

A SUBSTITUCIÓN XERACIONAL E A DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDADE NA EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO. ACERCA DA SENTENZA DO TXUE DO 15 DE ABRIL DE 2021

ISABEL OLMOS PARÉS
Maxistrada da Sala do Social
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia
olmospares@yahoo.es

RESUMO

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

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

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMARIO

1. Introducción.- 2. O principio de igualdade de trato no dereito orixinario e derivado.- 3. A discriminación por idade e a extinción do contrato de traballo.- 4. A extinción do contrato de traballo e a xubilación.- 4.1. Obxectivo lexítimo.- 4.2. Proporcionalidade.- 4.2.1. Cláusulas de extinción automática en convenios colectivos. Casos Palacios de la Villa e Rosenbladt.- 4.2.2 Medidas no sector público. Caso dos xuíces polacos.- 5. O despedimento discriminatorio por razón de idade.- 5.1 obxectivo lexítimo. Caso olympiako athlitiko kentro athinon.- 5.2. Proporcionalidade. 6. Conclusións.- 7. Bibilografía.

1. INTRODUCCIÓN

A idade condiciona as nosas vidas e constitúe un factor determinante en dous momentos decisivos da nosa traxectoria profesional: o acceso ao ámbito das relacións laborais e a súa saída¹, influído ademais por múltiples

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

estereotipos e xeneralizacións acerca das habilidades e capacidades persoais que non están necesariamente ligadas á idade cronolóxica, senón máis ben á biolóxica².

O TXUE ditou ata a data ao redor de 45 sentenzas abordando dun modo ou outro a cuestión da discriminación por razón de idade, a última en data 15 de abril de 2021, relativa ao despedimento dun traballador dunha entidade pública grega próximo á idade de xubilación³. Unha maioría importante destas resolucións afecta os traballadores de máis idade, cando esta causa de discriminación podería de igual maneira concernir aos máis novos. Mesmo pode afirmarse que non só os traballadores máis novos resultan ser menos afectados, senón que a discriminación que padecen os maiores xustifícase nun número elevado de casos en atención a criterios tales como a substitución interxeracional. A discriminación dos máis veteranos na Xurisprudencia do TXUE é en grao sumo variada, non se salva ninguén: pilotos, xuíces, fiscais, catedráticos, dentistas. A presión dun mercado de traballo (escaso?), empuxa aos máis maiores fóra, na maioría dos casos en atención á existencia dunha pensión de xubilación ás portas, mesmo sen atender ao importe desta⁴.

De feito, a idade presenta diferenzas con relación a outras posibles causas de discriminación prohibidas pola UE, pois as posibilidades de xustificar as diferenzas de trato por razón de idade conforme a Directiva 2000/78 son máis amplas que as que se recoñecen para os demais motivos mencionados no artigo 1 desta⁵. Díxose que a idade figura no último nivel de

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

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

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

⁴ Véxase a STXUE do 5 de xullo de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421.

⁵ Véxase o art. 6.1 en relación co art. 2.2. da Directiva 2000/78/CE do 27 de novembro de 2000, «DOCE» núm. 303, do 2 de decembro de 2000, Ref DOUE-L-2000-82357 relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación. En todo caso, téñase en conta que a citada Directiva ten por obxecto establecer un marco xeral para loitar

protección antidiscriminatoria⁶. En todo caso, a análise da discriminación por razón de idade constrúese de igual modo que as demais formas de discriminación

Das 45 sentenzas do TXUE examinadas, máis do 50% abordan supostos que poden agruparse nos seguintes: (1) casos relacionados con determinados límites de idade (máximos), para traballar ou acceder a determinadas profesións⁷; (2) extincións automáticas de contratos de traballo ou despedimentos por razón de idade⁸; (3) dereito á indemnización por despedimento se o traballador afectado pode acceder á pensión de xubilación⁹; (4) casos onde a lexislación nacional permite acudir á contratación temporal

contra a discriminación por motivos de relixión ou conviccións, de discapacidade, de idade ou de orientación sexual no ámbito do emprego e a ocupación, co fin de que nos Estados membros se aplique o principio de igualdade de trato. Véxase tamén o apartado 76 das Conclusións do Avogado Xeral Sr. Ján Mazák presentadas o 23 de setembro de 2008, C-388/07, ECLI:EU:C:2008:518; e as Conclusións do Avogado Xeral Sr. Richard da Tour de data 19 de novembro de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 44.

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

⁷ Véxase a STXUE (Gran Sala) do 13 de setembro de 2011, Prigge, C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573, relativa a Pilotos de liñas aéreas comerciais que a partir dos 60 anos de idade non podían exercer como piloto dun avión de transporte comercial; ou tamén a STXUE (Gran Sala) do 12 de xaneiro de 2010, Petersen, C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4, sobre disposición nacional que prevé un límite de idade de 68 anos para o exercicio da profesión de dentista concertado. En canto a límite máximo para acceder a unha profesión, véxase a STXUE do 13 de novembro de 2014, Vital Pérez, C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371, sobre idade máxima de 30 anos para policía local do Concello de Oviedo ou a STXUE do 15 de novembro de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15, ECLI:EU:C:2016:873, sobre selección de axentes da Ertzaintza limitada a candidatas que non cumprisen 35 anos.

⁸ Véxanse a título de exemplo a STXUE do 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, sobre cláusula de xubilación forzosa en Convenio Colectivo ou a STXUE do 5 marzo de 2009, Age Concern England, C 388/07, EU:C:2009:128, sobre cláusula que autoriza a extinción do contrato dun traballador de 65 anos ou máis por razón da súa xubilación.

⁹ Véxanse a título de exemplo, a STXUE (Gran Sala), do 12 de outubro de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, sobre denegación da indemnización por despedimento cando existe dereito a percibir unha pensión de xubilación.

sen restricións a partir de determinada idade¹⁰. Neste traballo cinguireime ao segundo grupo de supostos.

2. O PRINCIPIO DE IGUALDADE DE TRATO NO DEREITO ORIXINARIO E DERIVADO

O principio de igualdade de trato conságrase no artigo 20 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea (en diante, a "Carta")¹¹, e constitúe un principio xeral do Dereito da Unión, do que o principio da non discriminación, establecido no artigo 21, parágrafo 1, da mesma Carta, é unha expresión particular. Segundo a reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da UE, este principio esixe, de conformidade co disposto no artigo 52, apartado 1, da Carta, que situacións comparables non deben ser tratadas de maneira diferente e que situacións diferentes non deben ser tratadas de maneira igual a menos que o dito trato estea obxectivamente xustificado¹². As disposicións da Directiva 2000/78 materializan, en Dereito derivado, os límites que enmarcan o principio fundamental de igualdade de trato e non discriminación, consagrado no artigo 21 da Carta¹³.

¹⁰ Véxanse a STXUE de 22 novembro 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, sobre contratos de duración determinada sen restricións dende os 52 anos ata que teñan dereito á pensión de xubilación; ou a STXUE do 10 de marzo de 2011, Deutsche Lufthansa AG, C-109/09, ECLI:EU:C:2011:129, sobre unha disposición nacional que permite celebrar contratos de traballo de duración determinada con traballadores sen ningún requisito adicional, unicamente porque estes cumpriron 58 anos de idade; véxase tamén a STXUE do 8 de outubro de 2020, FT, C-644/19, ECLI:EU:C:2020:810, que aborda un caso onde os profesores universitarios de 65 anos que non teñan a condición de director de tese só poden celebrar co centro contratos de traballo de duración determinada, cun réxime de remuneración inferior á que se concede aos profesores titulares da mesma idade que si sexan directores de teses.

¹¹ Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea, feita en Estrasburgo do 12 de decembro de 2007, publicada en DOUEC núm. 303 do 14 de decembro de 2007.

¹² Véxase a STXUE do 9 de marzo de 2017, Milkova, C406/15, apartado 55, ECLI:EU:C:2017:198; no mesmo sentido, as SSTXUE do 22 de maio de 2014, Glatzel, C-356/12, apartado 43 ECLI:EU:C:2014:350; e do 21 de decembro de 2016, Vervloet e a., C-76/15, apartado 74, ECLI:EU:C:2016:975.

¹³ Véxase as Conclusións do Avogado Xeral Kokott do 31 de maio de 2016, G4S Secure Solutions, C-157/15, apartado 61, ECLI:EU:C:2016:382.

O obxectivo da Directiva 2000/78 é establecer un marco xeral para combater a discriminación por motivos de relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual, en materia de emprego, co fin de aplicar, nos Estados membros, o principio de igualdade de trato¹⁴.

Tamén da xurisprudencia do TXUE podemos deducir que: 1) en canto aos tipos de situacións protexidas (artigo 1 da Directiva), é necesario adoptar unha interpretación restritiva¹⁵; 2) calquera disparidade de trato non constitúe discriminación no sentido da Directiva 2000/78, pois é necesario que poida vincularse a unha das situacións protexidas; 3) a discriminación sexa directa ou indirecta pode quedar excepciónada, é dicir, pode estar xustificada nos supostos previstos na propia Directiva, en especial, en relación a obxectivos de política de emprego, o que explica que o TXUE admitise con máis facilidade a xustificación de diferenzas de trato por razón de idade. Isto non significa que sexa un motivo de discriminación menos “serio”, senón que as outras causas de discriminación poden atopar menos xustificacións que estas.¹⁶

Por outra banda, o principio de non discriminación por razón da idade confire aos particulares un dereito subxectivo invocable como tal que —aínda nos litixios entre particulares— obriga aos órganos xurisdiccionais nacionais a absterse de aplicar as normas nacionais incompatibles co devandito principio¹⁷.

