

LA UTILIZACIÓN DE LA EDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: EL OBLIGADO REPLANTEAMIENTO DE UNA PRÁCTICA HABITUAL AVALADA POR LA JURISPRUDENCIA INTERNA*

Xavier Solà i Monells**

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento: la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad en los despidos colectivos, una práctica tan habitual como indeseable. –2. La posición de la jurisprudencia ordinaria: un aval sin condicionantes reales. –3. La posición del TC: un pequeño paso adelante. –4. La cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia europea. 4.1. La exigencia de una finalidad legítima vinculada al interés general. 4.2. La necesaria idoneidad y proporcionalidad de los medios utilizados. –5. Reflexiones finales: la obligada revisión de la jurisprudencia interna para adecuarla a la europea y conseguir una solución equilibrada.

RESUMEN

Aunque la prohibición de discriminación por razón de edad se extrae con claridad del art. 14 de la CE, el art. 17.1 del TRLET y de la normativa internacional, en la práctica la selección de las personas que verán extinguida su relación laboral en los procedimientos de despido colectivo se basa a menudo en ese factor.

La jurisprudencia ordinaria ha admitido tradicionalmente la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de edad como una opción lícita y no discriminatoria, al considerar que permite configurar una estructura de plantilla más estable, siendo razonable concentrar las extinciones en aquellas personas que tengan una expectativa laboral más corta.

La reciente STC 66/2015, de 13 de abril y la toma en consideración de los criterios establecidos por el TJUE en relación al art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, donde se determina en qué supuestos pueden estar justificadas las diferencias de trato por motivos de edad, obligan a adoptar un planteamiento bastante más exigente y requerir la concurrencia de dos elementos para excluir la discriminación: primero, que la medida en la que se materializa el trato diferenciado persiga un objetivo legítimo de política social; y segundo, que sea adecuado y necesario para la consecución de dicho objetivo.

*Recibido el 14 de septiembre. Aceptado el 10 de octubre.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

Although the prohibition of discrimination on grounds of age is clearly established in art. 14 of the Spanish Constitution, art. 17.1 of the Statute of Workers, as well as international standards, in practice the selection of workers whose employment contracts are terminated in collective redundancy procedures is often based on that factor.

The ordinary courts have traditionally admitted the choice of older workers as legitimate and non-discriminatory. They consider that this enables the employer to create a structure with more stable workforce, therefore considering reasonable to concentrate terminations in those who have a shorter worklife expectancy.

The recent Constitutional Court Judgment 66/2015 of 13 April and the need to take into account the criteria established by the ECJ in relation to art. 6.1 Directive 2000/78/EC, determining in which cases a different treatment on grounds of age may be justified, forces a much more demanding approach requiring the concurrence of two elements to exclude discrimination: firstly, the measure implying differential treatment must pursue a legitimate social policy objective; and secondly, this measure has to be appropriate and necessary to achieve that objective.

Palabras clave: discriminación por razón de edad, despido colectivo.

Key words: discrimination on the grounds of age, collective redundancy.

1. PLANTEAMIENTO: LA AFECTACIÓN PRIORITARIA DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE MAYOR EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS, UNA PRÁCTICA TAN HABITUAL COMO INDESEABLE

Como es bien sabido, el art. 14 de la Constitución Española (CE) consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación *“por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal”*. Aunque la edad no figure en la relación de factores de diferenciación el Tribunal Constitucional (TC) nunca ha discutido su inclusión a través del inciso genérico final. En el Fundamento Jurídico 3º de la temprana STC 75/1983, de 3 de agosto, ya se afirmó que de aquella ausencia no puede extraerse *“una intención tipificadora cerrada que excluya cualesquiera otra de las precisadas (...) pues en la fórmula del indicado precepto se alude a <cualquier otra condición o circunstancia personal o social>, carácter de circunstancia personal que debería predicarse de la edad”*; una afirmación reiterada en muchos otros pronunciamientos¹.

El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre) resulta todavía más preciso porque en su art. 4.2.c) reconoce de forma expresa a los trabajadores y trabajadoras *“el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) edad dentro de los límites marcados por esta ley (...)”*, y posteriormente, en el art. 17.1, consagra la prohibición de discriminación por razón de edad declarando la nulidad de las reglas jurídicas y actuaciones que impongan un trato desfavorable en base a ella.

También a nivel internacional existen diversos instrumentos normativos que prohíben con claridad los tratos desfavorables basados en la edad, sobre todo en el ámbito de la Unión Eu-

¹ Véanse, entre otras, la STC 31/1984, de 7 de marzo; la STC 200/2001, de 4 de octubre; la STC 190/2005, de 7 de julio; la STC 247/2005, de 7 de noviembre; la STC 280/2006, de 9 de octubre; la STC 341/2006, de 11 de diciembre; la STC 63/2011, de 16 de mayo; STC 79/2011, de 6 de junio; la STC 117/2011, de 4 de julio; y la STC 161/2011, de 19 de octubre.

ropea². El más relevante es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que además de formular la prohibición genérica identifica y define sus tipologías (“discriminación directa” y “discriminación indirecta”), así como las excepciones, esto es, los supuestos donde las diferencias de trato por razón de edad pueden estar justificadas (arts. 2 y 6, respectivamente).

Siendo la prohibición de discriminación por edad un principio absolutamente asentado en nuestro ordenamiento jurídico, resulta un tanto sorprendente que para determinar las concretas personas afectadas por un despido colectivo se utilice ese factor, afectando prioritariamente a las que superan una determinada edad. Una práctica del todo indeseable teniendo en cuenta las singulares dificultades que tendrán esas personas para conseguir un nuevo empleo. Los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) ponen de manifiesto que el desempleo de larga duración afecta especialmente a la población de entre 45 y 64 años³, una problemática que diversos estudios vinculan directamente a la crisis económica iniciada en el año 2008⁴ y a la que contribuyen muchos factores, entre los cuales adquieren un papel destacado los negativos estereotipos que a menudo acompañan a ese colectivo⁵.

Aunque no existan datos concretos sobre su dimensión exacta, es de sobras conocido que la afectación prioritaria del personal de mayor edad en los despidos colectivos constituye, a día de hoy, una práctica habitual; una práctica que se ha intentado explicar en base a razones muy diversas (conseguir una reestructuración no traumática, optimizar la configuración de la plantilla resultante, reducir los costes salariales, etc.) y ha motivado diversas intervenciones legislativas, con la doble pretensión reducirla y proteger a las personas afectadas.

Al segundo de esos objetivos se dirige el art. 51.9 del TRLET, que en los despidos colectivos que afecten a personas de 55 o más años obliga a la parte empresarial a suscribir un convenio especial destinado a mejorar sus pensiones de jubilación⁶, excepto que aquella medida se adopte en el seno de un procedimiento concursal. Distinta es la pretensión de la medida articulada por la Disposición adicional 16^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto), en virtud de la cual las empresas que ejecuten despidos colectivos incluyendo una alta proporción de trabajadores y trabajadoras con 50 o más años deben efectuar una aportación económica al Tesoro Público; una medida que ha sido reformada en diversas ocasiones y que tiene como

² El art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen la prohibición de discriminación por diversos factores, pero sin referirse expresamente a la edad. Lo mismo sucede con el art. 1 del Convenio número 111 de la OIT, de 1958, sobre discriminación en materia de empleo y contratación.

³ El 70 % de las personas desempleadas de este segmento de edad lo son de larga duración, una tipología que con carácter general representa sólo el 58 %. Así lo destaca el VIII Informe “#TuEdadEsUnTesoro: Mayores de 45 años en riesgo de exclusión en el mundo laboral”, elaborado por la Fundación Adecco y publicado en junio de 2016. Dicho Informe se basa en los datos de la EPA elaborada periódicamente por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Puede accederse a su texto íntegro en http://www.portalemploefemm.org/adjuntos_actualidad/informe-tu-edad-es-un-tesoro.pdf (consultado el 1 de diciembre de 2017).

