despido (de alcance colectivo, pues la medida afectó a miles de empleados públicos), en el que el criterio de la edad es el único utilizado por el organismo público demandado para seleccionar a los trabajadores afectados⁶⁹, con la excusa de que su acceso a la jubilación íntegra estaba prevista, a no más tardar, a dos años vista. Sin embargo, a diferencia de las cláusulas de jubilación obligatoria ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional que se contienen en los convenios colectivos, donde la extinción se halla aquilatada por el acceso directo a la pensión de jubilación, unida a una política de empleo concreta realizable a corto plazo, como la contratación simultánea de trabajadores más jóvenes u otras medidas que realmente puedan entender justificada de forma razonable la medida, en el despido puede ocurrir, como en el caso que nos ocupa, que el mismo no vaya seguido del acceso directo a la jubilación ni siquiera de la correspondiente indemnización o compensación económica equivalente⁷⁰.

⁶⁹ Es una práctica muy conocida en España, donde los trabajadores seleccionados por el empresario o en el período de consultas son habitualmente los de más edad a través de programas de prejubilación dirigidos a trabajadores cercanos a la edad de jubilación. Véase al respecto a ESCUDERO PRIETO, A.: "Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, págs. 33. Véase también el estudio realizado por MENDOZA NAVAS, N.: "Medidas sociales", AAVV: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* (Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), Ministerio de Empleo y Seguridad social, Madrid, 2012, p.227.

⁷⁰ La única medida prevista en la legislación española para proteger el colectivo de los trabajadores de más edad es la prevista en el art. 51.5 del ET introducida por la Ley 3/2012, el cual dispone que: "Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, en relación a establecer una prioridad de permanencia a los trabajadores de más edad"; medida esta que no ha servido para limitar el poder empresarial de seleccionar a los trabajadores de más edad. Véase al respecto a ESCUDERO PRIETO, A.: "Prioridad de

El Gobierno griego en sus observaciones escritas alegó que el objetivo perseguido en este régimen de reserva laboral no era únicamente de carácter presupuestario, sino que conforme a la Exposición de Motivos de la norma que la implantaba, también buscaba la racionalización y la reducción del sector público en sentido amplio, así como la reestructuración de sus servicios, objetivo este que está directamente vinculado a la política de empleo. Uno de los objetivos estaba claro: el rigor presupuestario y de reducción de la masa salarial exigido por la UE en un contexto de grave crisis económica padecida por Grecia en ese momento. El otro, el objetivo de racionalizar y reducir el sector público a los efectos de mejorar su eficacia fue acogido por el Abogado General en sus Conclusiones quien lo tradujo en el sentido de que dicho régimen de reserva constituía una herramienta de gestión del personal puesta a disposición de los organismos del sector público para que estos últimos no recurriesen a despidos por causas económicas. El Abogado General francés admitió que había dos objetivos: uno, el de reducción del gasto público, al que calificó de interés general en la medida en que permitía conciliar el mantenimiento de un servicio público de calidad y el respeto de las restricciones presupuestarias que pesaban sobre el Estado, aunque reconoció que no bastaba por sí solo para justificar una diferencia de trato por motivos de edad, si no iba acompañado de intervenciones relativas a la política de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional; y dos, el de favorecer el empleo y una estructura de edades equilibrada entre empleados jóvenes y de más edad, así como la mantener en dicho sector un nivel de empleo elevado. El TJUE acoge los argumentos del Abogado General⁷¹, así como añade que si bien la restricción del gasto público impedirá la contratación con

permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, págs. 33.

⁷¹ Véanse los apartados 39 y 40 de la STJUE de 15 de abril de 2021, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

carácter general en el sector público, al menos impedirá el despido de los trabajadores más jóvenes del mismo⁷².

5.2 PROPORCIONALIDAD

En el terreno de la proporcionalidad, se tiene en cuenta en este caso el hecho de que los contratos laborales de los trabajadores afectados por la reserva laboral podían ser resueltos en cualquier momento por razones económicas, de manera que la misma evita que acaben en el paro, al tiempo que se valora que solo una categoría de trabajadores son afectados por ella, el personal próximo a la jubilación, lo que permite efectivamente evitar que las demás categorías del personal también acaben en el desempleo. De este modo, vemos como el objetivo de empleo relativo a favorecer a los más jóvenes se valora doblemente, primero en el juicio de objetividad de la medida (estructura equilibrada por edades) y segundo, en el medio utilizado para conseguirlo, es decir, en el juicio de proporcionalidad (si el despido colectivo afecta solo a los más mayores, por estar próximos a su jubilación, se evita el de los más jóvenes, particularmente en un contexto en el que se había congelado la contratación). En realidad, el régimen de reserva laboral no difiere sustancialmente de una política de jubilación obligatoria a una edad determinada en aras de promover la contratación de jóvenes⁷³.