¹⁴ Véxanse as SSTXUE do 22 de xaneiro de 2019, Cresco Investigation, C-193/17, apartado 36, ECLI:EU:C:2019:43; e do 17 abril de 2018, Egenberger, C-414/16, apartado 47, ECLI:EU:C:2018:257, no que respecta á relixión e as conviccións. Para a incapacidade, véxase no mesmo sentido a STXUE do 17 de xullo de 2008, Coleman, C-303/06, apartado 42, ECLI:EU:C:2008:415.

¹⁵ Véxanse as SSTXUE do 26 de setembro de 2013, HK Danmark, C-476/11, apartado 47, ECLI:EU:C:2013:590; e a do 26 de setembro de 2013, Dansk Jurist- og Økonomforbund, C-546/11, ECLI:EU:C:2013:603, apartado 41.

¹⁶ Véxase respecto diso a RODRIGUEZ -PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes”, Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2017, ISSN 2387-1113, páx. 1037.

¹⁷ Véxase a STXUE do 15 de xaneiro de 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, apartado 47; e a STXUE do 19 de abril de

3. A DISCRIMINACION POR IDADE E A EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO

A Directiva 2000/78 aplícase a todas as persoas, tanto no que respecta ao sector público como ao privado, incluídos os organismos públicos, en relación coas condicións de emprego e traballo, tamén as de despedimento e remuneración¹⁸. O termo “despedimento” abarca, no seu sentido máis amplo, calquera extinción do contrato de traballo¹⁹.

Na extinción dun contrato de traballo pode producirse unha discriminación se a causa extintiva non ten outro motivo que o da idade, aínda que sexa a idade legal de xubilación. Ademais, a extinción do contrato de traballo baseada en criterios de idade pode ser contraria tamén ao dereito a traballar recoñecido no artigo 15, apartado 1, da Carta. Por iso é polo que debe prestarse unha atención especial á participación dos traballadores de máis idade na vida profesional e, polo tanto, na vida económica, cultural e social, pois o mantemento en activo desas persoas favorece entre outras cousas a diversidade no emprego. O interese que representa o mantemento en activo das devanditas persoas debe tomarse en consideración respectando outros intereses que poidan ser diverxentes²⁰, pois debe terse en conta que a marcha das persoas maiores do mercado laboral dificulta moito máis unha reincorporación posterior, sen esquecer a realidade existente no mercado de traballo relativa á

2016, asunto C-441/14, Dansk Industri (DEI), actuando en representación de Ajos A/S, e Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen, ECLI:EU:C:2016:278, apartado 36.

¹⁸ Así o dispón o art. 3.1 c) da Directiva 2000/78. Nos apartados a) e b) establece a súa aplicación a: “as condicións de acceso ao emprego, á actividade por conta propia e ao exercicio profesional, incluídos os criterios de selección e as condicións de contratación e promoción, independentemente da rama de actividade e en todos os niveis da clasificación profesional, con inclusión do relativo á promoción” e ao “acceso a todos os tipos e niveis de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior e reciclaxe, incluída a experiencia laboral práctica”.

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

²⁰ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 44. Véxanse tamén nese sentido, as sentenzas do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 62 a 64; e a do 5 de xullo de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, EU:C:2012:421, apartado 37.

prohibición de contratar persoas de determinada idade ou mesmo de contratar persoas xubiladas, medidas que tamén foron bendicidas polo TXUE co fin de conseguir ese rexuvenecemento laboral²¹.

4. A EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO E A XUBILACIÓN

O contrato de traballo extínguese cando o traballador se xubila, o que non equivale a dicir cando alcanza a idade legal de xubilación. Sen ir máis lonxe, o art. 49 f) do noso Estatuto dos traballadores non fala de idade legal de xubilación, senón que só establece como causa de extinción a xubilación do traballador²², de modo que cabe preguntarse: debe incluírse tanto a xubilación voluntaria como a forzosa?

En principio, esta causa de extinción é individual e voluntaria, é dicir, opera por cada traballador individualmente considerado en función dos seus intereses persoais que poden ou non coincidir cos do seu empregador. Con todo, a xubilación forzosa foi nos últimos vinte anos a ferramenta máis utilizada no saneamento das empresas e atopou o seu máximo expoñente na posibilidade legal de que se incorpore como cláusula dun convenio colectivo, permitindo con carácter xeral a extinción de todos os contratos de traballo que vinculan a unha empresa con aqueles empregados que alcanzan a idade legal de xubilación, aínda que normalmente ligada ao acceso real e efectivo á referida pensión²³. Da

²¹ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, onde se analizaba unha normativa nacional que prohibía ás administracións públicas adxudicar misións de estudo e de asesoramento a persoas xubiladas e onde se conclúe que aquela non se opón á Directiva 2000/78, aínda que se matiza que sería pertinente tomar en consideración o nivel da pensión de xubilación que poden obter as persoas afectadas, así como que corresponde ao xuíz nacional comprobar se a prohibición é adecuada para garantir a consecución do obxectivo alegado e responde verdadeiramente o empeño por facelo de forma congruente e sistemática.

²² Téñase en conta que en España a normativa de Seguridade Social non exige o acceso á pensión de xubilación dende unha situación de alta, é dicir, dende un traballo previo. Véxase nese sentido a PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La jubilación en la unificación de doctrina*, *La Ley* 1ª edición, Madrid, setembro 2001, ISBN 84-9725-135-0, pág. 21.

²³ No noso ordenamento xurídico laboral, DA 10º do Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do

mesma maneira, no sector público, as AAPP poden establecer medidas extintivas ou de prexubilación para os funcionarios ou o persoal laboral atendendo, como único criterio, ao da idade legal de xubilación.

Con todo, a extinción do contrato de traballo baseada no feito de que o traballador afectado alcanzase a idade legal de xubilación ou por ter simplemente dereito a unha pensión de xubilación ou, mesmo, pola simple expectativa de que a pensión de xubilación se materialice nun curto prazo é en si mesma discriminatoria no sentido do artigo 2, apartados 1 e 2, letra a), da Directiva²⁴.

En efecto, unha normativa interna que permita ao sector público ou privado extinguir os contratos de traballo por razóns vinculadas á idade está afectada pola Directiva 2000/78. Cousa distinta é que estas disposicións nacionais que establezan diferenzas de trato por motivos de idade, incluídas as discriminacións directas, sexan tratadas como unha excepción ao principio de prohibición da discriminación e como tales excepcións deban axustarse estritamente aos requisitos previstos no propio precepto, como veremos²⁵.

Estatuto dos traballadores, dispón expresamente a posibilidade de que os convenios colectivos poidan establecer cláusulas que posibiliten a extinción do contrato de traballo polo cumprimento por parte do traballador da idade legal de xubilación fixada na normativa de Seguridade Social, pero a continuación condiciónao a que a pensión do traballador cuxo contrato se vai extinguir sexa do cento por cento da pensión contributiva. Tamén o condiciona a que a dita medida de extinción por xubilación se vincule a obxectivos de política de emprego como pode ser a contratación de traballadores novos; a substitución xeracional ou calquera outra dirixida a favorecer a calidade do emprego. Sobre as vicisitudes da devandita disposición adicional, véxase a TORTUERO PRAZA, J.L.: "Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial", Cuadernos Civitas, 1ª Edición, Madrid 2002, ISBN:84-470-1786-9, páxs. 29 a 64.

²⁴ Nese sentido, na discriminación por razón de idade, a distinción entre discriminación directa e indirecta deixa de ter sentido na medida que ben sexa directa, ben indirecta admite excepcións, o que non sucede coa discriminación por razón de sexo (véxase o art. 14 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (refundición).

²⁵ O art. 6.1. da Directiva 200/78/CE dispón expresamente que: "Non obstante o disposto no apartado 2 do artigo 2, os Estados membros poderán dispoñer que as diferenzas de trato por motivos de idade non constituirán

Respecto diso, procede sinalar en primeiro lugar que, conforme o seu décimo cuarto considerando, a Directiva 2000/78 enténdese sen prexuízo das disposicións nacionais que establecen a idade de xubilación, o que significa que a competencia dos Estados membros para determinar a idade de acceso á xubilación non se ve afectada pola mencionada Directiva. Pero, unha cousa é establecer a idade legal de xubilación e outra moi distinta, posibilitar medidas nacionais que permitan a extinción dun contrato de traballo por razón de idade, aínda que o sexa a cambio dunha pensión de xubilación²⁶.

En segundo lugar, a propia Directiva, no seu art. 6.1, parágrafo segundo, enumera varios exemplos de diferenzas de trato que poden ser compatibles coas esixencias do Dereito comunitario²⁷, entre as cales contéplase expresamente a posibilidade de establecer condicións especiais de despedimento para os traballadores de maior idade. Aínda que só menciona o despedimento, tal circunstancia non é determinante en si mesma, pois a mencionada lista ten valor meramente indicativo²⁸, de modo que tamén poden entenderse incluídas outras causas extintivas, como a extinción por xubilación.

A xubilación forzosa é unha discriminación directa por razón da idade na medida que impide aos traballadores que non

discriminación se están xustificadas obxectiva e razoablemente, no marco do Dereito nacional, por unha finalidade lexítima, incluídos os obxectivos lexítimos das políticas de emprego, do mercado de traballo e da formación profesional, e se os medios para lograr este obxectivo son adecuados e necesarios”.

