CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 6 de mayo de 2010 [1]

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial brinda al Tribunal de Justicia la posibilidad de precisar su jurisprudencia sobre discriminación por razón de la edad en lo relativo a las condiciones de despido de trabajadores de mayor edad. [2] A este respecto, se ha pedido por primera vez al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la delimitación de la discriminación directa e indirecta por razón de la edad.

2. En el presente asunto ha de examinarse una norma del Derecho del trabajo danés en la que se establece que debe pagarse a los trabajadores, que durante un período de larga duración han trabajado de manera ininterrumpida para un patrón, una indemnización en caso de ser despedidos. Sin embargo, dicha indemnización por despido no se otorga a personas que pueden percibir una pensión de jubilación. Así sucede también cuando el trabajador de que se trata pretende buscar un nuevo empleo y si en caso de jubilación inmediata tiene que sufrir una disminución de su pensión, por ejemplo en forma de una reducción de ésta por jubilación anticipada.

3. La cuestión controvertida de si la prohibición de discriminación por razón de la edad del Derecho de la Unión puede producir efecto directo también en las relaciones entre particulares [3] («efecto directo horizontal») carece de importancia en el presente asunto. El litigio principal se refiere a una relación jurídica «vertical», en la que un trabajador se enfrenta a su empleador de Derecho público. [4]

1 — Lengua original: alemán.

2 — Véase a este respecto, sobre todo, la sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Rec. p. I-8531).

3 — Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), particularmente el apartado 77, y de 19 de enero de 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Rec. p. I-365), particularmente el apartado 51. Sobre la crítica a esta jurisprudencia véanse, entre otras muchas, las conclusiones del Abogado General Mazák de 15 de febrero de 2007 en el asunto Palacios de la Villa (sentencia citada en la nota 2), en particular, los puntos 79 a 97 y 105 a 139, y de la Abogado General Sharpston de 22 de mayo de 2008 en el asunto Bartsch (sentencia de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, Rec. p. I-7245), en particular los puntos 31 a 65 y 79 a 93.

4 — No es así en el asunto pendiente Rosenbladt (C-45/09), cuya vista oral se celebró ante el Tribunal de Justicia el mismo día que la del presente asunto y en el que la Abogado General Trstenjak presentó sus conclusiones el 28 de abril de 2010.

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

4. El marco jurídico del Derecho de la Unión aplicable al presente asunto viene determinado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.[5] Según su artículo 1, dicha Directiva tiene por objeto:

«establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

5. Bajo la rúbrica «Concepto de "discriminación"», el artículo 2 de la Directiva 2000/78 establece lo siguiente:

«1. 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.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, 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; […]

[…]»

5 — DO L 303, p. 16.

6. El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 se determina en su artículo 3:

«1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente 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 despido y remuneración;

[…]»

7. El artículo 6 de la Directiva 2000/78, que trata de la «[j]ustificación de diferencias de trato por motivos de edad», tiene, en extracto, el siguiente tenor:

«1. 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.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [remuneración], para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

[…]»

8. El plazo de adaptación a la Directiva 2000/78 viene establecido por su artículo 18, apartado 1 en el 2 de diciembre de 2003.

B. *Normativa nacional*

9. Por lo que respecta al Derecho danés, el marco jurídico del caso de autos viene determinado por la Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (Funktionærlov; en lo sucesivo, «FL»). [6]

6 — Ley de los trabajadores por cuenta ajena, en su versión resultante de las Leyes nos 224, de 19 de mayo de 1971, y 287, de 24 de abril de 1996 (véase, a este respecto, la resolución de nueva publicación LBK nº 68, de 21 de enero de 2005).

10. El artículo 2 *bis* de la FL tiene el siguiente tenor:

«(1) En caso de despido de un trabajador por cuenta ajena que haya estado empleado ininterrumpidamente en la misma empresa durante 12, 15 o 18 años, el empresario deberá, al término de la relación laboral, abonar al trabajador una cantidad equivalente a uno, dos o tres meses de salario, respectivamente.

(2) Lo dispuesto en el apartado 1 no será aplicable si el trabajador tiene derecho a una pensión estatal de jubilación al término de la relación laboral.

(3) No habrá de abonarse una indemnización por despido si el trabajador percibe –al término de la relación laboral– una pensión de jubilación del empresario y el trabajador se ha incorporado al plan de pensiones correspondiente antes de cumplir 50 años.

[…]

(5) La disposición establecida en el apartado 1 será aplicable de manera análoga en caso de despido improcedente.»

11. Como señala el órgano jurisdiccional remitente, la jurisprudencia reiterada [7] del Højesteret danés [8] ha interpretado el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL en el sentido de que la mera posibilidad de percibir una pensión de jubilación del empresario excluye el derecho a percibir una indemnización por despido, independientemente de si el trabajador despedido pretende efectivamente percibir una pensión o no. Lo mismo sucede cuando el pago en el momento del despido da lugar a una disminución de la pensión de jubilación del empresario con respecto a la prestación que se habría percibido si la jubilación se hubiera producido en un momento posterior (reducción de la pensión por jubilación anticipada).

III. Hechos y procedimiento principal

12. El Sr. Ole Andersen, nacido el 31 de mayo de 1943, trabajó desde el 1 de enero de 1979 durante 27 años para la Region Syddanmark [9] (anteriormente, Sønderjyllands Amtsråd) [10] como encargado de la tramitación de expedientes. Mediante escrito de 22 de enero de 2006, la Region Syddanmark puso fin a la relación laboral con efectos a partir de finales del mes de agosto de 2006, basándose en la falta de confianza en la capacidad del Sr. Andersen para desempeñar su actividad de manera satisfactoria e imparcial. Sin embargo, en un laudo arbitral posterior se declaró que el Sr. Andersen no había incurrido en el incumplimiento de sus obligaciones que se le imputaba, por lo que se le otorgó una

7 — Véase, entre otras, la sentencia del Højesteret de 7 de diciembre de 1988, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1989, p. 123 H.

8 — Tribunal Supremo de Dinamarca.

9 — Región de Dinamarca Meridional.

