

La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa; el caso Palacios de la Villa*

LOURDES LÓPEZ CUMBRE**

1. LA SENTENCIA PALACIOS DE LA VILLA EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA REGULACIÓN SOBRE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN ESPAÑA

1.1. La decisión sobre una excepción transitoria en relación a la jubilación forzosa: la aplicación de requisitos legales sobre Convenios Colectivos negociados antes de su entrada en vigor

1. Aunque fijada en 65 años hasta que la Ley 27/11, de 1 de agosto, BOE, 2, la ha incrementado (progresivamente) a 67, la edad real de jubilación ha resultado ser variable. En función de coyunturas económicas, sociales, políticas y/o demográficas se ha optado por fomentar su reducción o su ampliación en determinados supuestos. La jubilación forzosa, institución en la que se enmarca la sentencia objeto de comentario (STJUE, Gran Sala, de 16 de Octubre de 2007, asunto C-

411/2005), no es más que una muestra de esta ductilidad.

La edad no suele ser un elemento reconocido expresamente como factor discriminatorio en los textos normativos. La Declaración más Universal (la de los Derechos del Hombre de 1948), texto admitido como referencia más inmediata y generalizada para garantizar la igualdad y la dignidad como bases del desarrollo de la personalidad, recoge en su art. 2 cuáles son las circunstancias prohibidas como vulneradoras del derecho de la igualdad. Entre las mismas (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición) no se encuentra la edad, al menos no específicamente, aunque sí en la alusión generalizada a «*cualquier otra condición*». Referencia que sí se localiza, sin embargo, en los textos más modernos. En el ámbito internacional, sirva de ejemplo la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (1989, incorporada al Tratado de Niza en 2001) en cuyo art. 21.12 se alude expresamente a la prohibición de toda discriminación «*por razón de edad*». Ahora, el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE señala

* Comentario a la S.TJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005).

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria.

cómo, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la UE tratará de luchar contra toda discriminación, entre otras, por razón de edad. Asimismo, el art. 19 de dicho texto normativo (antiguo art. 13 del Tratado de la Comunidad) establece que, sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad y con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otras, por razón de edad.

Tampoco el art. 14 CE la reconoce como tal, pues su expresión se limita al nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión y, eso sí, *«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*. Sí lo hace, sin embargo, el art. 17 LET, norma nuclear sobre la igualdad en las relaciones laborales, al declarar expresamente la nulidad y la falta de eficacia de aquellos preceptos, cláusulas convencionales, pactos o decisiones unilaterales que *«contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad»*, identificando a ésta como la primera de las circunstancias elegidas a la que seguirán otras de no menor interés (discapacidad, sexo, origen racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a los sindicatos, vínculo de parentesco en la empresa, lengua dentro del Estado español, etc). Asimismo, el art. 4.2.c) LET reconoce como derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente *«para el empleo, o una vez empleados...por razón de edad, dentro de los límites marcados por esta ley»*¹. Ambos preceptos son consecuencia directa de la reforma operada en cada uno

de ellos por la Ley 62/03, de 30 de diciembre, BOE, 31, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que transpone la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 nov., DOCE, 2 dic., base normativa esta última de la sentencia que se analiza a continuación.

2. La decisión judicial que se comenta nace de una cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Social núm.33 de Madrid mediante auto de 14 de Noviembre de 2005, en el conflicto planteado por el trabajador D. Félix Palacios de la Villa contra la empresa Cortefiel Servicios, S.A.².

La Ley 14/05, 1 jul., BOE, 2 (vigente desde el 3 de Julio de 2005) introduce una regulación distinta para aquellos Convenios Colectivos que se pacten con posterioridad a la misma y aquellos que aún conserven su vigencia una vez aprobada. Para los Convenios Colectivos celebrados después de su entrada en vigor, la nueva DA 10ª LET dispone que puedan establecerse cláusulas que permitan la extinción del contrato cuando el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social *«siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio Colectivo, tales como la*

¹ Más ampliamente en LÓPEZ CUMBRE, L., «Discriminación por razón de edad», en AAVV, *Los retos de la igualdad en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración y Fundación Francisco Largo Caballero, 2009, pp. 253-304.

² Vid los comentarios de CASTELLANO BURGUILLO, E., «No discriminación por razón de la edad. Comentario de la STJCE de 16 de octubre de 2007», *Aranzadi Social*, núm.18, 2008, pp. 1256-1259, GARCÍA TRASCASAS, A., «Cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa y normativa comunitaria. Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2007, Asunto C-411/05», *Revista General de Derecho Europeo*, núm.15, 2008, www.iustel.com., pp. 1-8, GÓMEZ GORDILLO, R., «TJCE. Sentencia de 16.07.2007, Palacios de la Villa C-411/05. Jubilación forzosa prevista en el Convenio Colectivo y discriminación por motivos de edad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.30, 2008, pp. 565-579 y TOMÁS JIMÉNEZ, N., «Repensando la problemática jubilación forzosa: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 16 de octubre de 2007, C-411/2005, Palacios de la Villa, *Tribuna Social*, núms. 212-213, 2008, pp. 39-53.

mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo; b) el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». Sin embargo, para aquellos Convenios Colectivos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley, la DT Única de dicha norma sólo impone el segundo de los dos requisitos mencionados, sin incluir referencia alguna a la necesidad de que se persigan objetivos de política de empleo.

Pues bien, el Convenio Colectivo aplicable al Sr. Palacios de la Villa extiende su vigencia hasta el 31 de Diciembre de 2005, por lo tanto entra dentro del ámbito de actuación de la DT Única citada. En virtud del art. 19 de dicho Convenio Colectivo: *«Con el objeto de fomentar el empleo, se pacta que la edad de jubilación será a los 65 años, salvo que el trabajador afectado no hubiese cubierto el período de carencia exigido para lucrar la pensión de jubilación, pudiendo continuar, en tal caso, en la prestación de sus servicios hasta completar tal período».* En la fecha en que la empresa comunica al trabajador la extinción automática de su relación laboral por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa (18 de Julio de 2005), el Sr. Palacios de la Villa había cubierto el período de carencia exigido para percibir, con cargo al sistema de Seguridad Social, una pensión de jubilación del 100% de su base de cotización de 2.347,78 euros, sin perjuicio de los topes máximos previstos por la legislación nacional. Sin embargo, el trabajador decide reclamar contra lo que considera un despido discriminatorio.

El órgano jurisdiccional que remite la cuestión prejudicial manifiesta sus dudas

sobre la conformidad con el derecho comunitario de la mencionada DT Única por cuanto no exige que la extinción venga motivada por la política de empleo que aplique el Estado miembro de que se trate, a diferencia de los Convenios que se pacten tras la entrada en vigor de la ley que sí deberán perseguir objetivos relacionados con la política nacional de empleo y expresados en el Convenio tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o el incremento de la calidad del empleo. Por lo tanto, existe una diferencia de trato entre los trabajadores que alcancen 65 años en función únicamente de si el Convenio se aprueba antes o después de la entrada en vigor de la norma en cuestión.

3. La base normativa de referencia en esta causa es la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO.L. 303).

En defensa de un trato no discriminatorio se esgrimen los siguientes argumentos: a) el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal; b) el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación; c) la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad; y d) el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal.

No obstante, la Directiva 2000/78 contiene, al menos, dos preceptos que exceptúan la aplicación íntegra del principio de no discriminación por razón de edad. Por una parte, el reconocimiento en su art. 2.2.b) sobre la posibilidad de justificar una discriminación indirecta siempre que exista *«una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios»*. En segundo término, el art. 6, en el que se establece la *«justificación de diferencias de trato por motivos de edad»*, reconoce que *«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»*.

En opinión del órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial, la Directiva 2000/78/CE contiene normas precisas e incondicionales que obligan al juez nacional, en consonancia con el principio de primacía del Derecho comunitario, a no aplicar una ley interna que, como la DT Única, resulte contraria. No obstante, el juez decide plantear una cuestión prejudicial para dirimir esta duda.

Tras admitir el Tribunal que esta Directiva resulta de aplicación al litigio por cuanto se trata de una norma relativa a las condiciones de empleo y de trabajo a las que se dedica la Directiva en cuestión, recuerda que la igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados por la Directiva, entre otros, la edad. Sin embargo, la Directiva admite excepciones si se trata de medidas justificadas objetiva y razonablemente 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.

Pues bien, en la sentencia objeto de comentario queda probado que la DT Única de la Ley 14/05 se adoptó, a instancias de los agentes sociales, en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional. Aunque no exista una indicación expresa en la norma, es necesario comprobar si otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permiten la identificación del objetivo que subyace en la misma, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo. El Gobierno y los agentes sociales firman en 2004 la Declaración para el diálogo social sobre competitividad, empleo estable y cohesión social en el que se basa la revitalización de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.

La Ley 14/05 que recoge dicho pacto tiene por objeto ofrecer oportunidades en el mercado de trabajo a las personas que buscan un empleo. De ahí que vincule la extinción del trabajo por jubilación a que se cumplan objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio Colectivo tales como la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo o la contratación de nuevos trabajadores. Eso significa que, situada en este contexto, la DT Única tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo. En concreto, el Convenio Colectivo en cuestión justifica la jubilación forzosa para fomentar el empleo. *«Por lo tanto, debe considerarse que, en principio, un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad»* (Considerando 66)

Falta por verificar si los medios empleados para lograr ese objetivo legítimo son adecuados y necesarios y para ello *«procede recordar en este contexto que, en el estado actual de Derecho*

comunitario, los Estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo» (Considerando 68). Parece que una medida como la controvertida puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo.

Además, entiende el Tribunal, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado. Por lo demás, la normativa nacional ofrece a los agentes sociales la posibilidad de recurrir en los Convenios al instrumento de la jubilación forzosa, de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo sino las características propias de los puestos de que se trate. Por lo tanto, *«no puede sostenerse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78» (Considerando 75).*

1.2. Una vigencia consolidada durante veinte años y alterada en los diez siguientes: la decisión política sobre permitir o prohibir la jubilación forzosa

1. Imponer la jubilación frente a su consideración generalizada como derecho no deja

de resultar excepcional, aun cuando la práctica sociolaboral —representada por la negociación colectiva— la haya convertido en un recurso habitual. El derecho a la pensión de jubilación surge, como es sabido y en atención a lo previsto por el art. 160 LGSS, cuando «alcanzada la edad establecida» el trabajador cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena. La ley establece, por tanto, un derecho a la jubilación que no una obligación³. El trabajador puede permanecer en activo aun cuando cumpla la edad mínima de acceso a la pensión. Sin embargo, la práctica demuestra que la realidad sociolaboral es otra bien distinta, en gran medida por la intervención de la negociación colectiva.

Los procesos de prejubilación, jubilación anticipada, jubilación parcial pero, y sobre todo, las jubilaciones forzosas han contribuido a diseñar esta realidad que el actual Gobierno intenta modificar radicalmente, primero, prohibiendo las jubilaciones forzosas y, segundo, restringiendo el acceso a la jubilación anticipada. Según los datos que facilita el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en 2011, 111.648 pensionistas de jubilación accedieron a la misma antes de la edad ordinaria (un 40% del total), siendo la edad media de 63.87 años. La pensión media fue de 1.234 euros, de 1.572 euros la jubilación parcial media y de 1.344 euros la jubilación anticipada media. El Gobierno se encuentra, al finalizar 2012, en pleno proceso de reforma y propone ante el Pacto de Toledo una serie de modificaciones. Entre otras, retrasar la edad de acceso a la jubilación anticipada de 63 a 65, si son voluntarias, y de 61 a 63, si provienen de despidos. Se hará de forma progresiva al mismo ritmo que se incrementa la edad ordinaria de 65 a 67 años hasta 2027. Plantea también modificar al alza la jornada de los trabajadores jubilados parcialmente, evitar

³ LÓPEZ CUMBRE, L., «La jubilación, entre el derecho y la obligación», en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. De la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 39-106.

el abuso en el contrato de relevo e introducir coeficientes reductores, también en este tipo de pensión.