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

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

²⁸ Os Estados membros non están obrigados a elaborar unha lista específica das diferenzas de trato que poden estar xustificadas respecto dun obxectivo lexítimo (véxase nese sentido a STXUE do 5 de marzo de 2009, Age Concern England, C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 34). Con todo, se no ámbito da súa marxe de apreciación optan por facelo, poderán incluír na lista en cuestión supostos de diferenzas de trato e de obxectivos distintos dos que menciona expresamente a propia Directiva, sempre que tales obxectivos sexan lexítimos, no sentido do artigo 6, apartado 1, desta última, e que tales diferenzas de trato sexan adecuadas e necesarias para alcanzar os mencionados obxectivos.

desexan saír do mercado laboral, a posibilidade de manterse nel sen outro criterio que o da idade, dispensando, de maneira directa, un trato menos favorable a estes traballadores en comparación coas demais persoas activas no mercado²⁹; medidas discriminatorias que, con todo, poden entenderse xustificadas, obxectiva e razoablemente, no marco do Dereito nacional, por unha finalidade lexítima, como o é un obxectivo lexítimo de política social. A Directiva utiliza a expresión de «políticas de emprego, do mercado de traballo e da formación profesional», así como tamén esixe que «os medios para lograr este obxectivo sexan adecuados e necesarios», o que non debe facernos esquecer que o que se produce é unha extinción por razón de idade, aínda que xustificada polo acceso á xubilación. A pensión de xubilación é a cenoria, o medio utilizado para conseguir o fin, que non é outro que a substitución xeracional, entre outros.

4.1. OBXECTIVO LEXÍTIMO

Do artigo 6, apartado 1, parágrafo primeiro, da dita Directiva despréndese que a pesar de estar en presenza dunha discriminación directa por razón de idade, existe a posibilidade de que aquela estea xustificada (de forma obxectiva e razoable) por unha finalidade lexítima ou o que é o mesmo, por un obxectivo lexítimo de política social.

A Xurisprudencia do TXUE veu identificando como obxectivos de política social, os vinculados ás políticas de emprego, do mercado de traballo ou da formación profesional³⁰. A mesma Xurisprudencia cualificou eses obxectivos de política social como de interese xeral, para distinguilos dos motivos puramente individuais dun empregador, como poderían ser a redución de custos ou a mellora da competitividade, sen que, a pesar diso, poida excluírse que unha norma nacional recoñeza os empresarios, para a consecución dos devanditos obxectivos lexítimos, un certo grao de flexibilidade³¹.

²⁹ Véxase, neste sentido, a STXUE 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128, apartado 27.

³⁰ Véxase, neste sentido, a STXUE do 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, EU:C:2009:128, apartado 49.

³¹ Véxase as Conclusións do Avogado Xeral Sr. Richard de la Tour do 19 de novembro de 2020, C-511/19, *AB contra Olympiako Athlitiko Kentro*

Pode ocorrer que o obxectivo lexítimo non estea expresamente establecido na normativa cuestionada, o que non exclúe automaticamente a posibilidade de que aquel exista³². Cando non exista indicación respecto diso, será necesario que outros elementos, propios do contexto xeral da medida en cuestión, permitan a identificación do obxectivo subxacente, a fin de posibilitar o exercicio do control xurisdiccional sobre a súa lexitimidade e sobre a idoneidade e necesidade dos medios empregados para logralo³³.

Doutra banda, é habitual que na adopción das medidas controvertidas, os Estados membros teñan en conta consideracións orzamentarias. Respecto diso, é tamén xurisprudencia reiterada a que afirma que aínda que as consideracións de índole orzamentaria poidan ser o motivo das opcións de política social dun Estado membro e influír sobre a natureza ou o alcance das medidas de protección de emprego que este desexa adoptar, tales consideracións non constitúen por si soas un obxectivo lexítimo no sentido do artigo 6, apartado 1, da Directiva 2000/78³⁴. Deste xeito, xunto ás consideracións orzamentarias debe haber outras de carácter político, social ou demográfico. Así pois, a circunstancia de que o contexto nacional estea caracterizado por unha crise económica grave non autoriza a un Estado membro a privar de efecto útil as disposicións da dita Directiva³⁵.

Nese sentido, convén diferenciar o sector público do privado, pois aínda que, en xeral, as razóns orzamentarias do primeiro

Athinon, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 58, por remisión á STXUE do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 52 e xurisprudencia citada.

³² Véxase a STXUE do 5 de marzo de 2009, C-388/07, Age Concern England, EU:C:2009:128, apartado 44; véxase tamén a Sentenza do TXUE de 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 56.

³³ Véxase a STXUE do 5 de marzo de 2009, C-388/07, Age Concern England, EU:C:2009:128, apartado 45; véxase tamén a STXUE do 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 57.

³⁴ Véxanse, en particular, as SSTXUE do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 73 e 74; do 8 de maio de 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375, apartado 43, e do 2 de abril de 2020, Comune dei Gesturi, C-670/18, EU:C:2020:272, apartado 34.

³⁵ Véxase a STXUE do 21 de decembro de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, apartado 106.

ou a redución de custos do segundo non son por si mesmos obxectivos lexítimos, non é menos certo que o obxectivo de redución do gasto público do primeiro pode ser considerado de interese xeral³⁶, pero en calquera caso, non bastaría por si só para chegar á conclusión de que forma parte dos obxectivos lexítimos admitidos pola Directiva. Seguindo esa lóxica, en efecto, calquera diferenza de trato en función da idade que permitise unha redución do gasto público sería, por esa soa razón, xustificable sobre a base do artigo 6, apartado 1, da Directiva. A redución do gasto público, por tanto, debe coincidir con outros obxectivos, como sería o de favorecer o emprego e unha estrutura de idades equilibrada entre empregados novos e empregados de máis idade³⁷.

Descendendo aínda máis no concreto, cabe preguntarse, é un obxectivo lexítimo de política social unha política de emprego baseada na idea da substitución xeracional?

A idea mestra subxacente nesta cuestión é a de repartir o traballo entre as distintas xeracións. Adóitase afirmar que a extinción dos contratos de traballo dos traballadores maduros beneficia directamente os traballadores novos, ao favorecer a súa inserción profesional. Con todo, tamén se afirmou o contrario, isto é, que o aumento das taxas de ocupación, incluídas as dos traballadores maiores, produce consecuencias positivas sobre o crecemento económico e, por conseguinte, tamén repercute positivamente na ocupación dos máis novos³⁸. Outro argumento utilizado é o

³⁶ Véxanse, a este respecto, as conclusións do Avogado Xeral Mengozzi presentadas no asunto Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2019, nas que o Sr. Mengozzi opina que «resulta claro que, cando o empregador é unha administración pública, o obxectivo de redución de custos responde, en principio, a unha finalidade de interese xeral, do mesmo xeito que as contempladas no artigo 6, apartado 1, da Directiva.

³⁷ Véxase as Conclusións do Avogado Xeral Sr. Richard de la Tour do 19 de novembro de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944, apartado 61, por remisión á STXUE do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartados 50 e 53.

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

da adecuada protección dos dereitos dos traballadores de máis idade, por exemplo, a través da pensión de xubilación, poñéndose de manifesto que a maior parte deles desexa deixar de traballar tan pronto como poden acceder á aquela, xa que a prestación obtida proporcionalles unha renda de substitución, o que evita, ademais, abordar cuestións tan escabrosas como a falta de aptitude dos traballadores máis maiores³⁹.

O certo é que o obxectivo de beneficiar os traballadores máis novos non pode ser descartado nunca de entrada como un obxectivo lexítimo de política de emprego, sobre todo nun contexto de elevado desemprego xuvenil; cousa distinta será o modo que se arbitre para iso, o que nos conduce á análise da proporcionalidade que veremos a continuación. De feito, o obxectivo consistente en garantir a inserción profesional dos máis novos figura entre os obxectivos expresamente enumerados no artigo 6, apartado 1, parágrafo primeiro, da Directiva 2000/78⁴⁰, aínda que xunto a el figure tamén o da inserción profesional dos de maior idade. Doutra banda, respecto do artigo 3 TUE, apartado 3, parágrafo primeiro, a promoción dun alto nivel de emprego cóntase entre as finalidades da Unión⁴¹. A cuestión, pois, é: Como axuntar todos estes obxectivos ?

A Xurisprudencia do TXUE inclínase a favor dos novos. Afirmar que a promoción da contratación, en particular a que ten por

«L'actualité da jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, pp. 97 e ss.

³⁹ Véxase a STXUE do 12 de outubro de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 43. Nela, o Goberno alemán manifestou que a extinción automática do contrato de traballo encerra o mérito engadido de non compeler aos empresarios a despedir aos traballadores baseándose en que xa non son idóneos para o traballo, o que podería resultar humillante para os traballadores de idade avanzada.

⁴⁰ O art. 6.1. a) da Directiva 2000/78/CE dispón que as ditas diferenzas de trato poderán incluír, en particular: a) o establecemento de condicións especiais de acceso ao emprego e á formación profesional, de emprego e de traballo, incluídas as condicións de despedimento e recomendación, para os novos, os traballadores de maior idade e os que teñan persoas ao seu cargo, con vistas a favorecer a súa inserción profesional ou garantir a protección das devanditas persoas.