10 — Consejo Regional del Sur de Jutlandia.

indemnización por importe de cuatro meses de salario por despido improcedente. [11]

13. Tras su despido, el Sr. Andersen alegó, mediante correo electrónico de 2 de octubre de 2006, un derecho a percibir una indemnización por despido conforme al artículo 2 *bis*, apartado 1, de la FL por importe de tres meses de salario invocando su período de más de 18 años de servicio para la Region Syddanmark. Mediante escrito de 14 de octubre de 2006, la Region Syddanmark denegó el pago de la indemnización por despido remitiéndose al artículo 2 *bis*, apartado 3, de la FL. En su escrito señaló que el Sr. Andersen no tenía derecho a dicho pago, dado que en el momento del cese en la relación laboral ya había alcanzado los 63 años de edad por lo que podía hacer valer su derecho a percibir una pensión de jubilación.

14. Durante su empleo en la Region Syddanmark, el Sr. Andersen había suscrito un plan de pensiones basado en un convenio colectivo. De las aportaciones mensuales al plan de pensiones, un tercio correspondía al Sr. Andersen, mientras que la Region Syddanmark abonaba dos tercios. Según las disposiciones relativas a dicho plan de pensiones, el Sr. Andersen podía jubilarse y percibir una pensión de jubilación desde el momento en que cumpliera los 60 años.

15. El importe de la pensión basada en un convenio colectivo depende, entre otros factores, del momento en el que el beneficiario decide jubilarse. Si pospone su jubilación, puede obtener una cantidad mensual superior. Según ha señalado la Region Syddanmark en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia [12] sin ser contradicha en este extremo, en el caso de autos los hechos se presentan del siguiente modo: en caso de ponerse fin a las aportaciones el 1 de agosto de 2006 y de jubilación inmediata, la pensión del Sr. Andersen hubiera sido de 125.374 DKK anuales; por el contrario, de continuar las aportaciones por los mismos importes hasta el 1 de junio de 2008, aplazando la jubilación hasta ese momento, la pensión se hubiera incrementado hasta alcanzar 152.611 DKK. [13]

16. Tras su despido, el Sr. Andersen no quiso jubilarse. En su lugar se inscribió como demandante de empleo.

17. El 12 de julio de 2007, la Ingeniørforeningen i Danmark, [14] que en su condición de sindicato que representa los intereses de los

11 — Según señalan las partes del litigio principal de manera coincidente, dicha indemnización se basa en el artículo 2 *ter* de la FL y es acumulable a la indemnización del artículo 2 *bis* de la FL objeto del presente litigio (véase, a este respecto, también el artículo 2 *bis*, apartado 5, de la FL).

12 — A este respecto, la Region Syddanmark se remite a una nota informativa de la caja de pensiones Danske civil- og akademiingeniører, comunicada el 30 de enero de 2008 al representante procesal del Sr. Andersen.

13 — Con carácter adicional, los asegurados tenían la posibilidad de cambiarse a partir del 1 de enero de 2007 a un nuevo plan de pensiones, lo cual hubiera conducido en el caso del Sr. Andersen a un incremento de su pensión de jubilación a partir del 1 de junio de 2008 hasta alcanzar 167.411 DKK anuales en caso de cesar en las aportaciones el 1 de agosto de 2006 y que hubiera sido de 176.544 DKK anuales en caso de continuar realizando aportaciones hasta el 1 de junio de 2008.

14 — Asociación de ingenieros de Dinamarca.

ingenieros en Dinamarca, demandó a la Region Syddanmark en nombre del Sr. Andersen pretendiendo el pago de tres meses de salario en concepto de indemnización por despido. El litigio está pendiente ante el Vestre Landsret, órgano jurisdiccional remitente. Esencialmente, la demandante alega que la norma del artículo 2 *bis*, apartado 3, de la FL, por la que se negó al Sr. Andersen la indemnización por despido conduce a una discriminación por razón de la edad. La demandada niega este extremo.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. Mediante resolución de 14 de noviembre de 2008, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de noviembre de 2008, el Vestre Landsret suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de la edad contenida en los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo en el sentido de que se opone a que un Estado miembro mantenga una situación jurídica con arreglo a la cual un empresario, al despedir a un trabajador por cuenta ajena que haya estado contratado ininterrumpidamente por la misma empresa durante 12, 15 o 18 años, debe, al término de la relación laboral del trabajador por cuenta ajena, abonar un importe equivalente a uno, dos o tres meses de salario, respectivamente, si bien estableciendo que dicha indemnización no se abonará cuando el trabajador por cuenta ajena, al término de su relación laboral, tiene derecho a percibir una pensión de jubilación al amparo de un plan de pensiones al que el empresario ha realizado aportaciones?»

19. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, además de las dos partes en el litigio principal, han presentado observaciones escritas y orales los Gobiernos de Dinamarca y de Alemania, así como la Comisión Europea. Además, los Gobiernos neerlandés y húngaro han participado en el procedimiento escrito.

V. Apreciación

20. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, esencialmente, si es contraria a los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78 una norma nacional por la que los trabajadores despedidos no tienen, al término de su relación laboral, derecho a una indemnización por despido prevista por ley si tienen derecho a percibir una pensión de jubilación.

A. *Observaciones previas sobre la aplicación de la Directiva 2000/78*

1. Delimitación del principio general de la prohibición de discriminación por razón de la edad

21. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, [15] la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, sino que, según su título y su artículo 1, «únicamente tiene por objeto establecer, en esas mismas materias, un marco general para luchar contra la discriminación basada en diversos motivos, entre ellos la edad». El principio de no discriminación por razón de la edad debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión.

22. Basándose en estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha fundado hasta la fecha las resoluciones adoptadas en dos asuntos en los que resolvió sobre una petición de decisión prejudicial directamente en el principio general del Derecho de la prohibición de la discriminación por razón de la edad [16] y ha expuesto que corresponde a los jueces nacionales «dejar» si es preciso «sin aplicación» cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio. [17] Sin embargo, parece tratarse de una creación artificial para resolver los problemas de discriminación en relaciones jurídicas entre particulares a las que la Directiva 2000/78, en su calidad de tal, no es aplicable directamente, por lo que no puede desplazar el Derecho civil o del trabajo nacional. [18]

23. Un trabajo exhaustivo de examen y análisis del fundamento doctrinal del controvertido efecto directo horizontal que tienen los principios generales del Derecho o los derechos fundamentales entre particulares sería seguramente interesante, [19] pero llevaría demasiado lejos en este momento. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia trata una relación jurídica vertical en la que el Sr. Andersen, en cuanto trabajador, puede, sin duda alguna, invocar directamente el principio de prohibición de discriminación de la Directiva

15 — Sentencias Mangold (apartados 74 y 75) y Kücükdeveci (apartados 20 y 21), citadas en la nota 3.

