CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 22 de mayo de 2008 [1]

1. La presente remisión prejudicial del Bundesarbeitsgericht (Tribunal Laboral Federal), Alemania, tiene por objeto una cláusula incluida en un plan de pensiones del sistema de empleo según la cual el viudo o viuda de un empleado o empleada del sector privado que fallece en activo quedan excluidos del derecho a percibir la pensión de supervivencia si este viudo o viuda es más de 15 años más joven que el empleado o la empleada fallecidos. El Bundesarbeitsgericht pregunta al Tribunal de Justicia si tal cláusula es contraria al principio general que prohíbe la discriminación por razón de edad identificado por el Tribunal de Justicia en el asunto Mangold [2] y solicita al Tribunal de Justicia más aclaraciones respecto de las circunstancias en las que puede aplicarse este principio.

Derecho comunitario

Tratado de la Unión Europea

2. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea establece:

«1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

[…]»

Tratado CE

3. El artículo 13 CE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, dispone:

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites

1 — Lengua original: inglés

2 — Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04, Rec. p. I-9981). La premisa de que se trata de un principio reconocido es directamente atacada por el Reino Unido y, de forma más indirecta, por Alemania y los Países Bajos: véase el punto 29 de las presentes conclusiones.

de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. […]»

Directiva 2000/78/CE[3]

4. La exposición de motivos de la Directiva 2000/78 cita el artículo 6, apartados 1 y 2, del Tratado de la Unión Europea[4] y enumera una serie de instrumentos internacionales que reconocen el derecho universal de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación.[5] En cuanto a la discriminación por razón de edad, señala que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores[6] tiene por finalidad la integración social y económica de las personas mayores y que las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad.[7]

5. El vigésimo quinto considerando aborda específicamente la posibilidad de justificar diferencias de trato por razón de la edad. Tiene en siguiente tenor:

«La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.»

6. El artículo 1 señala que la Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por los motivos que indica en el ámbito del empleo

3 — Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16). La Directiva 2000/78 es una de las dos Directivas de ejecución adoptadas con arreglo al artículo 13 CE; la otra es la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22) (en lo sucesivo, «Directiva sobre discriminación racial»).

4 — Primer considerando.

5 — Cuarto considerando, que cita la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «Convenio Europeo de Derechos Humanos») y el Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958.

6 — Adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

7 — Considerandos sexto y octavo.

y la ocupación, con el fin de que se aplique el principio de igualdad de trato.

7. El artículo 2, apartado 1, dispone: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.»

8. Conforme al artículo 2, apartado 2, letra a), «existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga […]». Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas *[inter alia]* de una edad […] respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios […]».

9. El artículo 3, apartado 1, establece que la Directiva se aplicará «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con […] c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de […] remuneración».

10. El artículo 6, apartado 1, aborda la justificación de las diferencias de trato por razones de edad:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.»

Las letras a) a c) dan ejemplos de estas diferencias de trato. Incluyen, en circunstancias determinadas, el establecimiento de condiciones especiales para trabajadores jóvenes y de mayor edad, de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo, y de una edad máxima para la contratación.

11. El artículo 6, apartado 2, permite a los Estados miembros, no obstante lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad la determinación de determinadas condiciones relacionadas con la edad para los regímenes profesionales de seguridad social y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

12. El artículo 18 estipula que los Estados miembros debían incorporar a su ordenamiento jurídico interno las disposiciones de la Directiva 2000/78 a más tardar el 2 de diciembre de 2003. Sin embargo, se permitía a los Estados miembros ampliar este plazo en tres años respecto de las disposiciones de la Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y de discapacidad. Alemania ejercitó tal opción y, en consecuencia, tuvo de plazo hasta el 2 de diciembre de 2006 para adaptar su Derecho nacional a estas disposiciones.

Reglamento impugnado [8]

13. La demandada en el asunto principal gestiona el plan de pensiones del sistema de empleo de Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (en lo sucesivo, «BSH»). [9] El artículo 6 del reglamento del plan de pensiones (en lo sucesivo, «reglamento») establece las normas que rigen las pensiones de jubilación. El artículo 6, apartado 4, dispone que se abonará una pensión al viudo o a la viuda de un empleado o empleada que fallezca estando vigente su relación laboral si se cumplen determinados requisitos. Sin embargo, no se realizarán pagos si «el cónyuge supérstite es más de 15 años más joven que el antiguo empleado […]» (en lo sucesivo, «cláusula de diferencia de edad»).

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

14. La Sra. Bartsch, demandante en el asunto principal, nació en 1965. Es viuda del Sr. Bartsch, que nació en 1944 y falleció en 2004 cuando era empleado de BSH. Con la excepción de la cláusula de diferencia de edad, se cumplían los requisitos previstos en el artículo 6, apartado 4, del reglamento para que la Sra. Bartsch recibiese una pensión de viudedad.

15. La Sra. Bartsch solicitó infructuosamente una pensión a BSH. La demanda que inter-

8 — Reglamento de Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH de 1 de enero de 1984, en su versión de 1 de abril de 1992.

9 — En estas conclusiones utilizo la abreviatura «BSH» para referirme tanto a la demandada en el asunto principal (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) como a la empresa Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

puso ante el Arbeitsgericht (Tribunal laboral) fue desestimada y el Landesarbeitsgericht (Tribunal laboral regional) desestimó su recurso de apelación.

16. En su recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Bartsch sostuvo, entre otras alegaciones, que la cláusula de diferencia de edad vulneraba el principio de igualdad de trato y, en consecuencia, era inválida.

17. El órgano jurisdiccional remitente considera que la pretensión de la Sra. Bartsch no puede prosperar con arreglo al Derecho nacional. En particular, aunque el Derecho laboral alemán incorpora el principio general de igualdad de trato, la cláusula de diferencia de edad se basa en un motivo justificado, a saber, limitar los riesgos cubiertos por un plan de pensiones voluntario, y su objetivo es que estos riesgos sean más fácilmente cuantificables. [10] Estas consideraciones están estrechamente relacionadas con la cláusula de diferencia de edad.

18. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si las salvedades al principio general de igualdad de trato que establece el Derecho laboral alemán pueden subsistir a la luz del principio de no discriminación por razón de edad reconocido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold.

19. El órgano jurisdiccional remitente no tiene claro si, sobre la base de la sentencia Mangold, el principio general que prohíbe la discriminación por razón de edad es aplicable a todas las situaciones, con independencia de que tengan conexión con el Derecho comunitario. De no ser el caso, el órgano jurisdiccional remitente solicita una aclaración respecto a si tal conexión tiene su origen en el artículo 13 CE o en la Directiva 2000/78, a pesar de que los acontecimientos que condujeron a la remisión prejudicial ocurrieron antes de expirar el plazo para adaptar el Derecho interno a esta Directiva. [11]

20. El órgano jurisdiccional remitente señala que, puesto que la sentencia Mangold se dictó en un procedimiento entre particulares, podría parecer que el principio es aplicable «de forma horizontal» a tales litigios. Sin embargo, el asunto Mangold se refería a una legislación nacional que establecía una excepción a la prohibición de discriminación por razón de edad. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si el principio se aplica de forma horizontal sólo respecto de estas excepciones.

10 — En el punto 107 de las presentes conclusiones, ofrezco una ligera reinterpretación de la justificación sugerida por el órgano jurisdiccional remitente.

11 — Reformularé esta pregunta en el punto 27.

21. Si el principio es aplicable, el órgano jurisdiccional remitente considera que se aplica al empleado fallecido, no al supérstite. Cree que la cláusula de diferencia de edad podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de edad, basándose en que la probabilidad de que un empleado o empleada se vean afectados aumenta con su edad. Si éste es el caso, el órgano jurisdiccional considera que las justificaciones para tal cláusula existentes en Derecho alemán son también válidas a la luz el Derecho comunitario.

22. Por último, a la vista de la naturaleza de los planes de pensiones del sistema de empleo y del principio de protección de la confianza legítima, el órgano jurisdiccional remitente se plantea dudas respecto de hasta qué punto el principio de prohibición de discriminación por razón de edad debe tener efecto retroactivo.

23. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia:

«1. a) ¿Establece el Derecho comunitario primario una prohibición de discriminación por razón de edad cuya protección deban garantizar los órganos judiciales de los Estados miembros aun cuando el posible trato discriminatorio no tenga ninguna conexión con el Derecho comunitario?

b) En caso de respuesta negativa a la letra a), ¿resulta tal conexión con el Derecho comunitario del artículo 13 CE o de la [Directiva 2000/78], incluso antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva?

2. Si de la respuesta a la primera pregunta se desprende que el Derecho comunitario establece tal prohibición de discriminación, ¿es ésta aplicable también entre los empresarios privados, por un lado, y sus empleados o perceptores de una pensión del sistema de empleo y los causahabientes de éstos, por otro?

3. En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta:

a) ¿Entra en el ámbito de la prohibición de discriminación por razón de edad una disposición de un plan de pensiones del sistema de empleo que disponga que no tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supérstite que sea más de 15 años más joven que el empleado fallecido?

b) En caso de respuesta afirmativa a la tercera pregunta, letra a), ¿puede una disposición de este tipo encontrar justificación en el interés del empresario en limitar los riesgos inherentes al plan de pensiones del sistema de empleo?

c) En caso de respuesta negativa a la tercera pregunta, letra b), ¿la eventual prohibición de discriminación por razón de edad en el ámbito del Derecho aplicable a los planes de pensiones del sistema de empleo tiene efectos retroactivos ilimitados, o bien su aplicación retroactiva está limitada y, de ser así, de qué forma?»

24. BSH, Alemania, el Reino Unido y la Comisión han presentado observaciones escritas. Estas partes y los Países Bajos formularon alegaciones orales en la vista de 10 de octubre de 2007.

25. A petición del Reino Unido, el asunto fue atribuido a la Gran Sala.

Primera cuestión

26. La primera cuestión, letra a), plantea esencialmente si el Derecho comunitario contiene una prohibición de discriminación por razón de edad aplicable aunque el trato supuestamente discriminatorio no tenga conexión con el Derecho comunitario.

27. Parece útil contestar a la cuestión de forma más amplia y en tres etapas. En primer lugar, ¿existe un principio general de Derecho comunitario que prohíba específicamente la discriminación por razón de edad? En segundo lugar, si existe, ¿puede aplicarse aunque la situación que da lugar a la remisión no entre en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario [primera cuestión, letra a)]? En tercer lugar, ¿entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario la situación que dio lugar a la remisión [primera cuestión, letra b)]?

Mangold y su progenie

28. La resolución de remisión deja claro que las preguntas del órgano jurisdiccional remitente se basan en la premisa, que tiene su origen en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Mangold, de que existe un principio general en el Derecho comunitario que prohíbe la discriminación por razón de edad.

29. El Reino Unido rechaza esta premisa. Alega que ni los instrumentos internacionales ni las tradiciones constitucionales de los Estados miembros ofrecen una base suficiente para el reconocimiento de tal principio. La intención evidente de los redactores del artículo 13 CE de permitir al legislador comunitario adoptar medidas para combatir, entre otras, la discriminación por razón de edad implica que tal principio no existe. De forma similar, BSH pone en duda la existencia de fuentes suficientes para fundamentar un principio general que prohíba la discriminación por razón de edad. Alemania alega que tal principio general haría superflua la adopción y aplicación de la Directiva 2000/78. En la vista, los Países Bajos apoyaron las observaciones escritas de Alemania y del Reino Unido.