⁴ Véase, por todos, *La població de 45 a 64 anys en situació d'atur de llarga durada*, Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya (CTESC), Barcelona, 2017, pp. 53 y siguientes. Puede accederse a su texto íntegro en http://ctesc.gencat.cat/doc/doc_11696934_1.pdf (consultado el 1 de diciembre de 2017).

⁵ Coinciden en este diagnóstico numerosos estudios donde se ha analizado el desempleo de los trabajadores y trabajadoras maduros y en los cuales se reclaman actuaciones para erradicar esos estereotipos negativos, sobre todo por parte de los servicios de empleo, como la realización de campañas informativas o el diseño de programas de recolocación específicos para ese colectivo. Véase, por todos, el Informe del Consejo Económico y Social (CES) *La situación sociolaboral de las personas de edad*, nº 2, 2014, pp. 100-101.

⁶ El régimen jurídico de este convenio especial se define en la Disposición adicional 31^a del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio) y en el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre (BOE de 18 de octubre).

finalidad esencial desincentivar la afectación de ese colectivo⁷. Idéntico objetivo, aunque con una estrategia distinta, persigue la segunda referencia contenida en el art. 51.5 del TRLET, que pretende incentivar a la negociación colectiva para que establezca “*prioridades de permanencia*” a favor de diversos colectivos entre los cuales figuran los “*mayores de determinada edad*”⁸.

Algunas de estas medidas han tenido cierta incidencia, pero no han conseguido desterrar la utilización del criterio “*mayor edad*” para determinar las personas afectadas en los despidos colectivos, que en el momento presente continua siendo un problema real de gran complejidad jurídica. La pretensión de esta comunicación es revisar la cuestión a la luz de la jurisprudencia interna y comunitaria para determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones puede plantearse la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de edad sin vulnerar la prohibición de discriminación. Identificar con claridad las “*reglas del juego*” es una tarea imprescindible para que los sujetos competentes para determinar los criterios de selección –la parte empresarial y la representación colectiva de las personas afectadas⁹– dispongan de la máxima seguridad jurídica, pero también para valorar la solución adoptada desde una perspectiva crítica.

2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA: UN AVAL SIN CONDICIONANTES REALES

El Tribunal Supremo (TS) se ha manifestado en diversas ocasiones respecto a la posibilidad de utilizar la edad como criterio de afectación en los despidos colectivos, y en todos los casos analizados el esquema es similar: durante el período de consultas se alcanza un acuerdo que prioriza la extinción de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad. Interesa destacar que se trata en todo caso de sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo, porque derivan de impugnaciones de la resolución administrativa que homologa dicho acuerdo y en el contexto normativo en que se plantearon esos conflictos la jurisdicción competente para resolverlas era aquélla.

El pronunciamiento más claro y determinante es la STS (Contencioso-administrativo) de 15 de junio de 2005 (Recurso 7284/2000), donde se aborda la problemática generada por el Ex-

⁷ La aportación económica impuesta penaliza al empleador al tiempo que compensa al sistema público de protección social por los recursos invertidos en la cobertura de las personas afectadas. Así lo ha destacado diversos autores, como por ejemplo DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., “Dispositivos de protección social que incentivan la salida o facilitan las salidas anticipadas: una tendencia persistente en Francia y España a través de medios diferentes”, en AMAUGER-LATTES, M.-C. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dir.), *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 237-289. No falta, sin embargo, quien piensa que los objetivos prioritarios son otros. Es el caso de DEL REY GUANTER, S., “Despido y protección social de los trabajadores de mayor edad: sobre la Disposición adicional 16^o de la Ley 27/2011, sus sucesivas reformas y la necesidad de redefinición”, *IUSlabor*, n^o 3, 2014, pp. 3-5, para el cual en la configuración actual y desde los cambios operados por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, el objetivo prioritario es el “*antidiscriminatorio*”.

⁸ El instrumento a través del cual pueden incorporarse estas prioridades es, como expresamente señala el propio art. 51.5 del TRLET, tanto el convenio colectivo como los acuerdos alcanzados durante el período de consultas. La inclusión de esta referencia, fruto de la reforma operada primero por el Real Decreto-ley 3/2012, de 3 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntico título, no implica ningún cambio significativo, porque la posibilidad de introducir esas prioridades a través de la negociación colectiva no ha estado nunca sometida a discusión. La pretensión de la reforma, según reconoce expresamente el apartado V del preámbulo de ambas normas, era “*reforzar los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos*” y por ello “*se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores (...)*”. En la práctica la vía más utilizada para determinar los criterios de selección era y continúa siendo el acuerdo resultante del período de consultas, como ponen de manifiesto numerosos estudios, como el de VIVERO SERRANO, J. B., “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo”, *Aranzadi Social*, n^o 7, 2013, pp. 18-19.

⁹ Interesa recordar que, conforme al art. 51.2 del TRLET, la definición de los criterios de selección de las personas que ha de resultar afectadas por un despido colectivo corresponde en principio a la parte empresarial, pero queda obligada a exteriorizar dichos criterios y a negociarlos con la representación laboral durante el período de consultas.

pediente de Regulación de Empleo extintivo autorizado para la empresa Agencia EFE, SA mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de febrero de 1999. No se discute en ningún momento la existencia de un importante excedente de plantilla, que tiene origen en causas tanto económicas como organizativas y requiere un ajuste significativo. La controversia se centra en la elección de las personas afectadas, que tomó como referente básico la edad, porque se establecía la afectación de todos aquellos que tuviesen 57 años o más a 31 de diciembre de 1998 o los cumpliesen antes de 31 de diciembre de 2002, articulando un “sistema de indemnizaciones” (prejubilación y jubilación anticipada) integrado en el Plan de Acompañamiento Social para facilitarles un tránsito no traumático hacia la jubilación ordinaria. En concreto se extinguieron 297 contratos, de los cuales 143 correspondían a personas que había cumplido los 57 años. Uno de ellas, disconforme con el criterio de afectación aplicado, que considera discriminatorio, impugna la resolución que autoriza el despido colectivo, primero en sede administrativa y posteriormente en vía judicial, con idéntico resultado: la desestimación del recurso.

El TS afronta la cuestión repasando, en los Fundamentos jurídicos (FJ) 3º y 4º, la doctrina del TC sobre el art. 14 de la CE y destacando la imposibilidad de establecer diferencias que se basen en los factores de discriminación referidos expresamente en dicho precepto o en los que puedan incluirse en la genérica referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, como la edad; aunque también admite que “puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación”, en comparación con la exigencia que deriva del principio genérico de igualdad.

Es en el FJ 5º donde se proyecta esa doctrina sobre el caso de autos concluyendo que la afectación al personal de 57 o más años resulta justificada, proporcionada y, consecuentemente, no puede tacharse de discriminatoria. Son varios los argumentos que sustentan esta afirmación.

Se razona, en primer lugar, que “no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantillas persigue (...) prescindir de un porcentaje de trabajadores –sin duda importante– de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo”, añadiendo que hacer lo contrario “repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación 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”. El razonamiento se remata afirmando que la fórmula empleada es “razonable” porque permite “afrontar la reestructuración de una forma más definitiva” y “menos costosa”. Así pues el primer argumento es, en definitiva, la eficiencia del despido colectivo y del ajuste que con él quiere llevarse a cabo.

El segundo argumento aparece en el FJ 6º y se concreta en la concurrencia de diversas circunstancias de las que “se infiere que las medidas de solución del excedente, incluidas las extintivas, se intenta que produzcan el menor daño posible sobre el conjunto de trabajadores y sobre los afectados en particular”. El Plan de Acompañamiento Social que se pone en práctica incorpora, además del sistema de prejubilación y jubilación anticipada al que ya se ha hecho referencia, un derecho de desafectación para casos particulares¹⁰, un mecanismo de bajas incentivadas y derechos de recolocación¹¹, que ofrecen un nivel de protección muy significativo¹².