16 — Sobre la invocación controvertida de este principio general del Derecho, véanse las conclusiones del Abogado General Tizzano, de 30 de junio de 2005, en el asunto Mangold (sentencia citada en la nota 3), puntos 83 y 84; del Abogado General Mazák en el asunto Palacios de la Villa (sentencia citada en la nota 2), puntos 79 a 97; de la Abogado General Sharpston en el asunto Bartsch (sentencia citada en la nota 3), puntos 79 a 93, y mis conclusiones de 29 de abril de 2010 en el asunto Akzo y Akcros/Comisión (C-550/07 P, asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia), punto 96.

17 — Sentencias Mangold (apartado 77) y Kücükdeveci (apartado 51), citadas en la nota 3.

18 — Sentencia Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 46 y la jurisprudencia que allí se cita.

19 — Véanse a este respecto, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto Mangold (sentencia citada en la nota 3), puntos 83, 84 y 100; del Abogado General Mazák en el asunto Palacios de la Villa (sentencia citada en la nota 2), puntos 133 a 138, y de la Abogado General Sharpston en el asunto Bartsch (sentencia citada en la nota 3), puntos 79 a 93, y la jurisprudencia que en ellas se cita.

2000/78 frente a su empleador público. [20] A estos efectos basta con resolver sobre la petición de decisión prejudicial presentada por el Vestre Landsret únicamente teniendo en cuenta la referida Directiva, en la que se concreta el principio general del Derecho de la prohibición de discriminación por razón de la edad. [21] El Tribunal de Justicia ha procedido del mismo modo en otros asuntos relativos a la problemática de la discriminación por razón de la edad recientemente resueltos en los que también se veían afectadas relaciones jurídicas verticales. [22]

2. Ámbito de aplicación personal, material y temporal de la Directiva 2000/78

24. Según su artículo 3, apartado 1, letra c), la Directiva 2000/78 se aplicará «dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, […] a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con […] las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». [23]

25. En su condición de empleado de una corporación local, el Sr. Andersen era un empleado del «sector público» o de un «organismo público», por lo que estaba incluido en el ámbito personal de aplicación de la Directiva 2000/78.

26. En el artículo 2 *bis* de la FL se regula el derecho a una indemnización por despido en caso de ponerse fin a la relación laboral a instancia del empleador. Se trata de una prestación dineraria que forma parte de las condiciones de empleo y trabajo en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, careciendo de importancia a los efectos de su apreciación jurídica si forma parte de las condiciones de despido o de la remuneración. El hecho de que la citada indemnización se conceda únicamente después de haberse puesto fin a la relación laboral, no se opone a su calificación de prestación dineraria por razón de la relación laboral, al igual que tampoco lo hace el hecho de que se base en una norma legal. [24] Por lo tanto, la Directiva es también aplicable *ratione materiae.*

20 — Según reiterada jurisprudencia, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, particularmente en su condición de empleador (véanse, entre otras muchas, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723), apartado 49; de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483), apartado 57, y de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, Rec. p. I-3071), apartado 193. Éste es normalmente el caso de las prohibiciones de discriminación recogidas en el Derecho de la Unión (véanse el punto 90 de mis conclusiones de 9 de enero de 2008 en el asunto Impact y, en particular, sobre la aplicación directa de la prohibición de discriminación en lo relativo a las condiciones de empleo y de despido, la sentencia antes citada, Marshall, apartados 52 a 55).

21 — Sentencia Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 21.

22 — Sentencia de 18 de junio de 2009, Hütter (C-88/08, Rec. p. I-5325), así como las sentencias de 12 de enero de 2010, Wolf (C-229/08, Rec. p. I-1) y Petersen (C-341/08, Rec. p. I-47).

23 — Véase a este respecto, entre otras, la sentencia Hütter (citada en la nota 22), apartado 34.

24 — Sobre la inclusión de prestaciones dinerarias que se otorgan *después de haberse puesto fin a la relación laboral*, véase la sentencia de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, Rec. p. I-1757), apartados 40 a 44. Sobre las prestaciones dinerarias que el empleador otorga *al amparo de una ley* véanse, entre otras muchas, las sentencias de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889), apartados 16 a 18; de 17 de febrero de 1993, Comisión/Bélgica (C-173/91, Rec. p. I-673), apartado 17, y de 8 de junio de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-220/02, Rec. p. I-5907), apartado 36. Aunque esta última jurisprudencia ha recaído en relación con el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, puede aplicarse sin más a la Directiva 2000/78.

27. Las disposiciones de la Directiva 2000/78 también son aplicables desde el punto de vista temporal, puesto que se puso fin a la relación laboral del Sr. Andersen el 22 de enero de 2006, es decir, más de tres años después de que hubiese expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la referida Directiva (véase el artículo 18, apartado 1, de la Directiva).

si dicha disposición establece una diferencia de trato por razón de la edad (véase, a este respecto, el apartado 1 *infra);* en caso de respuesta afirmativa procederá analizar si dicha diferencia de trato está justificada (véase, a este respecto, el apartado 2 *infra).* [26]

1. Diferencia de trato en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78

B. *Sobre la apreciación de una norma como la danesa teniendo en cuenta el criterio de la Directiva 2000/78*

29. Como se desprende de su artículo 1 en relación con su artículo 2, apartado 1, la Directiva 2000/78 lucha contra la discriminación tanto directa como indirecta por razón de la edad en el empleo y la ocupación.

28. Según su artículo 1, en relación con su artículo 2, la Directiva 2000/78 prohíbe la discriminación por razón de la edad en el empleo y la ocupación. La discriminación es una diferencia de trato que no está justificada. [25] Por lo tanto, para comprobar si una norma como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL conduce a una discriminación por razón de la edad, ha de examinarse en primer lugar

30. Existe una *discriminación directa por razón de la edad* en el sentido de la Directiva 2000/78 cuando una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de la edad [artículo 2, apartado 2, letra a), en relación con el artículo 1]; [27] por lo tanto, la

25 — Véase, a este respecto, la última frase del vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78: «Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas [...] y debe prohibirse la discriminación»; véanse, en este mismo sentido, las sentencias Mangold (citada en la nota 3), apartado 58; Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 52, y Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartados 32 y 33.