El segundo elemento que se valora en el terreno de la proporcionalidad es el relativo a la indemnización por despido del trabajador afectado. En el caso concreto, la indemnización no se elimina, pero se abona en

⁷² Véanse los apartados 39, 40 y 41 de la STJUE de 15 de abril de 2021, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274, en relación a los apartados 58 a 66 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Richard de la Tour de 19 de noviembre de 2020, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2020:944; véase también la STJUE de 12 de octubre de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2015:11, apartado 44.

⁷³ Véase al efecto el apartado 70 de las Conclusiones del Abogado General francés de 19 de noviembre de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944.

mensualidades, tantas como dure el tiempo en que permanezca el trabajador demandante en la reserva. En este punto, nada habría que oponer, pues el hecho de que se vaya a percibir la pensión íntegra de jubilación al finalizar la reserva no debería impedir la indemnización por despido, aunque la Jurisprudencia del TJUE en este punto ha oscilado, pues si bien en alguna ocasión ha considerado que una medida consistente en excluir del pago de una indemnización por despido a los trabajadores que en ese momento tienen derecho a la jubilación se opone a la Directiva (ya que se basa en la presunción de que el acceso a una pensión de este tipo elimina la necesidad o el deseo de buscar un nuevo empleo, así como dificulta el acceso al mercado laboral de aquellos que prefieren renunciar a la misma para seguir en activo, a causa precisamente de no disponer de esa indemnización que garantice ingresos suficientes mientras lo buscan⁷⁴), sin embargo, en otras, ha considerado que no se opone a la Directiva, la exclusión de la indemnización por despido si el trabajador tiene acceso en esa fecha a la pensión de jubilación, precisamente por tratarse de una renta sustitutiva del salario que impide la búsqueda de un nuevo empleo⁷⁵. Los mismos argumentos se utilizan para los casos de reducción de la indemnización a percibir en caso de despido⁷⁶.

⁷⁴ Véase la STJUE de 12 de octubre de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, apartados 44 y 45. La Sentencia de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, *Dansk Industri (DI)*, actuando en representación de *Ajos A/S*, y *Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278, apartados 25 y 26.

⁷⁵ Véase la STJUE de 26 de febrero de 2015, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, apartado 39.

⁷⁶ En ocasiones, se han utilizado otros argumentos menos estereotipados, por ejemplo, se ha considerado razonable cuando la indemnización está prevista en planes de previsión o planes sociales implementados por la empresa, dada la necesidad de un reparto de medios limitados y a la idea de que en efecto deben gozar de mayor protección los trabajadores cuya transición a un nuevo empleo resulta difícil debido a sus limitados recursos económicos, frente a los trabajadores que gozan de cobertura económica (pensión de jubilación), así como también se tiene en cuenta el importe de la reducción en relación al importe previsto para los trabajadores más jóvenes. Véase la STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Odar*, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772, apartados 48 a 52.

Cosa distinta sucede en el modo en que la misma es abonada en el caso concreto, diferida por meses, sin que, además, el trabajador afectado por la medida pueda acceder a la prestación de desempleo, dado que la referida indemnización se abona a modo de salario, cotización incluida, con una reducción del 40%. A juicio del Abogado General, esa fórmula (un salario reducido en el 40% imputable a la indemnización por despido), es una medida adecuada pues permite al trabajador demandante cubrir sus necesidades esenciales hasta su jubilación y al finalizar la reserva tendrá derecho⁷⁷ a la pensión de jubilación íntegra, al tiempo que sigue cotizando por la jubilación pendiente. Sin embargo, no es menos cierto que esa indemnización diferida representa una merma de los ingresos mensuales cifrada en un 40% durante dos años. En este sentido, ¿es proporcional una reducción de los ingresos del 40% del sueldo base que percibía el trabajador antes de su inclusión en dicho régimen, durante dos años, así como la pérdida de un posible aumento salarial y de las posibilidades de promoción durante el período en que esté incluido en la reserva, cuando además las posibilidades reales de encontrar un nuevo empleo son prácticamente nulas?