2. Inmodificada durante veinte años, el elemento nuclear de esta realidad han sido, sin duda, las jubilaciones forzosas. Avaladas por el Tribunal Constitucional, han servido para legitimar la disponibilidad de un derecho individual a través de la negociación colectiva. Antes de la LET, la O.M. 1 jul.53 (BOE, 7) vedaba a los Convenios Colectivos la imposición al trabajador de cualquier edad de jubilación al afirmar en su artículo 1 que *«la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan»*.

Con la aprobación de la LET en 1980 (Ley 8/80, de 20 de marzo, BOE, 14) la cuestión se revitaliza aún cuando lo que se incorpora a su texto originario es una Disposición Adicional 5ª con dos párrafos. En el primero se establecía que *«la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación»*. Declarado inconstitucional por S.TC 22/81, el TC consideraría contrario a la Constitución el establecimiento de una edad que incapacitara al trabajador para prestar servicios por cuenta ajena. El segundo párrafo del mencionado precepto admitía que en la negociación colectiva pudieran pactarse libremente *«edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*. A diferencia del anterior, el TC sí aceptaría la constitucionalidad de esta supeditación de la edad de jubilación a la negociación colectiva.

Será con la refundición del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por el RD-leg. 1/95, de 24 de marzo, BOE, 29 (actual LET)

cuando la antigua DA 5ª se convierta en una nueva DA 10ª y bajo el rótulo de *«Límite máximo de edad para trabajar»* disponga que *«Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*.

La DA 10ª LET sería derogada en el año 2001 (Ley 12/01, de 9 de julio, BOE, 10) con dos efectos básicamente. Uno, la manifiesta voluntad del Gobierno de no fijar un límite máximo de edad para trabajar y, otro, el interés exacerbado de la negociación colectiva por hacerlo. Era inevitable que realidad y norma entraran en contradicción, especialmente porque la derogación carecía de una disposición que anulara con carácter automático todas las cláusulas convencionales con este contenido. Razón por la cual el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse en SS.TS 9 mar.04, Ar. 841 y 873, respectivamente, avalando la prohibición de la negociación colectiva de incluir cláusulas de jubilación forzosa sin norma habilitante, tesis no compartida por el voto particular que se incorpora a estos pronunciamientos.

3. La presión de la realidad sociolaboral terminará por imponerse –tanto empresarios como sindicatos habían criticado la desaparición de estas cláusulas– y el legislador volverá a recuperar la tradicional fórmula de la jubilación forzosa con la Ley 14/05 –objeto de controversia, como se recordará, en la sentencia analizada–. Con el título *«Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación»*, se volverá a incorporar en el ordenamiento laboral

la DA 10ª LET⁴. De acuerdo con la misma, en los Convenios Colectivos *«podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social»*. Para ello se exigen dos requisitos. El primero, que la medida se vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio Colectivo, tales como mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. El segundo, que el trabajador afectado por la extinción del contrato tenga cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Todo ello partiendo de la base de que los objetivos de política de empleo que se señalan en esta Disposición *«no serán ya de carácter genérico e incondicionado, como en la anterior redacción de la DA 10ª, sino que deberán expresarse en el Convenio Colectivo»* (Exposición de Motivos Ley 14/05). Con ello se consigue *«conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionadas con el empleo»* (Exposición de Motivos Ley 14/05).

La Ley 14/05 contiene, a su vez, una DT Única –que origina el conflicto que propicia la sentencia objeto de comentario– que salva las cláusulas de los Convenios Colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma en las que *«se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cum-*

plimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación». Se considerarán éstas *«válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla con los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva»*. Con todo, esta Disposición no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor.

Si en el año 2001 la Ley 12/01 interpretó que la anterior DA 10ª LET estimulaba *«la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo, inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas»*, el legislador de la Ley 14/05 reconoce que han sido las organizaciones sindicales y empresariales las que se han *«dirigido al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que la doctrina judicial pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, cuyo equilibrio interno...está construido sobre mutuas renunciaciones de las partes negociadoras»*. Para eso Gobierno, sindicatos y patronal firman el 8 de Julio de 2004 la Declaración para el diálogo social 2004 denominada *«Competitividad, empleo estable y cohesión social»*, precedente claro de esta nueva norma.

4. La última reforma en el ámbito de la Seguridad Social –histórica por el incremento de la edad ordinaria de jubilación a los 67 años–, llevada a cabo por la Ley 27/2011 (DA 36ª), optará por mantener la DA 10ª LET con dos requisitos. En primer lugar, la medida deberá vincularse a los objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el Convenio Colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación

⁴ Más extensamente, en LÓPEZ CUMBRE, L., «Las nuevas jubilaciones forzosas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.10, 2006, www.iustel.com, pp. 1-14.

de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. En segundo término, el trabajador deberá tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje del 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión y a cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

En cuanto al primero de los requisitos, ninguna novedad toda vez que se trata de la misma exigencia contenida en la Ley 14/05. Tan sólo cabe destacar que, a diferencia de otros muchos preceptos, aquí no se realiza la advertencia de que la «*edad ordinaria de jubilación*» es la que se fija en el art. 161.1.a) LGSS, lo que podría dar lugar a diversas interpretaciones⁵. La primera, que puesto que no se apunta no le es de aplicación el régimen transitorio, exigiéndose la edad de 67 años, lo cual rompería con la interpretación sistemática de la norma que impide la aplicación de esta edad hasta 2027. La segunda, que, puesto que nada se indica, la edad ordinaria seguirá siendo en este caso la de 65 años, interpretación que no tendría sentido pues el trabajador afectado por una jubilación forzosa habrá de cumplir los requisitos de la normativa de la Seguridad Social y estos son, a efectos de la edad, los recogidos en el art. 161.1.a) LGSS. Y, la última, poco atendible, que, puesto que no se realiza una remisión al art. 161.1.a) LGSS, se consideran de aplicación las normas sobre jubilación anticipada, algo que iría en contra de una interpretación literal que exige cumplir la «*edad ordinaria de jubilación*». Únicamente cabría defender en este punto, y con más solvencia si cabe que en algunos apartados anteriores, el hecho de que, para algunos trabajadores, su «*edad ordinaria*» no coincide con la general y sí con la específica, más reducida,

para el colectivo en el que se insertan. Al no precisar esa remisión al art. 161.1.a) LGSS esta interpretación resulta más acorde con todo lo expuesto.

Respecto del segundo de los requisitos, sí se aprecia una modificación de interés y es que la nueva DA 10ª LET exige que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. En la redacción vigente, la DA 10ª LET determina tener cubierto el período mínimo de cotización «*o uno mayor si así se hubiera pactado en el Convenio Colectivo*» pero no el período exigido para obtener el 80% de la base reguladora, como se recoge en esta nueva DA 10ª LET.

Si se atiende al cálculo actual de la pensión de jubilación, el 80% de la base reguladora se alcanza con veinticinco años de cotización *ex art.* 163 LGSS por lo que no se entiende por qué el legislador en lugar de precisar este cálculo indirecto no ha optado, como en otros supuestos, por exigir directamente veinticinco años de cotización. Es cierto que, con la entrada en vigor de la Ley 27/11 y teniendo en cuenta las precisiones introducidas por el RD 1716/12, de 28 de diciembre, BOE, 31 sobre la misma, la forma de calcular la pensión se modifica Y, siguiendo lo establecido en el nuevo art. 163 LGSS, con veintiocho años de cotización se alcanzaría aproximadamente el 79.64% de la pensión y con veintinueve años de cotización el 81.92% de la misma, siendo este último el que debiera elegirse pues el otro, por defecto, no cubriría el nuevo requisito. Tan sólo la aplicación transitoria de todas estas normas, tanto de la edad como de la base reguladora como de los porcentajes, y la difícil combinación de las mismas hasta la entrada en vigor íntegra en 2027 justifican esta alambicada redacción de 2011.

⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., «La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011», *Temas Laborales* (monográfico), 2011, pp. 165-220.

5. Sin embargo, si se pretende aproximar la edad real a la edad legal de jubilación, no basta con restringir la jubilación anticipada, sino que se impone la prohibición de la jubilación forzosa. Por eso, el último capítulo de esta evolución lo ha escrito, por el momento, la reforma de 2012 (Ley 3/12, 6 jul., BOE, 7) al modificar la DA 10ª LET en el sentido de que *«se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas»*.

Para evitar los problemas aplicativos que, en su día, se plantearan con la Ley 12/01, la DT 15ª Ley 3/12 recoge unas normas transitorias en relación con las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Así, se aclara que la DA 10ª LET sólo se aplicará a los Convenios Colectivos suscritos a partir de su entrada en vigor. Para los Convenios que hubieran sido pactados con anterioridad, la norma establece que la DA 10ª LET sea aplicable *«cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización»*. Y asimismo señala que *«cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha»*. Comoquiera que la reforma de 2012 también impone una ultractividad de los Convenios Colectivos en vigor limitada a un año *«desde la denuncia del Convenio Colectivo sin que se haya acordado un nuevo Convenio o dictado un laudo arbitral»*, ex art. 83. LET, es de prever que todo lo expuesto en relación a la Ley 27/11 (aplicable a aquellos Convenios Colectivos aún en vigor) resulte aún de interés, al menos, en los próximos años.

2. LAS CLAVES NORMATIVAS EUROPEAS, CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA JUBILACIÓN FORZOSA Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL

2.1. La excepción a la prohibición de discriminar por razón de edad en el ordenamiento europeo

2.1.1. La diferencia entre justificar la discriminación indirecta o justificar la desigualdad de trato por razón de edad

1. En 1989, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales incluye como colectivo de interés en las políticas antidiscriminatorias a los trabajadores de edad avanzada⁶. La incorporación de esta Carta al Tratado de Niza (2001) permite fortalecer dicha protección. Con posterioridad, el Tratado de Lisboa y la reorganización normativa de la Unión Europea reafirmarán dicha consideración, como se expuso. Pero será la Directiva 2000/78/CE la que condicione, a partir de su transposición, la recepción de la edad como elemento generador de desigualdad de trato injustificada tanto para trabajadores jóvenes como maduros⁷. Esta Directiva intenta poner de manifiesto cómo la edad –entre otros motivos de discriminación– puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, destacando en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la

⁶ Una exposición más detallada en SÁEZ LARA, C., «La igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario», en AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 325-382.

⁷ Sobre el distinto tratamiento del concepto de discriminación en las Directivas antidiscriminatorias, vid. GONZÁLEZ-POSADA, E., «Bases para una discusión sobre el concepto de igualdad y no discriminación en el Derecho comunitario», *ibidem*, pp. 507-516.

cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

La Directiva se fija *a priori* unos objetivos ambiciosos: se aplica tanto en el sector privado como en el público, afecta a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, a todos los niveles de orientación o formación profesional incluida la experiencia laboral práctica, a las condiciones de empleo y de trabajo, incluidos el despido y la remuneración, y a la afiliación y participación en una organización tanto de trabajadores como de empresarios (art. 3.1).