¹⁰ El FJ 6º deja constancia de la existencia de una cláusula de “excepcionalización” a favor de la parte laboral “que puede ejercitar el trabajador por razones personales, familiares y sociales”.

¹¹ Según especifica el antepenúltimo párrafo del FJ 7º en el Plan de Acompañamiento Social “se contempla la <recolocación diferida> con la finalidad de < cubrir puestos de trabajo que quedarán vacantes a medida que se vayan materializando las prejubilaciones > e igualmente se establecía la <recolocación directa interna> que se declaraba de aplicación para los supuestos que tenían su causa en la aplicación del resto de las medidas”.

¹² El último de los hechos probados que aparece referido en el FJ 1º, donde se recopilan las circunstancias más relevantes del caso, es que el recurrente la afectación le supuso pasar de una retribución neta anual de 6.300.000

Según indica expresamente el TS, esa articulación de medidas para minimizar la afectación del despido colectivo resulta *"imprescindible"* para excluir la discriminación.

Aunque si se realiza una lectura atenta de la sentencia que comentamos o de la STS (Contencioso-administrativo) de 17 de octubre de 2007 (Recurso 8242/2004), que trata el mismo supuesto, es obvio que ambos argumentos se sitúan a un mismo nivel y son complementarios, un pronunciamiento posterior del propio TS realiza una singular interpretación de esta doctrina que rompe dicho equilibrio en beneficio del primer argumento: la STS (Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de 2011 (Recurso 3980/2009).

En esta ocasión el conflicto lo genera un despido colectivo planteado el año 2006 en el Ente Público Radio Televisión Española y sus sociedades filiales Televisión Española, SA y Radio Nacional de España, SA. El supuesto es similar, aunque de mayor entidad, dado que se autorizan 4.150 extinciones. Según el acuerdo alcanzado durante el período de consultas y posteriormente homologado por la Autoridad Laboral, la determinación de las personas afectadas también tomaba como referencia la superación de una determinada edad, que en este caso era de 52 años, y se articulaban diversas medidas de protección hasta llegar a la jubilación ordinaria (prestaciones económicas indemnizatorias, convenio especial con la Seguridad Social, etc.). La Asociación de Afectados por el Plan de Saneamiento de RTVE impugna la autorización administrativa porque considera que ligar la extinción al cumplimiento de esa edad es contrario al art. 14 de la CE, un planteamiento que no prospera en sede administrativa ni tampoco ante el TSJ (Contencioso-administrativo) de Madrid, que desestima el recurso en su sentencia de 22 de abril de 2009 (Recurso 692/2007).

El TS, después de revisar con detalle los razonamientos de la sentencia recurrida, entra en el fondo de la cuestión en el FJ 4º y tras realizar un breve recordatorio de la doctrina del TC en materia de no discriminación resuelve con extrema celeridad y contundencia señalando que *"no vamos a reiterar el contenido de la Sentencia de esta Sala y sección de 15 de julio de 2005 (...) Sólo añadir que el contenido de la antedicha Sentencia fue repetida en la Sentencia de 17 de octubre de 2007, recurso 8242/2004, por lo que ya existe un criterio consolidado acerca de que <parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, con unas expectativas laborales muy cortas>, sin que ello comporte lesión del art. 14 de la CE"*. Se analiza a continuación si los criterios establecidos por el TJCE en materia de discriminación por razón de edad (STJCE de 22 de noviembre de 2005 –Caso Mangold, Asunto C-144/04– y STJCE de 19 de enero de 2010 –Caso Küçükdeveci, Asunto C-555/07–) pueden aplicarse al caso analizado; posibilidad que se acaba descartando argumentando que la situación es muy distinta y que, además, la afectación real estaba condicionada a la aceptación individual¹³.

Con independencia de la transcendencia que pueda dársele a esta última circunstancia, que a mi entender es muy relevante aunque la STS (Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de

pesetas a otra de 6.100.000 pesetas, con la garantía de que al cumplir la edad máxima de jubilación (65 años) obtendría *"la cuantía de la prestación máxima de jubilación –5.000.000 de pesetas– con carácter vitalicio y garantizado mediante prima única, soportado por la empresa el aseguramiento de sus percepciones vitalicias"*.

¹³ En el FJ 1º de la STS (Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de 2011, cuando se reproduce la fundamentación de la sentencia recurrida, se deja constancia de que *"el acogimiento al ERE tiene carácter voluntario con carácter general"* y que *"en el apartado II-F del Plan Social de Medidas de Acompañamiento se establece una cláusula de voluntariedad que dispone que los trabajadores podrán manifestar a la Dirección su predisposición a acogerse a alguna de las medidas propuestas en el plazo de 30 días desde la aprobación del expediente y en fase probatoria se ha certificado por el Presidente del Consejo de Liquidación del Ente Público que un conjunto de personas mayores de 52 años no prestaron su adhesión al ERE y pasaron a integrar la plantilla de las nuevas sociedades e incluso que trabajadores inicialmente adheridos solicitaron luego continuar prestando servicios y están en activo"*.

2011 sólo le otorgue un valor marginal¹⁴, lo cierto es que dicho pronunciamiento opera, con su escueto y simplificado razonamiento un giro radical, considerando que la afectación del personal de mayor edad estará justificada con carácter general porque es una decisión lógica y eficiente, que “per se” excluye la existencia de discriminación. En este nuevo escenario ya no parece necesario adoptar medidas para compensar el perjuicio generado por el despido colectivo, lo cual supone reducir a la mínima expresión el segundo de los elementos de valoración establecidos por la STS de 15 de junio de 2005. El resultado final es muy poco satisfactorio, porque reduce al extremo y de forma absolutamente forzada el análisis sobre la justificación del trato diferente basado en la edad¹⁵.

Por rechazable que resulte, lo cierto es que el esquema que se acaba imponiendo en la Jurisdicción Contencioso-administrativa es el adoptado en este último pronunciamiento, tal como ponen de manifiesto varios pronunciamientos de instancias inferiores¹⁶ y algunos estudios doctrinales¹⁷.

Las escasas sentencias dictadas hasta la fecha en la Jurisdicción social adoptan esa misma lógica de justificación intrínseca. Sirva como ejemplo la STSJ (Social) de Catalunya de 9 de febrero de 2015 (Recurso 5381/2014), donde se afirma que *“es habitual que las empresas seleccionen en supuestos de extinción de contratos aquellos trabajadores de más edad, lo que supone mayor ahorro para la empresa en costes laborales y de Seguridad Social, y es más beneficioso para el colectivo total de trabajadores de la plantilla de la empresa, teniendo en cuenta la difícil reinserción en el mercado laboral de otros trabajadores de la empresa de menor edad, al tiempo que para el trabajador de más edad el despido tiene menor incidencia, pues percibe mayor indemnización por el cese y su jubilación está más próxima en el tiempo”*¹⁸. Hasta la fecha la Sala de lo Social del TS todavía no se ha pronunciado directamente sobre la cuestión que nos ocupa, aunque existe alguna sentencia donde parece asumir la posición de la Sala de lo Contencioso-administrativo¹⁹.

¹⁴ Si la edad no se utiliza como criterio de selección en el marco de un despido colectivo sino como un requisito para acceder a un sistema de prejubilación con determinados incentivos y de voluntaria aceptación, habitualmente articulado a través de pacto colectivo, estamos en un escenario distinto donde difícilmente se planteará un problema de discriminación. Coincidimos en ese punto con ROQUITA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 153-154.

¹⁵ También se muestra crítica con esta jurisprudencia ROQUITA BUJ, R., *La selección de los trabajadores...*, obra citada, pp. 153-154.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la STSJ (Contencioso-administrativo) de Madrid de 28 de abril de 2006 (Recurso 1992/2003).