Lo cierto es que la adecuación de la medida de reducción salarial que se confirma por el TJUE no se entiende sino es en el contexto de la grave situación económica que afectaba a Grecia en ese momento, teniendo en cuenta lo drástico de la rebaja, por mucho que se eximiese al demandante de prestar servicios. En un plano teórico, el trabajador es despedido, recibe la indemnización por despido y luego la pensión íntegra de jubilación, pero en el ínterin (dos años), sus ingresos no pueden ser considerados como sustitutivos, en el sentido de equivalentes.

Si la idea de ingresos sustitutivos estables y perennes ha sido utilizada en más de una ocasión por el TJUE para justificar la pérdida del empleo, como hemos visto anteriormente, ¿qué ocurre si la pérdida de empleo no va seguida de unos ingresos que puedan ser considerados

⁷⁷ Véase el apartado 82 de las Conclusiones del Abogado General francés de 19 de noviembre de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944.

sustitutivos? El relevo generacional como objetivo legítimo puede ser conseguido a través de la extinción de los contratos de los trabajadores de más edad, pero siempre y cuando estos tengan acceso a una pensión íntegra. Esa era la línea roja, que se traspasa si ese acceso se demora dos años y mientras tanto los ingresos a percibir se reducen a casi la mitad, sin posibilidades de formación y con escasas posibilidades de acceso al mercado de trabajo.

El juicio de proporcionalidad exige que no se rebase el límite de lo adecuado y necesario, que el sacrificio que se inflige al trabajador con la medida de reserva laboral analizada se armonice con el beneficio para la colectividad⁷⁸. En el caso concreto, lo que se produce es el total y definitivo apartamiento del trabajador concernido del mercado de trabajo, sin prestación de desempleo y con la indemnización por despido diferida en el tiempo a modo de salario (muy reducido). A cambio, los trabajadores jóvenes no pierden su empleo y el sector público se beneficia de una estructura equilibrada por edades. Pero, si como se dice en la sentencia, la otra alternativa era el despido por razones económicas⁷⁹, en ese caso, las consecuencias podrían haber sido más beneficiosas. El trabajador podría haber sido igualmente seleccionado por razón de su edad, es decir, podría subsistir la necesidad de la discriminación para lograr el objetivo de evitar el despido de los más jóvenes, al tiempo que se reducen los costes sociales en el sector público, pero a cambio percibiría la indemnización por despido, la prestación por desempleo durante determinado período de tiempo, incluso hasta la jubilación (salvo que pudiera acceder a otro empleo). Es decir, que existía una alternativa más razonable y menos gravosa para el trabajador afectado y los beneficios para los trabajadores jóvenes se mantendrían; no serían despedidos y el sector

⁷⁸ Véase a MERCADER UGUINA, J.R.: "Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad". AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, pág. 36.

⁷⁹ Véase el apartado 44 de la STJUE de fecha 15 de abril de 2021, Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

público rejuvenecería⁸⁰. La única desventaja sería para el Estado, al tener que pagar prestaciones por desempleo, cotización de jubilación incluida, dada la edad de los desempleados, pero, a cambio, se produciría una reducción de la masa salarial del empleo público, con el consiguiente cumplimiento de ese interés general de índole presupuestario que también está en la base de la medida en cuestión. Faltaría saber en qué medida esa reducción de la masa salarial compensaría el aumento del gasto público en prestaciones de desempleo e indemnizaciones por despido, pero ese es otro tema, de índole fiscal que, como decimos, no debe condicionar las medidas adoptadas, que deben ser razonables y adecuadas para el trabajador afectado, no para el Estado que las implanta o propicia, caso contrario, cualquier diferencia de trato en función de la edad que permitiese una reducción del gasto público sería, por esa sola razón, justificable sobre la base del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, privando de efecto útil a la misma.