26 — El Tribunal de Justicia procede del mismo modo, entre otras, en las sentencias Wolf (apartado 25) y Petersen (apartado 31), citadas en la nota 22.

27 — Véanse, entre otras, las sentencias Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 50; de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, Rec. p. I-1569), apartado 33; Hütter (citada en la nota 22), apartado 37; Wolf (citada en la nota 22), apartado 28; Petersen (citada en la nota 22), apartado 34, y Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 28.

diferencia de trato guarda relación directa con la edad. Por el contrario, cabe considerar que existe una mera *discriminación indirecta por razón de la edad* cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una edad respecto de otras personas [artículo 2, apartado 2, letra b)].

31. La distinción entre discriminación directa e indirecta es jurídicamente relevante sobre todo por el hecho de que las posibles justificaciones varían en función de si la diferencia de trato guarda relación directa o indirecta con la edad. [28] El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 recoge en términos muy generales las posibilidades de justificar una *diferencia de trato indirecta* por razón de la edad («pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima»), mientras que una *diferencia de trato directa* por razón de la edad únicamente puede justificarse por consideraciones de política social en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, [29] por requisitos profesionales específicos en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva [30] o por exigencias de *orden público* en el sentido del artículo 2, apartado 5, de la Directiva. De ello resulta que los posibles objetivos por los que puede justificarse una diferencia de trato directa por razón de la edad son menos amplios que los que permiten justificar una diferencia de trato indirecta, aunque los requisitos que se imponen al examen de la proporcionalidad son esencialmente idénticos.

32. Los trabajadores incluidos en el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL se encuentran todos en la misma situación: tras una trabajar de forma duradera e ininterrumpida para la empresa durante al menos doce años, han sido despedidos por su empleador. No obstante, reciben un trato diferente en lo relativo a la indemnización por despido en función de si tienen derecho o no a percibir una pensión de jubilación cofinanciada por el empleador.

33. A primera vista tal distinción en función de si se tiene o no derecho a percibir una pensión de jubilación parece indicar que existe una discriminación meramente indirecta por razón de la edad. Al referirse al derecho a pensión, el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL parece basarse en un criterio neutro, que

28 — Véase en este sentido, entre otras, la sentencia Age Concern England (citada en la nota 27), en particular, los apartados 58, 62 y 65.

29 — Véanse las sentencias Age Concern England (citada en la nota 27), apartados 46, primera frase, 49 y 52, y Hütter (citada en la nota 22), apartado 41, en las que el Tribunal de Justicia precisa que «los objetivos que pueden considerarse "legítimos" en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad son *objetivos de política social,* como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional» (el subrayado es mío).

30 — Sentencia Wolf (citada en la nota 22), en particular, los apartados 35 y 45.

perjudica sobre todo a los trabajadores de mayor edad únicamente en sus efectos prácticos.

34. Sin embargo, esta tesis, defendida en el presente asunto en particular por el Gobierno danés y la Comisión, es demasiado restrictiva. No tiene en cuenta que también puede existir una discriminación directa cuando una diferencia de trato se basa en un criterio que si bien parece neutro a primera vista en realidad está vinculado inseparablemente a la causa de diferenciación prohibida por el legislador de la Unión.

35. El Tribunal de Justicia ha declarado, por ejemplo, que existe una discriminación directa –y no sólo indirecta– por razón de sexo cuando las medidas de un empresario guardan relación con la existencia o inexistencia de embarazo, [31] pues el embarazo está vinculado inseparablemente al sexo de la trabajadora.

36. Esta jurisprudencia relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres puede trasladarse al principio de igualdad de trato conforme a la Directiva 2000/78 objeto del presente asunto. [32] Por lo tanto, ha de entenderse que existe una discriminación directa por razón de la edad no sólo cuando una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga expresamente por razón de su edad, sino también cuando recibe dicho trato por un criterio que está inseparablemente unido a la edad ya sea absoluta o relativa. [33]

37. Así es en el caso de una norma como la del artículo 2 *bis*, apartado 3, de la FL, que niega el derecho a percibir una indemnización por despido a los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación. Tal norma afecta exclusivamente a los trabajadores que han alcanzado la edad mínima para tener derecho a una pensión de jubilación (edad mínima de jubilación). Concretamente, en el plan de pensiones colectivo suscrito por el Sr. Andersen, así como en la

31 — Sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941), apartados 12 y 17; Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Rec. p. I-3979), apartado 13; de 27 de febrero de 2003, Busch (C-320/01, Rec. p. I-2041), apartado 39, y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski (C-116/06, Rec. p. I-7643), apartado 55.

32 — En este mismo sentido, las conclusiones de la Abogado General Sharpston, de 25 de junio de 2009, en el asunto Bressol y otros (C-73/08, Rec. p. I-2735), punto 53, según las cuales la definición de discriminación directa, tal como se ha desarrollado en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, puede trasladarse a todas las discriminaciones directas que se producen por una causa ilegítima.

33 — Sobre la distinción entre edad absoluta y relativa, véanse las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Bartsch (citadas en la nota 3), puntos 96, 97, 104 y 105.

mayoría de los planes de pensiones daneses, [34] únicamente pueden percibir una pensión de jubilación los trabajadores que han alcanzado como mínimo la edad de 60 años. Por lo tanto, únicamente están incluidos dentro del ámbito de aplicación personal del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL los trabajadores que han alcanzado una determinada edad. Estos son los únicos que no pueden disfrutar de la indemnización por despido prevista en el artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL. Por el contrario, los trabajadores que, con la misma antigüedad en la empresa, no han alcanzado dicha edad mínima de jubilación mantienen su derecho a percibir la indemnización por despido.

38. Al igual que la toma en consideración de un embarazo únicamente puede afectar a las trabajadoras, la remisión del legislador danés al derecho de percibir una pensión de jubilación solamente puede producir efectos frente a trabajadores que han alcanzado la edad mínima de jubilación y, por lo tanto, una determinada edad. El criterio relativo a la existencia o inexistencia de un derecho a pensión de jubilación, del que depende si un trabajador con un período duradero e ininterrumpido de trabajo para la empresa percibe o no una indemnización por despido, no es un criterio objetivo de diferenciación, sino que guarda relación directa con la edad del interesado.