30. En la sentencia Mangold, el Tribunal de Justicia señaló que la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, sino que establece un marco general para luchar contra la discriminación por los motivos cubiertos por la Directiva, «mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». [12] El Tribunal de Justicia continuó:

«75 Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. Cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, como sucede con [la disposición nacional de que se trata], en su condición de medida de aplicación de la Directiva 1999/70/CE[13] […], el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con tal principio […]

12 — Apartado 74.

13 — Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43).

76 Consiguientemente, el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad [...]

77 En estas circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias [...]

78 [...] Corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de la edad dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional contrarias, incluso aunque no haya expirado todavía el plazo de adaptación del Derecho interno a [la Directiva 2000/78].»

31. La sentencia Mangold suscitó cierta crítica por parte de la doctrina. El objeto general de crítica es que el Tribunal de Justicia (por su propia voluntad, sin una buena razón y contra los deseos del legislador) amplió el ámbito de aplicación de una Directiva [14] para atribuirle efectos antes de finalizar el período transitorio y en circunstancias horizontales, al hacer una referencia innovadora a un principio general de Derecho comunitario. [15] En consecuencia, una serie de autores han expresado su opinión de que el Tribunal de Justicia vulneró la finalidad del efecto directo. [16] Además, la sentencia es criticada por haber dado lugar a una situación de considerable inseguridad jurídica. [17]

32. Cuatro Abogados Generales han comentado también la sentencia Mangold.

14 — Véanse, por ejemplo, Cavallini, J.: «De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior», *La semaine juridique Social,* 2005, pp. 25 a 28; Dubos, O.: «La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?», *La Semaine juridique,* 2006, pp. 1295 a 1297; LeClerc, O.: «Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire», *Recueil Dalloz,* 2006, pp. 557 a 561; Nicolella, M.: «Une application anticipée des directives non transposées?», *Gazette du palais,* 2006, p. 22; Dubout, E.: «Mangold» en *Revue des affaires européennes,* 2005, pp. 723 a 733; Masson, A., y Micheau, C.: «The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy», *European Public Law,* 2007, pp. 587 a 593; Editorial Comments: *Common Market Law Review,* 2006, pp. 1 a 8.

15 — Véanse, por ejemplo, Riesenhuber, K.:«Case Note», *European Review of Contract Law,* 2007, p. 62; Swift, J.: «Pale, stale, male», *New Law Journal,* 2007, pp. 532 a 534; Editorial Comments, citado en la nota 14. Esto es apreciado positivamente desde la perspectiva de los derechos en Schiek, D.: «The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation», *Industrial Law Journal,* 2006, pp. 329 a 341.

16 — Véanse, por ejemplo, Cavallini, J., Dubos, O., y Editorial Comments, todos citados en la nota 14.

17 — Véanse, por ejemplo, Swift, J., Cavallini, J., Nicolella, M., Dubout, E., y Masson, A. y Micheau, C., citados en las notas 14 y 15; Martin, D: «L'arrêt Mangold — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?», *Journal des tribunaux du travail,* 2006, pp. 109 a 116.

33. En el asunto Chacón Navas, [18] el Abogado General Geelhoed señaló las repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas que podrían provocar reclamaciones de igualdad de trato basadas en la prohibición establecida en el artículo 13 CE. Según él, la interpretación de las medidas basadas en el artículo 13 CE no puede ampliarse al amparo de los términos «dentro de los límites de las competencias atribuidas [por este Tratado] a la Comunidad» de este artículo, y menos aun al amparo del principio general de igualdad. Tal interpretación afectaría a las decisiones adoptadas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que todavía conservan. Por lo tanto, abogó por una interpretación más restrictiva que la realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold.

34. En mis conclusiones presentadas en el asunto Lindorfer/Consejo, [19] sugerí que la prohibición de discriminación por razón de edad identificada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold era una expresión específica del principio general de igualdad ante la ley. En consecuencia, opiné que la mejor interpretación de la sentencia Mangold era que la discriminación por razón de edad ha estado siempre prohibida por el principio general de igualdad, y que la Directiva 2000/78 había creado un marco específico y detallado para abordar, entre otras, esa discriminación. Más adelante desarrollaré la interpretación sugerida.

35. El Abogado General Mazák formuló una amplia crítica de la sentencia Mangold en sus conclusiones presentadas en el asunto Palacios de la Villa. [20] Señaló que los instrumentos internacionales y las tradiciones constitucionales a los que hace referencia el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold consagran el principio general de igualdad de trato, pero que inferir de ello la existencia de una prohibición específica de discriminación por razón de la edad constituía una apuesta arriesgada y un paso significativo. Un principio general de igualdad implica *potencialmente* la prohibición de discriminación por cualquier motivo que pueda considerarse inaceptable, de forma que las prohibiciones específicas constituyen expresiones particulares de este principio general. Sin embargo, inferir del principio general de igualdad la existencia de una prohibición de discriminación por un motivo específico es cosa muy distinta y las razones para hacerlo no son en absoluto obvias. Además, ni el artículo 13 CE ni la Directiva 2000/78 reflejan necesariamente que ya se prevea una prohibición de todas las formas de discriminación a las que se refieren. Más bien al contrario, la intención que preside ambos casos es la de dejar al legislador comunitario y a los Estados miembros la tarea de tomar las medidas adecuadas a tal efecto. Esto es lo que el propio Tribunal de Justicia parece sugerir en la sentencia Grant, [21] en la que llegó a la conclusión de que el Derecho comunitario, en la fase de desarrollo en que se encontraba, no contemplaba la discriminación basada en la orientación sexual.

36. Más recientemente, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en sus conclusiones

18 — Sentencia de 11 de julio de 2006 (C-13/05, Rec. p. I-6467), en particular, puntos 46 a 56 de las conclusiones.

19 — Sentencia de 11 de septiembre de 2007 (C-227/04 P, Rec. p. I-6767), en particular, puntos 52 a 58 de las conclusiones.

20 — Sentencia de 16 de octubre de 2007 (C-411/05, Rec. p. I-8531), en particular, puntos 87 a 97 y 132 a 138 de las conclusiones.

21 — Sentencia de 17 de febrero de 1998 (C-249/96, Rec. p. I-621).

presentadas en el asunto Maruko [22] opinó que el «carácter esencial» del derecho a la no discriminación por la orientación sexual tiene una dimensión diferente de la asignada por el Tribunal de Justicia al principio de no discriminación por razón de edad en la sentencia Mangold.

37. En la actualidad, el Tribunal de Justicia ya ha dictado sentencia en estos cuatro asuntos. A pesar de los comentarios de sus Abogados Generales (o, posiblemente, a la luz de ellos), el Tribunal de Justicia no revisó —ni siquiera mencionó— la sentencia Mangold en relación con la existencia de un principio general de Derecho comunitario que prohíba la discriminación por razón de edad.

38. En el asunto Lindorfer/Consejo, el Tribunal de Justicia reabrió la fase oral y celebró una nueva vista en la que solicitó a las partes que expresasen su opinión, entre otras cuestiones, sobre el ámbito de aplicación del principio de prohibición de la discriminación por razón de edad en el cálculo de los valores actuariales al transferir al plan de pensiones de la Comunidad derechos adquiridos al amparo de planes de pensiones nacionales. Sin embargo, resolvió el asunto únicamente sobre la base de la discriminación por razón de sexo. Resulta menos sorprendente que el Tribunal de Justicia omitiese referirse a la discriminación por razón de edad en los asuntos Chacón Navas y Maruko, que versaban, respectivamente, sobre la discriminación por discapacidad y la discriminación por la orientación sexual.

39. El asunto Palacios de la Villa se refería específicamente a la discriminación por razón de edad. Aquí, el Tribunal de Justicia declaró, en primer lugar, que la legislación nacional controvertida (según la cual el hecho de que un trabajador hubiera alcanzado la edad de jubilación fijada por la legislación determinaba la finalización automática de su contrato de trabajo) establecía una diferencia de trato basada directamente en la edad. A continuación, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2000/78 era aplicable a los acontecimientos que dieron lugar al litigio ante el órgano jurisdiccional nacional, al haber expirado el plazo de adaptación del ordenamiento jurídico interno a la misma en el momento de los hechos. Por lo tanto, pudo resolver el asunto por referencia a la Directiva. El Tribunal de Justicia declaró que la medida estaba justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y aceptó que se trataba de un medio adecuado y necesario para alcanzar esta finalidad. El Tribunal de Justicia no mencionó ningún principio general que prohibiera la discriminación por razón de edad.

40. El enfoque del Tribunal de Justicia en la sentencia Palacios de la Villa, en la que

22 — Sentencia de 1 de abril de 2008 (C-267/06, Rec. p. I-1757), punto 78 de las conclusiones y notas a pie de página de este punto.

éste analiza la legislación nacional que establece explícitamente un tratamiento desfavorable por razones de edad a la luz de la Directiva 2000/78 y concluye que es aceptable, es muy diferente del enfoque en la sentencia Mangold, en la que el Tribunal de Justicia declaró que correspondía al órgano jurisdiccional nacional dejar sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional contrarias al principio general de no discriminación por razón de la edad.

41. En el presente asunto (como en el asunto Mangold) el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78 no había expirado en el momento de los hechos. En consecuencia, vuelve a plantearse potencialmente ante el Tribunal de Justicia la cuestión de si existe un principio específico de Derecho comunitario que prohíba la discriminación por razón de edad.

¿Existe en Derecho comunitario un principio que prohíba la discriminación por razón de edad?

42. El principio general de igualdad forma parte de los fundamentos de la Comunidad. [23] Se encuentran disposiciones sobre igualdad ante la ley en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. [24] Asimismo, en una serie de instrumentos internacionales aparecen declaraciones generales sobre igualdad de trato. [25] Concretamente, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 14 (que lleva por título «Prohibición de discriminación»), «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». [26] En consecuencia, el principio general de igualdad puede considerarse, verosímilmente, «el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación [enumeradas en el artículo 13 CE]» y su «fuente» se «encuentra […] en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». [27]

23 — Véase la sentencia de 3 de octubre de 2006, Cadman (C-17/05, Rec. p. I-9583), apartado 28. La frase se utiliza, con variantes de poca importancia, en toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, parece ser que a partir de la sentencia de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 7.

24 — Véase el Informe de la Comisión sobre las disposiciones legales de los Estados miembros para luchar contra la discriminación, disponible en Internet en http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 — Véase la nota 5 anterior.

26 — Como se desprende de la frase «reconocidos en el presente Convenio», el artículo 14 no es una disposición autónoma, sino que opera en conjunción con otros derechos sustantivos garantizados por el Convenio. Sin embargo, el Protocolo 12 sí contiene tal prohibición de discriminación autónoma (de los Estados miembros de la UE, sólo Chipre, Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos, Rumanía y España han ratificado el Protocolo). Debe señalarse que esta discriminación por razón de edad no está concretamente identificada en ninguna de esas largas (aunque no exhaustivas) listas.

27 — Todas ellas son citas de la sentencia Mangold, citada en la nota 2, apartado 74. La fórmula «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» se utiliza tradicionalmente como base para identificar un principio fundamental de Derecho comunitario (véase el artículo 6 UE, apartado 2, que codifica la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia).