Lo cierto es que en el test de proporcionalidad ha influido el objetivo fiscal. Ante la precaria situación económica del Estado griego, la cual abocaba al despido colectivo de trabajadores jóvenes y mayores del sector público, la medida enjuiciada decide despedir a los trabajadores de más edad. Se aduce la propia supervivencia del sector público, se abunda en la idea de que bajo el paraguas (objetivo), del relevo generacional, todo vale, pero no solo se sacrifica a los de más edad sino que se les somete de forma forzosa a condiciones retributivas precarias hasta su jubilación. La medida es, además de desproporcionada, contradictoria con los objetivos de la UE que ya se han mencionado, y con las reformas de los sistemas de protección social acometidas por todos los Estados miembros de la EU para reducir el gasto social, entre cuyas

⁸⁰ Véase sobre la razonabilidad de la discriminación por razón de edad a LOI, P.: "El principio de razonabilidad en la discriminación por edad". AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, pág. 66.

medidas⁸¹, sin duda, la medida estrella ha sido la de incrementar la edad de acceso a la pensión de jubilación⁸². En otro orden de cosas, que los jóvenes tengan trabajo, ¿depende de que otras personas dejen de trabajar? Puede no ser una contradicción el abogar por un lado por retrasar la edad de jubilación y, por otro, luchar contra el desempleo juvenil⁸³. El desempleo juvenil es una consecuencia de las crisis económicas, de las deficiencias de los sistemas educativos y de las instituciones laborales de los países⁸⁴. Si los despidos incentivados, los expedientes de regulación de empleo o las prejubilaciones han protagonizado los procesos de reconversión industrial de los países occidentales de los últimos veinte años⁸⁵, entre ellos España⁸⁶, este hecho desgarrador, que se analiza solo desde

⁸¹ Véase el RDL 5/2013 de 15 de marzo de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Véase también el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 que aprobó la estrategia global para el empleo de trabajadores de más edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más).

⁸² Véase al efecto, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La cuadratura del círculo: sostenibilidad del sistema de pensiones y desempleo juvenil", *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2, 2016), p. 72.

⁸³ La Comisión Europea en su Libro Blanco para resolver el problema derivado de la interconexión y concurrencia en un mismo espacio temporal y territorial de ambos fenómenos (envejecimiento de la población y desempleo juvenil), aboga por encontrar "un equilibrio adecuado" ya que "mantenerse activo durante algunos de los años de vida adicionales no significa que la gente mayor se vea privada de su merecida jubilación en beneficio de los jóvenes. Tampoco se trata de que los trabajadores de más edad conserven unos puestos de trabajo que, de otro modo, podrían ocupar trabajadores más jóvenes" (Libro Blanco (2012) p.11).

⁸⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La cuadratura del círculo: sostenibilidad del sistema de pensiones y desempleo juvenil", *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2, 2016), p. 78.

⁸⁵ Véase al respecto, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "*Discriminación por razón de edad de mayores de 55 años, la edad como criterio de selección de trabajadores afectados en un Despido Colectivo*". Universidad Complutense de Madrid. Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI: (2015-2018) / coord. por Carmen Sánchez Trigueros, Ángel Arias Domínguez; Manuel Alonso Olea (dir.), Alfredo Montoya Melgar (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), 2019, ISBN 978-84-1308-639-2, págs. 135-149.

⁸⁶ Véase el caso de la STC 66/2015, de 13 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015), que denegó el amparo. Véase también comentando la misma a ROJO TORRECILLA, E.: El Derecho a la igualdad de trato y no

una perspectiva económica y se presenta, además, basado fundamentalmente en estereotipos y prejuicios sobre el trabajador mayor que esconde la realidad de que un trabajador de edad madura, con una cierta antigüedad en la empresa, supone siempre un coste laboral superior (que viene determinado por un mayor peso de los gastos en cuotas de Seguridad Social, formación, antigüedad, incremento del importe de indemnizaciones en casos de despido, gastos de formación, etc.⁸⁷), pronto se ha visto superado por planes de desvinculación o de suspensión o extinción de contratos sin contraprestación económica suficiente, sin indemnizaciones por despido o sin pensiones de jubilación completas.

En definitiva, con la finalidad legítima del relevo generacional se otorga carta de naturaleza al sacrificio de uno de los derechos fundamentales de todo trabajador – el derecho al trabajo–, rebasando el límite de lo adecuado y necesario, sin olvidar que no puede ser considerada una política de empleo aquella que los destruye. En este contexto, se evidencia que se está otorgando mayor peso jurídico a la Directiva que al propio Tratado⁸⁸, cuando los

discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional en *El envejecimiento de la población trabajadora: Balance crítico de la situación y propuestas de mejora* / coord. por Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación, 2018, ISBN 978-84-938957-4-7, págs. 213 a 219. Véase también sobre la STC 66/2015 a ESCUDERO PRIETO, A.: «Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, pág. 43.