Sin embargo, la clave de su aplicación se encuentra más en las excepciones que en la regla. Se admite, por un lado, que los Estados miembros mantengan una diferencia de trato cuando la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o el contexto en el que se lleve a cabo impongan dicha característica como requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado (art. 4). Por lo demás, y como se indicara, una discriminación indirecta podrá ser justificada objetivamente siempre que exista una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. Pero, y en relación a la edad, las diferencias de trato no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, siempre que los medios para lograr dicho objetivo sean adecuados y necesarios, *ex art. 6*.

En concreto, se aceptan diferencias en relación: a) al establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) al

establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) al establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación (art. 6.1.). Asimismo los Estados miembros podrán disponer que no constituye discriminación la inclusión de distintas edades en las pensiones de jubilación o invalidez en los regímenes profesionales.

2. La jurisprudencia europea ha tenido que resolver sobre las diferencias o semejanzas aplicativas entre el art. 2 de la Directiva y el mencionado art. 6. El art. 2.2.b) de la misma precisa que cualquier disposición, criterio o práctica podrá justificar objetivamente una discriminación indirecta siempre que exista «una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios». Por su parte, el art. 6.1. establece que 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». El añadido del término «razonable» en el art. 6 en comparación con el art. 2 pudiera suponer la exigencia de un plus que repercutiría en una mayor control de aquél respecto de las discriminaciones basadas en este último.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se trata de dos preceptos con un marco de cobertura cuya coincidencia no es idéntica ya que el primero es más amplio al incluir como prácticas contrarias al principio de igualdad aquellas fundamentadas en la longevidad y también las basadas en la religión o convicciones, discapacidad, orientación

sexual y, además, únicamente permite excepciones a la regla básica cuando de discriminación indirecta se trata pero no contempla salvedad alguna si las afectadas son las discriminaciones directas; en cambio, el segundo, esto es el art. 6 referido a la justificación de «diferencias de trato» por razón de edad, tiene una proyección más limitada, ateniendo a la especificidad que las instituciones comunitarias han tenido a bien reconocer para las discriminaciones prohibidas por razón de edad.

Sobre si la interpretación del art. 2.2 de la Directiva difiere de la del art. 6.1 al no contener el calificativo de razonable, se entiende que, si bien es cierto que el término «razonablemente» no se encuentra en el art. 2.2. no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima, perseguida por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación sea razonable. No obstante, procede subrayar que aquella disposición (art. 6.1) se dirige a los Estados miembros y les impone, pese al amplio margen de apreciación de que disponen en materia de política social, la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria (STJ 5 mar.09, Asunto C-388/07, Age Concern England). Además, si una disposición, un criterio o una práctica no constituye una discriminación por concurrir una justificación objetiva en el sentido del art. 2.2. no es preciso recurrir al art. 6.1.

Eso avala, a juicio de la doctrina, que, en el caso del art. 2.2. en relación con las discriminaciones indirectas, el legislador nacional deba declarar simplemente cuál es el objetivo de la norma de cuya aplicación deriva la discriminación indirecta por motivos de edad, siempre que esto sea legítimo y supere el test de idoneidad y de necesidad. Se puede decir que el test de razonabilidad debe ser, en este caso, blando. Sin embargo, en el caso de las discriminaciones directas por motivos de edad, el control debe ser estricto, porque el legislador construye la norma sobre la base del factor prohibido. El legislador nacional

tiene que demostrar que la ratio de la norma que prevé la discriminación directa por motivos de edad es el mismo tipo de ratio de la norma comunitaria que prohíbe las discriminaciones por motivos de edad, esto es, una ratio fundamentalmente dirigida a perseguir los objetivos de políticas para el empleo y la promoción de la diversidad del empleo. La operación de equilibrio entre el derecho individual a no ser discriminados por motivos de edad y la finalidad de la ley que establece la discriminación por motivos de edad constituye, así, un instrumento de control de las políticas nacionales de empleo⁸.

2.1.2. Justificación objetiva y razonable, con una finalidad legítima y a través de medios adecuados y necesarios

1. Las excepciones —más que la regla— han generado una abundante litigiosidad ante el Tribunal de Justicia, incluso después de la Sentencia Palacios de la Villa. En la mayor parte de los supuestos se trata de ratificar lo dispuesto en la mencionada sentencia pero, en otros muchos, se amplían sus consideraciones.

En general, todos los conflictos se basan en la aplicación restrictiva o amplia de la excepción contenida en el art. 6 de la Directiva. Aceptada la misma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valora si la medida en cuestión se halla «justificada objetiva y razonablemente», si cumple una «finalidad legítima», y si los medios para lograr este objetivo son «adecuados y necesarios». De hecho, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental «es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objeti-

⁸ LOI, P., «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad», en AAVV, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 61.

vo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo» (STJ 19 mar.02, Asunto C-476/99, Lommers, Considerando 39). Un buen resumen de los criterios aplicados por el Tribunal se halla en la STJ 5 mar.09, Asunto C-388/07, Age Concern England. Y, aun cuando todos ellos parten de que el «el principio de no discriminación por razón de edad debe ser considerado como principio general del Derecho comunitario» (STJ 22 nov.05, Asunto C-144/04, Mangold, Considerando 75), sin embargo la doctrina se muestra crítica con esta afirmación por entender que la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lejos de reforzar, debilita, de hecho, el alcance de la Directiva 2000/78/CE admitiendo que la edad constituya un elemento menos determinante que otros motivos prohibidos de discriminación⁹.

2. Cuando el art. 6.1 contempla la posibilidad del establecimiento de diferencias de trato fundamentadas en la edad, se requiere demostrar que son «medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima» lo que se considera cumplido cuando la desigualdad esté fundamentada en alguna causa objetiva y razonable. A tal fin, los Estados miembros no están obligados a prever una lista específica de las diferencias de trato por razón de edad que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima, habida cuenta de que es principio general aquél de conformidad con el cual los países afectados vienen forzados a garantizar la plena eficacia de las Directivas, pero disponen para alcanzar este objetivo de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios, pudiendo ser con-

cretados éstos mediante un contexto jurídico general. Como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «las meras generalizaciones relativas a la idoneidad de una medida determinada para contribuir al fomento del empleo no bastan para deducir que el objetivo de la norma controvertida es ajeno a cualquier discriminación...ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo» (STJ 9 feb.99, Asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez, Considerando 76) de manera que se les va a requerir «un nivel elevado de exigencia probatoria». Será necesario, pues, que «otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a la misma a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad de su idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo» (STJ 16 oct.07, Asunto C-411/05, Palacios de la Villa, Considerando 57). De ahí que, los Estados miembros no puedan establecer cláusulas de carácter ambiguo.

Para resolver este tipo de polémicas, el hecho de que sea necesario atender a otros elementos definitorios de la política de empleo no contenidos expresamente en la cláusula en cuestión pero sí deducidos sistemáticamente de la norma, ha servido como premisa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en muchos asuntos. Así, en la STJ 6 nov.12 (Asunto C-286/12, Comisión contra Hungría) se cuestiona una norma nacional que impone el descenso en la edad de jubilación de jueces, fiscales y notarios de 70 a 62 años. En opinión del Tribunal, «no cabe deducir que la falta en la normativa nacional controvertida del objetivo que pretende alcanzarse tenga como consecuencia que se excluya automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz de dicha disposición. Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario que otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión permi-

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario», en AAVV, *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Barcelona, Bosch, 2009, pág. 62 y «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en Convenio Colectivo», *Relaciones Laborales*, núm.2, 2008, pp. 15 y 24.

tan la identificación del objetivo que subyace en la misma» (Considerando 58). Puesto que las normas han procedido de forma abrupta al descenso de la edad en ocho años sin prever medidas transitorias que protejan la confianza legítima de los afectados, no se considera un instrumento adecuado ni necesario. Se adelanta en ocho años la edad de jubilación sin prever un escalonamiento gradual de la modificación pero sí se dispone una aplicación progresiva del incremento de la edad ordinaria de 62 a 65 años. Por lo demás, el objetivo de conseguir una estructura más equilibrada por edades que facilite el acceso a jóvenes juristas quedando vacantes muchos puestos no se consigue ya que tal efecto positivo a corto plazo puede poner en cuestión dicho equilibrio a medio y largo plazo. En un año (2012) se renovarían ocho niveles de edad pero después ese ritmo de sustitución se ralentizará *«por lo que las normas no son adecuadas para alcanzar dicho fin y además no respetan el principio de proporcionalidad»* (Considerando 79).

Por lo demás, también el argumento sobre el reparto intergeneracional como justificación de la excepción suele ser utilizado con frecuencia en algunas sentencias. Sirva de ejemplo la STJ 18 nov.10 (Asuntos acumulados C-250/09 y 268/09, Georgiev) en la que no se considera vulnerada la Directiva 2000/78/CE por una normativa nacional que establece la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años únicamente mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo *«por cuanto dicha normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios»* (Considerando 68).

3. A diferencia de otros pronunciamientos, en el asunto Mangold (STJ 22 nov.05,

Asunto C-144/04), el Tribunal admite el objetivo perseguido pero no los medios empleados que estima inadecuados e innecesarios. El conflicto surge como consecuencia de la utilización excepcional de un contrato temporal sin causa para los trabajadores a partir de los 52 años de edad. Se entiende que en este supuesto existe ciertamente una diferencia de edad que puede estar justificada por motivos de fomento del empleo pero se considera –y esto es lo más importante–, que la diferencia de trato, amén de legítima, ha de ser proporcionada de modo tal que *«las excepciones a los derechos individuales concilien en la medida de lo posible el principio de la igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido»* (Considerando 65). Pues bien, corresponde al órgano jurisdiccional nacional *«garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional contrarias, incluso aunque no haya expirado todavía el plazo de adaptación del derecho interno a dicha normativa»* (Considerando 78).

Permitir sin ningún tipo de límite ni causa la celebración de un contrato temporal a los mayores de 52 años resulta contrario al principio de no discriminación por razón de edad. La finalidad de la norma no es otra que la de facilitar la integración de estos trabajadores lo que justificaría la diferencia de trato por razón de edad. Sin embargo, es necesario comprobar si los medios son adecuados y necesarios. Una medida como la que se cuestiona, vinculada exclusivamente a la edad y sin exigir conexión con una situación de desempleo anterior, más o menos continuado, *«puede provocar que las personas que reúnan este único requisito se vean abocadas a la precariedad en el empleo hasta cumplir la edad de jubilación, situación que es justamente la contraria a la pretendida. Todo ello sin que se demuestre que la fijación de una edad límite como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, de*

manera autónoma de cualquier otro requisito, sea objetivamente necesario para la consecución del objetivo de inserción de los trabajadores de edad avanzada» (Considerando 64).

Tampoco servirá de garantía un elemento no contemplado en el resto de normas nacionales e internacionales de aplicación. Así sucede en la STJ 13 sept.11 (Asunto C-447/09, Prigge-From-Lambach). Se establece una cláusula de jubilación forzosa en Convenio Colectivo a partir de 60 años a los pilotos de una línea aérea. Los interlocutores sociales acordaron esta jubilación con el fin de garantizar la seguridad del tráfico aéreo. Sin embargo, tanto la normativa nacional como la internacional fijan dicha edad en 65 años, por lo que no se trata de una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud. La Directiva se opone a que una cláusula de un Convenio fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad cuando la normativa nacional e internacional establece dicha edad a los 65 años.