43. Para encontrar los orígenes de una clara y específica prohibición de discriminación por razón de edad no hay que ir tan lejos. Tal como señalé en mis conclusiones en el asunto Lindorfer/Consejo, esa prohibición específica es, tanto por lo que se refiere al ámbito nacional como al internacional, demasiado reciente y desigual como para ajustarse a tal descripción. [28] Además, en 1999 la Comisión aún señalaba públicamente: «Existe muy poca legislación sobre discriminación por razón de edad en los Estados miembros.» [29]

44. Vale la pena detenerse para buscar las razones de ello. Una formulación clásica del principio de igualdad, como la de Aristóteles «trata igual los casos iguales» [30] deja abierta la cuestión fundamental de qué aspectos deberían considerarse pertinentes para la igualdad de trato y cuáles no. [31] Todo grupo de seres humanos se parece en algunos aspectos y se diferencia en otros. Por lo tanto, una máxima como la de Aristóteles es una norma vacía de contenido hasta que se determina qué diferencias son pertinentes a efectos del caso concreto. Por ejemplo, si criticamos una ley que prohíbe a los pelirrojos la entrada en los restaurantes por ser injusta, es porque nos basamos en la premisa de que, para poder comer en un restaurante, el color del pelo es irrelevante. Por lo tanto, resulta claro que los criterios sobre similitudes y diferencias pertinentes varían según el punto de vista moral fundamental de una persona o de una sociedad en concreto. [32]

45. Con una breve reflexión histórica queda demostrado que las declaraciones de «igualdad», una vez deconstruidas, a menudo han significado «igualdad de trato, en determinados aspectos, para los que forman parte del círculo de los elegidos» en lugar de «igualdad de trato en todos los aspectos importantes para absolutamente todos». En la Atenas de Pericles, los ciudadanos de la polis podían reclamar un derecho de igualdad de trato en relación con la justicia o la mejora civil; [33] pero el concepto de igualdad excluía la igualdad de trato con los ciudadanos en esos aspectos respecto de los metecos [34] o los

28 — Citado en la nota 19, punto 55, en relación con la sentencia Mangold, citada en la nota 2, apartado 74.

29 — Véase el Informe de la Comisión sobre las disposiciones legales de los Estados miembros para luchas contra la discriminación, citado en la nota 24, p. 70; véase además Sargeant, M. (ed.): *The Law on Age Discrimination in the EU* (2008).

30 — *Ética Nicomáquea,* V.3. 1131 a 10-b15; *Política,* III.9.1280 a 8-15, III. 12. 1282b18 a 23.

31 — Véase además Gosepath, S.: «Equality», en E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición otoño 2007), disponible en Internet en http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 — Véase Hart, H.L.A.: *The Concept of Law* (2ª ed., 1994), pp. 159 a 163.

33 — Véase el Discurso fúnebre de Pericles por los atenienses muertos durante el primer año de la (finalmente desastrosa) guerra contra Esparta: «Tenemos un régimen político que no se propone como modelo las leyes de los vecinos, sino que más bien es él modelo para otros. Y su nombre, como las cosas dependen no de una minoría, sino de la mayoría, es Democracia. A todo el mundo asiste, de acuerdo con nuestras leyes, la igualdad de derechos en los conflictos privados, mientras que para los honores, si se hace distinción en algún campo, no es la pertenencia a una categoría, sino el mérito lo que hace acceder a ellos; a la inversa, la pobreza no tiene como efecto que un hombre, siendo capaz de rendir servicio al Estado, se vea impedido de hacerlo por la oscuridad de su condición. Gobernamos liberalmente lo relativo a la comunidad, y respecto a la suspicacia recíproca referente a las cuestiones de cada día, ni sentimos envidia del vecino si hace algo por placer, ni añadimos nuevas molestias, que aun no siendo penosas son lamentables de ver. Y al tratar los asuntos privados sin molestarnos, tampoco transgredimos los asuntos públicos, más que nada por miedo, y por obediencia a los que en cada ocasión desempeñan cargos públicos y a las leyes, y de entre ellas sobre todo a las que están dadas en pro de los injustamente tratados, y a cuantas por ser leyes no escritas comportan una vergüenza reconocida» (Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso,* Libro II, XXXV a XLVI, en particular XXXVII).

34 — Extranjero residente, que gozaba de algunos, pero no todos, los privilegios de ciudadanía.

esclavos. La igualdad en Esparta —un modelo bastante diferente— excluía de modo parecido a los hilotas y a los esclavos. [35] Ambas (naturalmente) excluían a las mujeres. Más cerca de nuestra época, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América puede haber proclamado que «todos los hombres son creados iguales», [36] pero fue precisa la Guerra Civil y un largo período posterior para que la igualdad de trato comenzara verdaderamente a incluir a los descendientes de los esclavos negros. [37] La discriminación por motivos religiosos se consideraba perfectamente natural —es más, de inspiración divina— durante gran parte de la historia de Europa y de la cuenca mediterránea.

46. En pocas palabras, las respuestas a las preguntas «¿quién está amparado por el principio de igualdad de trato?» y «¿qué aspectos de la vida económica, social, política, civil y personal abarca este principio?» no son inmutables. Evolucionan con la sociedad. Al hacerlo, la ley refleja el cambio empezando por declarar explícitamente que determinadas formas de trato discriminatorio, anteriormente desapercibidas o (de ser percibidas) toleradas, ya no se tolerarán. Estos cambios legales son una ampliación —una nueva y más avanzada expresión— del principio general de igualdad.

47. En la sentencia Marshall I [38] se sugiere que, en sus inicios, el Derecho comunitario no consideraba la edad como un motivo obvio que pudiera dar pie a diferencias. En este asunto, se planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de la edad como motivo para terminar la relación laboral. Éste respondió declarando que determinadas disposiciones de la Directiva 76/207/CEE que garantizan la igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto de las condiciones de trabajo podían tener efecto directo y que, así como la Directiva *no* tenía efecto directo «horizontal», la Sra. Marshall podía invocarla «de forma vertical» porque su empleador, la autoridad sanitaria demandada, era una institución del Estado. Esta conocida sentencia parece indicar que, en 1986, establecer una diferencia basada en la edad (y no en el sexo) se consideraba obviamente pertinente a efectos de la terminación de una relación laboral y, en consecuencia, aceptable al amparo del principio general de igualdad en Derecho comunitario. Si esto no hubiera sido así, probablemente la Sra. Marshall hubiera invo-

35 — Clase de siervos en la antigua Esparta, con un estatus intermedio entre los esclavos ordinarios y los ciudadanos espartanos libres.

36 — «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]» (Declaración de Independencia, 4 de julio de 1776).

37 — La Corte Suprema de los Estados Unidos desempeñó un importante papel en el proceso que estableció el principio de que la discriminación racial era inaceptable. Véase, por ejemplo, la sentencia *Brown* v *Board of Education of Topeka,* 349 U.S. 294 (1954), en la que la Corte Suprema dio un vuelco a su sentencia anterior, dictada en el asunto *Plessy* v *Ferguson,* 163 U.S. 537 (1896), en la que había declarado la constitucionalidad de los servicios «separados pero iguales», incluidas las escuelas, «para las razas blanca y de color». En este asunto, sólo discrepó el Juez John Marshall Harlan al declarar que «la Constitución no distingue colores y no conoce ni tolera clases entre sus ciudadanos».

38 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, Rec. p. 723).

cado la prohibición de discriminación por referencia a la edad para apoyar su alegación principal.

48. Una vez que emerge el posible (nuevo) ámbito de aplicación del principio, el siguiente paso natural es definirlo de forma más precisa y establecer normas para luchar contra la discriminación que se ha identificado. [39]

49. Es cierto que en determinadas situaciones (en que la discriminación por razón de edad es obvia, burda o arbitraria) se podría aplicar el principio de igualdad de trato con independencia de la edad en versión pura y dura. Sin embargo, cuando la situación es más compleja y la línea divisoria entre la diferencia justificable y la discriminación injustificable es menos evidente, se impone necesariamente la elaboración de definiciones adecuadas para luchar eficazmente contra la discriminación. El artículo 13 CE establece la base legal de la acción legislativa a nivel comunitario para «luchar contra» diversas formas de desigualdad de trato inaceptable, entre otras, la discriminación por razón de edad. De este modo habilita al legislador comunitario tanto para definir *(inter alia)* la discriminación por razón de edad de forma más precisa como para establecer normas destinadas a eliminarla.

50. Por este motivo, están radicalmente equivocadas las alegaciones en el sentido de que si ya existiera un principio que prohibiese la discriminación por razón de edad, el artículo 13 CE o la Directiva 2000/78 hubieran sido innecesarios. Es precisamente *porque* se ha reconocido que el principio general de igualdad incluye la igualdad de trato con independencia de la edad por lo que una disposición legislativa habilitadora como el artículo 13 CE *se hace* necesaria y es correctamente utilizada como base para una intervención legislativa detallada.

51. El reverso de esta moneda es que no podían existir prohibiciones específicas *detalladas* sobre «discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» en el momento en que el artículo 13 CE se incorporó al Tratado CE. En efecto, si hubieran existido, el artículo 13 CE hubiera corrido el riesgo de ser una disposi-

39 — Véase Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously* (1977), pp. 22 a 28, que define la diferencia entre normas y principios en función de su carácter teleológico. Un principio enuncia una lógica que orienta la argumentación en una dirección, pero no necesita de una decisión particular. Una norma establece las consecuencias que se producen automáticamente cuando se cumplen las condiciones previstas. A la inversa, las normas carecen del peso que tienen los principios: si dos normas entran en conflicto, una debe ser inaplicable o inválida, mientras que dos principios en conflicto pueden ser ponderados.

ción redundante. [40] Aun menos podían haber surgido armadas de pies a cabeza, como Atenea de la cabeza de Zeus, en aquel preciso momento.

52. El análisis que aquí expongo se apoya examinando más detenidamente la disposición habilitadora contenida en el artículo 13 CE.

53. En primer lugar, el artículo 13 CE dice que opera «sin perjuicio de las demás disposiciones del […] Tratado» (y, en consecuencia, *a fortiori,* de los principios generales que subyacen en el Derecho comunitario). Su uso como base legal de medidas detalladas para luchar, entre otras, contra la discriminación por razón de edad no supone un menoscabo del principio general de igualdad. Por el contrario, permite que se desarrollen de manera más eficaz manifestaciones específicas de ese principio general.

54. En segundo lugar, el artículo 13 CE faculta al Consejo (por unanimidad), previa consulta al Parlamento Europeo, para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por» varios motivos específicos. Él mismo no define esos tipos de discriminación. Parte de la base de que, desgraciadamente, existen y se deben combatir (enérgicamente). Siguiendo el ejemplo del artículo 13 CE, la Directiva 2000/78 también parte de que existen ciertas formas de discriminación, A continuación —haciendo referencia no a específicas prohibiciones existentes de tales formas de discriminación, sino más bien (en términos generales) a la necesidad de respetar los derechos fundamentales— define lo que el principio de igualdad de trato significa en determinados contextos, como premisa necesaria para garantizar que se respete el principio.