39. De este modo, una norma como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL conduce a una discriminación directa por razón de la edad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), en relación con el artículo 1 de la Directiva 2000/78. [35]

2. Justificación de la diferencia de trato

40. No obstante, una norma como el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL únicamente puede conducir a una discriminación por razón de la edad prohibida por la Directiva 2000/78 si la discriminación directa por razón de la edad que establece no está justificada. Los requisitos a los que el Derecho de la Unión somete la justificación de tal diferencia de trato figuran en los artículos 2, apartado 5,

34 — Véanse, a este respecto, las alegaciones no contradichas del demandante en el litigio principal, hechas en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

35 — Véase, en este mismo sentido, la sentencia Age Concern England (citada en la nota 27), apartado 63, en la que se consideró la referencia a la «edad de jubilación» una «forma de discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78».

4, apartado 1, y 6, de la Directiva 2000/78. [36] Tan sólo esta última disposición, concretamente su apartado 1, es pertinente en el caso de autos.

a) Exigencias a la justificación en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78

41. Según el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, 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».

42. Mediante esta redacción algo pesada, la Directiva 2000/78 describe, en definitiva, las exigencias reconocidas en el Derecho general de la Unión que se imponen a la justificación de una diferencia de trato. La expresión introductoria «justificadas objetiva y razonablemente» no expresa, por lo que a su contenido respecta, nada distinto de la siguiente parte de la frase: «si están justificadas […] por una finalidad legítima […] y si los medios […] son adecuados y necesarios». [37]

43. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que el adverbio «razonablemente» [38] no tiene, en la expresión «objetiva y razonablemente» de la primera parte del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, significado propio a efectos del examen de la justificación. [39]

36 — Sobre el artículo 4 de la Directiva 2000/78 como justificación válida de discriminaciones directas por razón de la edad, véase la sentencia Wolf (citada en la nota 22), sobre el artículo 6 de la Directiva 2000/78 como justificación de discriminaciones directas por razón de la edad, véase la sentencia Age Concern England (citada en la nota 27), particularmente el artículo 62; también en las sentencias Mangold (citada en la nota 3), Palacios de la Villa (citada en la nota 2), Hütter (citada en la nota 22), Petersen (citada en la nota 22) y Kücükdeveci (citada en la nota 3), el Tribunal de Justicia examinó la posible existencia de una causa justificadora a la vista del artículo 6 de la Directiva en casos de discriminación directa por razón de la edad.

37 — La expresión «justificadas objetiva y razonablemente» (en inglés: «objectively and reasonably justified», en francés: «objectivement et raisonnablement justifiées») tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al artículo 14 del CEDH, en la que también se usa meramente como fórmula introductoria para el examen del objetivo legítimo y la proporcionalidad: «Selon la jurisprudence de la Cour [européenne des Droits de l'Homme], une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 [CEDH] si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"» (sentencia Gaygusuz c. Austria del TEDH de 16 de septiembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1141, § 42).

38 — En la versión inglesa «reasonably», en la francesa «raisonnablement».

39 — Sentencias Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartados 56 y 57, y Age Concern England (citada en la nota 27), apartados 65 y 67.

44. Otras expresiones del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, también contienen, en último término, obviedades.

45. Así, mediante el término «objetivamente» se destaca que los hechos y consideraciones tenidos en cuenta para justificar una diferencia de trato tienen que poder someterse a un examen *a posteriori.* Además, del término «objetivamente» cabe deducir que no pueden tenerse en cuenta para justificar una discriminación por razón de la edad consideraciones que no guardan relación con el asunto, en particular, aquellas que guardan relación estrecha con los criterios de diferenciación prohibidos por el artículo 1 de la Directiva 2000/78. Antes bien, mediante tal diferencia de trato, al igual que en los demás casos, únicamente pueden perseguirse «objetivos legítimos», [40] algunos de ellos enumerados a título de ejemplo en el artículo 6, apartado 1.

46. Los términos «adecuados y necesarios» de la segunda parte del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 contienen, finalmente, una descripción del control de proporcionalidad habitual en el Derecho de la Unión.

47. En general, la justificación de una discriminación directa por razón de la edad en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 exige, por lo tanto, que la medida que la establece se base en un *objetivo legítimo* y resista un control de proporcionalidad.

b) Objetivo legítimo

48. El propio tenor de la ley no da ninguna información sobre los objetivos que persigue el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL. No permite saber por qué los trabajadores despedidos que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación financiada quien hasta ese momento ha sido su empleador no han de beneficiarse de la indemnización por despido.

49. No obstante, esto no significa que una norma como la danesa esté sin más excluida de la justificación conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Es posible

40 — La distinción terminológica entre objetivos «legitimen» y «rechtmäßigen» se debe a una particularidad de la versión alemana; una distinción similar en la formulación se encuentra también en la versión italiana («finalità legittima» y «giustificati obiettivi»). Sin embargo, en ninguna de las demás versiones lingüísticas, en particular, en la versiones búlgara, checa, danesa, inglesa, griega, española, estonia, francesa, letona, lituana, húngara, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana, eslovaca, eslovena, finesa y sueca del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, se plantea dicho problema: en algunas encontramos en un solo adjetivo que cabe traducir por «legitim» o «rechtmäßig», en otras se utiliza dos veces el mismo adjetivo.

que otros elementos del contexto general de la norma permitan identificar su objetivo. [41]

50. En el presente asunto los trabajos preparatorios, [42] a los que se han referido tanto el Vestre Landsret como algunas de las partes en el procedimiento, dan información sobre el objetivo del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL. Según dichos trabajos preparatorios, el legislador danés consideró que los trabajadores despedidos con derecho a percibir una pensión de jubilación abandonan normalmente el mercado de trabajo. Por esa razón no debían percibir la indemnización por despido del artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL que tiene por objeto facilitar a los «trabajadores de mayor edad», con una antigüedad considerable en una misma empresa, «la transición a un nuevo empleo».