⁴¹ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 36; véxase tamén, nese sentido, a STXUE do 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 64.

obxecto o favorecer o acceso dos novos ao exercicio dunha profesión⁴², constitúe un obxectivo lexítimo da política de emprego dos Estados membros. A continuación, adoita sacar a relucir a ampla competencia de apreciación que teñen os Estados membros no ámbito da política laboral e social, a cal non só se aplica na análise da lexitimidade do obxectivo concreto, senón tamén no dos medios que proxectan empregar para iso⁴³. Respecto aos máis maiores, as afirmacións do TXUE van na liña da diversidade⁴⁴, como se se tratasen dunha especie en extinción cuxa exótica presenza merecese a pena manter.

É máis, o TXUE veu afirmando que a extinción automática dos contratos de traballo daqueles traballadores que cumpren os requisitos de idade e de cotización para poder solicitar o cálculo e recoñecemento dos seus dereitos de pensión forma parte, dende hai moito tempo, do Dereito do traballo de numerosos Estados membros e está moi estendida nas relacións laborais e que este mecanismo descansa nun equilibrio entre consideracións de índole política, económica, social, demográfica e/ou orzamentaria e que depende de que se opte entre prolongar a duración da vida activa dos traballadores ou, pola contra, prever a xubilación temperá destes últimos⁴⁵, o que en última instancia é unha decisión nacional, non comunitaria, pero entón, que pasa cos obxectivos da UE sobre esta cuestión ⁴⁶? O certo é que non

⁴² Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 37; véxanse tamén, nese sentido, as sentenzas do 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 65, e do 19 de xullo de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, apartado 37.

⁴³ Véxanse as Conclusións da Avogado Xeral Sra. Verica trstenjak do 28 de abril de 2010, Rosenbladt, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:227, apartado 89 e ss.

⁴⁴ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 44.

⁴⁵ Véxase, neste sentido, a STXUE do 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 69, ou a STXUE do 12 de outubro de 2010, Rosenbladt C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601 apartado 44.

⁴⁶ Por exemplo, coa creación do Observatorio Europeo sobre o envellecemento e as persoas de idade avanzada en 1990 pasando pola celebración do Ano europeo das persoas de idade avanzada e da solidariedade entre as xeracións (1993), ou o Libro Branco sobre crecemento, competitividade e emprego (1993), onde se fixo o primeiro recoñecemento público por parte da UE das consecuencias do

existe un «contido xurídico comunitario autónomo». Esa é a cuestión. Os Estados membros poden apostar en favor dos novos ou dos maiores, en ambos os casos, a Directiva permíteo. O medio para conseguilo será tamén o que decida o Estado membro. O control da proporcionalidade dos medios corresponde aos xuíces, pero cal é o estándar na análise da proporcionalidade que se aplica?

4.2. PROPORCIONALIDADE

A substitución xeracional, o perseguir unha estrutura de idade equilibrada, a promoción da xente nova son obxectivos lexítimos. Con todo, xa se dixo, unha cousa é o obxectivo e outra que o mesmo se obteña por medios adecuados e necesarios, o que nos conduce á noción da proporcionalidade. Dentro dos medios máis utilizados polos Estado membros, xa se mencionaron, áchase as cláusulas de extinción automática nos convenios colectivos. Repasemos algúns deses casos.

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

Con carácter xeral estas cláusulas van acompañadas da condición de que os traballadores concernidos teñan dereito a unha pensión de xubilación ⁴⁷, nese caso o TXUE ten en conta que os afectados son apartados do mercado laboral non por despedimento, senón por razón do seu acceso a unha pensión de xubilación, o que entende non supón un

envellecemento da forza de traballo. Máis recentemente, co Ano europeo do envellecemento activo 2012 que trata de promover a calidade de vida e o benestar da poboación europea sobre todo das persoas de idade avanzada e fomentar a solidariedade interxeracional considerando que a seguridade e a saúde no traballo son decisivas. Véxase nese sentido a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad: una difícil singladura», AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Milagros Alonso Bravo (coord.), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, páx. 138.

⁴⁷ STC 8/2105 pronunciouse sobre DA 10ª do ET, avalando esta como garantía da continuidade do emprego, do mesmo xeito que as SSTC de 280/2006 e 341/2006.

menoscabo excesivo dos seus intereses lexítimos⁴⁸. Valórase así a existencia, xunto ao requisito da idade, dunha compensación económica ou unha renda de substitución (pensión de xubilación)⁴⁹.

Así, o TXUE concluíu que a extinción automática dos contratos de traballo daqueles traballadores que cumpren os requisitos de idade e de cotización para poder solicitar o cálculo e recoñecemento dos seus dereitos de pensión é proporcional. Este tipo de medidas abarca na casuística da Xurisprudencia europea múltiples variantes⁵⁰.

A sensu contrario, o TXUE non admitiría como proporcional unha medida que previse a extinción automática dos contratos de traballo daqueles traballadores que non cumprisen, salvo a idade, os requisitos de cotización para poder conseguir unha pensión de xubilación, de modo que a proporcionalidade se vincula á obtención real da pensión de xubilación, non só á idade legal de xubilación. Nesa liña, tampouco debería admitir unha cláusula de extinción automática dos contratos de traballo daqueles empregados que aínda que puidesen acceder a unha pensión de xubilación non alcanzasen, con todo, a idade legal de xubilación, xa que nestes casos a pensión á que terían dereito podería ser inferior á íntegra. Con todo, o carácter voluntario ou forzoso da extinción dos contratos vinculados á xubilación non é un

⁴⁸ Véxase a STXUE do 12 de outubro de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 47.

⁴⁹ Véxase neste sentido a STXUE do 16 de outubro de 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, EU:C:2007:604, apartado 73.

⁵⁰ Por exemplo, que o traballador afectado pode demorar a data do cesamento, pero supeditado ao consentimento do empresario. Véxase en tal sentido, a STXUE do 28 de febreiro de 2018, C-46/17, Hubertus John e Freie Hansestadt Bremen, ECLI:EU:C:2018:131, apartado 30, que afirma que “o carácter favorable ou vantaxoso da disposición controvertida no litixio principal, na medida en que constitúe un modo de prolongar a relación laboral, prolongación que en ningún caso pode producirse sen o acordo — durante a relación laboral— das dúas partes do contrato”. Para saber máis desta STXUE, véxase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9188, 2018.

elemento que teña en conta a Xurisprudencia do TXUE a efectos de considerala xustificada⁵¹.

Doutra banda, a Xurisprudencia do TXUE distingue os supostos nos que a extinción automática do contrato está prevista por unha normativa convencional, daquela outra que puido ser pactada no contrato de traballo entre empresario e traballador. No primeiro caso, díxose que a medida é froito dun acordo negociado entre os representantes dos traballadores e dos empresarios, de modo que o feito de encomendar aos interlocutores sociais o labor de definir un equilibrio entre os seus respectivos intereses ofrece unha flexibilidade nada desprezable, ao poder cada unha das partes, no seu caso, denunciar o acordo⁵². En definitiva, valórase o feito de que este tipo de mecanismo, ao apoiarse nun fundamento convencional, pode valorar non só a situación global do mercado de traballo, senón tamén as características propias dos postos de que se trate⁵³.

4.2.2 Medidas no sector público. Caso dos xuíces polacos

Fóra dos mecanismos convencionais, sobre todo no sector público, poden adoptarse normas ou disposicións coa mesma finalidade. Un caso recente no TXUE foi o da reforma realizada polo Goberno de Polonia que afectou á lei do Tribunal Supremo que databa do ano 2002 e cuxo artigo 30 fixaba a idade de xubilación dos seus xuíces en 70 anos. A Lei do Tribunal Supremo do 8 de decembro de 2017 (en diante, «nova Lei do Tribunal Supremo»), rebaixou a idade de xubilación dos seus maxistrados aos 65 anos, aínda que permitiu a posibilidade dunha prórroga autorizada polo

⁵¹ Téñase en conta que en España, a Lei 3/2012 na súa DF 4ª prohibiu as cláusulas de xubilación forzosa no Convenio Colectivo, posibilidade que foi reestablecida coa DF 1ª da Real decreto-lei 28/2018, do 28 de decembro, para a revalorización das pensións públicas e outras medidas urxentes en materia social, laboral e de emprego, BOE núm. 314, do 29 de decembro de 2018, que dende o 1 de xaneiro de 2019 redactou DA 10ª no modo que está actualmente en vigor, ver nota 53. Na E. de M. alúdese a que a disposición permitirá o rexuvenecemento dos cadros de persoal.

⁵² Véxase a STXUE do 12 de outubro de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartados 67 e 68.

⁵³ Véxase a STXUE do 12 de outubro de 2010, C-45/09, Rosenbladt, ECLI:EU:C:2010:601, apartado 49; véxase tamén a STXUE de 16-10-07, C-411/05, Palacios de la Villa, apartado 74.

presidente da República de Polonia, previo ditame do CNPX⁵⁴. Esta norma afectou con carácter inmediato a 27 dos 72 maxistrados do Tribunal Supremo polaco.

O novo sistema de xubilación provocou dous procedementos ante o TXUE: o primeiro foi un recurso de incumprimento a instancia da Comisión Europea cuxa demanda foi estimada por sentenza ditada pola Gran Sala de data 24 de xuño de 2019⁵⁵. O Tribunal afirmou que aínda que os Estados membros conservan a competencia para adaptar as condicións laborais aplicables aos xuíces e, por tanto, a súa idade de xubilación, co fin de equiparala á prevista no réxime xeral de xubilación, á vez que se optimiza a estrutura por idades dos seus membros, concluíu que non concurría o obxectivo lexítimo de política social alegado por Polonia, como era, entre outros, o referido equilibrio entre novos e maiores⁵⁶.

⁵⁴ Consello Nacional do Poder Xudicial de Polonia.