55. En tercer lugar, el legislador comunitario ha actuado sobre la base de que las Directivas adoptadas al amparo del artículo 13 CE no se limitan a facilitar la aplicación de las prohibiciones de discriminación por los motivos enumerados en ese artículo del Tratado. También definen el ámbito de aplicación específico de estas prohibiciones en determinados contextos. [41] Yo no veo que

40 — Cabe pensar que el Consejo ya habría podido adoptar una acción más detallada para luchar contra formas específicas de discriminación con arreglo al artículo 308 CE (anteriormente artículo 235 de Tratado CE) leído en relación con el artículo 2 CE. Está claro que los Estados miembros pensaron que era necesaria una base legal específica en el Tratado para tal acción y la procuraron en forma del artículo 13 CE.

41 — A efectos de comparación, véase la Directiva sobre discriminación racial, especialmente los artículos 2 («Concepto de discriminación») y 3 («Ámbito de aplicación»).

esto mine la tesis de que el principio básico (que debería prohibirse la discriminación por razón de edad) ya existía. Por el contrario, me parece que —como cuestión de utilidad jurídica— sólo es posible luchar eficazmente contra un mal que ha sido cuidadosa y específicamente definido.

56. Esto es así, en esencia, porque la diferencia entre un trato diferenciado (aceptable) y una discriminación (inaceptable)[42] no reside en si se trata a las personas de manera diferente, sino en si la sociedad acepta como *justificables* los criterios cuya aplicación resulta en un trato diferente o si, por el contrario, se consideran arbitrarios.[43] Para abordar este asunto será precisa una legislación detallada, con objeto de calificar de aceptable o inaceptable la aplicación de criterios particulares en circunstancias particulares y para dotar a esta calificación de un efecto jurídico vinculante.

57. Por lo tanto, estoy de acuerdo con el Tribunal de Justicia, en la sentencia Mangold, en que los orígenes del principio —esto es, del *concepto* de que actualmente es inaceptable discriminar por alguno de los motivos enumerados en el artículo 13 CE— no se encuentran ni en la Directiva 2000/78 como Directiva de aplicación, ni por supuesto en el artículo 13 CE como tal. Deben encontrarse en un momento y en un lugar anterior.[44]

58. En mis conclusiones en el asunto Lindorfer/Consejo,[45] sugerí que la discriminación por razón de edad siempre había estado prohibida por el principio general de igualdad que forma parte del Derecho comunitario. Me parece que, desde sus inicios, el Derecho comunitario hubiera prohibido determinadas diferencias basadas en la edad. Supongamos que, en (digamos) 1960, un Estado miembro hubiera permitido la libre circulación de trabajadores de otros Estados miembros excepto para aquéllos que tuvieran entre 28 y 29 años y entre 52 y 53. Tal (improbable) disposición seguramente hubiera chocado con el principio general de igualdad de trato que siempre ha formado parte del Derecho comunitario. Establecer diferencias entre trabajadores en función de

42 — Respecto de esta distinción terminológica, véase Bossuyt, M.: *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme* (1976), pp. 7 a 27.

43 — Así (por ejemplo) el principio detrás del racionamiento es aplicar criterios específicos para diferenciar entre potenciales beneficiarios y, de esta forma, repartir recursos escasos. Se aceptan los criterios que se consideren justificables; se lucha contra otros por arbitrarios o injustos. Pero lo que es justificable se determina por la opinión de la sociedad en ese momento y en ese lugar concretos. Véanse, además, las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 31 de enero de 2008 en el asunto Coleman (C-303/06, aún no publicadas en la Recopilación), punto 16, y mis conclusiones de 24 de abril de 2008 en el asunto Grunkin y Paul (C-353/06, aún no publicadas en la Recopilación), puntos 62 y 71, y, en relación con el elemento de arbitrariedad en la discriminación, véase Bossuyt, citado en la nota 42, pp. 37 a 39 y 97 a 128.

44 — La transición de un concepto a una total aplicación es, pienso, más una evolución que el resultado de algún tipo de «big bang». Por ejemplo, sería difícil señalar el momento exacto entre (digamos) 1780 y 1807 en que, gracias al trabajo de reformistas como Peter Peckard, Thomas Clarkson y William Wilberforce, surgió el principio que encontró su expresión concreta en «An Act for the Abolition of the Slave Trade» (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 — Citado en la nota 19.

esas dos franjas de edad se hubiera considerado arbitrario e injustificable. Lo que ha ocurrido desde entonces es que la percepción de la sociedad de formas más sutiles de trato diferenciado por razón de edad ha evolucionado de una aceptación irreflexiva a un examen específico.

59. En consecuencia, por los motivos que he expuesto, me parece que debe interpretarse que en la sentencia Mangold se establece que la discriminación por razón de edad es una manifestación específica de una discriminación que está prohibida por el principio general de igualdad de trato, principio asentado del Derecho comunitario y que, por supuesto, es muy anterior al artículo 13 CE y a la Directiva 2000/78. A su vez, el artículo 13 CE cumple su función al reconocer explícitamente determinados (nuevos) tipos específicos de discriminación y al facultar al legislador comunitario para actuar con objeto de luchar contra ellos en determinadas formas y determinados contextos.

60. Tal lectura también concuerda con la función y la sistemática de la Directiva 2000/78.

61. En primer lugar, esta Directiva aborda de forma específica la cuestión de la lucha contra la discriminación por razón, entre otros motivos, de la edad en el empleo y la ocupación. [46] Es cierto que la discriminación por razón de edad puede aparecer en otros contextos, pero éstos no son objeto (de momento) de una directiva de desarrollo basada en el artículo 13 CE.

62. En segundo lugar, es indudable que los Estados miembros preveían que, una vez que hubiera transcurrido el plazo para la adaptación de los ordenamientos jurídicos internos a la Directiva, la igualdad de trato *tal como resulta de la Directiva* se aplicaría «horizontalmente» a «todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos». [47]

63. En tercer lugar, aunque la Directiva define lo que debe significar el principio de igualdad de trato en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación [48] y también define la discriminación directa e indirecta, [49] prevé claramente que las diferencias por razón de edad en el contexto del empleo y la ocupación

46 — Véanse el título, la exposición de motivos y el artículo 1.

47 — Artículo 3, apartado 1.

48 — Artículo 2, apartado 1.

49 — En el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), respectivamente. La formulación de estas disposiciones está inspirada en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre discriminación por razón de sexo.

no siempre constituyen una discriminación ilegal. Así, distingue entre «diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y [...] la discriminación [que debe prohibirse]». [50] En consecuencia, con enorme trascendencia, establece una serie de reglas específicas que determinan los parámetros para determinar qué diferencia de trato por razón (entre otras) de edad es aceptable (y por qué).

64. La tesis de que se buscaba un enfoque matizado a la discriminación por razón de edad queda reforzada, además, por la decisión del legislador comunitario de escoger una directiva como medida de desarrollo del artículo 13 CE. La legislación a través de un reglamento tiene como consecuencia que la norma comunitaria es «[obligatoria] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». [51] Por el contrario, una directiva «[obliga] al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». [52] Esta medida, por su propia naturaleza, permite un mayor grado de flexibilidad a cada Estado miembro.

65. Por lo tanto, en lo que sigue defenderé que el principio general de igualdad opera en determinadas circunstancias para prohibir la discriminación por razón de edad, pero que, *ab initio,* no existía un principio autónomo y pormenorizado del Derecho comunitario que prohibiera desde siempre la discriminación por razón de edad. No obstante, señalaré cómo enfocaría cada una de las cuestiones prejudiciales si este análisis se considerara erróneo.

¿Puede aplicarse (cualquier) principio general de Derecho comunitario aunque la situación que da lugar a la remisión prejudicial no entre en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario?

66. Esta cuestión puede resolverse de forma bastante rápida. Todas las observaciones presentadas [53] coinciden en que

50 — Vigésimo quinto considerando y las detalladas disposiciones sustantivas del artículo 6, apartado 1.

51 — Artículo 249 CE.

52 — *Ibidem.* Véase el énfasis dado por el Tribunal de Justicia a tal diferencia en la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartados 22 a 24, al negarse a declarar que una Directiva también puede tener efecto horizontal directo (por consiguiente, rechazando las sugerencias realizadas por tres Abogados Generales: el Abogado General Van Gerven, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367); el Abogado General Jacobs, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 3 de marzo de 1994, Vaneetveld (C-316/93, Rec. p. I-763), y el Abogado General Lenz, en el propio asunto Faccini Dori).

53 — La Sra. Bartsch no formuló observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia y no estuvo representada en la vista.

la respuesta es negativa. En particular, el Tribunal de Justicia puede interpretar un principio general de Derecho comunitario en el contexto de una remisión prejudicial sólo cuando la situación que da lugar a la remisión entra en el ámbito del Derecho comunitario. [54]

¿Entra la situación del litigio principal en el ámbito del Derecho comunitario?

67. BSH, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido afirman que ni el artículo 13 CE ni la Directiva 2000/78, antes del vencimiento del plazo de adaptación de los Derechos internos a la misma, pueden atraer la situación que dio lugar al litigio principal al ámbito de aplicación del Derecho comunitario. El artículo 13 CE no es más que una disposición de habilitación que carece de efecto directo. Si fuera capaz de facilitar la conexión necesaria, él mismo prohibiría directamente la discriminación por razón de edad, lo que estaría en contradicción con sus términos expresos. En cuanto a la Directiva 2000/78, el plazo de adaptación de los Derechos internos a la misma y, por supuesto, la propia naturaleza de una directiva implican que no pueda facilitar una conexión con el Derecho comunitario antes de expirar este plazo. Los efectos de una directiva durante el plazo de adaptación de los ordenamientos jurídicos internos a la misma se limitan a impedir que el Estado miembro adopte medidas incompatibles. [55] Sin embargo, la directiva no amplía el ámbito de aplicación del Derecho comunitario durante ese período. Tal efecto vulneraría la decisión del legislador. Por último, al contrario que las normas nacionales controvertidas en el asunto Mangold, la cláusula de diferencia de edad de que se trata en el presente asunto no incorporaba al Derecho interno una disposición comunitaria, y tampoco se adoptó durante el plazo para la adaptación de ese Derecho a la Directiva 2000/78.

68. La Comisión opina lo contrario. Señala que el Tribunal de Justicia ha interpretado el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de forma muy amplia en situaciones relativas a la discriminación por motivos de nacionalidad respecto de las libertades del Tratado, aunque acepta que el presente asunto no tiene relación ni con esas libertades ni con este tipo de discriminación. La Comisión considera que el hecho de que el artículo 13 CE sea una disposición habilitadora no impide que proporcione la conexión necesaria con el Derecho comunitario. En la

54 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365), apartados 27 y 30, y de 29 de mayo de 1997, Kremzow (C-299/95, Rec. p. I-2629), apartado 15. Respecto del principio general de igualdad y no discriminación, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartados 30 y 32, y Chacón Navas, citada en la nota 18, apartado 56. Véase también la sentencia Mangold, citada en la nota 2, apartado 75.