51. Con la pretensión de facilitar a los trabajadores de mayor edad, que sin incurrir en culpa alguna han perdido su puesto de trabajo y necesitan otro, la reinserción en el mercado laboral y de hacer socialmente soportable la transición a un nuevo empleo, el legislador danés persigue, sin duda alguna, un objetivo legítimo de política social en los ámbitos de política de empleo y mercado de trabajo. En principio, una discriminación por razón de la edad puede justificarse sobre la base de dicho objetivo teniendo en cuenta las condiciones de despido o remuneración [artículo 6, apartado 1, párrafo primero, en relación con el párrafo segundo, letra a), de la Directiva 2000/78]. [43]

c) Control de proporcionalidad

52. Sin embargo, queda por examinar la cuestión de si para alcanzar dicho objetivo legítimo era proporcionado reducir el círculo de trabajadores que, en el marco del artículo 2 *bis* de la FL, tienen derecho a indemnización a aquellos trabajadores que, el término de su relación laboral, no tienen derecho a percibir una pensión de jubilación, como resulta de la aplicación del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL en la interpretación hecha por la jurisprudencia danesa. Dicho de otro modo, ha de examinarse si la reducción del círculo de trabajadores que tienen derecho a indemnización, tal como la dispuesta por el

41 — Sentencias Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartados 56 y 57; Age Concern England (citada en la nota 27), apartados 44 y 45, y Petersen (citada en la nota 22), apartados 39 y 40.

42 — Exposición de motivos del proyecto de Ley con ocasión de la introducción de la disposición controvertida a la FL (*Folketingstidende* 1970-1971, suplemento A, columna 1334). Las consideraciones de entonces se confirmaron posteriormente al adaptar la normativa interna a la Directiva 2000/78 en relación con la discriminación por razón de la edad, a saber, mediante la exposición de motivos del proyecto de ley L 92 (*Folketingstidende* 2004-2005 [1ª recopilación], suplemento A, pp. 2686, 2701), que finalmente condujo a la adopción de la Ley nº 1417, de 22 de diciembre de 2004.

43 — Véanse, en este mismo sentido, las sentencias Mangold (citada en la nota 3), apartados 59 a 61; Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartados 65 y 66, y Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartados 35 y 36.

legislador danés, es «adecuada y necesaria» para alcanzar su objetivo de política social y si no causa un perjuicio desproporcionado a los trabajadores a los que no se otorga la indemnización por despido. [44]

54. La jurisprudencia ha reconocido que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral. [46] A la vista de esta prerrogativa de apreciación de los Estados miembros, el papel del Tribunal de Justicia se limita a garantizar que las medidas adoptadas sean *razonables* [47] o, dicho de otro modo, que las medidas adoptadas no sean *manifiestamente inadecuadas* para alcanzar el objetivo perseguido.

i) Carácter adecuado (medida que no es manifiestamente inapropiada)

53. «Adecuado» en el sentido de la segunda parte del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 es el medio empleado por el legislador nacional –en el presente asunto la limitación del derecho a percibir una indemnización por despido a las personas que no tienen derecho a percibir una pensión de jubilación– cuando es *adecuado* para alcanzar el objetivo legítimo que se persigue, a saber, facilitar económicamente a los trabajadores de mayor edad, que tras su despido requieren otro empleo, la transición a un nuevo trabajo. [45]

55. Una norma como el artículo 2 *bis,* apartado 3, garantiza que únicamente se beneficien de la indemnización por despido los trabajadores que no tienen derecho a pensión de jubilación. Por lo tanto, únicamente tienen derecho a indemnización aquellas personas que muy probablemente sigan estando disponibles en el mercado de trabajo y que busquen un nuevo empleo. Una indemnización por despido que únicamente se otorga a este círculo de personas claramente delimitado alcanza, sin duda alguna, el objetivo que persigue el legislador de apoyar solamente a trabajadores con cierta antigüedad en una empresa que efectivamente se encuentran en situación

44 — Sobre el último requisito citado véase, por analogía, la sentencia Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 73.

45 — La utilización del adjetivo «angemessen» en la versión alemana del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 resulta extraña. Como muestra un examen de otras versiones lingüísticas (inglés: «appropriate», francés: «appropriés», italiano: «appropriati», español: «adecuados», portugués: «apropriados», neerlandés: «passend»), en alemán hubiera sido más adecuado el adjetivo «geeignet». Por lo demás, mediante la utilización del término «geeignet», se hubiera evitado la repetición engañosa de «angemessen» en la primera y segunda parte de dicha disposición, como se ha logrado en otras versiones lingüísticas.

46 — Sentencias Mangold (citada en la nota 3), apartado 63; Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 68; Age Concern England (citada en la nota 27), apartado 51; Hütter (citada en la nota 22), apartado 45, y Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 38. Véase, en este mismo sentido, el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78, según el cual las diferencias de trato por razones de edad «requieren […] disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros» (citado en la sentencia Palacios de la Villa, apartado 69).

47 — Sentencias Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 72, y Petersen (citada en la nota 22), apartado 70.

de transición a otro empleo. Al propio tiempo puede minimizarse el uso ajeno al objetivo o abusivo de la indemnización por despido por personas que en realidad han dejado de buscar un empleo y pretenden vivir de su pensión de jubilación.

56. El demandante en el litigio principal y la Comisión alegan que, en contra del objetivo expreso del legislador danés, no sólo se benefician de la indemnización del artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL los trabajadores de mayor edad sino también los más jóvenes, que comenzaron su carrera profesional a una edad relativamente temprana y que han trabajado de manera duradera para un mismo empleador. De este modo, un trabajador puede alcanzar los 12, 15 o 18 años de antigüedad en una misma empresa necesarios para obtener el derecho a una indemnización por despido antes de cumplir los 40 años, si comenzó a trabajar para un empleador a edad temprana y no interrumpió dicho período de empleo. Mediante esta alegación se cuestiona la coherencia de la norma del artículo 2 *bis* de la FL.

57. Es cierto que una norma nacional únicamente es adecuada para alcanzar el objetivo invocado, «si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática». [48] Si el legislador nacional pretendiera realmente dar seguridad económica únicamente a los trabajadores que ya han alcanzado una determinada edad cuando éstos se encuentran en situación de transición a un nuevo empleo, resultaría efectivamente incoherente otorgar la indemnización por despido a los trabajadores más jóvenes con la misma antigüedad en la empresa.