⁸⁷ PELÁEZ DOMÍNGUEZ, J.: La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea. Tesis doctoral dirigida por María Pilar Rivas Vallejo (dir. tes.). Universitat de Barcelona (2016). <http://hdl.handle.net/2445/96194>, p. 147.

⁸⁸ Por su parte, el Libro Verde sobre Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, de 28 de mayo de 2004, destaca que con arreglo al artículo 51 de la CDF «los principios establecidos en ella [y, por ende, el principio de no discriminación] deben orientar el desarrollo de las políticas en la UE y la aplicación de dichas políticas por parte de las autoridades nacionales (...)». En ese sentido, también recuerda como el TJUE ha señalado sistemáticamente que los derechos humanos fundamentales derivados de los instrumentos internacionales suscritos por los Estados miembros forman parte de los principios generales del Derecho de la

principios y libertades establecidos en el Tratado de la Unión y la Carta, a la que el art. 6 del Tratado de la Unión otorga el mismo valor jurídico que los Tratados, están jerárquicamente por encima de aquella⁸⁹.

Sorprende que frente al hecho social del envejecimiento de la población en Europa, el derecho positivo de la UE tolere estas discriminaciones, que la jubilación se utilice todavía como instrumento para consumir la discriminación⁹⁰, pero sorprende todavía más la deriva del Tribunal de Justicia de la UE consintiendo este tipo de medidas⁹¹. En definitiva, se consiente la discriminación por razón de edad como mero instrumento para expulsar del mundo laboral a los trabajadores más mayores⁹².

En ese contexto, las medidas nacionales que tratan de desincentivar el despido de los más mayores tienen escaso impacto⁹³, pues siempre resultará mucho más económico

Unión, por cuyo cumplimiento vela el TJUE [vid. STJUE de 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department* (Asunto C-60/00)]. En suma, la CDF es un importante documento de referencia para el TJUE en su interpretación de la legislación de la Unión [vid. STJUE de 23 de octubre de 2003, *RTL Television GmbH contra Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk* (Asunto C-245/01)].

⁸⁹ PELÁEZ DOMÍNGUEZ, J.: La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea. Tesis doctoral dirigida por María Pilar Rivas Vallejo (dir. tes.). Universitat de Barcelona (2016). <http://hdl.handle.net/2445/96194>, p. 236.

⁹⁰ SERRANO ARGÜELLO, N.: «La discriminación por razón de edad: Un instrumento consentido para expulsar del mundo laboral a los trabajadores de más edad». AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Milagros Alonso Bravo (coord), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, págs. 276.

⁹¹ La jubilación forzosa es en sí misma discriminatoria a juicio de GONZALO GONZALEZ B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *Relaciones laborales* nº 8, 2003, págs.33 y ss.

⁹² SERRANO ARGÜELLO, N.: "La discriminación por razón de edad: Un instrumento consentido para expulsar del mundo laboral a los trabajadores de más edad", en *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, coordinado por Milagros Alonso Bravo, Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, pág. 280.

⁹³ Por ejemplo, la conocida como "Cláusula Telefónica", actualmente regulada por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que

extinguir los contratos de trabajo; de hecho este tipo de medidas han sido precisamente utilizadas en España por el TC para justificar este tipo de medidas discriminatorias⁹⁴.

6. CONCLUSIONES

El relevo generacional o en general las medidas que tengan por objetivo la inserción o el mantenimiento del empleo de los más jóvenes es un objetivo legítimo, lo mismo que lo son aquellas que tienen por objeto el mantenimiento en el mercado laboral de los trabajadores de más edad. Los Estados miembros pueden apostar en favor de los jóvenes o de los mayores, en ambos casos, la Directiva lo permite. El medio para conseguirlo será también el que decida el Estado miembro. El control de la proporcionalidad de los medios corresponde a los jueces, entre ellos el TJUE.

El objetivo nunca puede ser solo el fiscal o presupuestario ni los condicionantes fiscales pueden influir en el análisis de la proporcionalidad, pero en la reciente decisión del TJUE ha influido el contexto económico del Estado miembro, pues ha reducido el estándar en el análisis de la proporcionalidad, aprobando medidas que han rebasado el límite de lo adecuado y necesario para el trabajador afectado, existiendo para el caso concreto medidas menos gravosas.