55 — En la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec. p. I-7411), el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 10 CE, apartado 2, y 249 CE, apartado 3, exigen que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros se abstengan de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (apartado 45) [véanse, por analogía, la sentencia de 14 de septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05, Rec. p. I-8339), apartado 42 y los puntos 60 a 63 de mis conclusiones en ese asunto]. Por otra parte, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los órganos jurisdiccionales deben abstenerse *en la medida de lo posible* de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta. Sin embargo, esta obligación está limitada por los principios generales del Derecho, especialmente los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem:* sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartados 119 a 123.

sentencia Saldanha y MTS [56] el Tribunal de Justicia declaró que una disposición habilitadora del Tratado [57] hacía que una norma nacional entrase en el ámbito de aplicación del Tratado. [58]

69. Debo comenzar por observar que los principios generales del Derecho comunitario, aunque fundamentales para el adecuado funcionamiento de este Derecho, no operan en abstracto. [59] Concretamente, las medidas nacionales sólo pueden ser examinadas sobre la base de su conformidad con dichos principios si entran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. [60] Para que éste sea el caso, la disposición de Derecho nacional [61] de que se trate debe, en general, entrar en una de las tres categorías. Debe adaptar el ordenamiento jurídico interno al Derecho comunitario (con independencia del grado de discrecionalidad de que disponga el Estado miembro y de si la medida nacional va más allá de lo estrictamente necesario para esta adaptación). [62] Debe invocar algún tipo de excepción permitida con arreglo al Derecho comunitario. [63] O bien debe entrar dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario porque alguna norma sustantiva específica del Derecho comunitario es aplicable a la situación. [64]

70. Las normas nacionales controvertidas en el asunto Mangold eran medidas de Derecho público adoptadas específicamente por el Estado miembro en cuestión (Alemania) para cumplir una obligación de Derecho comunitario (la adaptación de su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 1999/70). El plazo para la adaptación de esa Directiva había expirado hacía mucho tiempo. Por lo tanto, existía un marco de Derecho comunitario de normas pertinentes —la Directiva 1999/70 y la adaptación del Derecho nacional a la misma— al que podía aplicarse el principio general de igualdad de trato (incluida la igualdad de trato con independencia de la edad).

56 — Sentencia de 2 de octubre de 1997 (C-122/96, Rec. p. I-5325), apartado 23.

57 — El artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 44 CE, apartado 2, letra g)].

58 — La Comisión no formula tales alegaciones respecto de la Directiva 2000/78.

59 — Véanse, además, Tridimas, T: *The General Principles of EU Law* (2ª ed., 2006), pp. 36 a 42, y Temple Lang, J.: «The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles», *Legal Issues of European Integration*, 1991, pp. 23 a 35.

60 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de septiembre de 1987, Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd (12/86, Rec. p. 3719), apartado 28; y Kremzow, citada en la nota 54, apartados 15 a 19.

61 — Por «disposición de Derecho nacional» quiero decir una norma de Derecho público o (si la norma pertinente de Derecho público se limita a transferir facultades normativas a una institución casi pública o privada) una norma que procede esencialmente del Derecho público y cuya elección social y política puede suponerse razonablemente que refleja la orientación fijada por las autoridades públicas del Estado miembro (véase el cuidadoso criterio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 22, que se aplica cuando se considera que un organismo forma parte del «Estado» en lo que se refiere al efecto vertical directo).

62 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 27 de septiembre de 1979, Eridania (230/78, Rec. p. 2749), apartado 31; de 18 de febrero de 1982, Franken (77/81, Rec. p. 681), apartados 22 a 28; de 25 de noviembre de 1986, Klensch (201/85 y 202/85, Rec. p. 3477), apartados 10 y 11; de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609), apartados 17 a 22, y de 10 de julio de 2003, Booker Aquaculture (C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411), apartados 88 a 93.

63 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartados 41 a 45, y de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartado 24.

64 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 25 de marzo de 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025), apartados 48 a 53 (obstáculo potencial al comercio intracomunitario); de 5 de mayo de 1981, Comisión/Reino Unido (804/79, Rec. p. 1045), apartados 23 a 30 (actuación de los Estados miembros como gestores de la Comunidad en un ámbito reservado a la competencia exclusiva de la Comunidad); de 18 de diciembre de 1997, Molenheide y otros, (C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96, Rec. p. I-7281), apartados 45 a 48 (medidas adoptadas por un Estado miembro en el ejercicio de sus competencias relativas al IVA).

71. Desde este punto de vista, los apartados clave de la sentencia Mangold del Tribunal de Justicia son bastante más fáciles de comprender. Tras identificar que el principio general de igualdad incluye una prohibición de discriminación por razón de edad, [65] el Tribunal de Justicia recordó, en primer lugar, su deber de «proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de [una] normativa [nacional] con tal principio» cuando «[esa] normativa nacional está comprendida en [el] ámbito de aplicación [del Derecho comunitario]». [66] La normativa nacional de que se trataba era una «medida de aplicación de la Directiva 1999/70». [67] En consecuencia, entraba en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y el principio general de igualdad —en este caso, prohibiendo la discriminación (arbitraria) por razón de edad— podía aplicarse a sus disposiciones.

72. Puesto que los principios generales son fundamentales para todo el sistema de Derecho comunitario, dedujo que «el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no [podía], por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a [la Directiva 2000/78]». [68] La Directiva 2000/78 estaba simplemente «destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad». [69] Sin embargo, en el contexto particular del asunto Mangold, el principio general podía aplicarse, sin más elaboraciones, a la normativa nacional de adaptación de la Directiva 1999/70. Por lo tanto, correspondía al órgano jurisdiccional nacional aplicar el principio fundamental al asunto del que conocía y, si fuera necesario, dejar sin aplicación una normativa para garantizar una protección efectiva. [70]

73. En el presente asunto, *no* existe una norma sustantiva concreta y pertinente de Derecho comunitario que rija la situación a la que puede aplicarse el principio general de igualdad. Al contrario que en el asunto Mangold, no existen normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico nacional a una directiva cuyo plazo de transposición ya haya expirado. No existe una disposición del Tratado u otra norma comunitaria derivada pertinente. Sólo están el artículo 13 CE [71] (que es una disposición habilitadora que carece de efecto directo) y la Directiva 2000/78 (respecto de la cual, en el momento de los

65 — Apartado 74.

66 — Ambas citas del apartado 75.

67 — *Ibidem.*

68 — Apartado 76.

69 — *Ibidem.*

70 — Apartados 77 y 78. La regla de la protección efectiva aquí invocada tiene su origen en la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629) y fue confirmada en la sentencia de 19 de junio de 1990, Factortame (C-213/89, Rec. p. I-2433).

71 — Al contrario de lo que afirma la Comisión, la situación en el presente asunto difiere de la del asunto Saldanha y MTS, citado en la nota 56. En ese asunto, el Tribunal de Justicia declaró que las normas que, en materia del Derecho de sociedades, persiguen la protección de los intereses de los socios están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Tratado y, por lo tanto, están sujetas a la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. Esto era así porque el artículo 44 CE, apartado 2, letra g), «atribuye al Consejo y a la Comisión, competencia para coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo [48 CE], para proteger tanto los intereses de socios como los de terceros» (apartado 23). Esta afirmación debe leerse en el contexto de todo un capítulo del Tratado CE sobre libertad de establecimiento (título III, capítulo 2), y, en el momento en que se dictó la sentencia Saldanha y MTS (1997), de un amplio marco legislativo de Directivas: véanse en general Edwards, V.: *EC Company Law* (1999) y, en particular, respecto del ámbito de aplicación del artículo 44 CE, apartado 2, letra g), pp. 5 a 9. La situación era claramente diferente de la del presente asunto.

hechos, el plazo de adaptación del Derecho interno todavía no había expirado y, en consecuencia, debe descartarse).

74. En estas circunstancias, no es posible apoyarse en el principio general de igualdad para *crear* una norma sustantiva de Derecho comunitario aplicable ni para *determinar* cómo debería aplicarse tal norma sustantiva.

75. Por lo tanto, considero que no puede utilizarse ninguna norma específica de Derecho comunitario como base para aplicar el principio general de igualdad a la situación que dio lugar a la remisión. Yo contestaría a la primera cuestión, letra b), en este sentido.

76. Mi análisis de esta cuestión sería el mismo si, al contrario de lo que he señalado anteriormente, existiera un principio específico de Derecho comunitario que prohibiera la discriminación por razón de la edad (en lugar de un principio general de igualdad de trato que incluye la igualdad de trato con independencia de la edad).

77. Desde mi punto de vista, el análisis que he expuesto basta para responder al órgano jurisdiccional nacional. En consecuencia, en el resto de estas conclusiones, examinaré las cuestiones 2 y 3 con carácter subsidiario (por si acaso el Tribunal de Justicia llega a una conclusión distinta sobre la primera cuestión).

Segunda cuestión

78. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si la prohibición de la discriminación por razón de la edad identificada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold puede aplicarse horizontalmente. [72]

72 — Me parece inexacto utilizar los términos «efecto directo» (ya sea vertical u horizontal) para describir el impacto de un principio general de Derecho comunitario. El «efecto directo» de un artículo del Tratado o de la disposición de una Directiva significa que el individuo puede tomar el claro, preciso e incondicional texto de Derecho comunitario y apoyarse en él para dejar sin efecto alguna disposición contraria de Derecho nacional (o para rellenar una laguna). Por el contrario, un principio general de Derecho comunitario se aplica a un conjunto de normas legislativas y afecta a la interpretación que debe darse a éstas. Algunas veces, puede significar que no puede permitirse determinada interpretación. Pero el principio general no actúa, como tal, para sustituir a un texto legislativo existente. En consecuencia, opino que no tiene «efecto directo», aunque pueda inequívocamente afectar, y a veces afecte, a la solución jurídica adecuada.

¿Pueden aplicarse horizontalmente los principios de Derecho comunitario?

80. La cuestión es si *cualquier* principio general de Derecho comunitario puede, o debería ser, aplicable *horizontalmente*.

79. Es de sobra conocido en Derecho comunitario que los principios generales pueden invocarse *verticalmente* contra el Estado. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha declarado que varias medidas nacionales estaban prohibidas por el Derecho comunitario porque eran incompatibles con el principio general de igualdad de trato [73] o con manifestaciones concretas de este principio, como la prohibición de la discriminación por motivos de nacionalidad en varios contextos, [74] el respeto de los derechos fundamentales, [75] el principio de protección de la confianza legítima [76] y el principio de proporcionalidad. [77]

81. En la sentencia Bostock, el Tribunal de Justicia declaró, en una situación comprendida en el régimen comunitario de cuotas lácteas, que el principio de igualdad de trato no puede modificar retroactivamente las relaciones de las partes en un contrato de arrendamiento, *inter alia,* por la vía del efecto directo. [78] En la sentencia Otto, declaró que la protección contra el autoinculpamiento en caso de infracción de las normas comunitarias sobre competencia, como parte del derecho de defensa de una persona, no se aplica a una situación entre particulares. [79]

82. No pienso que estas dos sentencias determinen necesariamente que los principios generales de Derecho comunitario nunca puedan aplicarse horizontalmente. De

73 — Véanse, por ejemplo, las sentencias, Klensch y Wachauf, ambas citadas en la nota 62 (las dos relativas a la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos); las sentencias citadas por el Abogado General Tizzano en la nota 27 de sus conclusiones en el asunto Mangold, citado en la nota 2, y las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 13 de diciembre de 2007 en el asunto Marks & Spencer (sentencia de 10 de abril de 2008, C-309/06) (devoluciones de IVA).

74 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de febrero de 1985, Gravier (293/83, Rec. p. 593) (acceso a la formación profesional); de 2 de febrero de 1988, Blaizot (24/86, Rec. p. 379) (acceso a la educación universitaria); de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Bélgica (42/87, Rec. p. 5445) (asignación por escolaridad); de 20 de octubre de 1993, Phil Collins (C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145) (derechos de propiedad intelectual), y de 26 de septiembre de 1996, Data Delecta y Forsberg (C-43/95, Rec. p. I-4661) (procedimiento judicial).