Un planteamiento similar al que conduce a la STJ 12 ene.10 (Asunto C-341/08, Petersen). En este caso, el conflicto surge al establecer la legislación alemana una edad máxima para ejercer la profesión de dentista en 68 años. Pues bien, se considera que si el límite de edad tiene por objeto la protección de la salud de los pacientes desde el punto de vista de la competencia de los facultativos de que se trate, circunscribir la prohibición sólo a los dentistas que no ejerzan su profesión en régimen de concierto carece de justificación. Pero si de lo que se trata es de preservar el equilibrio financiero del sistema de salud pública, dicha excepción no atenta contra el objetivo perseguido. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional analizar si tal objetivo queda preservado para admitir la compatibilidad con la no discriminación. Es cierto que, en este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene una postura ambivalente. Por una parte,

reconoce que la Directiva «se opone a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos 68 años, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados». Pero, a reglón seguido, admite que el «art. 6.1 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal medida cuando ésta tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo» (Considerandos 77 y 78, respectivamente).

Asimismo, conviene poner de manifiesto que no toda discriminación tiene un vínculo con la Directiva o con el Tratado. En la STJ 12 sep.08 (Asunto C-427/06, Bartsch), el reglamento de la empresa establece que la pensión complementaria por fallecimiento se abonará al supérstite siempre que éste no sea 15 años más joven que el trabajador fallecido. El Tribunal entiende que el derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por razón de edad cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el derecho comunitario. Tal vínculo no nace ni del art. 13 del Tratado ni de la Directiva.

Se justifica, también, que la norma no establezca una cuantía concreta en cuanto a la pensión de jubilación, bastando con tener derecho a la misma como compensación por la disponibilidad del derecho individual. Así se deduce de STJ 5 jul.12 (Asunto C-141/11, Hörnfeldt) en la que se considera que la regla nacional que permite la jubilación forzosa a los 67 años por el empresario sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación no se opone a la Directiva puesto que se

trata de una medida adecuada y necesaria. Por una parte, porque establece el derecho a trabajar a quienes cumplen 65 años, adaptando su pensión a la evolución demográfica. Esta regla permite facilitar la incorporación y/o el mantenimiento en el mercado de trabajo de los jóvenes. El trabajador lo era a tiempo parcial por lo que su pensión se vería muy mermada. La norma no sólo prevé la extinción automática sino una compensación en forma de pensión (ya vinculada a los ingresos ya en forma de cobertura básica a partir de 65 años) pero no una cantidad concreta de la misma.

Tampoco se opone la Directiva a la presencia en la negociación colectiva de cláusulas de jubilación forzosa si se cumplen los requisitos previstos en el art. 6.1 de la Directiva. Puesto que la legislación alemana no prohíbe al empresario contratar a personas de más de 65 años ni a sustituir al trabajador de 65 por uno más joven nada se opone a que el trabajador siga trabajando después de 65 años si esa es su voluntad. Una jubilación en el Convenio Colectivo no tiene como efecto automático compeler a la persona a retirarse del mercado de trabajo de forma obligatoria (STJCE 12 oct.10, Asunto C-45/09, Rosenblandt y Oellerking).

Ni siquiera esta Directiva es contraria a una jubilación forzosa a los 64 años de los catedráticos que sólo pueden continuar a partir de los 65 con contratos temporales pues persigue un objetivo legítimo como es la enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones (STJ 18 nov.10, Asunto C-250/09 y 268/09, Goergiev).

Valora, en fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la incoherencia que supone el estar incrementando la edad de jubilación ordinaria en la práctica totalidad de los países de la UE y, sin embargo, admitir la jubilación forzosa en dichos países cuando existe una justificación como la que se deduce del art. 6 de la Directiva 2000/78/CE. En la STJ

21 jul.11 (Asunto C-159710, Fuchs y Köhner) entiende el Tribunal que la Directiva no se opone a que se establezca la jubilación forzosa de unos funcionarios vitalicios (fiscales) cuando alcancen los 65 años y puedan obtener una pensión de jubilación siempre que la ley tenga por objetivo una estructura equilibrada de edades, optimizar la gestión de personal, prevenir litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actitud superada por una determinada edad y siempre que se alcance por medios adecuados y necesarios. No resulta incoherente con el planteamiento del incremento de la edad ordinaria de 65 a 67 años porque el paso de una normativa a otra requiere tiempo y no supone incoherencia con la norma.

2.2. El diálogo entre jubilación forzosa y discriminación por razón de edad prohibida por el texto constitucional

3.2.1. Aceptación y compensación de la disponibilidad de un derecho individual en la negociación colectiva a través de la jubilación forzosa

1. También en el seno de la aplicación del art. 14 CE se ha propiciado una jurisprudencia constitucional de interés en relación a la discriminación por razón de edad y, en especial, en torno a las jubilaciones forzosas. Aun admitiendo que la edad no figura expresamente entre las causas de discriminación enunciadas en el art. 14 CE, «puede encontrarse entre las circunstancias personales a que se refiere genéricamente el inciso final del precepto. Por eso, podrá ser tomada en consideración por la norma o su intérprete cuando resulte relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad» (STC 184/93, FJ 3). Procede aclarar asimismo que plantear la comparación «entre los trabajadores de una empresa afectados por la jubilación forzosa en una norma convencional con la de trabajadores de otro sector o empresa no resulta posible pues las diferencias de condi-

ciones de empleo y trabajo son connaturales a la negociación colectiva que se adopte en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que actúa» (STC 95/85, FJ 4).

Bien es cierto que puesto que la edad constituye un elemento diferenciador, podrán fijarse objetivamente límites de edad para acceder a puestos de trabajo, *«siempre que dicha diferenciación esté fundamentada»* (STC 75/83, FJ 4). Por eso, recientemente, el Tribunal Constitucional ha aceptado la fijación de una edad máxima para acceder al cuerpo de policía local próxima al cese obligatorio para permanecer en activo porque *«lo que se pretende es que accedan a una edad que garantice una duración mínima (al menos diez años) en el desempeño de sus funciones por una justificación de inversión en costes de personal. Además con ello se garantiza la eficacia del servicio con una cierta permanencia en activo»* (STC 29/12, FJ 6). Lo que no permite el art. 14 CE es justificar el cese anticipado de la mujer sobre el hombre por entender que en el ejercicio de sus funciones *«un auxiliar de vuelo con una presencia colectiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan el cese anticipado de la mujer»* se opone al art. 14 CE al considerar que se trata de una discriminación no sólo por razón de edad sino por razón de sexo (STC 207/87, FJ 2).

2. Una vez declarada la inconstitucionalidad del establecimiento de una edad que incapacitara al trabajador para prestar servicios por cuenta ajena, la STC 22/81 admitiría que en la negociación colectiva pudieran pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos. La razón fundamental: la política de empleo. Para el Tribunal Constitucional resulta determinante el sentido contextual de la Disposición normativa cuestionada por cuanto la *«situación de*

crisis de empleo por la que atraviesa la economía española, para cuya resolución se autoriza al Gobierno a utilizar la jubilación forzosa como un instrumento de política de empleo de que se trata de ello es contraprueba el que las decisiones que el Gobierno pueda adoptar tengan como motivaciones exclusivas la situación del mercado de trabajo y las disponibilidades de la Seguridad Social sin que en ningún momento se aluda para nada a las limitaciones inherentes al paso del tiempo del ser humano» (FJ 10). El reparto o la redistribución del empleo permite limitar el derecho al trabajo de un grupo de trabajadores a cambio de garantizar el derecho al trabajo de otro grupo.

Comoquiera que dicha limitación supone un sacrificio personal y económico debe ser objeto de compensación *«pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Éste es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación»* (FJ 9). Por eso, cualquier edad que se fije en la jubilación forzosa deberá respetar la posibilidad de que el trabajador complete los períodos de carencia para su jubilación.

3. La utilización de la negociación colectiva como cauce de imposición de la jubilación forzosa provocó, como es sabido, otro pronunciamiento de referencia. Se trata de la STC 58/85 en la que se legitima la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. En primer lugar, se analiza el sistema constitucional de relaciones laborales en España para afirmar que, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, *«la satisfacción de una*

serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general» (FJ 6).

En segundo término, se parte de una premisa básica y es que del texto constitucional no se deriva ni expresa ni implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que, *«si la jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones, resulta posible, y a ello no puso objeciones este Tribunal en su Sentencia 22/81, quiere decirse que no vulnera ningún precepto constitucional, incluidos los definidores de derechos fundamentales, y ello sucederá tanto cuando sea establecida por ley como cuando lo sea por Convenio Colectivo»* (STC 58/85, FJ 5). Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, *«no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación»* (FJ 6). Doctrina que seguirán asimismo las sentencias 95/85, 111 a 136/85 o 207/87. Con el tiempo se ha ido reafirmando la idea de que la jubilación forzosa en Convenio Colectivo *«no se consideró habilitada por el legislador a los agentes sociales negociadores sino que se calificó como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva»* (STC 280/06, FJ 6).

Sin embargo, las oscilaciones en la política legislativa han llevado al Tribunal Cons-

titucional a pronunciarse sobre la aplicación inmediata de una disposición derogatoria desde su entrada en vigor –aquella que impide la fijación de cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva– para concluir que dicha aplicación no vulnera el art. 37.1 CE por repercutir y producir efectos sobre los Convenios vigentes en ese momento. El respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva no obliga necesariamente al legislador a postponer la entrada en vigor de la norma al momento de terminación del período de vigencia de los Convenios, hasta el punto de que, de no hacerlo así, haya de estimarse que lesiona aquel derecho constitucional. El art. 37.1 CE, ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE, puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en las fechas dispuestas por las mismas. Es el Convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador. La Ley habrá de entrar en vigor entonces, *«aun cuando afecte a Convenios vigentes, sin que tal efecto pueda estimarse lesivo del art. 37.1 CE ni este precepto pueda impedir la producción de efectos de la ley en la fecha prevista pues de este precepto no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el Convenio permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una Ley posterior hasta el momento en que el Convenio pierda vigencia aun cuando la voluntad de dicha Ley sea entrar en vigor inmediatamente en la fecha en ella dispuesta»* (STC 210/90, FJ 3).

2.2.2. La variable situación contextual y la ductilidad en las exigencias constitucionales

1. Con el tiempo, el Tribunal Constitucional ha venido siendo más permisivo en su concepción sobre la política de empleo, flexibilizando sus consideraciones en cuanto al

entorno y los objetivos a cumplir. Una buena muestra de ello es la STC 280/06 que considerará válida la jubilación forzosa –incluso anticipada– pese a que el Convenio Colectivo no resulte claro en las contraprestaciones de empleo, porque de hecho la empresa había procedido a una nueva contratación. En el supuesto en cuestión la fecha de entrada en vigor del Convenio es anterior a la derogación de la DA 10ª LET por lo que resulta de plena aplicación la doctrina constitucional que exige vinculación entre la jubilación forzosa y la política de empleo y aquí se advierte que es el Convenio de referencia el que no contiene ninguna previsión que, de forma directa y explícita, relacione la cláusula de negociación colectiva con las políticas de empleo. Sin embargo, *«existe en el Convenio un compromiso para favorecer la estabilidad en el empleo y la contratación en el puesto dejado vacante por el jubilado de un nuevo trabajador permitiendo apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial ligado a las políticas de empleo»* (FJ 8).

Se admite que, aun cuando la cláusula convencional no contiene una previsión explícita de conexión entre jubilación y política de empleo *«es indudable que este mecanismo de jubilación forzosa no carece de una justificación legítima desde el punto de vista constitucional ya que se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores (los que alcanzan los 65 años) para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo (respecto de los que se pretende disminuir la tasa de desempleo, fomentar la contratación indefinida y disminuir la tasa de temporalidad)»* (STC 341/06, FJ 3).