⁵⁵ Nesa demanda, asunto 619/18, ECLI:EU:C:2019:531, a Comisión Europea tamén alegaba que a reforma en cuestión violaba a independencia xudicial e por tanto a tutela xudicial efectiva, o que culminou coa STXUE, ditada pola Gran Sala, de data 24 de xuño de 2019, na cal se declarou que Polonia incumpriera as obrigas que lle incumbían en virtude do artigo 19, apartado 1, parágrafo segundo do TXUE, o que establece o dereito á tutela xudicial efectiva, pois a xubilación masiva dos xuíces do máximo órgano xurisdiccional do país tiña implicacións nese dereito fundamental, sempre que implicaba non tanto a substitución xeracional, como o nomeamento doutros xuíces afíns ao Goberno polaco. Antes de recaer sentenza, mediante auto do 17 de decembro de 2018, no mesmo asunto Comisión/Polonia (C-619/18), ECLI:EU:C:2018:1021, o Tribunal de Xustiza estimara a demanda sobre medidas provisionais ata que se ditase sentenza definitiva no presente asunto. Así mesmo, mediante auto do 9 de xaneiro de 2019, o presidente do Tribunal de Xustiza autorizou a intervención de Hungría no litixio en apoio das pretensións da República de Polonia. Véxase respecto diso a SERRANO RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M.: "Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 22, Nº 61, 2018, páx. 933, ISSN 1138-4026.

⁵⁶ Véxase o apartado 81 da da STXUE ditada pola Gran Sala de data 24 de xuño de 2019, Comisión/Polonia, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, onde alude a certos obxectivos de política de emprego como os encamiñados, por unha banda, a uniformizar, no marco das profesións da función pública, os límites da idade de cesamento obrigatorio da actividade, e, doutra banda, a fomentar o establecemento dunha estrutura por idades máis equilibrada facilitando o acceso da xente nova á profesión de xuíz, con cita a

No caso concreto, non cabía excluír por completo que a redución da idade de xubilación dos maxistrados do Supremo podía beneficiar ao colectivo de xuíces máis novos, pero, doutra banda, a dita redución era sospeitosa de ser un modo encuberto de modificar a composición do órgano xudicial⁵⁷, pois a medida contradiciábase co feito de que na mesma lei se establecese un mecanismo que atribuía ao presidente da República a facultade discrecional para conceder dúas prórrogas consecutivas, de tres anos cada unha, o que fixo albergar dúbidas en canto ao obxectivo real de optimizar a estrutura por idades da carreira xudicial. Deste xeito, aínda que a análise dos medios utilizados por Polonia para alcanzar o obxectivo alegado pertence ao terreo da proporcionalidade, o TXUE negou a existencia do obxectivo mesmo por razón da non idoneidade dos medios utilizados para alcanzalo⁵⁸. En segundo lugar, valorouse o feito de que a medida afectaba a case un terzo dos membros do Tribunal Supremo polaco, de maneira que a medida revelábase excesiva e profundaba na intención do Goberno de nomear xuíces afíns, o que si entraba de cheo na análise da proporcionalidade⁵⁹.

Xurisprudencia na materia como as sentenzas do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 50, e do 6 de novembro de 2012, Comisión/Hungría, C-286/12, EU:C:2012:687, apartados 61 e 62.

⁵⁷ Ese é o argumento que defendía a Comisión alegando que era necesario en calquera caso que se adoptasen medidas adecuadas —como un período transitorio ou unha formulación gradual que permitan previr que a dita redución se utilice de forma encuberta para modificar a composición dos órganos xudiciais— a fin de evitar, en particular, calquera impresión de que o acortamiento do período de exercicio da función xurisdicional dos xuíces afectados se debe en realidade ás actividades desenvolvidas por estes durante o exercicio das súas funcións, así como a fin de non menoscar a súa certeza de que poderán continuar nas súas prazas (punto 64 da STXUE de TXUE ditada pola Gran Sala de data 24 de xuño de 2019, Comisión/Polonia asunto C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531).

⁵⁸ Un defecto de técnica que pode ser achacado ao feito de que se trataba dunha sentenza recaída nun recurso de incumprimento e non nun procedemento seguido por unha cuestión prejudicial.

⁵⁹ Noutra orde de cousas, tamén se valorou o feito de que grazas á facultade de prórroga do presidente, este puidese decidir quen quedaba e quen non. En definitiva, as garantías de independencia xudicial estaban intimamente vinculadas coa salvagarda da permanencia da función xurisdicional, incluída a garantía de inamovibilidade. Téñase en conta que os condicionantes aos que están sometidos os xuíces son máis amplos que os puramente profesionais.

O segundo procedemento foi o coñecido como o caso da Independencia da Sala Disciplinaria do Tribunal Supremo Polaco, resolto pola STXUE do 19 de novembro de 2019, A. K. e outros⁶⁰. Como no primeiro procedemento, a STXUE do 24 de xuño de 2019 xa concluíra que non concurría o obxectivo lexítimo de favorecer aos xuíces máis novos, no segundo, a STXUE do 19 de novembro de 2019 (eran tres cuestións prexudiciais, acumuladas, expostas por tres maxistrados do Tribunal Supremo polaco que foron xubilados por aplicación da nova Lei, os cales alegaran discriminación por razón da idade⁶¹), estaba abocada a dicir o mesmo. Con todo, o TXUE non entrou no fondo de asunto por falta de elementos fácticos necesarios a tales efectos, os cales -dixon- non foran subministrados pola xurisdición de reenvío⁶². En todo caso direi que a posible promoción dos xuíces máis novos como consecuencia da xubilación dos xuíces máis maiores, e os do Tribunal Supremo o son, constitúe un

Nese sentido, MANZANOS BILBAO, C.: Factores sociales y decisiones judiciales, 2004, *Revista de pensamiento social*, 2004, 5: 127-159. ISSN: 1137-1234.

⁶⁰ STXUE do 19 de novembro de 2019, A.K. e outros (Independencia da Sala Disciplinaria do Tribunal Supremo), C-585/19 e acumulados, ECLI:EU:C:2019:982.

⁶¹ Neste asunto, existía unha segunda cuestión exposta polos demandantes como era a violación da independencia xudicial, pero xa non ligada ao feito da modificación da idade de xubilación e a súa afectación ao propio órgano xudicial, senón a outra reforma que afectou á de organización do propio órgano, refírome á creación dunha Sala especial, a Sala Disciplinaria do Tribunal Supremo, para coñecer, entre outros asuntos, precisamente da xubilación forzosa dos xuíces do Tribunal Supremo; asuntos que ata entón foran competencia da Sala do social do Tribunal Supremo. Por outra banda, o órgano xurisdiccional remitente, que era a Sala do social do Tribunal Supremo (no momento da interposición das tres demandas aínda era competente, pois non foran nomeados os integrantes da citada Sala Disciplinaria), consideraba que, tendo en conta as circunstancias nas que debía realizarse o nomeamento dos novos xuíces da Sala Disciplinaria, existían serias dúbidas en canto a se esta Sala e os seus membros ofrecerían suficientes garantías de independencia e imparcialidade, pois eran nomeados polo presidente da República a proposta do CNPX, cuxos integrantes tamén suscitaban dúbidas de imparcialidade e independencia. En definitiva, cuestionábase o nomeamento dos membros do CNPX e en consecuencia tamén o dos xuíces integrantes da Sala Disciplinaria.

⁶² Véxase a STXUE do 19 de novembro de 2019, A.K. e outros (Independencia da Sala Disciplinaria do Tribunal Supremo), C-585/19 e acumulados, ECLI:EU:C:2019:982.

obxectivo lexítimo de política social⁶³. Máis aínda no sector público, dado que o obxectivo persegue crear unha estrutura de idade equilibrada entre funcionarios novos e funcionarios de máis idade⁶⁴. Cousa distinta é que os medios utilizados nin eran idóneos nin proporcionados, como xa adiantara a STXUE de data 24 de xuño de 2019, recaída no asunto da Comisión Europea contra Polonia⁶⁵.

5. O DESPEDIMENTO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE IDADE

Xa vimos como o art. 6.1, parágrafo segundo, da Directiva 2000/78 enumera varios exemplos de diferenzas de trato que poden ser compatibles coas esixencias do Dereito comunitario, entre as cales se cita expresamente o establecemento de condicións especiais de despedimento para os traballadores de maior idade⁶⁶, con vistas á inserción dos máis novos. Tamén vimos como a lista non é taxada e que se admiten outras medidas, como as xa analizadas relativas á extinción automática do contrato de traballo, se o traballador afectado alcanza a idade legal de xubilación e ten dereito ao recoñecemento dunha pensión de xubilación.

No que se refire propiamente á extinción por despedimento dos máis maiores, esta pode estar baseada tamén no obxectivo de conseguir un rexuvenecemento do sector público ou obter a substitución xeracional dunha empresa

⁶³ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 37; véxanse tamén, nese sentido, as sentenzas do 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartado 65, e do 19 de xullo de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, apartado 37.

⁶⁴ Véxase a STXUE do 2 de abril de 2020, CO, ECLI:EU:C:2020:272, apartado 38; véxase tamén, nese sentido, a sentenza do 21 de xullo de 2011, Fuchs e Köhler, C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, apartado 50.

⁶⁵ Véxanse os apartados 80 e ss. da referida STXUE 24 de xuño de 2019, Comisión/Polonia (Independencia do Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531.