75 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651) (control jurisdiccional efectivo en el contexto del «requisito profesional» como justificación para una diferencia de trato entre hombres y mujeres); Wachauf, citada en la nota 62 (derecho a la propiedad en el contexto de la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos), y de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279) (derecho al respeto de la vida familiar en el contexto de una restricción potencial a la libre prestación de servicios).

76 — Véase, por ejemplo, la sentencia de de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Rec. p. I-6325) (confianza legítima en el contexto de un nuevo plazo de prescripción nacional para solicitar la devolución de importes cobrados de forma contraria al Derecho comunitario).

77 — Véanse, por ejemplo, las sentencias 19 de junio de 1980, Testa (41/79, 121/79 y 796/79, Rec. p. I-1979) (Facultad discrecional de un Estado miembro en la ampliación del plazo para tener derecho a prestaciones por desempleo con arreglo al artículo 69, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71), y Molenheide y otros, citada en la nota 64.

78 — Sentencia de 24 de marzo de 1994 (C-2/92, Rec. p. I-955), apartado 24. Para un comentario sobre la sentencia Bostock y, de forma general, sobre la aplicación de los principios generales frente a los particulares, véase Tridimas, T., citado en la nota 59, pp. 47 a 50.

79 — Sentencia de 10 de noviembre de 1993 (C-60/92, Rec. p. I-5683), apartado 16.

haberse aplicado el principio de igualdad de trato en el asunto Bostock, se hubiera conferido a una norma interna un efecto retroactivo (y, de esta forma, se hubieran vulnerado otros principios fundamentales). [80] El principio invocado en la sentencia Otto sirve para proteger a un particular contra sanciones administrativas o penales. Si los procedimientos entre particulares no pudieran llevar, ni siquiera indirectamente, a tal consecuencia, la protección carecería de sentido. [81]

83. En la medida en que los principios generales se aplican verticalmente, permiten a los individuos hacer valer derechos fundamentales frente al Estado. Sin embargo, limitar la invocación de estos derechos a las situaciones verticales conlleva el riesgo de crear la misma distinción (a veces artificial) entre el sector público y el privado, como ocurre de forma habitual en el caso de las directivas. [82]

84. Además, en ocasiones, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el principio general de igualdad de trato puede aplicarse horizontalmente cuanto está incluido en un artículo sustantivo del Tratado. Así, en la sentencia Walrave y Koch, declaró que la prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad contenida en los actuales artículos 12 CE, 39 CE y 49 CE no sólo se imponía a la actuación de las autoridades públicas, sino también a normativas de organizaciones privadas que tuvieran por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios y que la regla de no discriminación se imponía para la apreciación de todas las relaciones jurídicas localizadas en el territorio de la Comunidad. [83] El asunto Walrave y Koch se refería a una asociación privada que tenía una función reguladora y que, por lo tanto, podía quizá asimilarse a una entidad del Estado. El Tribunal de Justicia fue más lejos en la sentencia Angonese, que versaba sobre el acceso al empleo en un banco privado, y declaró que «la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, enunciada en el [artículo 39 CE], se aplica igualmente a los particulares». [84]

85. En la sentencia Mangold el Tribunal de Justicia aplicó el principio general de igualdad

80 — Véase el punto 37 de las conclusiones del Abogado General Gulmann en el asunto Bostock, citado en la nota 78.

81 — Véase la sentencia Otto, citada en la nota 79, apartado 17.

82 — Algunos de los argumentos, pero no todos, a favor y en contra del efecto horizontal de las directivas pueden aplicarse a los principios generales. Para un análisis sobre esos argumentos, véase Percal, S.: *Directives in EC Law* (2ª ed., 2005), pp. 255 a 261.

83 — Sentencia de 12 de diciembre de 1974 (36/74, Rec. p. 1405), apartados 17 y 18. Véanse también las sentencias de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartados 33 a 38 y 57 a 66, y de 11 de diciembre de 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Rec. p. I-11767), apartados 86 a 111, en las que el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 43 CE y 49 CE se aplicaban entre sindicatos y empresas privadas. En la sentencia International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, el Tribunal de Justicia no se refirió expresamente a la prohibición de discriminación que subyace en el artículo 43 CE. Sin embargo, en Laval un Partneri, recordó su jurisprudencia según la cual «el artículo 12 CE, que establece el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación […] En lo que se refiere a la libre prestación de servicios, este principio ha sido aplicado y concretado por el artículo 49 CE» (apartados 54 y 55).

84 — Sentencia de 6 de junio de 2000 (C-281/98, Rec. p. I-4139), apartado 36.

de trato (incluida la igualdad de trato con independencia de la edad) a una controversia privada entre particulares, aunque uno se regía por normas nacionales de Derecho público adoptadas para dar cumplimiento a una obligación de Derecho comunitario (la Directiva 1999/70). En consecuencia, me parece que es necesario ser cauteloso a la hora de excluir la posibilidad de que un principio general de Derecho comunitario pueda, en circunstancias adecuadas, aplicarse horizontalmente.

¿Aplicación horizontal en el presente asunto?

86. Ya he indicado que, en mi opinión, la situación que dio lugar a la remisión no entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. [85]

87. En estas circunstancias, considero que el principio general de igualdad, y concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad, tal como fue identificado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mangold, no puede aplicarse horizontalmente. Al decir esto, *acepto* que pueda aplicarse tal principio (vertical y horizontalmente) en la medida en que opere en un marco jurídico comunitario específico. [86]

88. Ahora bien, cuando no existe tal marco, como ocurre en el presente caso, el principio general de igualdad y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad, no tiene nada en que apoyarse. En consecuencia, no puede aplicarse (ni vertical ni horizontalmente) hasta que el legislador comunitario adopte las detalladas medidas necesarias con arreglo al artículo 13 CE y haya expirado el plazo de adaptación de los ordenamientos jurídicos internos, y sólo en este caso. Una vez cumplidos estos requisitos, el principio general se utilizará —tal como señaló el Abogado General Mazák— [87] para interpretar la normativa de desarrollo, y no operará de forma autónoma.

89. Así, la forma concreta en que un Estado miembro decide hacer uso de la excepción a la prohibición de discriminación por razón de la edad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 está, por supuesto, sometida al control del Tribunal de Justicia a la luz del principio general de igualdad y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad. Tal control garantiza que las decisiones sociales y políticas de un Estado miembro estén comprendidas en el

85 — Véanse los puntos 67 a 75.

86 — Véase el análisis en los puntos 69 a 76 anteriores. Así ocurría, en mi opinión, en el asunto Mangold.

87 — En el punto 136 de sus conclusiones en el asunto Palacios de la Villa, citado en la nota 20.

ámbito de la excepción y, por lo tanto, en el margen de apreciación que se deja al Estado miembro. [88]

90. También estoy de acuerdo con el Reino Unido en que no es adecuado esperar que un empleador privado adopte, sin una orientación, las decisiones sociales y políticas que se encuentran detrás de la excepción del artículo 6, apartado 1. Corresponde expresamente al Estado miembro adoptar esas decisiones y cargar con la responsabilidad de las mismas.

91. Añado inmediatamente que, una vez que un Estado miembro ha adaptado su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78, tanto las normas que el Estado miembro establece a través de su legislación como la aplicación que un empleador hace de estas normas en sus acuerdos jurídicos privados con sus empleados están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales nacionales y, si procede, de este Tribunal de Justicia. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78 establece, más allá de toda duda, que el principio general de igualdad —y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad— que opera en la Directiva se aplicará «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con […] c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de […] remuneración».

92. Sobre este análisis, no cabe duda de que una vez expirado el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78, [89] el principio general de igualdad —y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad— podría ser invocado «horizontalmente» *a través de* la Directiva 2000/78 sin necesidad de ningún otro elemento que haga entrar la relación laboral en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Las decisiones que los Estados miembros hayan tomado al adaptar su Derecho interno a la Directiva deben evaluarse en este contexto.

93. En consecuencia, propongo que (si es necesario) el Tribunal de Justicia declare, en respuesta a la segunda cuestión remitida por el órgano jurisdiccional nacional, que el principio general de igualdad, y concretamente

88 — Los Estados miembros «disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral»: véanse las sentencias Mangold, citada en la nota 2, apartado 63, y Palacios de la Villa, citada en la nota 20, apartado 68. En la sentencia Mangold, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que las medidas en cuestión no cumplían el requisito de proporcionalidad (apartado 65). En la sentencia Palacios de la Villa, sin embargo, consideró que las autoridades nacionales habían sido razonables al considerar que la medida impugnada podía ser necesaria y adecuada (apartado 72).

89 — En el caso de Alemania, esto sucedió el 2 de diciembre de 2006: véase el punto 12 de las presentes conclusiones.

de igualdad de trato con independencia de la edad, no puede aplicarse entre empleadores privados, por una parte, y sus empleados o jubilados y los supérstites de éstos, por otra, como base para impugnar una norma de Derecho privado que no se haya adoptado para dar cumplimiento a una obligación jurídica comunitaria o para acogerse a una excepción admisible con arreglo al Derecho comunitario, y siempre que no exista una norma sustantiva de Derecho comunitario que de otro modo sea aplicable.

Tercera cuestión

Análisis sobre la base de un principio general que prohíba la discriminación por razón de la edad

Tercera cuestión, letra a)

94. El órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si una disposición como la cláusula de diferencia de edad en un plan de pensiones del sistema de empleo entra en el ámbito de aplicación del principio general de igualdad y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad.

95. Existen dos posibles enfoques para el análisis de esta cuestión. Por una parte, ¿qué tipos de discriminación están cubiertos por el principio general de igualdad y, concretamente, de igualdad de trato con independencia de la edad? Por otra parte, ¿qué pretendía proteger el legislador comunitario con el principio de igualdad de trato con independencia de la edad formulado en la Directiva 2000/78?

96. La primera cuestión es si el principio general abarca tanto edades relativas como edades absolutas. La respuesta a esta cuestión depende de qué se entiende por «discriminación por razón de la edad relativa». Puede entenderse que el término cubre sólo el tratamiento menos favorable de A (una persona) porque tiene un cierto número de años más (o menos) que B (otra persona) o C (un grupo de personas). De forma más amplia, puede también entenderse que abarca un tratamiento menos favorable de E y F (dos personas, tomadas conjuntamente) porque la diferencia de edad entre ellas como par de personas es mayor o menor que la diferencia de edad entre otro par de personas comparable (G y H, I y J, etc.).

97. En mi opinión, la discriminación por razón de la edad relativa engloba esas dos situaciones. Ambas utilizan la edad como criterio para justificar un trato diferenciado negativo y no veo ningún motivo razonable para distinguir entre ellas. El mismo razonamiento me lleva a la conclusión de que no hay ningún motivo para excluir la discriminación basada en edades relativas del ámbito de aplicación del principio general de igualdad, y concretamente de igualdad de trato con independencia de la edad. La edad de una persona, aunque se exprese en términos relativos y no absolutos, sigue siendo la base para una decisión que tiene un efecto negativo para ella.