2. Conviene precisar que, al no hallarse en el ámbito genérico de la interdicción de la desigualdad sino en el de la prohibición de discriminación por las causas que, enumeradas de forma abierta, se contienen en el

segundo inciso del art. 14 CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferencia por uno de estos factores como es la edad es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad en la diferenciación. Al analizar la norma que impone el límite de edad para conseguir autorización para la apertura de una oficina de farmacia a los 65 años se señala *«no resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los 65 años la mayoría de los españoles cesa en su actividad laboral, en que la indicada es la edad prevista para la jubilación en la normativa laboral y que, en consecuencia, a partir de dicha edad serán crecientes las dificultades de adaptación a las peculiaridades de la localidad y de los habitantes de la misma»* (STC 63/11, FJ 4).

Tampoco puede admitirse que se trate de una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido. La amplitud del colectivo privilegiado (todos los profesionales hasta que cumplan la edad de 65 años) permite albergar serias dudas acerca de que, efectivamente, se trate de un grupo desfavorecido que precisa de una medida de acción positiva para reequilibrar su posición frente a los mayores de 65 años. Bien al contrario, más que privilegiar a un grupo supuestamente merecedor de especial protección margina a un colectivo concreto (los mayores de 65 años). Por lo demás, se trata de unos profesionales que no encuentran ningún obstáculo legal para ejercer la profesión por encima de esa edad. Constituye, así, una *«medida de exclusión que se revela como injustificada-mente lesiva de la prohibición de discriminación»* (FJ 4). No resulta constitucionalmente admisible porque *«no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de 65 años de modo injustificado»* (FJ 4).

2.3. El alcance de las decisiones legislativas sobre la jubilación forzosa negociada convencionalmente o pactada contractualmente

2.3.1. La necesidad de mantener el empleo mediante la negociación colectiva

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adaptado tanto las exigencias constitucionales como legales en sus decisiones a fin de considerar cumplida la «justificación objetiva y razonable» a la que alude el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE para admitir diferencias de trato por razón de edad. De hecho, el Tribunal Supremo no dudó en aceptar que se fijaran edades de jubilación en la negociación colectiva sin condicionar su inclusión a instrumento de política de empleo alguno; lo que no puede hacer el legislador libremente (imponer una jubilación forzosa sin estar sujeta a la política de empleo), sí lo puede hacer la negociación colectiva pues conlleva esta última una transacción de intereses (STS 14 jul.00, Ar. 6630).

A tal fin, el Tribunal explica el qué, el cómo y el dónde de los objetivos coherentes con la política de empleo a que se refiere la norma. La expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de vacante dejada por el cesado sino que ha de serlo en el sentido más amplio del mantenimiento o mejora del empleo. Sobre el cómo no es suficiente una mera reproducción abstracta de la expresión legal sin una concreta especificación alejada de hueca retórica sino que ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo. En cuanto al dónde, las medidas de política de empleo han de estar expresamente referidas en el propio Convenio y no cabe una justificación *ad extra* de ellas (STS 22 dic.08, Ar. 1614/09 y 10 nov.09, Ar. 7743).

Esta conexión ha sido la tónica generalizada para aceptar no sólo la legalidad sino la constitucionalidad y la adecuación al derecho europeo en buena parte de los pronuncia-

mientos del Tribunal Supremo. Así, será correcta la fijación de una edad de jubilación forzosa, siempre que ello proporcione oportunidad de trabajo a la población en paro, siendo el Convenio instrumento adecuado para establecer dicha jubilación (STS 14 jul.83, Ar. 3786). La jubilación sólo podrá imponerse «*si está precedida de una norma por medio de la cual se alcancen los objetivos de la política de empleo, esto es, que no suponga una mera amortización del puesto de trabajo*» (STS 9 dic.86, Ar. 7298, FJ 2). Sólo se sostiene la validez de la jubilación pactada en Convenio Colectivo «*cuando se establece con la finalidad de promover una política de empleo y de mitigar en lo posible una situación de paro*» (STS 29 oct.90, Ar. 7937, FJ 3). Eso no significa que las exigencias constitucionales impongan que el Convenio Colectivo «*haya de incluir necesariamente una cláusula expresa que obligue a la empresa a contratar con carácter indefinido a otros trabajadores en sustitución de los jubilados ya que tal exigencia no se deduce de la ley*» (STS 27 oct.87, Ar. 7211, FJ 3). La vinculación entre la jubilación forzosa y la política de empleo implica un expreso enlace entre ambas sin que ello suponga que «*necesariamente haya de disponerse en el precepto en el que se recoge la jubilación del trabajador pero ha de deducirse de forma inequívoca y relacionada*» (STS 24 nov.11, Ar. 1473, FJ 2).

2. En general, el recurso más habitual es el del rejuvenecimiento de la plantilla o el redimensionamiento de la misma mediante las jubilaciones forzosas. Así, «*la utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de la jubilación forzosa, no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores –sin duda importante– de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de*

los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa —única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue— y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando» (STS 15 jun.05 —Sala Cont-Adm—, Ar. 9367, FJ 6). Justificando la decisión de la empresa en el menor coste de la misma pues, si se tiene en cuenta la delicada situación económica «supone afrontar la reestructuración de la plantilla de una forma más definitiva, para lo que parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquéllos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y consiguientemente con unas expectativas laborales muy cortas» (FJ 7).

Sin embargo, el rejuvenecimiento de la plantilla no puede ser por sí sola mera finalidad habilitante sino que deberá actuar unida al mantenimiento del empleo y dicho objetivo no puede lograrse con la mera sustitución de un trabajador por otro (STS 4 jul.12, JUR 325609, FJ 3). La justificación no puede entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el trabajador cesado «sino que tiene un sentido más amplio de mantenimiento y mejora del empleo objetivo que ha de concretarse a través de acciones que garanticen su estabilidad sostenimiento y calidad» (STS 3 may.10, Ar. 4496, FJ 3 y STS 29 mar.12, Ar. 4779, FJ 4). No basta con la referencia a cualquier objetivo genérico «sino que

son necesarias especificaciones concretas que han de incluirse en el propio Convenio Colectivo aunque no necesariamente en el precepto que dispone la extinción del contrato por cumplimiento de la edad de jubilación sino en cualquier otro precepto aunque siempre de forma inequívoca» (STS 3 dic.09, Ar. 8037, FJ 2). Se admite, no obstante, la prueba del compromiso adquirido por la empresa en Convenio Colectivo al haber nuevas contrataciones «si se comprueba la creación de empleo a través de la contratación externa de un número de trabajadores se entiende cumplido el objetivo» (STS 18 ene.11, Ar. 250, FJ 4). No bastará, para ello, la mera previsión de que «se procederá a la cobertura de vacante producida por el cese del trabajador jubilado pues con ello no se mejora ni se aumenta el empleo sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador» (STS 14 oct.09, Ar. 7600, FJ 2). De ahí que no cumpla estas condiciones el Convenio Colectivo que prevé que la plaza vacante por jubilación puede ser extinguida o desaparecer «por estar incluida en un plan de choque o puede ser cubierta por una plaza de ocupación diferente» (STS 11 jul.12, JUR 329935, FJ 4). Consideraciones de las que no se hallan exentas las Administraciones Públicas pues «en absoluto el legislador ha considerado una excepción aun cuando sea más difícil la coordinación de la jubilación forzosa en el sector público puesto que estará sometida a la política de empleo público de las leyes de presupuestos y no a un Convenio Colectivo» (STS 18 ene.11, Ar. 250, FJ 4).

2.3.2. La validez de otras fórmulas de establecimiento de jubilaciones forzosas

1. La Ley, y no sólo la negociación colectiva, fija asimismo edades de jubilación forzosa. Ocurre, por ejemplo, en el ámbito del empleo público. De acuerdo con el art. 67 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/07, 12 abr., BOE, 13), la jubilación de los

funcionarios puede ser de cuatro tipos diferentes, a saber, voluntaria, forzosa, parcial y por declaración de incapacidad permanente¹⁰. El funcionario deberá jubilarse forzosamente al cumplir la edad legalmente establecida, declarándose de oficio al cumplir los 65 años de edad (art. 67.3 EBEP), salvo que existan normas estatales específicas sobre jubilación.

2. Pero, además, nada impide aceptar el pacto individual como fuente de extinción contractual y origen de la jubilación¹¹. Esta última, financiada con medios privados, mixtos (privados-públicos) o únicamente públicos puede hallarse recogida en un acuerdo bilateral entre empresario y trabajador. Así, se trataría de admitir como fecha de finalización del contrato el cumplimiento de la edad de jubilación, estableciendo la misma como cláusula de extinción consensuada (con o sin indemnización) por parte del trabajador.

De ser así, se estaría sometiendo el contrato de trabajo a una condición resolutoria, *ex* art. 49.1.b) LET. Como es sabido, la condición constituye causa suficiente del negocio jurídico que la contiene de forma tal que el cumplimiento del evento en el que se basa supone un motivo suficiente para hacer cumplir la voluntad recogida en el contrato. Incluso la condición resolutoria puede ser incorporada a una relación ya extinguida –o erróneamente considerada suspendida–. Sucede así cuando el cese del trabajador se efectúa con anterior-

idad al cumplimiento de la edad de jubilación mediante un contrato de prejubilación en virtud del cual el empleador se compromete a seguir abonando el salario al trabajador –o complementando las prestaciones públicas que aquél reciba por su cese en el trabajo– aunque no continúe trabajando. En dicho contrato se hace constar el sometimiento a la condición resolutoria a que se refiere el art. 49.1.b) LET, en este caso, el cumplimiento del prejubilado a la edad de jubilación, por lo que *«el día en que esto ocurra, quedará extinguida la relación laboral con baja definitiva en la empresa»* (STS 30 abr.03, Ar. 5000 y 6561, FJ 5).

3. EL APARENTE PRINCIPIO DEL FIN DE LAS JUBILACIONES FORZOSAS

3.1. Porqué Europa apuesta por el envejecimiento activo

1. Desde 1997 vienen ensayándose en el ámbito de la Unión Europea fórmulas de retraso de la edad de jubilación para incentivar el envejecimiento activo. La apuesta clara por la prolongación de la vida laboral se materializa en el Consejo Europeo de Niza del año 2000 que detecta cómo la tasa de actividad crece desde veinte años atrás tan sólo en un 3%, de manera claramente insuficiente para conseguir los veinte millones de empleos previstos por la UE.

Constituye el envejecimiento activo una de las políticas prioritarias en materia de empleo y trabajo para la UE. Existe un cierto consenso en la UE al considerar como trabajadores de edad madura a aquellos que superan los cincuenta años y que tienen dificultades tanto de mantener el empleo como de acceder de nuevo al mercado de trabajo cuando pierden su empleo. De hecho, la Comisión subraya en todas sus manifestaciones el despilfarro de oportunidades que supone para la vida de las personas y para el potencial social el bajo nivel de empleo de los trabajadores de más edad.

¹⁰ Con más detalle, en LÓPEZ CUMBRE, L., «La jubilación de los funcionarios públicos. Comentario al artículo 67 del Estatuto del Empleado Público», en AAVV, *Comentario al Estatuto del Empleado Público*, Granada, Comares, 2008, pp. 673-717.

¹¹ Por todos, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad», en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. De la Villa con motivo de su jubilación... op.cit.*, pp. 1425-1462, y SEMPÉR SEGARRA, A., *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp.129-148 así como «Muerte, incapacidad y jubilación del trabajador», en AAVV, *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, en especial pp. 368-380.

Crece la esperanza de vida, continúa en aumento la longevidad, llegan generaciones que demográficamente supusieron una explosión de la natalidad, existen más oportunidades de desarrollo personal, etc. y todo ello no ha sido absorbido, sin embargo, por el mercado de trabajo que, en una orientación inversa, tiende a expulsar cada vez con mayor antelación a los trabajadores más maduros.