58. No obstante, como aclararon la Region Syddanmark y el Gobierno danés en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, se pretende que la indemnización por despido beneficie en realidad a *todos* los trabajadores que han trabajado por un período relativamente largo para un mismo empleador, puesto que, independientemente de su edad, les resulta especialmente difícil la transición a un nuevo empleo. En tales circunstancias, no existen dudas respecto de la coherencia de una norma como la danesa. [49]

48 — A este respecto, véanse en general las sentencias de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartado 55, y de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri («Sardegna», C-169/08, Rec. p. I-10821), apartado 42 *in fine,* así como particularmente, en relación con la justificación de una diferencia de trato por razón de la edad, las sentencias Petersen (apartado 53) y Hütter (apartados 46 y 47, donde se habla de contradicción y de falta de coherencia interna de la norma nacional), citadas en la nota 22.

49 — En su jurisprudencia más reciente, el Tribunal de Justicia también ha considerado importante que los trabajadores han de recibir igual trato en lo relativo a su antigüedad, independientemente de la edad con la que se incorporaron a la empresa, véanse las sentencias Hütter (citada en la nota 22), apartados 47 a 50, y Küçükdeveci (citada en la nota 3), apartados 29 a 31 y 40 a 42.

59. Por lo tanto, una norma como el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, no parece, en definitiva, manifiestamente inadecuada para alcanzar el objetivo de política social que persigue el legislador. En consecuencia, es «adecuada» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

ii) Carácter necesario

60. No obstante, una norma como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, únicamente es «necesaria» cuando el objetivo legítimo perseguido no podía alcanzarse por una medida menos restrictiva que fuera igualmente adecuada.

61. En este contexto resulta problemático que el legislador danés niegue, mediante el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, *de manera general* el derecho a percibir una indemnización por despido a los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación, independientemente de si los interesados se jubilan efectivamente o de si pretenden continuar activos en el mercado de trabajo.

62. Como ya he señalado anteriormente, los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral. [50] Dicha facultad de apreciación excluye, en principio, que se prescinda, por razones de simplificación, del examen de cada caso concreto y se clasifique, en su lugar, a los trabajadores por la vía de la tipificación con arreglo a criterios generales en determinadas categorías, [51] aunque de este modo se pierda parte de la justicia del caso concreto.

63. No obstante, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede abocar a que se desustancie la aplicación del principio de no discriminación por razón de la edad. [52]

64. Sin embargo, eso es lo que sucede en el presente asunto. Una norma como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, que exime automáticamente al empleador del pago de una indemnización por despido cuando el trabajador tiene derecho a percibir una pensión de jubilación, le invita a despedir preferentemente a aquellos trabajadores que han alcanzo la edad mínima de jubilación. Para el empleador resulta más favorable

50 — Véase el punto 54 *supra* de las presentes conclusiones y la jurisprudencia citada en la nota 46.

51 — Véanse mis conclusiones de 1 de abril de 2004 en el asunto Hlozek (sentencia de 9 de diciembre de 2004, C-19/02, Rec. p. I-11491), puntos 57 y 58.

52 — Sentencia Age Concern England (citada en la nota 27), apartado 51; véanse, en este mismo sentido, las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, Rec. p. I-623), apartado 75; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Rec. p. I-2741), apartado 57, y de 18 de enero de 2007, Confédération générale du travail y otros (C-385/05, Rec. p. I-611), apartado 29; véanse también mis conclusiones en el asunto Hlozek (citadas en la nota 51), punto 59.

económicamente despedir, de entre los trabajadores con la misma antigüedad, a aquellos que han alcanzado una determinada edad, a saber, la edad mínima de jubilación.

65. Además, existían medios menos restrictivos para garantizar que únicamente se beneficiaran de la indemnización por despido los trabajadores que efectivamente siguen estando disponibles en el mercado de trabajo y buscan un nuevo empleo. De este modo, el legislador danés podría haber supeditado el pago de la indemnización por despido a que el trabajador de que se trate se registrase efectivamente como desempleado en un plazo mínimo determinado y a que no presentase, hasta que se agote dicho plazo, una solicitud de pago de una pensión de jubilación. Para evitar al mismo tiempo al empleador una carga administrativa excesiva, podría haberse impuesto al trabajador la obligación de presentar previamente y de manera espontánea las pruebas correspondientes en plazos determinados. Como señala la Comisión, podría haberse obligado además al trabajador a devolver la indemnización cobrada de manera irregular o abusiva.

66. En tales circunstancias, una norma como el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, excede lo necesario para garantizar que el pago de la indemnización por despido beneficie, de conformidad con lo previsto por el legislador, únicamente a aquellas personas que, tras su despido, necesitan un nuevo empleo.

iii) Perjuicio excesivo causado a los trabajadores

67. Sin embargo, aunque se considere necesaria una disposición como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL para alcanzar el objetivo legítimo que persigue el legislador nacional, queda por examinar si la norma no conduce a que se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores.

68. Este criterio adicional, acuñado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Palacios de la Villa, [53] es, en último término, expresión del principio general de proporcionalidad del Derecho de la Unión. Según dicho principio, las medidas, *no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos* [54] (la llamada «proporcionalidad en sentido estricto») aunque sean adecuadas y necesarias para alcanzar objetivos legítimos. Dicho de otro modo, el objetivo de política social que se persigue a escala nacional ha de conciliarse en la medida de lo posible con las exigencias del principio de igualdad de trato, [55] y el Estado miembro de que se trate está obligado a

53 — Véase, en este sentido, la sentencia Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 73.

54 — Jurisprudencia reiterada, véanse, entre otras muchas, las sentencias de 11 de julio de 1989, Schräder (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21; de 10 de marzo de 2005, Tempelman y van Schaijk (C-96/03 y C-97/03, Rec. p. I-1895), apartado 47, y de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-379/08 y C-380/08, Rec. p. I-2007), apartado 86.