¹⁷ Sirva como ejemplo MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, R. (dir), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito Social*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 39, que deja constancia de la utilización por parte del TS del criterio de proporcionalidad para enjuiciar la validez de las diferencias basadas en la edad y cita como ejemplo la STS de 15 de junio de 2005 (Recurso 7284/200), pero sólo hace alusión a la valoración efectuada en su FJ 5º, esto es, a la justificación basada en la eficiencia del despido colectivo. En la misma línea se sitúa el análisis efectuado por PÉREZ CAPITÁN, L., *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción de jornada*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 136.

¹⁸ En la misma línea, aunque en relación a un supuesto de despido objetivo, se sitúa la STSJ (Social) de 18 de noviembre de 2014 (Recurso 1895/2014), donde se descarta que constituya discriminación la elección del trabajador de más edad existiendo dos personas con el mismo perfil profesional (choferes) potencialmente afectables, porque se considera *“razonable que se aplique la medida extintiva a quién está más cercano a la edad de jubilación de cara a posibilitar la viabilidad de la empresa desde la perspectiva de la crisis económica padecida”*.

¹⁹ STS (Social) de 25 de junio de 2014, Recurso 198/2013 (Repertorio Jurídico Aranzadi RJ 2014/4.673). En ella se analiza un despido realizado por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en el año 2012 donde se utilizaron dos criterios de selección: primero, la edad (se afectaba a todas las personas que tuvieran cumplidos los 59 años a 20 de agosto de 2012); segundo, la denominada *“evaluación continua”* (basada en una valoración sobre la “competencia técnica, formación, habilidades, experiencia y polivalencia” realizada por los responsables de cada delegación previa consulta con el personal técnico a su cargo). Uno de los aspectos discutidos es la validez de tales criterios, particularmente del segundo, que en suplicación se había considerado “arbitrario”. El TS, por el contrario, valida la decisión empresarial con base a diversos argumentos, entre ellos que una parte de la selección *“se ha llevado a cabo en base a criterios indiscutibles como el de la edad”*.

3. LA POSICIÓN DEL TC: UN PEQUEÑO PASO ADELANTE

El TC se pronunció directamente a través de su STC 66/2015, de 13 de abril, sobre la utilización de la edad como criterio de afectación en los despidos colectivos. Se trata sin duda de un pronunciamiento relevante, que merece ser analizado con detenimiento porque introduce un cambio importante en el tratamiento del problema que analizamos.

El caso de autos es un despido colectivo planteado en el Instituto Valenciano de la Vivienda, SA (en adelante IVVSA) a mediados del año 2012. El período de consultas llevado a cabo entre la Dirección de la empresa y la representación del personal finalizó con un acuerdo en el que se contemplaba la afectación de 211 personas (inicialmente la parte empresarial proponía 252), escogidos conforme a cuatro criterios que no tenían carácter excluyente y debían valorarse conjuntamente: en primer lugar y como “criterio principal”, se fijó la pertenencia a las unidades administrativas que debían suprimirse; en segundo y tercer lugar, se contempló la toma en consideración de diversos factores de carácter objetivo como “*la experiencia profesional*”, “*los años de experiencia en el IVVSA*”, “*la polivalencia*”, “*la capacidad de reciclaje y adaptación*”, etc.; y finalmente se estableció que “*se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación*”. En la práctica de las 211 personas afectadas 35 superaban los 55 años, sin que resultase excluido ningún trabajador ni ninguna trabajadora que hubiese cumplido esa edad. Cuatro de las trabajadoras afectadas, considerando que su despido vulnera la prohibición de discriminación por razón de edad, presentan demanda que es desestimada tanto en primera instancia por la SJS número 1 de Valencia de 19 de noviembre de 2012 como en suplicación por el STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2013 (Recurso 561/2013), que motiva el recurso de amparo.

El TC inicia su argumentación recordando su doctrina en relación al art. 14 de la CE y la inclusión de la edad entre los factores de discriminación a través de la referencia “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” que figura en el inciso final de dicho precepto, y en base a ello destaca que la edad “*sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad*”, procediendo acto seguido a comprobar si concurren en el supuesto analizado.

Dos son las razones esgrimidas por el IVVSA para justificar la utilización de la edad como uno de los criterios de selección de las personas afectadas. Primera, la conveniencia de “*establecer una estructura de plantilla que se mantuviera a largo plazo*”, argumentando que “*la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación de era más gravosa, pues habían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje*”. Segunda, que dicho criterio era “*el que menos perjuicio podía ocasionar a los propios trabajadores*”, porque los afectados se hallarían más cerca de acceder a la pensión de jubilación y, además, quedarían protegidos por el convenio especial contemplado en el art. 51.9 del TRLET.

En el FJ 5º se valora la primera razón, que como ya se habrá advertido coincide con la consagrada por la jurisprudencia ordinaria como elemento excluyente de la discriminación. La opinión del TC es diametralmente opuesta y, asumiendo la opinión expresada por el Ministerio Fiscal, afirma con contundencia que “*dicha razón carece de envergadura suficiente para justificar la diferencia de trato*”. Para ello se centra en el “*ahorro de los costes de formación*”, sin entrar a valorar el resto de argumentos que integran la primera razón (dar mayor estabilidad de la plantilla, evitar tener que realizar contrataciones a corto o medio plazo, etc.); unos costes que al ser “*escasamente significativos*”²⁰ y “*futuros*” no constituyen una “*razón convincente*”.

²⁰ Se argumenta, en concreto, que “*los costes de formación derivados de la jubilación de cuatro trabajadores son escasamente significativos si se evalúan dentro de un procedimiento de despido colectivo que afecta a 211 trabajadores (procedimiento en el que se acordó, a su vez, la constitución de bolsas de trabajo)*”. Aunque la entidad de los costes de formación derivados de nuevas contrataciones es sin duda un elemento trascendente que debe

Distinta es la valoración que se efectúa de la segunda razón, que se analiza en el FJ 6º. En opinión del TC *“el menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de 55 años (...) puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección”*. No obstante, para que se cumpla la exigencia de proporcionalidad deberán adoptarse *“medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente la mera proximidad a la edad de jubilación”*. En resumidas cuentas, la expectativa de que un determinado colectivo pueda acceder a una pensión de jubilación a corto o medio plazo y que, por tanto, el período de desempleo sea limitado, es un argumento en sí mismo insuficiente para afectar prioritariamente a dicho colectivo, siendo imprescindible la articulación de mecanismos específicos de protección para esa etapa transitoria.

En el caso de autos el IVVSA suscribió los convenios especiales a los que alude el art. 51.9 del TRLET para todas las personas afectadas mayores de 55 años y también se establecieron, en el acuerdo resultante del período de consultas, determinadas mejoras voluntarias a la prestación por desempleo. En concreto, para los trabajadores y trabajadoras de entre 50 y 57 años se fijó una cuota mensual bruta de 840 Euros desde el acceso a la prestación por desempleo durante un período máximo total de ocho meses y medio, y para los que tuviesen entre 58 y 61 años idéntica cuota durante un período máximo de 12 meses. La existencia de estas medidas lleva al TC a concluir que *“el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que nos lleva a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad”*.

4. LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Como ya se indicó en el apartado introductorio, la Directiva 2000/78/CE incorpora una prohibición expresa de discriminación por razón de edad, delimitando tanto sus distintas tipologías –discriminación directa e indirecta– (art. 2) como sus excepciones (art. 6), esto es, los supuestos donde las diferencias de trato por razón de edad pueden estar justificadas. La toma en consideración de este último precepto, que la doctrina ha considerado la *“norma de referencia”* para determinar el alcance de la prohibición de discriminación en relación a la edad en materia de empleo²¹, resulta esencial para la correcta resolución de la cuestión que nos ocupa.