Se estima que, en 2030, más de 110 millones de personas superarán los 65 años en la Europa de los veinticinco, cuando eran 71 millones en 2000, mientras que la población en edad laboral se quedará en 280 millones, de los 303 millones actuales. Esto tiene una repercusión directa en la capacidad para apoyar el crecimiento económico a largo plazo. A menos que puedan lograrse tasas de empleo superiores al objetivo general del 70% y mejorar mucho la productividad, el crecimiento del PIB *per cápita* en la UE se ralentizará significativamente entre 2010 y 2030. De ahí que la Comisión recomiende que las generaciones actuales y futuras de trabajadores permanezcan en activo sin considerar su edad avanzada¹², con trabajos gratificantes y según las necesidades, preferencias y capacidades individuales del trabajador¹³.

¹² Informe sobre el *Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa* de la Comisión, al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social. Internacional y comunitario*, núm.37, 2002, pág. 260. Dos comentarios en LÓPEZ CUMBRE, L., «Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm.37, 2002, pp. 231-265 y «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm.52, 20024, pp. 189-210.

¹³ Sobre todas las posibles alternativas a una jubilación basada en una edad rígida, *vid* VILLA GIL, L.E. de

2. En general, se ha procedido a través de dos líneas de actuación: la limitación o desaparición de cualquier incentivo a los trabajadores para abandonar sus puestos de trabajo a edades prematuras y la promoción de mecanismos que motiven la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, no sin contradecir la prohibición expresa que incluye el Código Europeo de Seguridad Social [ratificado por España el 4 feb.94 (BOE, 17 mar.95)] en su art. 26.2 acerca de una jubilación más allá de los 65 años de edad. La atención se traslada, también para la UE, de la primacía del derecho individual en los años ochenta a la prioridad de los requerimientos impuestos por el mercado de trabajo en la actualidad¹⁴.

En algunos países —tal y como sucede en España— el problema no radica tanto en mantener a los trabajadores activos más allá de la edad ordinaria de jubilación como en conseguir que a dicha edad se hallen aún en activo pues la tasa de actividad roza límites insostenibles en la franja de trabajadores de entre 55 y 65 años. La media europea también es baja y se sitúa en torno al 48.3%. Por lo demás, algunos países se resisten a configurar un sistema jurídico tendente a la prolongación de la vida laboral, aun cuando la mayor parte de ellos hayan optado por incrementar la edad ordinaria de jubilación¹⁵. En el entorno de la OCDE el panorama no es muy distinto. Buena parte de los trabajadores abandonan el mercado de trabajo antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación y, en

la y LÓPEZ CUMBRE, L., «Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. número extraordinario. 2008, pp. 379-403.

¹⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., «Jubilación flexible en la Unión Europea», en AAVV, *Jubilación flexible*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, 2002 (número monográfico), pp. 77-114.

¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., «La regulación de la jubilación en los países de nuestro entorno», AAVV, *La reforma de las pensiones y su incidencia en el sector público*, CEMICAL, Enero 2012, pp. 20-26, www.cemical.diba.cat.

algunos casos, mucho antes. La edad efectiva de jubilación sigue – pese a los esfuerzos por incrementarla – muy por debajo de los niveles de los años sesenta y setenta. En aquellas décadas la edad media se situaba en los 68.6 años de edad y, hoy, en 63.5¹⁶.

Todo ello pone de manifiesto cómo el esfuerzo por impulsar políticas que propicien la permanencia de los trabajadores maduros en el puesto de trabajo o en el mercado de trabajo y la incorporación de los jóvenes al mismo ha obtenido un tímido resultado. Y precisamente, parte del fracaso se encuentra relacionado con la materia objeto de comentario pues, a juicio de la Comisión de la UE, se debe a la inexistencia de órganos especializados eficaces en la tutela discriminatoria de estos colectivos emergentes, a la escasa difusión informativa sobre la nueva tutela y a la ausencia de esfuerzos institucionales por parte de los Estados miembros por anular este tipo de discriminación¹⁷.

3.2. Porqué España opta por retrasar la jubilación

1. En España, el paso decisivo ha venido dado, como es bien sabido, por la Ley 27/11 al retrasar la edad de jubilación a los 67 años, bien que con carácter progresivo. Con la reforma de 2011, el nuevo art. 161.1a) LGSS establece como condición para acceder a la jubilación ordinaria «haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización». Cabe hacer dos lecturas de este nuevo precepto. O que el legislador quiere que existan dos edades ordinarias

alternativas (67 y 65 años), lo que dificultaría considerablemente cualquier interpretación sistemática de la ley al referirse a la edad ordinaria de jubilación, o que realmente la edad es una, la de 67 años, permitiendo una edad reducida, la de 65 años, con carácter excepcional.

La primera interpretación servirá para paliar el efecto que produce retrasar la edad con la conformidad sindical. La segunda representa, sin embargo, una mayor corrección técnica. De hecho, cuando la norma entre en vigor de forma íntegra, la jubilación se alcanzará a los 67 años de edad, con un período de cotización de quince años, dos de los cuales deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores y siempre que el trabajador cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena. El resto constituirá una excepción. Y, si eso es así, la edad de 65 años deberá ser considerada como una edad reducida de jubilación, incluso durante el período transitorio de aplicación de la norma. Una jubilación con edad reducida fija que no conlleva merma alguna en la cuantía de la pensión y que requiere de un período de cotización de treinta y ocho años y seis meses.

2. Más allá de los efectos que esta decisión histórica pueda tener en el futuro, por el momento la permanencia en activo por encima de la edad ordinaria de jubilación ha obtenido resultados más bien modestos. Desde que la Ley 24/97 dispusiera la posibilidad de que el Gobierno otorgue desgravaciones o deducciones a las cotizaciones sociales en aquellos supuestos en los que el trabajador opte por permanecer en activo una vez cumplida la edad de 65 años (DA 26ª LGSS), los resultados han sido casi insignificantes. El permiso para obtener más del 100% de la pensión de jubilación si se sigue cotizando y la reducción en la cuota a la Seguridad Social tanto del trabajador como del empleador si se mantiene en activo no han servido de reclamo suficiente para modificar un comportamiento ampliamente arraigado en el ámbito sociolaboral español. Ni siquiera la extensión de tales beneficios a otros colectivos (autónomos, empleados públicos, etc) ha moti-

¹⁶ OCDE, *Panorama de las pensiones. 2011. Los sistemas de prestaciones de jubilación en los países de la OCDE y G-20*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, pág. 44.

¹⁷ COMISIÓN DE LA UE, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la *Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos* [COM (2005) 0224].

vado un incremento significativo del número de beneficiarios.

Quizá pueda encontrar alguna explicación este fenómeno en la prudencia de un legislador que no apuesta decididamente por compensar—incluso con una compatibilidad con el percibo de la pensión—la permanencia en activo y por prohibir los muy variados mecanismos anticipatorios de la edad de jubilación. Esto último será más difícil pues existe un acuerdo casi unánime—empresarial, sindical y de la Administración—sobre la necesidad de su vigencia, pese al planteamiento que el actual Gobierno tiene de prohibirlo o de reducir considerablemente su marco de actuación. Aquello, sin embargo, es más fácil siempre que se consigan integrar los intereses particulares—del beneficiario y del empleador—y colectivos—de las Administraciones tributaria y de Seguridad Social—de forma tal que se evalúe qué compensa más, retrasar el pago—total o parcial—de la pensión de jubilación o incrementar los incentivos salariales, fiscales o laborales para fomentar la presencia laboral activa de los trabajadores de más edad. La defensa de un sistema más flexible, efectuada en numerosas ocasiones¹⁸, permitiría atender a todas las situaciones que el desarrollo de la vida activa, cada vez más complejo, requiere¹⁹. De ser así, ni la clara orientación comunitaria en pro del envejecimiento activo ni las dificultades que el futuro puede plantear a las pensiones deberían impedir la existencia de un abanico de posibilidades para antes y después de la edad ordinaria de jubilación²⁰. De hecho, no tendrían

por qué ser consideradas como incompatibles la lógica que anima, por un lado, estas estrategias de flexibilización y la pretensión de prolongar la vida activa con, por otro lado, la presencia de las jubilaciones forzosas ya que quedaría excluido el carácter incondicionado de estas últimas²¹.

3. Porqué la negociación colectiva se debate entre la prohibición y la restricción

1. Al margen de los vaivenes legislativos sobre la habilitación legal de la negociación colectiva para fijar cláusulas de jubilación forzosa, quizá el planteamiento actual, a la luz de una nueva prohibición, sea si se requiere dicha habilitación o, por el contrario, la negociación colectiva puede disponer de este derecho individual concreto sin necesidad de que el legislador así lo establezca y con base en la Constitución²².

Probablemente se considere una cuestión ya decidida por el Tribunal Supremo tras las SSTs 9 marz.04, Ar. 841 y 873. En opinión del Tribunal, la DA 10.^a LET impedía que durante su vigencia se consideraran discriminatorias las cláusulas de los Convenios Colectivos porque contaban con esa previa habilitación legal basada en una justificación objetiva y razonable. Con su desaparición no existe norma que autorice la limitación al derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad. Derogada la norma habilitante desaparecen también las razones que justifican la misma.

Una tesis prohibitiva, no compartida por toda la Sala a juzgar por el voto particular que se incorpora a estos pronunciamientos. Atendiendo al mismo, el hecho de derogar

¹⁸ La más reciente, en LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*. Premio Fipros 2010, en www.seg-social.es, 267 páginas.

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, CES, 2009, pág. 266.

²⁰ OJEDA AVILES, A., «La dimensión comunitaria de la jubilación», en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...op.cit.*, pág. 641.

²¹ MONTALVO CORREA, «La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo», *ibidem*, pág. 1037.

²² Sobre este debate, *vid* ALBIOL MONTESINOS, I., «Jubilación forzosa y Convenio Colectivo (La Disposición Adicional 10.^a LET)», *ibidem*, pág. 1354.

una previsión normativa sin sustituirla por otra no se traduce en la intención del legislador de prohibir lo que antes estaba permitido. La derogación no implica revitalizar la predominante doctrina prohibitiva de la fijación de edades de jubilación en los Convenios Colectivos. Se trata de una deslegalización que no vulnera ninguna reserva de ley –pues sobre esta materia no existe– dejando a la negociación colectiva la regulación de aspectos que afecten a las condiciones de empleo. No obstante, este voto particular entiende que el hecho de que tales cláusulas puedan ser negociadas sin necesidad de norma habilitante no supone que pueda hacerse libremente y la justificación que elude un trato discriminatorio es precisamente la política de empleo.

2. Pero en los dos últimos años, la negociación colectiva se halla fuertemente condicionada. Las dos últimas reformas (2010 y 2012) –en particular, la última–, han focalizado su interés en la desestructuración de la negociación colectiva y, a partir de ahora, las reglas de descuelgue, inaplicación, ultractividad o modificación sustancial abrirán un panorama distinto, menos rígido, al hasta ahora conocido. En materia de jubilación forzosa, estos dos últimos años se han caracterizado no tanto por esta modificación de la estructura de la negociación colectiva como por la situación de crisis que, en muchas ocasiones, ha conducido a agudizar las jubilaciones forzosas²³. Ahora, tras la prohibición contenida en la DA 10ª LET, resta por saber si se impone la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de pactar jubilaciones forzosas en ausencia de norma legal habi-

litante, si empresarios y sindicatos aceptarán la prohibición o presionarán como antaño para revitalizar esta posibilidad o si, en fin, el derecho a la jubilación retornará a su condición de derecho legal abandonando el campo de la obligación convencional.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL AMPLIO ALCANCE DE LAS EXCEPCIONES EN LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

4.1. Los cánones complementarios de enjuiciamiento del principio de igualdad

1. Con ser el derecho a la igualdad o a la no discriminación uno de los derechos básicos y universales, la aceptación de excepciones al mismo puede llegar, en ocasiones, a anular los efectos de la regla general.