98. Este enfoque también resuelve la cuestión de si sólo la discriminación que resulta de cláusula de diferencia de edad que afecta al *empleado fallecido* entra en la prohibición o si también lo hace la discriminación que afecta al *cónyuge supérstite* (en este caso, la Sra. Bartsch). La discriminación (respecto de las parejas cuyas edades son más próximas) resulta de sus características combinadas y está claramente en relación con la edad. Es evidente que alguien como la Sra. Bartsch, que es *más* de 15 años más joven que su esposo fallecido, recibe un trato menos favorable que el que hubiera recibido si hubiera estado en una situación comparable (es decir, viuda) pero hubiera sido *menos* de 15 años más joven que su esposo fallecido. Tal trato es directamente discriminatorio entre diferentes categorías de viudas de empleados en relación con la obtención, o la exclusión, de derechos de pensión. El perjuicio resulta directamente de la aplicación de un criterio relacionado con la edad (una diferencia de edad de más de 15 años) para determinar los derechos de pensión. La Sra. Bartsch se ve afectada negativamente porque no recibe la pensión. La autonomía personal [90] del Sr. Bartsch se ve afectada negativamente por la imposibilidad de hacer previsiones a favor de su esposa después de su muerte, y por la penalización del ejercicio de su libertad de escoger una esposa más de 15 años más joven que él.

99. Una aplicación por analogía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre discriminación por motivos de sexo llevaría a la conclusión de que, puesto que la discriminación directa no puede justificarse objetivamente (véase, por ejemplo, la sentencia Dekker), [91] todo trato que establezca una diferencia directamente por razón de la edad está prohibida. Sin embargo, el legislador comunitario parece claramente haber previsto, en la Directiva 2000/78, que determinadas categorías de tal trato *deberían* poder justificarse objetivamente. [92] En mi opinión, esto refuerza el análisis que he expuesto en relación con la respuesta a la segunda cuestión.

90 — Sobre la importancia de la posibilidad de escoger en la autonomía personal, véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto Coleman, citadas en la nota 43, puntos 9 a 11, y las obras que se citan en las notas a los mismos.

91 — Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartado 12. Véase además Ellis, E.: *EU Anti-Discrimination Law* (2ª ed., 2005), pp. 111 a 113.

92 — Véanse los puntos 109 y 110 de las presentes conclusiones.

Análisis a la luz de la Directiva 2000/78

100. Según su artículo 3, apartado 1, la Directiva se aplicará «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con […] c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de […] remuneración». Conforme a reiterada jurisprudencia, la pensión de supervivencia forma parte del concepto de «remuneración» del artículo 141 CE como un beneficio derivado de la relación laboral del cónyuge fallecido. [93]

101. El contrato de trabajo creó una relación laboral entre el Sr. Bartsch y BSH. La pensión del supérstite constituye una «remuneración» con arreglo al artículo 141 CE y, por lo tanto, «remuneración» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78. En consecuencia, tras la expiración del plazo para adaptar el Derecho interno a la Directiva 2000/78, la validez de la cláusula de diferencia de edad se examinaría a la luz de la Directiva.

102. Me parece que, en lo que atañe a la cuestión de qué tipo de discriminaciones relacionadas con la edad están cubiertas, operan los mismos argumentos respecto de la Directiva que los que operaban en el análisis a la luz del principio general. Así lo confirman numerosas características específicas de la Directiva.

103. En primer lugar, el vigésimo quinto considerando deja claro que la discriminación por razones de edad es un concepto amplio. Esto es también coherente con los principios generales de interpretación, que dictan que el concepto de discriminación del artículo 2 debe interpretarse ampliamente, mientras que las justificaciones y excepciones del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), y del artículo 6 deben interpretarse restrictivamente. Entender que el artículo 2 se aplica sólo a las edades absolutas («el empleador trata a un empleado de 50 años de forma menos favorable que a uno de 40»), sería interpretar el principio de este artículo restrictivamente. Esta no es la manera en que el Tribunal de Justicia ha interpretado la discriminación sexual, [94] ni ninguna libertad fundamental basada en el Tratado.

93 — Véanse las sentencias de 9 de octubre de 2001, Menauer (C-379/99, Rec. p. I-7275), apartado 18, y la jurisprudencia que allí se cita; y de 7 de enero de 2004, K.B. (C-117/01, Rec. p. I-541), apartado 26.

94 — Así, la discriminación por razón del sexo incluye la discriminación derivada de un cambio de sexo. Véanse las sentencias de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, Rec. p. I-2143), apartados 17 a 20, y de 27 de abril de 2006, Richards (C-423/04, Rec. p. I-3585), apartado 24. En la sentencia Grant, citada en la nota 21, apartado 42 (que, sin embargo, es anterior a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, en consecuencia, a la introducción del artículo 13 en el Tratado CE), el Tribunal de Justicia declaró que no se aplicaba a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona.

104. En segundo lugar, tal como observa la Comisión, entender que el artículo 2 sólo se aplica a las edades absolutas haría más fácil eludir la prohibición de discriminación que contiene. Un empleador astuto podría evitar la prohibición reformulando sus prácticas discriminatorias en términos de edades relativas, en lugar de absolutas.

105. En consecuencia, entiendo que debe interpretarse que la Directiva prohíbe la discriminación basada tanto en la edad absoluta como en la edad relativa. En mi análisis de este principio general, he defendido que «la discriminación por razón de la edad relativa» debería abarcar a la vez el trato discriminatorio que afecta al empleado fallecido y el trato discriminatorio que afecta al supérstite. [95] No puedo concebir que el principio incluido en el artículo 2 de la Directiva 2000/78, cuya finalidad es que «se aplique» el principio de igualdad de trato [96] se deba interpretar más restrictivamente a este respecto que un principio general.

106. En consecuencia, parto de la base de que una cláusula de diferencia de edad como la controvertida en el litigio ante el órgano jurisdiccional nacional puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, [97] tanto respecto del Sr. Bartsch como de la supérstite, la Sra. Bartsch. Sin embargo, es preciso recordar que en el momento de los hechos no había expirado todavía en Alemania el plazo para adaptar el Derecho nacional a la Directiva.

Tercera cuestión, letra b)

107. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en el caso de que una disposición como la cláusula de diferencia de edad dé lugar a una diferencia de trato, tal discriminación puede estar justificada por el interés del empleador en limitar los riesgos asumidos por un plan de pensiones voluntario (y su deseo de hacer que estos riesgos sean más fácilmente cuantificables). [98] Sin embargo, me parece que, una vez que el riesgo se ha cuantificado ya no es un «riesgo», sino una obligación previsible para la que se pueden hacer previsiones. También me parece claro que el análisis actuarial cuantifica las obligaciones que pueden surgir como resultado de «diferencias de edad». Por lo tanto, parto de la base de que el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la discriminación puede justificarse por el interés del empleador en establecer un límite global a

95 — Véase el punto 99.

96 — Artículo 1 de la Directiva 2000/78.

97 — Conforme a esta disposición, existirá discriminación *directa* «cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por razón, entre otras, de la edad. La discriminación indirecta es definida en el artículo 2, apartado 2, letra b). Véase el punto 109.

98 — Véase el punto 17 anterior.

los costes que conlleva un plan de pensiones voluntario.

108. La Directiva 2000/78 proporciona un marco analítico adecuado para enfocar esta cuestión. Si los hechos que dieron lugar a la presente remisión hubieran ocurrido después de expirar el plazo de adaptación del Derecho nacional a la Directiva 2000/78, ¿hubiera podido justificarse una cláusula de diferencia de edad en un plan de pensiones voluntario complementario como el gestionado por BSH?

109. La Directiva 2000/78 define la discriminación directa y la indirecta en el artículo 2. Los dos subapartados del artículo 2, apartado 2, empiezan de la misma forma: «existirá discriminación […]». El artículo 2, apartado 2, letra a), define la discriminación directa sin sugerir que pueda, en principio, justificarse. Por el contrario, el artículo 2, apartado 2, letra b), estipula que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas […] de una edad […], respecto de otras personas, salvo que […] dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios […]». En otras palabras, si se cumple la salvedad prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), no existirá discriminación indirecta (de lo contrario, existirá). A primera vista, esto parece sugerir (*a contrario)* que la discriminación que entra en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra a), *no* puede justificarse objetivamente. Sin embargo, es obvio que los términos del artículo 2, apartado 2, letra b), y la definición de la (amplia) justificación por razones objetivas para la discriminación por razón de edad realizada en el artículo 6 se solapan.

110. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 trata exclusivamente la justificación de un tipo específico de diferencia de trato: la discriminación por razón de edad. Comienza con las palabras «No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer […]». Aquí el legislador no establece ninguna distinción entre el artículo 2, apartado 2, letra a) (discriminación directa) y el artículo 2, apartado 2, letra b) (discriminación indirecta). Más bien al contrario, se autoriza a los Estados miembros a disponer que las diferencias de trato a las que se refiere el artículo 2, apartado 2, «no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima […] y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Determinadas «finalidades legítimas» se mencionan expresamente («incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional»), en lo que (dado el uso de la palabra «incluidos») no pretende ser una lista exhaustiva. Tras esta introducción, las letras a), b) y c) mencionan a continuación (nuevamente, de forma no exhaustiva) determinados tipos de diferencias de trato que parecen comprender, en parte, discrimi-

naciones directas,[99] y en parte, discriminaciones indirectas[100] por razones de edad. El artículo 6, apartado 2, regula determinados tipos de diferencias de trato por motivos de edad en relación con los regímenes profesionales de seguridad social.

111. Es justo afirmar que la mayoría de los ejemplos específicos de diferencias de trato «aceptables» del artículo 6, apartado 1, comprenden el uso *directo* de la edad como criterio decisivo («trabajadores de mayor edad», «condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad», «edad máxima para la contratación»).[101] Por lo tanto, el criterio decisivo no es «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros» [tal como se establece en la definición de la discriminación indirecta del artículo 2, apartado 2, letra b)]. Al contrario, se trata a menudo de una pura y simple diferencia de trato por razones de edad.

112. La única conclusión lógica que puede extraerse es que la Directiva 2000/78 permite expresamente *determinadas* formas de diferencia de trato basadas *directamente* en razones de edad, *a condición* de que estén «justificadas objetiva y razonablemente […] por una finalidad legítima […] y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Este análisis del texto viene corroborado por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Palacios de la Villa,[102] que versaba sobre una cláusula de jubilación obligatoria en la legislación nacional.[103] El decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78 dispone que «la presente Directiva se entiende[104] sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación». Sin embargo, ninguna disposición sustantiva de la Directiva excluye de la misma a las cláusulas de jubilación. El Tribunal de Justicia declaró que tal cláusula entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva y constituía una discriminación directamente basada en la edad.[105] Sin embargo, decidió que cumplía un objetivo que justificaba objetiva y razonablemente, conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, una diferencia de trato por razones de edad.[106]

113. La cláusula de diferencia de edad no encaja claramente en ninguno de los

99 — Por ejemplo, el establecimiento de una edad máxima para la contratación en determinados supuestos [artículo 6, apartado1, letra c)].

100 — Por ejemplo, el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo [artículo 6, apartado1, letra b)]. Aunque se trata de un «criterio aparentemente neutro», la antigüedad en el trabajo puede operar indirectamente como criterio basado en la edad.

101 — Véase el análisis del Abogado General Jacobs sobre las dos formas de justificación de la diferencia de trato por razones de sexo y su relación con la discriminación directa e indirecta, en los puntos 34 y 35 de sus conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus (C-79/99, Rec. p. I-10997).