⁶⁶ O TXUE xa admitiu que, co fin de alcanzar un obxectivo de política de emprego, resulta adecuada unha medida consistente en restrinxir o pago dunha indemnización especial por despedimento unicamente aos traballadores que, no momento do seu despedimento, non teñen dereito a unha pensión de xubilación do réxime xeral. Véxase para ese efecto, a STXUE do 26 de febreiro de 2015, Ingeniørforeningen i Danmark (C-515/13, EU:C:2015:115), apartado 27.

privada⁶⁷, como se verá no caso concreto do que tratarei a continuación.

5.1 OBXECTIVO LEXÍTIMO. CASO OLYMPIAKO ATHLITIKO KENTRO ATHINON

Recentemente expúxose ante o TXUE unha cuestión prexudicial na que se cuestionaba unha medida nacional pola cal o traballador demandante dunha entidade pública grega era obrigado a pasar a unha situación de reserva durante un período non superior a vinte e catro meses, aplicando como único criterio o de cumprir durante ese período os requisitos de acceso a unha pensión de vellez completa (trinta e cinco anos de cotización)⁶⁸. Ademais, a medida nacional tamén prevía unha redución drástica da súa retribución durante eses dous anos, aínda que, por outra banda, non estaba obrigado a traballar para a entidade pública en cuestión. Esa retribución percibida durante vinte e catro meses era imputada á indemnización legal por despedimento que tiña dereito a percibir. Considerouse así que a súa inclusión no devandito réxime de reserva constituía en realidade un preaviso de despedimento. Por tanto, o traballador era despedido, percibindo, mentres non tiña dereito á pensión de xubilación íntegra, un importe mensual imputable á indemnización do seu despedimento, o que implicaba, por unha banda, que a empresa seguise cotizando por el e, por outra, que non ingresase nas listas do paro como demandante de emprego, aforrándose o Estado pagar a prestación pública de desemprego. Estamos, en realidade, ante un despedimento (de alcance colectivo, pois a medida

⁶⁷ Tamén pode estar xustificado que a maior idade do traballador despedido implique unha menor indemnización respecto a un traballador máis novo. Véxase o caso da STXUE do 6 de decembro de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772, onde se pagou ao traballador demandante, por razón da súa idade, unha indemnización por despedimento por causas obxectivas por un importe inferior, a metade da indemnización que resultaría de aplicar a fórmula xeral prevista no Plan de Previsión Social da empresa.

⁶⁸ Tamén o requisito relativo á idade de 58 anos, aínda que a dita idade non figuraba expresamente no teor literal da normativa nacional cuestionada, pero era directamente deducible doutras normas nacionais ás que aquela se remitía, o que determinou que se considerase que a medida era unha discriminación directa por razón de idade, sen prexuízo de analizar despois se estaba xustificada.

afectou a miles de empregados públicos), no que o criterio da idade é o único utilizado polo organismo público demandado para seleccionar os traballadores afectados⁶⁹, coa escusa de que o seu acceso á xubilación íntegra estaba prevista, a non máis tardar, a dous anos vista.

Con todo, a diferenza das cláusulas de xubilación obrigatoria ligadas a obxectivos de política de emprego e substitución xeracional que se conteñen nos convenios colectivos, onde a extinción áchase aquilatada polo acceso directo á pensión de xubilación, unida a unha política de emprego concreta realizable a curto prazo, como a contratación simultánea de traballadores máis novos ou outras medidas que realmente poidan entender xustificada de forma razoable a medida, no despedimento pode ocorrer, como no caso que nos ocupa, que o mesmo non vaia seguido do acceso directo á xubilación nin sequera da correspondente indemnización ou compensación económica equivalente⁷⁰.

⁶⁹ É unha práctica moi coñecida en España, onde os traballadores seleccionados polo empresario ou no período de consultas son habitualmente os de máis idade a través de programas de prexubilación dirixidos a traballadores próximos á idade de xubilación. Véxase respecto diso a ESCUDERO PRIETO, A.: "Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, páx. 33. Véase también el estudio realizado por MENDOZA NAVAS, N.: "Medidas sociales", AAVV: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* (Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), Ministerio de Empleo y Seguridad social, Madrid, 2012, p. 227.

⁷⁰ A única medida prevista na lexislación española para protexer o colectivo dos traballadores de máis idade é a prevista no art. 51.5 do ET introducida pola Lei 3/2012, o cal dispón que: "Os representantes legais dos traballadores terán prioridade de permanencia na empresa nos supostos a que se refire este artigo. Mediante convenio colectivo ou acordo alcanzado durante o período de consultas poderanse establecer prioridades de permanencia a favor doutros colectivos, tales como traballadores con cargas familiares, maiores de determinada idade ou persoas con discapacidade, en relación a establecer unha prioridade de permanencia aos traballadores de máis idade"; medida esta que non serviu para limitar o poder empresarial de seleccionar aos traballadores de máis idade. Véxase respecto diso a ESCUDERO PRIETO, A.: "Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, páx. 33.

O Goberno grego nas súas observacións escritas alegou que o obxectivo perseguido neste réxime de reserva laboral non era unicamente de carácter orzamentario, senón que conforme á Exposición de Motivos da norma que a implantaba, tamén buscaba a racionalización e a redución do sector público en sentido amplo, así como a reestruturación dos seus servizos, obxectivo este que está directamente vinculado á política de emprego. Un dos obxectivos estaba claro: o rigor orzamentario e de redución da masa salarial esixido pola UE nun contexto de grave crise económica padecida por Grecia nese momento. O outro, o obxectivo de racionalizar e reducir o sector público para os efectos de mellorar a súa eficacia foi acollido polo Avogado Xeral nas súas Conclusións quen o traduciu no sentido de que o devandito réxime de reserva constituía unha ferramenta de xestión do persoal posta a disposición dos organismos do sector público para que estes últimos non recorresen a despedimentos por causas económicas. O Avogado Xeral francés admitiu que había dous obxectivos: un, o de redución do gasto público, ao que cualificou de interese xeral na medida en que permitía conciliar o mantemento dun servizo público de calidade e o respecto das restricións orzamentarias que pesaban sobre o Estado, aínda que recoñeceu que non bastaba por si só para xustificar unha diferenza de trato por motivos de idade, se non ía acompañado de intervencións relativas á política de emprego, do mercado laboral e da formación profesional; e dous, o de favorecer o emprego e unha estrutura de idades equilibrada entre empregados novos e de máis idade, así como a manter no devandito sector un nivel de emprego elevado. O TXUE acolle os argumentos do Avogado Xeral⁷¹, así como engade que aínda que a restrición do gasto público impedirá a contratación con carácter xeral no sector público, polo menos impedirá o despedimento dos traballadores máis novos⁷².

⁷¹ Véxanse os apartados 39 e 40 da STXUE do 15 de abril de 2021, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

⁷² Véxanse os apartados 39, 40 e 41 da STXUE do 15 de abril de 2021, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274, en relación aos apartados 58 a 66 das Conclusións do Avogado Xeral Sr. Richard de la Tour do 19 de novembro de 2020, AB contra Olympiako

5.2 PROPORCIONALIDADE

No terreo da proporcionalidade, tense en conta neste caso o feito de que os contratos laborais dos traballadores afectados pola reserva laboral podían ser resoltos en calquera momento por razóns económicas, de maneira que aquela evita que acaben no paro, á vez que se valora que só unha categoría de traballadores son afectados por ela, o persoal próximo á xubilación, o que permite efectivamente evitar que as demais categorías do persoal tamén acaben no desemprego. Deste xeito, vemos como o obxectivo de emprego relativo a favorecer aos máis novos valórase dobremente, primeiro no xuízo de obxectividade da medida (estrutura equilibrada por idades) e segundo, no medio utilizado para conseguilo, é dicir, no xuízo de proporcionalidade (se o despedimento colectivo afecta só aos máis maiores, por estar próximos á súa xubilación, evítase o dos máis novos, particularmente nun contexto no que se conxelou a contratación). En realidade, o réxime de reserva laboral non difire substancialmente dunha política de xubilación obrigatoria a unha idade determinada co fin de promover a contratación de xente nova⁷³.

O segundo elemento que se valora no terreo da proporcionalidade é o relativo á indemnización por despedimento do traballador afectado. No caso concreto, a indemnización non se elimina, pero págase en mensualidades, tantas como dure o tempo en que permaneza o traballador demandante na reserva. Neste punto, nada habería que opoñer, pois o feito de que se vaia percibir a pensión íntegra de xubilación ao finalizar a reserva non debería impedir a indemnización por despedimento, aínda que neste punto a Xurisprudencia do TXUE oscilou, pois aínda que nalgunha ocasión considerou que unha medida consistente en excluír do pago dunha indemnización por despedimento aos traballadores que nese momento teñen

Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2020:944; véxase tamén a STXUE do 12 de outubro de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2015:11, apartado 44.

⁷³ Véxase para o efecto o apartado 70 das Conclusións de IAvogado Xeral francés do 19 de novembro de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944.

dereito á xubilación oponse á Directiva (xa que se basea na presunción de que o acceso a unha pensión deste tipo elimina a necesidade ou o desexo de buscar un novo emprego, así como dificulta o acceso ao mercado laboral daqueles que prefiren renunciar á aquela para seguir en activo, a causa precisamente de non dispoñer desa indemnización que garanta ingresos suficientes mentres o buscan⁷⁴), con todo, noutras, considerou que non se opón á Directiva a exclusión da indemnización por despedimento se o traballador ten acceso nesa data á pensión de xubilación, precisamente por tratarse dunha renda substitutiva do salario que impide a procura dun novo emprego⁷⁵. Os mesmos argumentos utilízanse para os casos de redución da indemnización a percibir en caso de despedimento⁷⁶.