Resulta una obviedad en cualquier análisis jurídico recordar que no todo trato diferenciado supone discriminación pero muchas de las afirmaciones que se realizan en torno a la discriminación por razón de edad no se mantendrían si se aplicara de forma estricta este concepto²⁴. Incluso podría llegarse a la conclusión de que lo que existe, básicamente, es un trato diferenciado bien que no discriminatorio²⁵.

En efecto. La interpretación constitucional ha hecho que el principio de igualdad recogido en el art 14 CE se defina como un principio, que supone una obligación y un límite para los poderes públicos, y como un derecho,

²³ Un exhaustivo análisis de la jubilación forzosa en la negociación colectiva empresarial y sectorial de los dos últimos años en ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., «La jubilación forzosa en la negociación colectiva», en AAVV, *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, pp. 271-309 y PÉREZ AGULLA, S., «Las cláusulas de jubilación forzosa de origen convencional: estado de la cuestión», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.31, 2012, pp. 1-34.

²⁴ Vid, por todos, APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2007.

²⁵ Estas y otras reflexiones mas amplias sobre la materia en LÓPEZ CUMBRE, L., «Discriminación por razón de edad», en AAVV, *Los retos de la igualdad en el trabajo...op.cit.*, pp. 253-304.

con idénticas garantías a cualquier otro derecho subjetivo considerado como derecho fundamental por el texto constitucional, amén de un valor, esto es, una referencia ética que sirve para encauzar la realidad hacia determinados objetivos²⁶. Bien es cierto que, como tempranamente apuntó la doctrina, se trata de un derecho sin contenido concreto pues, a diferencia del resto de los derechos fundamentales, la Constitución no indica lo que es igual sino que expresa que lo que es igual debe ser tratado igual y, por ende, que lo que no lo es debe ser tratado de forma diferente²⁷. En cierta medida, los colectivos que subrayan un elemento identitario (la edad, el sexo, la religión, etc) como factor de discriminación están exigiendo el reconocimiento de la diversidad y la existencia de diferentes identidades de igual valor en toda persona. Reivindicar el reconocimiento de su derecho a ser diferentes y solicitan que se reconozca su derecho a la diversidad. No quieren un comportamiento uniforme, piden (en este caso, en relación a la edad) que las estructuras (en este caso, la sociolaboral) reconozcan y compensen ese rasgo diferencial. Su objetivo no se basa, pues, en la supresión de la diferencia mediante la asimilación de lo diverso a lo general, sino en el reconocimiento de tal diversidad como activo personal (y, en este caso, laboral) para alcanzar su integración pero sin asimilación²⁸.

²⁶ MERCADER UGUINA, J., «El marco teórico del principio de igualdad», en AAVV, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, pág. 222. *Vid* asimismo «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad» en AAVV, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social...op.cit.*, pp. 23-42.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y no discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 46.

²⁸ TOMEI, M., «Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo», en AAVV, *Igualdad en el trabajo, Revista Internacional del Trabajo*, núm 4, monográfico, 2003, pág. 455.

Es cierto que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica y que este desigual tratamiento legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, la falta de una justificación objetiva y razonable (S.TC 67/82). Por eso, el Tribunal Constitucional recurre a cánones complementarios de enjuiciamiento como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales como las que se derivan del principio de proporcionalidad o de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos (SSTC 75/83, 150/91 y 222/92). Así, nada más objetivo, en este caso, que una diferencia de edad, teniendo en cuenta que todas las personas que se encuentren en la misma situación del recurrente, respecto de la fecha de su nacimiento, recibirán el mismo trato por cuanto la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de justificación objetiva y razonable (STC 100/89).

2. Existen dos líneas en la jurisprudencia constitucional que permiten identificar mejor lo expuesto²⁹. La primera, en la que el Tribunal declara que el principio de igualdad no supone un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica. O, lo que es lo mismo, que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad es sólo violada «*si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios emplea-*

²⁹ Un resumen de la misma en PARDELL VEA, A., «La igualdad ante la ley», en AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales...op.cit.*, pp.33-76.

dos y la finalidad perseguida» (S.TC 22/81, FJ 3). La segunda, consecuencia directa de la anterior, es que toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en una situación jurídica en la que se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos. Así, puede decirse que *«dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un tertium comparationis que opera como definitorio de la clase y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce»* (S.TC 80/94, FJ 6). Lo que exige el juicio de igualdad es *«la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas»* (S.TC 212/93, FJ 6).

También resulta por todos conocido que el juicio de igualdad se compone de dos factores, un juicio de razonabilidad y otro de racionalidad³⁰. La razonabilidad se articula sobre la base de una comparación jurídica, de forma que la diferenciación introducida por una decisión será razonable en la medida en que se haya determinado de forma correcta, esto es, porque no exista un término de comparación que permita articular la existencia de personas o situaciones jurídicas tratadas de forma diferente o porque no se haya trazado un estatuto jurídico igual con la suficiente idoneidad. Por tanto, a unos supuestos de hecho iguales se les aplica consecuencias jurídicas distintas y dicha diferenciación carece de una justificación objetiva. Por su parte, la racionalidad supone analizar la lógica interna de la decisión determinando

su consistencia, esto es, la ausencia de contradicción y la adecuación entre los elementos fácticos y normativos de la diferenciación así como la coherencia de esta última, que implica el respeto de las exigencias de proporcionalidad de la decisión normativa. Ha de comprobarse, en este caso, si la diferenciación responde a una finalidad constitucional respetando las exigencias de proporcionalidad entre la diferenciación efectuada y la finalidad perseguida por la misma, considerándose este último habitualmente como un juicio de proporcionalidad.

A diferencia de lo que ocurre en el resto de derechos fundamentales —en los que la proporcionalidad se mide sobre la restricción del derecho—, en relación al principio de igualdad, el principio de proporcionalidad permite el ejercicio de un control sobre la diferenciación introducida³¹. De hecho, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario comprobar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria en el sentido de que no exista otro medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad). De ahí que en el juicio de igualdad se imponga una distinción entre el término de comparación (prueba de su existencia) y la justificación de la diferenciación (prueba de su razonabilidad y racionalidad)³².

³⁰ Sobre su aplicación, *vid.* SUAY RINCON, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, pág. 857.

³¹ BARNES, J., «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», *Cuadernos de Derecho Procesal*, núm.5, 1998, pág. 339.

³² GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 77.

4.2. La amplitud de las excepciones y el vaciamiento de la regla

1. La Directiva 2000/78/CE garantiza «un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación» pero se ha desarrollado, como ha podido comprobarse, más en torno a la aplicación de sus excepciones que a la de su regla, sobre todo en virtud de las decisiones judiciales expuestas de las que cabe extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, se admite que los Estados miembros mantengan una diferencia de trato cuando la naturaleza de la actividad profesional o el contexto en el que se lleve a cabo impongan dicha característica como requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado, se justifica una discriminación indirecta siempre que exista una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios y se aceptan diferencias de trato por motivos de edad siempre que se hallen objetiva y razonablemente justificadas. Comoquiera que el principio de no discriminación por razón de edad constituye un principio general cuya vulneración exige una cierta proporcionalidad entre lo que es necesario y adecuado al objetivo propuesto y el respeto a la igualdad, su excepción demanda este tipo de justificación.

No se les exige a los Estados miembros que contemplen en su normativa el listado concreto de las causas que justifican la discriminación por razón de edad pues disponen de amplios márgenes de apreciación en la elección de los medios para alcanzar su objetivo, incluso circunscribiendo la justificación en el contexto jurídico general. Aun cuando no basta la generalización relativa a la idoneidad de una medida para admitir la justificación de que se trata. Se requiere, a tal fin, un elevado nivel de carga probatoria. Será necesario, por esta razón, que otros elementos permitan la identificación del objetivo a fin de posibilitar el control jurisdiccional sobre la legitimidad

de la idoneidad y necesidad de los medios empleados para tal fin.

2. La política de empleo en un contexto de crisis constituye, en segundo término, el soporte básico justificativo de este tipo de medidas. No es tanto el paso del tiempo o el deterioro físico o psíquico del trabajador lo que contribuye a habilitar estas fórmulas sino la situación del mercado de trabajo y la disponibilidad económica de la Seguridad Social las que permiten su aplicación. Sin embargo, la ausencia de una concreción sobre el tipo de resultados que las cláusulas de jubilación forzosa generarían en el sector, en la empresa o en el centro de trabajo no han supuesto un obstáculo para su aceptación. La vinculación entre jubilación forzosa y política de empleo existe cuando en el Convenio Colectivo se recoge un compromiso para favorecer la estabilidad en el empleo o cuando se garantiza la contratación en el puesto dejado vacante por el jubilado de un nuevo trabajador. Incluso cabe plantear, desde una perspectiva general, que el recurso al mecanismo de la jubilación forzosa se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores (los que alcanzan los 65 años) para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo (respecto de los que se pretende disminuir la tasa de desempleo, fomentar la contratación indefinida y disminuir la tasa de temporalidad). Bastará con que esta medida se dirija a posibilitar la contratación de la población en paro, lo cual no significa que la empresa se halle obligada a contratar en sustitución de los trabajadores jubilados.

Cuando se intenta concretar a qué se refiere el legislador con la expresión genérica de política de empleo se especifica cómo no ha de entenderse limitada a la ocupación de vacante dejada por el cesado sino que ha de serlo en el sentido más amplio del mantenimiento o mejora del empleo. No basta tampoco con una mera reproducción abstracta de la expresión legal sin una concreta especificación alejada

de hueca retórica sino que ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo. Ni se admite, en fin, que las medidas a adoptar encuentren una justificación fuera del ámbito del Convenio aplicable.

Eso no significa que, al no hallarse todos estos supuestos en el ámbito genérico de la interdicción de la desigualdad sino en el de la prohibición de discriminación, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferencia por razón de edad, no deba ser mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad en la diferenciación. De ahí que limitar el ejercicio profesional a una edad justificándolo en que, a partir de la misma, la mayoría de los españoles cesa en su actividad laboral o en que dicha edad es la prevista como ordinaria de jubilación en la normativa laboral resulte insuficiente. Tampoco puede admitirse que se trate de una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido. La amplitud del colectivo privilegiado (todos los profesionales hasta que cumplan la edad de 65 años) permite albergar serias dudas acerca de que efectivamente se trate de un grupo desfavorecido que precisa de una medida de acción positiva para reequilibrar su posición frente a los mayores de 65 años. Más que privilegiar a un grupo supuestamente merecedor de especial protección, la medida margina a un colectivo concreto (los mayores de 65 años).

Con todo, el recurso más común, dentro de la política de empleo, es el del rejuvenecimiento de la plantilla o el redimensionamiento de la misma mediante las jubilaciones forzosas. La utilización del criterio de edad al seleccionar a los trabajadores en edad de jubilación no puede ser tachada de desproporcionada en relación con la finalidad de aligerar plantilla que se persigue. Dentro del contexto de reestructuración empresarial, se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo por razones de via-

bilidad en términos de rentabilidad puesto que su mantenimiento resulta más gravoso para la empresa y contribuiría a agravar la situación económica de la misma. Eso sí, la justificación no puede entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el trabajador cesado sino que tiene un sentido más amplio de mantenimiento y mejora del empleo objetivo que ha de concretarse a través de acciones que garanticen la estabilidad y calidad en el empleo.