102 — Citada en la nota 20.

103 — Por supuesto, en el asunto Palacios de la Villa, citado en la nota 20, el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva ya había expirado, al contrario que en este asunto. Véase el punto 39 anterior.

104 — La versión inglesa de la Directiva dispone: «This Directive shall be without prejudice to national provisions laying down retirement ages.» Se trata de una curiosa utilización de «shall» (forma de carácter normativo) en una exposición de motivos (que es explicativa). Véase el punto 10 del Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (DO 1999 C 73, p. 1), al que hice referencia en mis conclusiones de 10 de abril de 2008 en el asunto Heinrich (C-345/06, aún no publicadas en la Recopilación), puntos 28, 64 y 65.

105 — Apartado 51.

106 — Apartado 66.

ejemplos específicos del artículo 6, apartado 1, letras a), b) o c). El interés del empleador en establecer un límite global a los costes que conlleva un plan de pensiones voluntario [107] es similar a los factores que están detrás de la excepción del artículo 6, apartado 2. Como principio general de interpretación, las excepciones deben entenderse restrictivamente. Al mismo tiempo, está claro que el artículo 6 no incluye una lista exhaustiva de excepciones permisibles.

114. Si el Estado miembro hubiera adaptado ya su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2000/78, (es de suponer que) hubiera tomado algunas decisiones políticas. Si hubiera decidido invocar el artículo 6, apartado 2, de la Directiva de forma que un empleador privado pudiera incluir una disposición como la cláusula de diferencia de edad en su plan de pensiones del sistema de empleo, el Tribunal de Justicia debería decidir, en primer lugar, si el uso de la cláusula de diferencia de edad entra en el ámbito de aplicación de la excepción y (de ser así) apreciar la proporcionalidad del propio plan.

115. Por una parte, el estado actual del Derecho comunitario reconoce a los Estados miembros y, si procede, a los interlocutores sociales a nivel nacional, una amplia facultad de apreciación no sólo respecto a si primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también en la definición de las medidas que les permitan lograrlo. [108]

116. Por otra parte, el Tribunal de Justicia se ha mostrado siempre muy estricto en relación con los planes de pensiones que, como en el presente asunto, *excluyen* a determinadas categorías de personas, frente a los que proporcionan beneficios diferentes. En particular, limitó la irretroactividad del efecto de su sentencia en el asunto Barber [109] de forma que no se aplicase al plan de pensiones anterior. [110] El Tribunal de Justicia también ha sido muy reticente a la hora de aceptar

107 — Véase el punto 107.

108 — Véase la sentencia Palacios de la Villa, citada en la nota 20, apartado 68. Véase también el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78.

109 — Sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889). La limitación *ratione temporis* de esta sentencia se incluyó en el Protocolo (nº 17) sobre el artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1992).

110 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 24 de septiembre de 1994, Vroege (C-57/93, Rec. p. I-4541), apartados 27 y 28; de 28 de septiembre de 1994, Fisscher (C-128/93, I-4583), apartados 49 y 50; de 11 de diciembre de 1997, Magorrian y Cunningham (C-246/96, Rec. p. I-7153), apartados 27 a 29, y de 10 de febrero de 2000, Deutsche Post (C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929), apartados 39 a 41.

motivos basados en cálculos actuariales para justificar diferencias de trato. [111]

117. El órgano jurisdiccional remitente señala que la cláusula de diferencia de edad es compatible en el Derecho nacional porque se basa en un «motivo justificado», a saber, el interés del empleador en establecer un límite global a los costes que conlleva un plan de pensiones voluntario. [112] Además, estas consideraciones están estrechamente relacionadas con la cláusula de diferencia de edad. La limitación del coste se basa en un criterio demográfico: cuanto más jóvenes sean los supérstites en relación con los empleados a los que se concedió el plan de pensiones del sistema de empleo, más tiempo, como media, tendrá el empresario que pagar una pensión de supervivencia.

118. Dada la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia social y laboral, estoy dispuesta a aceptar que una decisión política de un Estado miembro que permita que un plan de pensiones privado incluya algún tipo de cláusula de edad puede, en principio, tener una finalidad legítima, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

119. Sin embargo, desde mi punto de vista, un plan de pensiones que opera —como el plan de BSH— de forma que excluye a una viuda en la situación de la Sra. Bartsch [113] de todo pago con arreglo al plan de pensiones probablemente no cumple el requisito de proporcionalidad del artículo 6, apartado 1, que exige que los medios para lograr los objetivos legítimos sean «adecuados y necesarios».

120. En primer lugar, resulta de la respuesta que dio el representante de BSH en la vista que, cuando se creó el plan de pensiones, la empresa había contemplado únicamente la cuestión de cómo distribuir los fondos (disponibles).

111 — En la sentencia Lindorfer/Consejo, citada en la nota 19, apartado 56, el Tribunal de Justicia declaró que la necesidad de una correcta gestión financiera del régimen de pensiones comunitario no podía ser invocada en apoyo de la necesidad de valores actuariales más elevados para las mujeres. Véanse también los puntos 49 a 69 de las conclusiones del Abogado General Jacobs y los puntos 43 a 50 de mis conclusiones en ese asunto. En las sentencias de 22 de diciembre de 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935), y de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389), el Tribunal de Justicia declaró que la desigualdad de las aportaciones *patronales* abonadas en el marco de planes de pensiones de prestación definida financiados por capitalización, derivada del uso de factores actuariales distintos, no entraba en el ámbito de aplicación del (actualmente) artículo 141 CE. En sus conclusiones de 28 de abril de 1993 en, *inter alia*, esos asuntos (concretamente Rec. 1993, p. I-4893), el Abogado General Van Gerven consideró que la necesidad de mantener un equilibrio financiero de los planes de pensiones del sistema de empleo no podía justificar diferencias en las aportaciones y en los beneficios de los *empleados* basadas en factores actuariales. Véanse también las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695); de 21 de septiembre de 1999, St Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161); de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829); de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409), y de 28 de septiembre de 2006, Comisión/Países Bajos (C-282/04 y C-283/04, Rec. p. I-9141) (desestimación por el Tribunal de Justicia de una pérdida de ingresos fiscales como justificación para una discriminación contraria al artículo 43 CE).

112 — Véase el punto 107 anterior.

113 — Es decir, una viuda más de 15 años más joven que su marido fallecido cuando era empleado de BSH. La cláusula de diferencia de edad no se aplica si los antiguos empleados fallecen cuando ya están jubilados: véase el punto 13.

121. En segundo lugar, no es difícil imaginar formas de limitar los costes que conlleva un plan de pensiones voluntario que sean menos extremas que la total exclusión de los supérstites. Por ejemplo, podría pagarse una prestación reducida a los supérstites más jóvenes, quizá determinada conforme a una escala móvil; o los pagos podrían comenzar sólo cuando los supérstites alcanzasen una edad determinada.

122. En tercer lugar, no hay nada en los documentos presentados ante el Tribunal de Justicia que sugiera que la pensión de un supérstite sólo se pague si el *empleado* fallece a cierta edad o a partir de ella. Por consiguiente, en unas circunstancias en las que el empleado y su cónyuge tienen la misma edad y el empleado fallece a la edad de 40, el supérstite recibirá una pensión. Por el contrario, un supérstite 16 años más joven que su cónyuge empleado que fallece a los 56 años no recibirá nada. Sin embargo, no existe ninguna diferencia relevante entre estos dos supérstites (ambos de 40 años) en términos de su esperanza de vida y, en consecuencia, de la duración del tiempo en que pueden obtener una pensión de supervivencia.

123. Si la tercera cuestión, letra b), se analiza desde la perspectiva del principio general que prohíbe la discriminación, aplicado concretamente a razones de edad, es difícil encontrar justificación a tal discriminación por razón de edad. En cualquier caso, el plan no cumpliría el requisito de proporcionalidad.

124. En consecuencia, concluyo, si es necesario, que una disposición como la cláusula de diferencia de edad de que se trata en el litigio principal no puede justificarse por el hecho de que el empleado tenga interés en establecer un límite global a los costes que conlleva un plan de pensiones voluntario.

Tercera cuestión, letra c)

125. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la eventual prohibición de discriminación por razón de edad en el ámbito del Derecho aplicable a los planes de pensiones del sistema de empleo tiene efectos retroactivos ilimitados. De no ser así, ¿de qué forma está limitada?

126. Aunque el órgano jurisdiccional nacional pregunta, en la resolución de remisión, cual es el preciso momento en que se aplica el principio que prohíbe la discriminación por razones de edad y cómo encaja la aplicación de este principio con la protección de la confianza legítima, está claro que

la preocupación que subyace en la tercera cuestión letra c) es si puede ponerse un límite temporal a la sentencia en el presente asunto. [114] Por lo tanto, contestaré a la pregunta sobre esa base.

127. Los límites a la retroactividad de una sentencia sólo se imponen excepcionalmente y si concurren dos requisitos. En primer lugar, debe existir un riesgo de repercusiones económicas graves si no se impone ese límite; en segundo lugar, los particulares y las autoridades nacionales deben haber sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias. [115] Estos requisitos son acumulativos.

128. Además, toda restricción al efecto retroactivo de una sentencia debe ser establecida por le Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada. [116]

129. No considero que deba limitarse el efecto retroactivo de la sentencia en el presente asunto.

130. En primer lugar, el Tribunal de Justicia no dispone de elementos suficientes (procedentes ni de la resolución de remisión ni de BSH o Alemania) [117] que indiquen que existe un riesgo de importantes repercusiones económicas si el Tribunal de Justicia no limita el efecto temporal de su sentencia.

131. En segundo lugar, en el asunto Mangold el Tribunal de Justicia no estableció ningún límite temporal a su sentencia. Ésta es la sentencia que identificó el principio que (en su caso) se aplicaría aquí.

132. Incluso si se decidiese que ésta es la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia ha tenido que considerar la aplicación de este principio a un plan de pensiones privado del sistema de empleo, no se cumple el primero de los dos requisitos (acumulativos).

133. En consecuencia, no debería establecerse ningún límite temporal a la sentencia en el presente asunto.

114 — Alemania solicitó concretamente este límite.

115 — Véanse las sentencias Richards, citada en la nota 94, apartado 42, y de 18 de enero de 2007, Brzeziński (C-313/05, Rec. p. I-513), apartado 57.

116 — Véanse las sentencias Barber, citada en la nota 109, apartado 41; Vroege, citada en la nota 110, apartado 31, y de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros (C-292/04, Rec. p. I-1835), apartados 36 y 37.

117 — Alemania afirma que un gran número de contratos podrían verse afectados por esta sentencia, pero admite que no tiene pruebas estadísticas que presentar para apoyar tal afirmación.

Conclusión

134. Por lo tanto, propongo que el Tribunal de Justicia resuelva lo siguiente en respuesta a las cuestiones planteadas:

«1) Los Estados miembros no están obligados a garantizar una protección conforme al principio general de igualdad (incluida la igualdad de trato con independencia de la edad) contenido en el Derecho comunitario si el trato supuestamente discriminatorio no entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

2) No existe una norma sustantiva concreta de Derecho comunitario que pueda servir de base para la aplicación del principio general de igualdad (incluida la igualdad de trato con independencia de la edad) a la situación que dio lugar a la remisión prejudicial.»