En virtud del apartado 1 de ese precepto, para que la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad en los despidos colectivos u otras diferencias de trato basadas en la edad no resulten discriminatorias, deben concurrir dos elementos. Primero, que estén *“justificadas objetiva y razonablemente (...) por una finalidad legítima”*. En otras palabras: se exige que el trato diferente obedezca a un determinado objetivo, que el mismo precepto vincula a *“políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”*. Segundo, que los *“medios para lograr ese objetivo”* sean *“adecuados y necesarios”*, esto es, que exista una proporcionalidad entre los perjuicios generados y la finalidad perseguida.

Ambos elementos han sido interpretados y aplicados por diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en las que se valoran hipótesis de trato diferente que toman como referencia la edad en tres escenarios: el acceso al empleo, las condiciones de

tomarse en consideración, resulta un tanto sorprendente la forma como se valora, atendiendo exclusivamente a los eventualmente generados por la sustitución de las cuatro recurrentes, dado que si no se hubiese establecido la afectación de los mayores de 55 años una parte significativa de las 35 personas que integran este colectivo podrían haber permanecido en la empresa y el número de sustituciones (y el coste de formación a ellas asociado) sería superior.

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario”, en GOERLICH PESET, J. M. y BLASCO PELLICER, A. *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, p. 468.

trabajo y la extinción de la relación laboral. Aunque hasta la fecha no se ha planteado la concreta cuestión que nos ocupa, estos pronunciamientos resultan de gran utilidad para analizar y revisar la posición adoptada por nuestra jurisprudencia.

4.1. La exigencia de una finalidad legítima vinculada al interés general

El primer requisito exigible para admitir, en base al derecho comunitario, la utilización de la mayor edad como criterio de afectación en un despido colectivo es que obedezca a una *“finalidad legítima”*. ¿Cuál es el significado de tal expresión? ¿Qué objetivos pueden encuadrarse en ella? Aunque la Directiva 2000/78/CE no responde directamente estos interrogante sí que ofrece, en su art. 6.1, un listado ejemplificativo de diferencias de trato no discriminatorias del que pueden extraerse algunas pautas para resolver la cuestión que nos ocupa, particularmente la prevista en la letra c), que admite el establecimiento de *“una edad máxima para la contratación”* cuando tal exigencia se base en *“los requisitos de formación del puesto de trabajo”* y *“la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación”*²².

La toma en consideración de los pronunciamientos de la corte europea aporta un poco más de luz. Especialmente relevante es la STJUE de 21 de julio de 2011 (Caso Fuchs, Asuntos C-159/10 y C-160/10), donde se analiza una norma alemana obre función pública que establece la jubilación forzosa de los fiscales cuando alcancen la edad de 65 años, aunque les permite seguir trabajando hasta los 68 años como máximo si el interés del servicio lo requiere. El análisis de la finalidad que se atribuye a esa norma para justificar la regulación efectuada tiene enorme interés para el caso que nos ocupa, dado que el TJUE considera *“un objetivo legítimo de la política de empleo y el mercado de trabajo”* el consistente en *“establecer una estructura de edades equilibrada entre funcionarios jóvenes y funcionarios de más edad”* para *“favorecer el empleo y la promoción”* de los primeros, *“optimizar la gestión del personal”*, *“evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada una determinada edad”* y *“ofrecer un servicio de calidad en el ámbito de la justicia”*. Y acto seguido, en el apartado 42, recuerda que los objetivos que pueden considerarse *“legítimos”* en el sentido del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE son los que *“presentan un carácter de interés general”* y no los *“puramente individuales propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad”*²³.

²² La STJUE de 13 de noviembre de 2014 (Caso Vital Pérez, Asunto C-416/13) aborda de lleno esta cuestión porque analiza una convocatoria de pruebas selectivas para la provisión de plazas de agentes de Policía Local efectuada por el Ayuntamiento de Oviedo en la que se exigía que los candidatos no sobrepasaran la edad de 30 años, una restricción que se justificaba *“por los requisitos de formación del puesto y por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o pase a la segunda actividad”*. En base a ello el TJUE considera que puede afirmarse la concurrencia de una *“finalidad legítima”*, pero cuando entra a valorar si aquella restricción constituye *“un medio adecuado y necesario”* para la consecución de dichos objetivos la respuesta es negativa, de una parte porque entiende que no existen datos que evidencien que *“el límite de edad de contratación sea apropiado y necesario a la luz de garantizar la formación de los agentes de que se trata”* (su duración no está predefinida por la normativa reguladora, ni tampoco sus restantes características), y de otra que tal límite tampoco es *“necesario para garantizar a dichos agentes un período de actividad razonable previo a la jubilación”*, que ordinariamente se producirá a los 65 años, aunque a los 58 pueda solicitarse el pase a una segunda actividad. En la misma línea se sitúa la STJUE de 15 de noviembre de 2016 (caso Solaberria Sorondo, Asunto C-258/15), aunque en esta ocasión se valida el límite máximo de 35 años que se impuso en una convocatoria para acceder a la Ertzaintza. Ambas sentencias se analizan con detalle en mi estudio *“La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”*, *IUSLabor*, nº 3, 2016, páginas 12 a 16.

²³ Se reitera en este punto la doctrina establecida en el apartado 46 de la STJCE de 5 de marzo de 2009 (Asunto Age C-388/08). Los primeros comentarios de este último pronunciamiento advirtieron ya la importancia de esta distinción entre intereses generales e intereses individuales o particulares del empleador (véanse FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *“Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad”*. *Aranzadi Social*, nº 12, 2009, p. 5).

Queda claro pues que ni la disminución de los costes que debe soportar la parte empleadora, ni tampoco el incremento de sus beneficios u otras circunstancias similares constituyen una “finalidad legítima”, pero sí puede serlo la configuración eficiente del despido colectivo para potenciar la estabilidad en el empleo de aquellas personas no afectadas por la extinción. Así pues, perfilar la reestructuración para conseguir una plantilla que no sólo tenga una dimensión más ajustada a las necesidades reales de la empresa sino también una mejor expectativa de mantenimiento a largo plazo, es una pretensión que puede resultar válida, aunque deberá acompañarse de un argumentación detallada, vinculada a las concretas circunstancias y necesidades de cada caso.

Conviene traer a colación en este punto la STJUE de 15 de noviembre de 2016 (caso Solaberria Sorondo, Asunto C-258/15), donde se analiza el límite máximo de edad de 35 años establecido en una convocatoria del Gobierno Vasco para acceder a Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza. Tal restricción se justificaba argumentando que obedecía a la legítima pretensión de “garantizar el carácter operativo y buen funcionamiento del servicio de policía, asegurando que los nuevos funcionarios puedan efectuar las tareas más pesadas desde el punto de vista físico durante un período relativamente largo de su carrera”. El TJUE concluye que la convocatoria es válida porque aquel límite máximo de edad “es imprescindible para restablecer una pirámide de edades satisfactoria”. En otras palabras, la medida se considera justificada en la coyuntura concreta que se plantea y por las singulares características que ésta presenta²⁴, rechazándose implícita pero claramente que pueda establecerse con carácter general²⁵.

No puede desconocerse, sin embargo, que en otras ocasiones el TJUE ha sido muy flexible en relación a la exigencia de una finalidad legítima y que en una hipótesis próxima a la que analizamos –la extinción automática de la relación laboral cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación–, ha considerado suficiente la existencia en la norma que la habilite de una referencia genérica a objetivos de las políticas de empleo (reducir el desempleo, mejorar la redistribución intergeneracional del empleo, etc.), e incluso que tales objetivos no estén expresamente contemplados pero puedan deducirse del contexto general en que se enmarca la medida²⁶.