3. En tercer término, la excepción se justifica si existe una compensación que ha venido siendo fijada en el acceso a la pensión de jubilación. Comoquiera que dicha limitación supone un sacrificio personal y económico, debe ser objeto de compensación pues para que este trato desigual que supone la jubilación forzosa resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin lícito sino que, con el objeto de no lesionar desproporcionadamente un bien jurídicamente protegible, se impone una compensación. Eso no significa que se garantice un «determinado» acceso a la pensión de jubilación por lo que, el hecho de obtener una pensión inferior a la que se percibiría si no se aplicara la jubilación forzosa, no condiciona la adecuación de la medida en cuestión. Por lo demás, el nexo que vincula la jubilación forzosa con el acceso a la pensión no implica que el trabajador deba abandonar de manera imperativa el mercado de trabajo por cuanto nada impide su mantenimiento en el mismo en otro puesto distinto, compatibilizando o no su pensión con el salario a percibir.

4. Finalmente, la utilización de la negociación colectiva como principal vehículo normativo de inserción de este tipo de cláusulas también ha servido para corroborar la excepción al principio de no discriminación por razón de edad. El empleo de la negociación colectiva no deja de posibilitar, por ejemplo, la diferencia de trato entre trabajadores de distintos sectores, de distintas empresas del mismo sector e incluso de la misma empresa pero de distintos centros de trabajo pues, no

en vano, la negociación colectiva permite adaptar sus disposiciones a las circunstancias de cada ámbito de aplicación. Bien es cierto que, en algunos países, como ocurre en España, se trata de una materia rodeada de polémica. En primer lugar, por entender que la disponibilidad de derechos individuales a través del ejercicio del derecho a la negociación colectiva no deja de tener límites y, en segundo término, porque se cuestiona la necesidad de obtener una habilitación legal toda vez que el derecho a la negociación colectiva surge *ex Constitutione*.

En nuestro ordenamiento, la primera reticencia se solventa comprometiendo toda medida convencional a la consecución de un resultado dentro de las políticas de empleo generales o empresariales. La segunda presenta más objeciones por cuanto, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, es evidente que la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva. Por lo demás, cabe afirmar que del texto constitucional no se deriva ni expresa ni implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Por lo que, tanto la ley como el Convenio Colectivo, podrán establecer este tipo de cláusulas.

4.3. La modificación del contenido de un derecho fundamental en función del contexto

1. Convendría plantearse hasta qué punto Directivas, preceptos constitucionales, normas nacionales o cláusulas convencionales pueden llegar a anular un derecho fundamental al amparo de una justificación objetiva y razonable que deriva de un contexto variable pero siempre admisible como excepción. Situando el pasado en lo ya expuesto, se trata de analizar la eficacia de la garantía de

una tutela antidiscriminatoria en elementos como el de la edad, modulable en función de una coyuntura económica, social o laboral que, ante un proceso de globalización como el que acontece, siempre encontrará un elemento que justifique prescindir de los trabajadores de mayor edad. Y, aun cuando exista una voluntad del legislador por prohibir esa limitación convencional a la permanencia en el empleo —como ocurre en la actualidad en el ordenamiento español al prohibir las cláusulas de jubilación forzosa—, empresas y trabajadores buscarán alternativas para redimensionar sus plantillas tomando como punto de referencia la edad y sin que pueda ser tachado éste —en virtud de lo expuesto— como un comportamiento discriminatorio.

2. Resulta evidente que la indeterminación de las normas legales constituye un parámetro consustancial al ordenamiento jurídico. Todo precepto requiere de una actividad interpretativa que podrá ser más o menos intensa en función de la redacción del mismo. La interpretación judicial se convierte, así, no tanto en una actuación creadora de la norma como en una actividad definidora de la misma estableciendo un criterio más o menos firme para precisar su aplicación.

El problema surge cuando en la aplicación del Derecho nos encontramos con un grado de indeterminación máximo coincidente con aquellos casos en los que el legislador opta por vaciar la norma de un contenido preciso y definido y sustituye el mismo por pautas o criterios generales que deberán ser completados en el momento aplicativo. Como señala la doctrina, es éste el verdadero ámbito de actuación de los denominados «conceptos jurídicos indeterminados» a través de los cuales los jueces realizan una actividad verdaderamente creadora toda vez que las normas no son más que disposiciones que tienden a resolver casos concretos y no pautas generales de comportamiento³³.

³³ VILLA GIL, L.E de la, «El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el

Bien es cierto que, en la aplicación normativa, es necesario diferenciar la ambigüedad de la norma de la vaguedad de la misma. La ambigüedad puede constituir la principal limitación y la vaguedad la mayor ventaja. La ambigüedad surge cuando la palabra usada no es capaz de aportar un significado preciso porque puede tener varios. Dada su potencial confusión, una palabra ambigua no debe ser utilizada si su contexto no resuelve con claridad la ambigüedad. La vaguedad, a diferencia de la ambigüedad, se refiere a la incertidumbre del significado, puesto que su posible campo de referencia no es plural sino indefinido³⁴. Y esa indefinición puede ser utilizada por el legislador en beneficio propio al permitir que, recurriendo a un único término, establezca una regulación más rica en su alcance. Se permitirá así la denominada «textura abierta del lenguaje». El lenguaje muestra esa textura abierta que es, precisamente, la que permite redactar normas generales con el grado de vaguedad o precisión que requiera³⁵.

La combinación entre la excepcionalidad en la aplicación de un derecho fundamental y la labor creadora de los jueces ante la indeterminación de un concepto genérico pueden llegar a vaciar de contenido a aquél. Y ya no sólo porque dicha actuación haya podido conseguir, por ejemplo, el efecto contrario —la concreción sobre el alcance de la política de empleo en las jubilaciones forzosas no ha servido para paliar, en términos generales, una mayor precariedad en el empleo— sino porque la pretendida tutela judicial, en este caso antidiscriminatoria, resulte contraria a los intereses de los trabajadores. La incoherencia de ampliar el principio de igualdad al mayor número de colectivos mientras crecen las excepciones a su aplicación o la que repre-

senta la pretensión de incrementar la edad ordinaria de jubilación de forma gradual y progresiva en toda Europa aceptando una extinción brusca de la relación laboral por jubilación forzosa sin permitir una previa transición entre la actividad y la inactividad, constituyen un buen ejemplo de esta forzada conexión.

En el claustro del University College de Londres se conserva, sentado en una silla y en una urna de cristal, el cuerpo disecado de Bentham (1748-1832), por expreso deseo del filósofo. ¿La razón? Que su «autoicono» —denominación ideada por él mismo— mantenga vivas sus ideas. Como es sabido, Bentham no fue realmente un filósofo aunque sí creó una de las teorías filosóficas más difundidas, el utilitarismo, basada en el principio de la mayor felicidad. En ciertas circunstancias, es lícito sacrificar el derecho de un individuo particular a ser feliz para promover la mayor felicidad de la mayoría. Por lo tanto, una acción es correcta si, después de sumarse todos los placeres por un lado y todas las penas por otro, la báscula se inclina del lado de la felicidad. Éste parece haber sido el planteamiento implícito en las políticas de jubilación forzosa, el sacrificio de unos cuantos en beneficio de una mayoría. En la actualidad, el balance podría ser cuestionado pues, quizá, el sacrificio de unos cuantos no haya derivado en beneficio del resto. Eso no significa que la conclusión deba ser la prohibición de estas cláusulas. Bien al contrario. Suponen, como también se ha demostrado, una forma pacífica de redimensionar las plantillas. Pero con límites. Esos que precisa la Directiva comentada y que, por dilatar su alcance, han devenido ineficaces. Se atribuye al escritor Gerald Brenan (1894-1987) la idea de que la vejez nos arrebató lo que hemos heredado y nos da lo que hemos merecido. Quizá no resulte lícito que nos deje como consecuencia despojarnos de la posibilidad de seguir mereciéndolo.

Derecho del Trabajo, en AAVV, *Los principios del Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 411.

³⁴ PRIETO DE PEDRO, J., *Lenguas, lenguaje y Derecho*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 146.

³⁵ HART, H., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pág. 159.

RESUMEN La excepción al principio de no discriminación por razón de edad motiva la Sentencia Palacios de la Villa, objeto de comentario, ante la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa. Bastará con que los Estados justifiquen objetiva y razonablemente la existencia de una finalidad legítima con medios adecuados y necesarios para que prevalezca la excepción, en virtud del art. 6 de la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En el análisis desarrollado destaca no sólo la variable evolución normativa de la jubilación forzosa pactada convencionalmente –permitida o prohibida, según la coyuntura– sino, y sobre todo, la ductilidad de la jurisprudencia (europea, constitucional y en casación) dictada desde que la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores se ocupara de la misma hasta que la última reforma de 2012 decidiera prohibirla. Con ser el derecho a la igualdad o a la no discriminación uno de los derechos básicos y universales, la aceptación de excepciones al mismo puede llegar a anular los efectos de la regla general. De hecho, la edad no ha venido siendo un elemento de expreso reconocimiento en los textos normativos de referencia. Sin embargo, el principio de igualdad se define como un principio, que supone una obligación y un límite para los poderes públicos, y como un derecho, con idénticas garantías a cualquier otro derecho fundamental, amén de un valor, esto es, una referencia ética que sirve para encauzar la realidad hacia determinados objetivos. Ampliar o restringir las excepciones al mismo supone restringir o ampliar las garantías sobre su ejercicio. Convendría, por ello, plantearse hasta qué punto Directivas, preceptos constitucionales, normas nacionales o cláusulas convencionales pueden modular la aplicación de un derecho fundamental al amparo de una justificación que deriva de un contexto variable pero siempre admisible como excepción. La excusa no puede ser la indeterminación de la norma legal como parámetro de actuación en el ordenamiento jurídico. No en vano, la combinación entre la excepcionalidad en la aplicación de un derecho fundamental y la labor creadora de los jueces ante la indeterminación de un concepto genérico puede llegar a vaciar de contenido a aquél. Y un derecho fundamental, en tanto derecho universal, constituye un elemento esencial del ordenamiento.

ABSTRACT This paper analyses the exception to the principle of non-discrimination on grounds of age, which is behind the *Palacios de la Villa* judgement, given the application of a compulsory retirement clause. States need only objectively and reasonably justify the existence of a legitimate aim through adequate and necessary means in order for the exception to prevail, under the article 6 of Directive 2007/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. The analysis highlights not only the variable normative evolution on compulsory retirement conventionally agreed upon –allowed or prohibited according to context–, but also, and above all, the ductibility of jurisprudence (European, constitutional and annulment) since the first elaboration of the Workers' Statute included this issue until the latest reform of 2012 decided to prohibit it. The right to equality or non-discrimination being one of the fundamental and universal rights, accepting exceptions could cancel out the effects of the general rule. In fact, age has not been an element of specific acknowledgment in reference legislative texts. However, equality is defined as a principle –which presumes an obligation and a limit of public powers–, and as a right –with the same guarantees as any other fundamental right–, as well as a value, i.e., an ethical reference which can contribute to channel reality towards certain objectives. Increasing or restricting the exceptions to this right means restricting or increasing guarantees on its exercise. Thus, it would be convenient to consider to what extent directives, constitutional precepts, national rules or conventional clauses can shape the application of a fundamental right under a justification derived from a context which is variable yet always admissible as an exception. The excuse cannot be the uncertainty of legal rules as a parameter to act in the legal system. Thus, combining the exceptionality in the application of a fundamental right and the creative task of judges before the uncertainty of a generic concept could strip that right of content. Besides, a fundamental right, as a universal right, is a key element of the legal system.