En definitiva, se evidencia una evolución en la Jurisprudencia del TJUE, pues se ha otorgado mayor peso jurídico a la Directiva, se han forzado los límites de la misma, frente al principio general de igualdad de trato y no

realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años; o, también el art. 51.9 del ET, que establece que: "Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

⁹⁴ Véase la STC 66/2015, de 13 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015), donde ante el despido colectivo de los trabajadores de una empresa, consideró que la medida legal consistente en suscribir convenio especial para los trabajadores mayores de 55 años (prevista precisamente para desincentivar los despidos colectivos), era una medida válida para compensar el impacto negativo del mismo.

discriminación contenidos en el Tratado de la Unión y la Carta.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M.A.: «Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario», AAVV: *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Jaime Cabeza Pereiro (dir), María Amparo Ballester Pastor (dir.), Marta Fernández Prieto (dir.), Editorial Aranzadi, 2009, ISBN 978-84-8355-959-8.
- BREDT, S.: «Compulsory retirement as an instrument to strengthen labour market opportunities for young employment seekers? An annotation to the European Court of Justice's decision C-411/05 – Palacios de la Villa», en *European Journal of Social Security*, 2008, págs. 195 y ss.
- COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, de 28 de mayo de 2004, Bruselas.
- COMISIÓN EUROPEA; Libro Blanco (2012). Agenda Para Unas Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles: Bruselas.
- ESCUADERO PRIETO, A. : «Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, págs. 32-47.
- GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDÁ, C.: «El factor de Sostenibilidad en Europa». XI Congreso Nacional de La Asociación Española de Salud y Seguridad Social. *Laborum*: Murcia, 2004.
- GONZALO GONZALEZ B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *Relaciones laborales* nº 8, 2003, págs.33 y ss
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, ELIAS : «La continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad : una difícil singladura », AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*», Milagros Alonso

- Bravo (coord), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, págs. 137 y ss.
- LOI, P.: «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad». AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, págs.43-67.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad ». AAVV: *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Jaime Cabeza Pereiro (dir), María Amparo Ballester Pastor (dir.), Marta Fernández Prieto (dir.), Editorial Aranzadi, 2009, ISBN 978-84-8355-959-8.
- MANZANOS BILBAO, C. : «Factores sociales y decisiones judiciales », 2004, *Revista de pensamiento social*, 2004, 5: 127-159. ISSN: 1137-1234.
- MENDOZA NAVAS, N.: «Medidas sociales», AAVV: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* (Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), Ministerio de Empleo y Seguridad social, Madrid, 2012, p.227.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad». AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, págs. 23-41.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad ¿Quién debe pagar los costes sociales?» RTSS-CEF Nº 389-390, pág 128 y ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G : «La discriminación por razón de edad vinculada al

- momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9188, 2018.
- PELÁEZ DOMÍNGUEZ, J.: «*La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea*». Tesis doctoral dirigida por María Pilar Rivas Vallejo (dir. tes.). Universitat de Barcelona (2016). <http://hdl.handle.net/2445/96194>.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «La jubilación en la unificación de doctrina», *La Ley*, 1ª edición, Madrid, septiembre 2001, ISBN 84-9725-135-0.
- REQUENA CASANOVA, M.: «La discriminación por razón de la edad en la unión europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes», Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2017, ISSN 2387-1113, págs. 1033-1044.
- ROJO TORRECILLA, E.: «El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional en «*El envejecimiento de la población trabajadora: Balance crítico de la situación y propuestas de mejora / coord. por Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación*», 2018, ISBN 978-84-938957-4-7, págs. 205-220
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La cuadratura del círculo: sostenibilidad del sistema de pensiones y desempleo juvenil», *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2,2016), pp. 65-80.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Discriminación por razón de edad de mayores de 55 años, la edad como criterio de selección de trabajadores afectados en un Despido Colectivo». Universidad Complutense de

- Madrid. Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI: (2015-2018) / coord. por Carmen Sánchez Trigueros, Ángel Arias Domínguez; Manuel Alonso Olea (dir.), Alfredo Montoya Melgar (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), 2019, ISBN 978-84-1308-639-2, págs. 135-149
- SERRANO ARGÜELLO, N. : «La discriminación por razón de edad: Un instrumento consentido para expulsar del mundo laboral a los trabajadores de más edad». AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Milagros Alonso Bravo (coord), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, págs. 267-300.
- SERRANO RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M.: «Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 22, Nº 61, 2018, págs. 933-97, ISSN 1138-4026.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial», Cuadernos Civitas, 1ª Edición, Madrid 2002, ISBN:84-470-1786-9.
- TISSANDIER, H.: «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, págs. 97 y ss.