Cousa distinta sucede no modo en que aquela é pagada no caso concreto, diferida por meses, sen que, ademais, o traballador afectado pola medida poida acceder á prestación de desemprego, dado que a referida indemnización se paga a modo de salario, cotización incluída, cunha redución do 40%. A xuízo do Avogado Xeral, esa fórmula (un salario reducido no 40% imputable á indemnización por despedimento), é unha medida adecuada pois permite ao traballador demandante cubrir as súas necesidades esenciais ata a súa xubilación e ao finalizar a reserva terá dereito á

⁷⁴ Véxase a STXUE do 12 de outubro de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, apartados 44 e 45. a Sentenza do 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, Dansk Industri (DEI), actuando en representación de Ajos A/S, e Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen, ECLI:EU:C:2016:278, apartados 25 e 26.

⁷⁵ Véxase a STXUE do 26 de febreiro de 2015, Ingeniørforeningen i Danmark, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, apartado 39.

⁷⁶ En ocasións, utilizáronse outros argumentos menos estereotipados, por exemplo, considerouse razoable cando a indemnización está prevista en plans de previsión ou plans sociais implementados pola empresa, dada a necesidade dunha repartición de medios limitados e á idea de que en efecto deben gozar de maior protección os traballadores cuxa transición a un novo emprego resulta difícil debido aos seus limitados recursos económicos, fronte os traballadores que gozan de cobertura económica (pensión de xubilación), así como tamén se ten en conta o importe da redución en relación ao importe previsto para os traballadores máis novos. Véxase a STXUE do 6 de decembro de 2012, Odar, C-152/11, ECLI:EU:C:2012:772, apartados 48 a 52.

pensión de xubilación íntegra⁷⁷, á vez que segue cotizando pola xubilación pendente. Con todo, non é menos certo que esa indemnización diferida representa unha diminución dos ingresos mensuais cifrada nun 40% durante dous anos. Neste sentido, é proporcional unha redución dos ingresos do 40% do soldo base que percibía o traballador antes da súa inclusión no devandito réxime, durante dous anos, así como a perda dun posible aumento salarial e das posibilidades de promoción durante o período en que estea incluído na reserva, cando ademais as posibilidades reais de atopar un novo emprego son practicamente nulas?

O certo é que a adecuación da medida de redución salarial que se confirma polo TXUE non se entende senón é no contexto da grave situación económica que afectaba a Grecia nese momento, tendo en conta o drástico da rebaixa, por moito que se eximise ao demandante de prestar servizos. Nun plano teórico, o traballador é despedido, recibe a indemnización por despedimento e logo a pensión íntegra de xubilación, pero no ínterim (dous anos), os seus ingresos non poden ser considerados como substitutivos, no sentido de equivalentes.

Se a idea de ingresos substitutivos estables e perennes foi utilizada en máis dunha ocasión polo TXUE para xustificar a perda do emprego, como vimos anteriormente, que ocorre se a perda de emprego non vai seguida duns ingresos que poidan ser considerados substitutivos? A substitución xeracional como obxectivo lexítimo pode ser conseguida a través da extinción dos contratos dos traballadores de máis idade, pero a condición de que estes teñan acceso a unha pensión íntegra. Esa era a liña vermella, que se traspasa se ese acceso se demora dous anos e mentres tanto os ingresos a percibir se reducen a case a metade, sen posibilidades de formación e con escasas posibilidades de acceso ao mercado de traballo.

O xuízo de proporcionalidade esixe que non se pase o límite do adecuado e necesario, que o sacrificio que se inflixe ao traballador coa medida de reserva laboral analizada se

⁷⁷ Véxase o apartado 82 das Conclusións do Avogado Xeral francés do 19 de novembro de 2020, C-511/19, AB contra Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, ECLI:EU:C:2020:944.

harmonice co beneficio para a colectividade⁷⁸. No caso concreto, o que se produce é o total e definitivo apartamento do traballador concernido do mercado de traballo, sen prestación de desemprego e coa indemnización por despedimento diferida no tempo a modo de salario (moi reducido). A cambio, os traballadores novos non perden o seu emprego e o sector público benefíciase dunha estrutura equilibrada por idades. Pero, se como se di na sentenza, a outra alternativa era o despedimento por razóns económicas⁷⁹, nese caso, as consecuencias poderían ser máis beneficiosas. O traballador podería ser igualmente seleccionado por razón da súa idade, é dicir, podería subsistir a necesidade da discriminación para lograr o obxectivo de evitar o despedimento dos máis novos, á vez que se reducen os custos sociais no sector público, pero a cambio percibiría a indemnización por despedimento, a prestación por desemprego durante determinado período de tempo, mesmo ata a xubilación (salvo que puidese acceder a outro emprego). É dicir, que existía unha alternativa máis razoable e menos gravosa para o traballador afectado e os beneficios para os traballadores novos manteríanse; non serían despedidos e o sector público rexuvenecería⁸⁰. A única desvantaxe sería para o Estado, ao ter que pagar prestacións por desemprego, cotización de xubilación incluída, dada a idade dos desempregados, pero, a cambio, produciríase unha redución da masa salarial do emprego público, co consecuente cumprimento dese interese xeral de índole orzamentario que tamén está na base da medida en cuestión. Faltaría saber en que medida esa redución da masa salarial

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

⁷⁹ Véxase o apartado 44 da STXUE de data 15 de abril de 2021, Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19, ECLI:EU:C:2021:274.

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

compensaría o aumento do gasto público en prestacións de desemprego e indemnizacións por despedimento, pero ese é outro tema, de índole fiscal que, como dicimos, non debe condicionar as medidas adoptadas, que deben ser razoables e adecuadas para o traballador afectado, non para o Estado que as implanta ou propicia, caso contrario, calquera diferenza de trato en función da idade que permitise unha redución do gasto público sería, por esa soa razón, xustificable sobre a base do artigo 6, apartado 1, da Directiva, privándoa de efecto útil.

O certo é que no test de proporcionalidade influíu o obxectivo fiscal. Ante a precaria situación económica do Estado grego, a cal abocaba ao despedimento colectivo de traballadores novos e maiores do sector público, a medida axuizada decide despedir aos traballadores de máis idade. Adúcese a propia supervivencia do sector público, abúndase na idea de que baixo o paraugas (obxectivo), da substitución xeracional, todo vale, pero non só se sacrifica aos de mais idade senón que se lles somete de forma forzosa a condicións retributivas precarias ata a súa xubilación. A medida é, ademais de desproporcionada, contraditoria cos obxectivos da UE que xa se mencionaron, e coas reformas dos sistemas de protección social acometidas por todos os Estados membros da EU para reducir o gasto social, entre cuxas medidas⁸¹, sen dúbida, a medida estrela foi a de incrementar a idade de acceso á pensión de xubilación⁸².

Noutra orde de cousas, que os novos teñan traballo, depende de que outras persoas deixen de traballar? Pode non ser unha contradición o avogar por unha banda por atrasar a idade de xubilación e, por outra, loitar contra o desemprego xuvenil⁸³.

⁸¹ Véxase o RDL 5/2013 do 15 de marzo, de medidas para favorecer a continuidade da vida laboral dos traballadores de maior idade e promover o envellecemento activo. Véxase tamén o Acordo do Consello de Ministros do 28 de outubro de 2011 que aprobou a estratexia global para o emprego de traballadores de máis idade 2012-2014 (Estratexia 55 e máis).

⁸² Véxase para o efecto, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "A cuadratura do círculo: sostibilidade do sistema de pensións e desemprego xuvenil", *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2, 2016), p. 72.

⁸³ A Comisión Europea no seu Libro Branco para resolver o problema derivado da interconexión e concorrencia nun mesmo espazo temporal e territorial de ambos os fenómenos (envellecemento da poboación e desemprego xuvenil),

O desemprego xuvenil é unha consecuencia das crises económicas, das deficiencias dos sistemas educativos e das institucións laborais dos países⁸⁴.

Se os despedimentos incentivados, os expedientes de regulación de emprego ou as prexubilacións protagonizaron os procesos de reconversión industrial dos países occidentais do últimos vinte anos⁸⁵, entre eles España⁸⁶, este feito desolador, que se analiza só dende unha perspectiva económica e se presenta, ademais, baseado fundamentalmente en estereotipos e prexuízos sobre o traballador maior que esconde a realidade de que un traballador de idade madura, cunha certa antigüidade na empresa, supón sempre un custo laboral superior (que vén determinado por un maior peso dos gastos en cotas de Seguridade Social, formación, antigüidade, incremento do

avoga por atopar “un equilibrio adecuado” xa que “manterse activo durante algúns dos anos de vida adicionais non significa que a xente maior se vexa privada da súa merecida xubilación en beneficio dos máis novos. Tampouco se trata de que os traballadores de máis idade conserven uns postos de traballo que, doutro xeito, poderían ocupar traballadores máis novos” (Libro Blanco (2012) p.11).

⁸⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “A cuadratura do círculo: sostibilidade do sistema de pensións e desemprego xuvenil”, *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2, 2016), p. 78.

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

⁸⁶ Véxase o caso da STC 66/2015, do 13 de abril (BOE núm. 122, do 22 de maio de 2015), que denegou o amparo. Véxase tamén comentando a mesma a ROJO TORRECILLA, E.: El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional en *El envejecimiento de la población trabajadora: Balance crítico de la situación y propuestas de mejora* / coord. por Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación, 2018, ISBN 978-84-938957-4-7, páxs. 213 a 219. Véxase tamén sobre a STC 66/2015 a ESCUDERO PRIETO, A.: «Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, páx. 43.

importe de indemnizacións en casos de despedimento, gastos de formación, etc.⁸⁷), pronto se viu superado por plans de desvinculación ou de suspensión ou extinción de contratos sen contraprestación económica suficiente, sen indemnizacións por despedimento ou sen pensións de xubilación completas.