²⁴ El Gobierno Vasco acreditó que en 2018 más de la mitad de las personas que integran el cuerpo de la Ertzaintza tendrían entre 50 y 59 años, y que la proyección para 2025 es que la mitad tendrá entre 55 y 60 años (apartado 44), habiéndose acreditado también, a partir de diferentes informes técnicos, que “a partir de la edad de 40 años los agentes de la Ertzaintza sufren una degradación funcional, que se traduce en una disminución de su capacidad de recuperación tras un esfuerzo sostenido y la incapacidad de ejercer cualquier otra función que requiera el mismo nivel de exigencias durante un determinado período de tiempo” y también que “no se puede considerar que un agente que tenga más de 55 años esté en plena posesión de la capacidad física y psíquica necesaria para el ejercicio adecuado de su profesión sin que existan riesgos para él ni para terceros” (apartado 42).

²⁵ Aunque esta importante puntualización la introduce el TJUE cuando valora la proporcionalidad de la restricción y no propiamente al tratar el objetivo que persigue, lo cierto es que se acaba proyectando sobre este último exigiendo que constituya una necesidad real o actual. Me remito, de nuevo, al análisis que sobre esta sentencia efectué en mi estudio “La imposición de límites...”, obra citada, pp. 14-16.

²⁶ Esta flexibilidad en la exigencia de la finalidad legítima ha sido destacada y fuertemente criticada por la doctrina en diversas ocasiones. Véanse, por ejemplo, FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A. “El principio de no discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho europeo”, en AA: VV. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (Comunicación núm. 16 del Cd adjunto), Ediciones Cinca, Madrid, 2014, p. 11; BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en BALLESTER PASTOR, M. A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 63; y CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas en la discriminación por razón de edad”, en BALLESTER PASTOR, M. A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 259-260. Este último autor destaca que la posibilidad de extraer del contexto en el que se sitúan las medidas objetivos de política social que no se han formulado expresamente “constituye, en la práctica, una invitación a que los Estados elaboren justificaciones <ad hoc> y las aleguen ante el Tribunal ante cuestiones concretas, por más que las mismas no guarden relación con dicha medida. Y, en todo caso, un elemento de inseguridad jurídica importante”.

Para finalizar las reflexiones sobre el primero de los elementos exigidos por el art. 6.1 de la 2000/78/CE, interesa destacar que la concurrencia de una finalidad legítima constituye un presupuesto, esto es, una pieza imprescindible para entrar a valorar si concurre o no el segundo. La estructura del precepto así lo pone de manifiesto y el TJUE lo ha corroborado en las diversas sentencias dictadas sobre el particular. Por ello sorprende que el TC, buen conocedor de la jurisprudencia europea, no respete este esquema en la STC 66/2015, de 13 de abril, y entre a analizar la proporcionalidad de la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad sin haber identificado ningún objetivo de política social que lo justifique²⁷.

4.2. La necesaria idoneidad y proporcionalidad de los medios utilizados

El segundo elemento que debe concurrir, en virtud del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, para que una diferencia de trato basada en la edad esté justificada es que *“los medios utilizados para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios”*. Así pues, deberá valorarse de un parte si la medida es idónea para la consecución del objetivo de empleo al que está encaminada, y de otra si el perjuicio que genera a las personas que sufren un trato desfavorable por razón de edad es proporcionado o no excesivo, esto es, si existe *“un equilibrio entre el sacrificio que soporta el particular y el beneficio que se desprende para el interés general”*²⁹.

En la hipótesis que tratamos la verificación de la idoneidad no ha de resultar, por regla general, demasiado compleja, dado que la afectación prioritaria del personal de mayor edad permitirá alcanzar los objetivos que ordinariamente pueden ponerse sobre la mesa para justificarla, como dar mayor estabilidad en el empleo a los trabajadores y trabajadoras jóvenes, conseguir una estructura de plantilla equilibrada y que pueda mantenerse estable a corto y medio plazo, etc.

No obstante, también pueden presentarse casos donde no se cumple tal exigencia. Sirva como ejemplo el caso resuelto por la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2015 (Recurso 32/2014) donde se afecta a las trabajadoras de mayor edad “presumiendo que tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados (...) sin ninguna individualización”³⁰. La obtención de una plantilla con mayor capacidad de adaptación cuando en el futuro inmediato deben introducirse cambios de cierta entidad en el contenido de las prestaciones, los sistemas de trabajo, etc. podría constituir una finalidad legítima (siempre que se concreten y acrediten esos cambios, además de justificar su necesidad), pero para que el despido del personal de mayor edad esté justificado haría falta demostrar previamente que este colectivo es el que tiene mayor capacidad de adaptación –porque de lo contrario no resultaría una medida idónea–, y no basarse en un estereotipo que no ha sido objeto de ningún tipo de valoración ni comprobación³¹.

²⁷ Interesa recordar que en el caso resuelto por esa sentencia el primer argumento que pone sobre la mesa el IVVSA para defender el criterio de afectación utilizado es la conveniencia de conseguir *“una estructura de plantilla que se mantuviera a largo plazo”*, evitando la realización de nuevas contrataciones a corto plazo y también los costes de formación que supondría la incorporación de este nuevo personal. El TC rechaza el argumento limitándose a afirmar que dichos costes son poco significativos.

²⁸ Tal como ha destacado la doctrina *“el principio de adecuación constituye (...) un criterio de carácter empírico (...) y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y del ámbito subjetivo de afectación”* (MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción...”, obra citada, p. 35).

²⁹ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A. “El principio de no discriminación...”, obra citada, p. 11.

³⁰ Se trata, en concreto, del despido colectivo planteado en la empresa Sociedad Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar, dedicada a la adquisición y distribución de productos farmacéuticos, que afecta a diversas secciones de la misma. El conflicto se localiza en los despidos realizados en el Departamento de Telefonistas ubicado en Algeciras, donde resultan afectadas cinco de las ocho personas que lo integran. La Dirección de la empresa reconoció expresamente, en una de las reuniones celebradas con la representación laboral, que *“había decidido conservar a los empleados más jóvenes por ser susceptibles de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que en dicho departamento se dieran”*, sin concretar cuáles eran tales cambios y su transcendencia, ni tampoco las razones que podían dificultar la adaptación de las personas de mayor edad.

³¹ La doctrina ha valorado de forma muy positiva este pronunciamiento judicial, considerándolo una “anormalidad positiva” dentro del tratamiento que los órganos judiciales acostumbran a otorgar a la cuestión que nos ocupa

Por lo que refiere a la proporcionalidad, en la hipótesis más similar hasta la fecha analizada por el TJUE –la extinción de la relación laboral por jubilación forzosa–, la clave se ha situado en los mecanismos de protección social articulados a favor de las personas afectadas, habiéndose considerado que los perjuicios que sufren éstas resultan suficientemente atenuados si pueden acceder a rentas sustitutivas del salario dejado de percibir. Sirva como ejemplo la STJCE de 16 de octubre de 2007 (Caso Palacios de la Villa, Asunto C-411/05), en cuyo apartado 73 se descarta el carácter discriminatorio de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos porque debido a los requisitos establecidos para hacerlas efectivas se garantiza que “los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación (...) que se fija en un nivel que no puede considerarse insuficiente”³².

La STC 65/2015, de 13 de abril también valora la proporcionalidad atendiendo a la protección social de las personas que se han visto afectadas por un despido colectivo debido a su mayor edad, pero introduce algunos matices muy importantes en relación al posicionamiento adoptado por la jurisprudencia europea en hipótesis similares. Primera, la posibilidad de acceder en un primer momento a la protección pública por desempleo y, posteriormente, en un futuro no lejano, a la pensión de jubilación no son suficientes para atenuar el perjuicio que genera la expulsión del mercado de trabajo. Segunda, aunque directamente ligada con la anterior, para corregir esa desproporción la parte empresarial debe articular medidas adicionales de protección.

A mi entender, el criterio adoptado por el TC en lo que refiere a la valoración de la proporcionalidad resulta de entrada satisfactorio, porque adapta el análisis efectuado por la jurisprudencia europea en supuestos de jubilación forzosa teniendo en cuenta las singularidades de la hipótesis que nos ocupa. El acceso a la pensión de jubilación no es en este caso inmediato, sino una expectativa a corto o medio plazo, y la extinción abre paso a una etapa de desempleo de duración incierta que puede resultar muy perjudicial. Así pues, debe centrarse la atención en esta etapa, exigiendo que el conjunto de mecanismos de protección articulados, tanto los exigidos por la normativa heterónoma como los que puedan acordarse a nivel colectivo o otorgarse unilateralmente por la parte empleadora, ya sean de protección social o de otra naturaleza³³, ofrezcan una cobertura suficiente para compensar el perjuicio sufrido.

Aunque la construcción teórica resulta impecable su proyección sobre el caso de autos es absolutamente decepcionante, porque no se valora con detenimiento la intensidad de la protección obtenida por las personas afectadas³⁴. Recuérdese que al margen de la cobertura económica ofrecida por la prestación contributiva por desempleo en un primer momento y, en su caso, por la no contributiva en una fase posterior, así como del beneficio que supone el convenio especial previsto en el art. 51.9 TRLET, sólo se obtiene una mejora voluntaria de muy escasa entidad cuantitativa y temporal (un complemento a la prestación por desempleo por un máximo

(MOLINA NAVARRETE, C., “<Envejecimiento activo>...”, obra citada, p. 126) o “el inicio de una nueva línea judicial a favor de la tutela de los trabajadores en los despidos colectivos que enmascaran una situación discriminatoria hacia ciertos colectivos, concretamente, en este caso, la edad madura (POQUET CATALÁ, R., “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía de 23 de febrero de 2015, proc. Num. 32/2014”, *Temas Laborales*, nº 131, 2015, p. 244.

³² El mismo argumento se ha utilizado posteriormente en otros pronunciamientos, como por ejemplo la STJUE de 21 de julio de 2011 (Caso Fuchs, Asuntos C-159/10 y C-160/10) o la STJCE de 18 de noviembre de 2010 (Caso Georgiev, Asunto C-250/09 y C-268/09).

³³ La protección puede buscarse también a través de medidas que potencien la reinserción al mercado de trabajo, como podrían ser acciones formativas dirigidas a la recualificación profesional o compromisos de recolocación.

³⁴ La decepción es similar a la que genera la jurisprudencia europea en materia de jubilación forzosa cuando considera respetada la proporcionalidad por el simple hecho de tener acceso a una pensión de jubilación, sin exigir que la misma sea completa; una circunstancia que ha sido puesta de manifiesto y denunciada en diversas ocasiones por la doctrina. Véase, por ejemplo, LÓPEZ CUMBRE, L., “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, p. 348.

de doce meses), de forma que la protección que realmente reciben las personas despedidas hasta que accedan a la pensión de jubilación es muy poco satisfactoria³⁵.

5. REFLEXIONES FINALES: LA OBLIGADA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNA PARA ADECUARLA A LA EUROPEA Y CONSEGUIR UNA SOLUCIÓN EQUILIBRADA

La STC 66/2015, de 13 de abril constituye sin duda un paso adelante en la clarificación de una cuestión extremadamente compleja, cual es la utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos. Se trata, además, de un problema de gran trascendencia práctica, dado que en estas medidas la mayoría de personas afectadas –en algunos casos las únicas– acostumbran a ser las que superan una determinada edad.

Dicha sentencia corrige el permisivo criterio mantenido por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, y seguido por la mayoría de órganos judiciales inferiores, en virtud del cual la elección del personal de mayor edad se consideraba siempre justificada por tratarse de personas más próximas a la edad de jubilación y con una expectativa de vida laboral más corta. Aunque esta posición deriva de una lectura simplificada y, a mi entender, errónea de una primitiva doctrina mejor fundamentada y más cercana a la jurisprudencia constitucional y comunitaria, lo cierto es que durante la última década se ha considerado, en palabras del propio TS, un “*criterio consolidado*”³⁶ y ha otorgado cobertura a la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad en las regulaciones de empleo extintivas. La STC 66/2015, de 13 de abril supone un pequeño avance, al exigir la articulación a cargo de la parte empresarial de mecanismos específicos de protección para las personas afectadas, pero la respuesta que ofrece tampoco resulta satisfactoria, por un doble motivo: primero, porque no se ajusta a los criterios establecidos por la jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de edad³⁷; segundo, porque ni tan solo aplica con rigor su propia construcción cuando la proyecta sobre el caso concreto. Como se ha denunciado en distintos análisis de ese pronunciamiento, el problema se afronta con el “*enfoque típico del análisis económico costes/beneficios individual o contractual*”³⁸, “*con un argumento estrictamente eficientista, más propio del Law & Economics*”³⁹ y, además, sin conseguir garantizar una protección mínimamente digna a las personas despedidas⁴⁰.

La recepción de la STC 66/2015, de 13 de abril, en instancias judiciales inferiores también ha resultado decepcionante, porque a pesar de recoger formalmente las exigencias que en ella se establecen para descartar la existencia de discriminación por razón de edad, incluso poniéndola en relación con la jurisprudencia europea, la aplicación sobre el caso concreta es tibia e incoherente.

Un buen ejemplo lo encontrarnos en más de media docena de sentencias coincidentes dictadas por el TSJ de Andalucía (Sevilla) en relación a un despido colectivo efectuado por el Ayun-

³⁵ En la misma línea se posiciona Rojo, 2015, p. 15. En su opinión, existen serias dudas de que las percepciones a las que se tenga derecho durante esta fase transitoria alcancen “*una cuantía que permita una vida digna al trabajador y a su familia*”, porque “*si en el plano estrictamente jurídico la existencia de tales medidas, y mucho más si son complementadas por las empresas, otorgan la apariencia de trato proporcionado y no discriminatorio, en el terreno estrictamente económico dejan mucho que desear*”.

³⁶ Véase, de nuevo, el FJ 4º de la STS (Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de 2011 (Recurso 3980/2009).

³⁷ El desajuste existente entre la jurisprudencia interna y la europea en relación a la cuestión que nos ocupa ha sido apuntado ya por algún autor, como FALGUERA BARÓ, M. *El control judicial del despido colectivo*, Bomazo, Albacete, 2016, p. 107.

³⁸ MOLINA NAVARRETE, C., “<Envejecimiento activo>...”, obra citada, p. 127.

³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La edad es un criterio discriminatorio?”, 2015 (recuperado de <http://ignasibeltran.com> el 1 de diciembre de 2017), p. 4.

⁴⁰ ROJO TORRECILLA, E., “¿Dónde empieza y dónde acaba la protección de los trabajadores de edad avanzada en los procedimientos de despido colectivo? A propósito de recientes sentencias del TC, AN y TSJ de Andalucía (I, II y III)”, Blog de Eduardo Rojo, 2015 (recuperado de <http://eduardorojo.com> el 1 de diciembre de 2017), p. 15.

tamiento de Jerez de la Frontera a mediados del año 2012⁴¹. Según consta en las relaciones de hechos probados⁴², la medida afectó a un total de 260 trabajadores y trabajadoras sobre un total de 1.305, que escogieron a través de un procedimiento articulado en dos fases. En la primera “se determinaron el número de extinciones por departamentos y categorías profesionales, atendiendo a la necesidad del mantenimiento de la estructura organizativa y funcional del Ayuntamiento”. En la segunda se procedió a identificar las concretas personas afectadas utilizando dos criterios de forma sucesiva: primero, la edad (se afectaba a todas las personas que tuvieran cumplidos los 59 años a 20 de agosto de 2012); segundo, la denominada “evaluación continua” (basada en una valoración sobre la “competencia técnica, formación, habilidades, experiencia y polivalencia” realizada por los responsables de cada delegación previa consulta con el personal técnico a su cargo). La aplicación del primer criterio de selección determinó la extinción de unas 130 relaciones laborales, varias de las cuales se impugnaron considerando que se había producido una discriminación por razón de edad.