En definitiva, coa finalidade lexítima da substitución xeracional outórgase carta de natureza ao sacrificio dun dos dereitos fundamentais de todo traballador –o dereito ao traballo–, pasando o límite do adecuado e necesario, sen esquecer que non pode ser considerada unha política de emprego aquela que os destrúe. Neste contexto, evidénciase que se está outorgando maior peso xurídico á Directiva que ao propio Tratado⁸⁸, cando os principios e liberdades establecidos no Tratado da Unión e a Carta, á que o art. 6 do Tratado da Unión outorga o mesmo valor xurídico que os Tratados, están xerarquicamente por encima daquela⁸⁹.

Sorprende que fronte ao feito social do envellecemento da poboación en Europa, o dereito positivo da UE tolere estas discriminacións, que a xubilación se utilice aínda como

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

⁸⁸ Pola súa banda, o Libro Verde sobre Igualdade e non discriminación na Unión Europea ampliada, do 28 de maio de 2004, destaca que en relación co artigo 51 da CDF «os principios establecidos nela [e, polo tanto, o principio de non discriminación] deben orientar o desenvolvemento das políticas na UE e a aplicación das ditas políticas por parte das autoridades nacionais (...)». Nese sentido, tamén lembra como o TXUE sinalou sistematicamente que os dereitos humanos fundamentais derivados dos instrumentos internacionais subscritos polos Estados membros forman parte dos principios xerais do Dereito da Unión, por cuxo cumprimento vela o TXUE [v. STXUE do 11 de xullo de 2002, Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department (Asunto C-60/00)]. En suma, a CDF é un importante documento de referencia para o TXUE na súa interpretación da lexislación da Unión [v. STXUE do 23 de outubro de 2003, RTL Television GmbH contra Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk (Asunto C-245/01)].

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

instrumento para consumir a discriminación⁹⁰, pero sorprende aínda máis a deriva do Tribunal de Xustiza da UE consentindo este tipo de medidas⁹¹. En definitiva, conséntese a discriminación por razón de idade como mero instrumento para expulsar do mundo laboral aos traballadores máis maiores⁹².

Nese contexto, as medidas nacionais que tratan de desincentivar o despedimento dos máis maiores teñen escaso impacto⁹³, pois sempre resultará moito máis económico extinguir os contratos de traballo; de feito este tipo de medidas foron precisamente utilizadas en España polo TC para xustificar este tipo de medidas discriminatorias⁹⁴.

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

⁹¹ A xubilación forzosa é en si mesma discriminatoria a xuízo de GONZALO GONZALEZ B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *Relaciones laborales* nº 8, 2003, páxs.33 y ss.

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

⁹³ Por exemplo, a coñecida como "Cláusula Telefónica", actualmente regulada polo Real decreto 1484/2012, do 29 de outubro, sobre as achegas económicas a realizar polas empresas con beneficios que realicen despedimentos colectivos que afecten a traballadores de cincuenta ou máis anos; ou, tamén o art. 51.9 do ET, que establece que: "Cando se trate de procedementos de despedimentos colectivos de empresas non incursas en procedemento concursal, que inclúan traballadores con cincuenta e cinco ou máis anos de idade que non tivesen a condición de mutualistas o 1 de xaneiro de 1967, existirá a obriga de pagar as cotas destinadas ao financiamento dun convenio especial respecto dos traballadores anteriormente sinalados nos termos previstos no texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social".

⁹⁴ Véxase a STC 66/2015, do 13 de abril (BOE núm. 122, do 22 de maio de 2015), onde ante o despedimento colectivo dos traballadores dunha empresa, considerou que a medida legal consistente en subscribir convenio especial para os traballadores maiores de 55 anos (prevista precisamente para desincentivar os despedimentos colectivos), era unha medida válida para compensar o seu impacto negativo.

6. CONCLUSIÓNS

A substitución xeracional ou en xeral as medidas que teñan por obxectivo a inserción ou o mantemento do emprego dos máis novos é un obxectivo lexítimo, o mesmo que o son aquelas que teñen por obxecto o mantemento no mercado laboral dos traballadores de máis idade. Os Estados membros poden apostar en favor dos novos ou dos maiores, en ambos os casos, a Directiva permíteo. O medio para conseguilo será tamén o que decida o Estado membro. O control da proporcionalidade dos medios corresponde aos xuíces, entre eles o TXUE.

O obxectivo nunca pode ser só o fiscal ou orzamentario nin os condicionantes fiscais poden influír na análise da proporcionalidade, pero na recente decisión do TXUE influíu o contexto económico do Estado membro, pois reduciu o estándar na análise da proporcionalidade, aprobando medidas que pasaron o límite do adecuado e necesario para o traballador afectado, existindo para o caso concreto medidas menos gravosas.

En definitiva, evidénciase unha evolución na Xurisprudencia do TXUE, pois se outorgou maior peso xurídico á Directiva, forzáronse os seus límites, fronte ao principio xeral de igualdade de trato e non discriminación contidos no Tratado da Unión e a Carta.

7. BIBLIOGRAFÍA

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

BREDDT, S.: «Compulsory retirement as an instrument to strengthen labour market opportunities for young employment seekers? An annotation to the European Court of Justice's decision C-411/05 – Palacios de la Villa», en *European Journal of Social Security*, 2008, páxs. 195 e ss.

- COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, de 28 de mayo de 2004, Bruselas.
- COMISIÓN EUROPEA; Libro Blanco (2012). Agenda Para Unas Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles: Bruselas.
- ESCUADERO PRIETO, A. :«Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, enero 2018, páxs. 32-47.
- GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA, C.: «El factor de Sostenibilidad en Europa». XI Congreso Nacional de La Asociación Española de Salud y Seguridad Social. *Laborum*: Murcia, 2004.
- GONZALO GONZALEZ B.: «La jubilacion forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *Relaciones Laborales* nº 8, 2003, páxs.33 e ss
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad : una difícil singladura », AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*», Milagros Alonso Bravo (coord), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, páxs. 137 e ss.
- LOI, P.: «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad». AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, páxs.43-67.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad ». AAVV: *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Jaime Cabeza Pereiro (dir), María Amparo Ballester Pastor (dir.), Marta Fernández Prieto

- (dir.), Editorial Aranzadi, 2009, ISBN 978-84-8355-959-8.
- MANZANOS BILBAO, C.: «Factores sociales y decisiones judiciales», 2004, *Revista de pensamiento social*, 2004, 5: 127-159. ISSN: 1137-1234.
- MENDOZA NAVAS, N.: «Medidas sociales», AAVV: *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo* (Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), Ministerio de Empleo y Seguridad social, Madrid, 2012, pág.227.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad». AAVV: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Jesús R. Mercader Uguina (dir.) Lex Nova, octubre 2009. Colección "Derecho social", Universidad Carlos III. ISBN 978-84-9898-108-7, páxs. 23-41.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad ¿Quien debe pagar los costes sociales?» *RTSS-CEF* Nº 389-390, páxs. 128 e ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: «La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9188, 2018.
- PELÁEZ DOMÍNGUEZ, J.: «*La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea*». Tesis doctoral dirigida por María Pilar Rivas Vallejo (dir. tes.). Universitat de Barcelona (2016). <http://hdl.handle.net/2445/96194>.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «La jubilación en la unificación de doctrina», *La Ley*, 1ª edición, Madrid, setembre 2001, ISBN 84-9725-135-0.
- REQUENA CASANOVA, M.: «La discriminación por razón de la edad en la unión europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes», Editorial, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2017, ISSN 2387-1113, páxs. 1033-1044.
- ROJO TORRECILLA, E.: «El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional en «*El envejecimiento de la población trabajadora: Balance crítico de la situación y propuestas de mejora / coord. por Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación*», 2018, ISBN 978-84-938957-4-7, páxs. 205-220
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La cuadratura del círculo: sostenibilidad del sistema de pensiones y desempleo juvenil», *Revista Galega de Dereito Social* -2ª ET- (2,2016), páxs. 65-80.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Discriminación por razón de edad de mayores de 55 años, la edad como criterio de selección de trabajadores afectados en un Despido Colectivo». Universidad Complutense de Madrid. Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI: (2015-2018) / coord. por Carmen Sánchez Trigueros, Ángel Arias Domínguez; Manuel Alonso Olea (dir.), Alfredo Montoya Melgar (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), 2019, ISBN 978-84-1308-639-2, páxs. 135-149
- SERRANO ARGÜELLO, N. : «La discriminación por razón de edad: Un instrumento consentido para expulsar del mundo laboral a los trabajadores de más edad». AAVV: *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Milagros Alonso Bravo (coord), Azucena Escudero Prieto (dir.), Ed. Reus SA, Madrid 2017, ISBN 978-84-290-2012-0, páxs. 267-300.
- SERRANO RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M.: «Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las

- actuaciones de los Estados miembros», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 22, Nº 61, 2018, páxs. 933-97, ISSN 1138-4026.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial», Cuadernos Civitas, 1ª Edición, Madrid 2002, ISBN:84-470-1786-9.
- TISSANDIER, H.: «L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale», *Revue de jurisprudence sociale*, 2008, páxs. 97 e ss.