En todas las sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía (Sevilla) se descarta la existencia de discriminación. Tomando como referencia la STC 66/2015, de 13 de abril, e incorporando en algunos casos citas de la jurisprudencia europea, se argumenta que en el caso concreto la parte empresarial ha adoptado medidas que “consideramos, junto con las medidas legales, minimizadoras del impacto económico producido al trabajador por la extinción de su contrato, y de ahí que se estime que el criterio de la edad resulte proporcionado y no vulnerador del invocado art. 14 CE”⁴³. Tales medidas son la suscripción del convenio especial requerido por el art. 51.9 del TRLET y el pago de un servicio de recolocación. Así pues, esta última es la única que realmente se añade por encima de las exigencias del marco legal y no deja de resultar forzado considerar que con esta sola pieza puede entenderse cumplida la exigencia, impuesta por la jurisprudencia constitucional, de que la parte empleadora articule medidas adicionales y efectivas de protección. No deja de ser significativo que en algunas de las sentencias se incorpore una coetilla final señalando que “obviando la duda razonable que puede surgir sobre si estas hipotéticas mejoras son suficientes para compensar el perjuicio sufrido por un trabajador de 59 años, consideramos que las medidas otorgan la apariencia de trato proporcionado y no discriminatorio”⁴⁴.

A mi modo de ver, el problema que nos ocupa debe afrontarse tomando como punto de partida la regulación europea de la no discriminación por razón de edad; un punto de partida obligado y al mismo tiempo oportuno.

Obligado en base al principio de interpretación conforme que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que aplican el derecho interno “a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero”, incluyendo la “obligación

⁴¹ STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2017 (Recurso 1.204/2016), STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2017 (Recurso 522/2016), STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 14 de septiembre de 2016 (Recurso 2460/2015), STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 22 de septiembre de 2016 (Recurso 2611/2015), STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 22 de septiembre de 2016 (Recurso 2609/2015), STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 23 de junio de 2016 (Recurso 2136/2015) y STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 8 de junio de 2016 (Recurso 1578/2015). Para la exposición de los hechos y fundamentos de derecho de este conjunto de sentencias tomaremos como referencia la primera de las citadas, que se limita a recopilar y reiterar lo establecido en las precedentes.

⁴² Véase, por todos, el punto 2º de los Antecedentes de hecho de la STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2017 (Recurso 1.204/2016).

⁴³ FJ 2º de la STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2017 (Recurso 1.204/2016).

⁴⁴ Esta reflexión figura, por ejemplo, en el FJ 2º de la STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 8 de marzo de 2017 (Recurso 1.204/2016), FJ 3º de la STSJ (Social) de Andalucía (Sevilla) de 23 de junio de 2016 (Recurso 2136/2015).

de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva” (STJUE de 14 de abril de 2016 –Caso Dansk Industri, Asunto C-441/14–, entre otras muchas). Así pues, el desajuste que actualmente existe entre la jurisprudencia interna y la europea respecto a la cuestión que nos ocupa requiere forzosamente la modificación de la primera.

Y oportuno porque, aunque no puede negarse que las excepciones contempladas en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE tienen una enorme potencialidad y sitúan esta prohibición de discriminación en el “último nivel de protección”⁴⁵, muy por debajo de las vinculadas a otros factores, como por ejemplo el sexo o la nacionalidad, dicho precepto ofrece un esquema conceptual que, si se aplica con rigor⁴⁶, puede ofrecer soluciones equilibradas para los distintos intereses que entran en conflicto, incluido el de los trabajadores y trabajadoras de edad⁴⁷.

Partiendo de ese esquema cabe exigir, en primer lugar, que la afectación prioritaria del personal de mayor edad persiga una finalidad legítima vinculada a intereses de tipo colectivo, en los que no tienen cabida elementos como el ahorro de costes o el incremento de beneficios, pero sí otros de alcance más general, como por ejemplo la obtención de una plantilla más equilibrada que contribuya a mejorar la estabilidad en el empleo de las personas no afectadas o incrementamente las expectativas de sus miembros más jóvenes; un interés que deberá argumentarse atendiendo a las circunstancias del concreto contexto en el que vaya a aplicarse el despido colectivo, y también detallarse de forma expresa en el momento en que se plantee la utilización de la mayor edad como criterio de afectación (cuando se comuniquen los criterios de selección al inicio del período de consultas⁴⁸, en el acuerdo que ponga fin al mismo⁴⁹ y/o en la decisión empresarial que siga al cierre del período de consultas sin acuerdo⁵⁰).

La existencia de un interés colectivo digno de protección constituye un presupuesto imprescindible para que la diferencia de trato tenga cobertura jurídica, de manera que si no se ha acreditado ese interés la afectación prioritaria del personal de edad en supuestos de despido colectivo no resultará en ningún caso justificada. Una condición necesaria pero a la vez insuficiente, porque también se requiere que dicha afectación sea una medida idónea (que permita

⁴⁵ BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio...”, obra citada, p. 56 y siguientes.

⁴⁶ En diversas ocasiones se ha destacado que el debilitamiento que ha sufrido a nivel comunitario la prohibición de discriminación por razón de edad deriva, en buena medida, de la amplitud con que la jurisprudencia europea ha interpretado algunos de los elementos que se exigen para que la diferencias de trato basadas en la edad se consideren justificadas. Véase, por ejemplo, BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio...”, obra citada, p. 70.

⁴⁷ Uno de los primeros autores que planteó la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las excepciones contempladas en el art. 6.1 de la Directiva 200/78/CE para conseguir soluciones equilibradas fue GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pp. 123-124.

⁴⁸ Como es bien sabido, el art. 51.2 del TRLET exige que entre la información que la parte empresarial debe entregar al para iniciar el período de consultas figuren “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”; una exigencia que reitera el art. 3.1.e del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante RPDC), aprobado mediante el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre).

⁴⁹ Conviene tener presente que, según ponen de manifiesto las relaciones de hechos probados de las sentencias judiciales analizadas, en la mayoría de ocasiones la afectación de los trabajadores y trabajadoras de mayor edad constituye un criterio de selección acordado con la representación laboral que se incorpora al acuerdo resultante del período de consultas.

⁵⁰ En tal hipótesis la parte empresarial, según lo dispuesto en el art. 51.2 del TRLET, dispone de quince días a contar des de la última reunión para comunicar a la Autoridad laboral y a la representación laboral “la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”, una previsión que reitera el art. 12.1 del RPDC) advirtiendo que ello deberá efectuarse “actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1”.

alcanzar los objetivos que se han esgrimido para justificarla) y proporcionada o no excesiva (que equilibre los sacrificios que sufren las personas despedidas y el interés colectivo que resulta beneficiado).

Esta última exigencia es sin duda la que mayor trascendencia práctica puede tener, porque implica la existencia de una cobertura económica real y suficiente, obligando a la parte empresarial a articular medidas de protección social significativas que complementen la intervención del sistema público, en la actualidad claramente insuficiente. Pero con eso no basta: para que la afectación prioritaria de los trabajadores y trabajadoras de edad no resulte desproporcionada también serán necesarias actuaciones de otra naturaleza para minimizar el perjuicio, como por ejemplo ofrecer acciones de recolocación, limitar la afectación al nivel estrictamente imprescindible para alcanzar aquella finalidad legítima o admitir excepciones para casos extremos (permitiendo el mantenimiento en el empleo de personas que debido a su situación personal o familiar pueden resultar especialmente perjudicadas por la afectación). Sólo con esta batería de medidas puede conseguirse un adecuado equilibrio de los intereses en conflicto, superando el planteamiento estrictamente economicista que hasta la fecha ha predominado en la cuestión que nos ocupa y evitando que el despido colectivo se utilice de forma sistemática para expulsar a los trabajadores y trabajadoras de mayor edad del mercado de trabajo.