55 — Sentencias de 19 de marzo de 2002, Lommers (C-476/99, Rec. p. I-2891, apartado 39, sobre el principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras), y Mangold (citada en la nota 3, apartado 65, sobre el principio de igualdad de trato de la Directiva 2000/78).

alcanzar «el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego». [56]

69. Puede formar parte de los intereses del trabajador de que se trate continuar en el ejercicio de una actividad tras la pérdida de su empleo de larga duración aunque tenga derecho a percibir una pensión de jubilación. En este contexto, reviste importancia el hecho de que, en virtud del Derecho de la Unión, toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer su profesión (artículo 15, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). [57] Dicho derecho fundamental europeo también incumbe a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, por ejemplo, la Directiva 2000/78, aplicable en el presente asunto (artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales). En la interpretación y la aplicación de disposiciones de Derecho interno, ha de prestarse atención a situaciones de hecho que no han concluido. [58]

70. Una norma como el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL dificulta a los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación continuar ejerciendo su derecho a trabajar, puesto que, a diferencia de otros trabajadores con la misma antigüedad, no reciben un apoyo económico en forma de indemnización por despido cuando se encuentran en fase de transición a un nuevo empleo. Asimismo resulta más difícil poner en práctica la idea de apoyar a los trabajadores de mayor edad, en que se basa la Directiva 2000/78, para incrementar el porcentaje de la población activa que representan. [59]

71. Es cierto que ha de alcanzar un justo equilibrio entre el interés del trabajador de que se trate en seguir trabajando y los demás intereses. De este modo, el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia Palacios de la Villa que puede justificarse por razones de política de empleo y del mercado laboral que determinados trabajadores hayan sido objeto de una medida de «jubilación forzosa» por haber alcanzado el límite de edad previsto. [60]

72. En particular, no puede prohibirse a los Estados miembros –ni a los interlocutores sociales– adoptar medidas menos onerosas que la jubilación forzosa: una disposición como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL no prohíbe a los trabajadores con derecho a percibir

56 — Sentencia Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartado 71.

57 — La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue solemnemente proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1) y, nuevamente el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1).

58 — Véase, en este sentido, la reiterada jurisprudencia, según la cual una nueva norma se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma; véanse las sentencias de 5 de diciembre de 1973, SOPAD (143/73, Rec. p. 1433), apartado 8; de 29 de enero de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Rec. p. I-1049), apartado 50; de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, Rec. p. I-9465), apartado 43, y de 14 de enero de 2010, Stadt Papenburg (C-226/08, Rec. p. I-131), apartado 46. De este modo también puede explicarse por qué, en las sentencias Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 22, y de 4 de marzo de 2010, Chakroun (C-578/08, Rec. p. I-1839), apartado 44, el Tribunal de Justicia hizo referencia a la Carta en cuanto Derecho primario vinculante.

59 — Considerando noveno de la Directiva 2000/78.

60 — Sentencia Palacios de la Villa (citada en la nota 2), particularmente el apartado 73.

una pensión de jubilación continuar ejerciendo su actividad. Simplemente, no se apoya económicamente a los interesados en la búsqueda de un nuevo empleo en la misma medida que a otros trabajadores que no tienen derecho a percibir una pensión de jubilación. De este modo, como destacan los Gobiernos danés y alemán, se tienen en cuenta, entre otros, los intereses legítimos de los empleadores en que se limiten las cargas económicas que sufren con ocasión de los despidos. [61]

73. No obstante, también la pérdida del mero derecho a recibir apoyo económico en la transición a un nuevo empleo puede perjudicar gravemente a los intereses de un trabajador despedido. Éste es el caso cuando la jubilación inmediata conlleva para el trabajador de que se trate una reducción considerable de la pensión por jubilarse anticipadamente u otras reducciones significativas de la pensión máxima alcanzable. En tal supuesto, su interés en seguir trabajando adquiere un peso particular. Cuanto más tiempo trabaje, más elevado será normalmente su derecho a una pensión de jubilación y menor será, en su caso, la reducción de la pensión por jubilación anticipada que tenga que sufrir.

74. El caso del Sr. Andersen es un claro ejemplo: si al terminar la relación laboral en agosto de 2006 hubiera decidido jubilarse con carácter inmediato, habría tenido derecho a una pensión de jubilación anual por importe de 125.374 DKK. [62] Sin embargo, de continuar cotizando en la misma cuantía hasta el 1 de junio de 2008, en relación con el aplazamiento de la jubilación hasta dicha fecha, su pensión de jubilación se habría incrementado hasta alcanzar 152.611 DKK anuales, [63] es decir, que con tan sólo dos años adicionales, el importe nominal de la pensión se habría incrementado en más de un 20 %.

61 — Si bien el Tribunal de Justicia ha destacado que «los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad» no pueden justificar una discriminación directa por razón de la edad. Sin embargo, al mismo tiempo no ha excluido que, en el marco de los objetivos de política de empleo y del mercado de trabajo de interés general, puedan tenerse en cuenta, entre otros, los intereses de los empleadores. Por lo tanto, es legítimo que el legislador danés, al establecer el derecho a indemnización por despido conforme al artículo 2 *bis* de la FL tuviera en cuenta, entre otros, el interés de los empleadores en evitar una carga económica excesiva; véase, a este respecto, la sentencia Age Concern England (citada en la nota 27), apartado 51. También en la sentencia Kücükdeveci (citada en la nota 3), el Tribunal de Justicia consideró nada desdeñables, por ejemplo, los intereses en «una mayor flexibilidad en la gestión del personal» y en aliviar las cargas que para el empresario supone el despido de determinadas categorías de trabajadores (apartado 39); por el contrario, consideró que dicha normativa no era «adecuada para la realización de tal objetivo» (apartado 40).

62 — A 31 de agosto de 2006 esta cifra hubiera tenido un contravalor de 16.807,64 euros, es decir, unos 1.400 euros mensuales.

63 — A 1 de junio de 2008 esta cifra hubiera tenido un contravalor de 20.460,56 euros, es decir, unos 1.705 euros mensuales.

75. Es cierto que, en último término, la definición del umbral hasta el cual los trabajadores han de aceptar reducciones de las pensiones por jubilación anticipada y otras reducciones del importe máximo de pensión que pueden alcanzar, forma parte del amplio margen de apreciación del que dispone el legislador nacional (o los interlocutores sociales). Por lo que parece, el legislador danés no tuvo en cuenta esta problemática al introducir el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL [64] controvertido ni al adaptar posteriormente el Derecho interno a la Directiva 2000/78. [65] El legislador danés no ha ejercido en absoluto su facultad de apreciación en este punto.

76. El artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL no distingue entre los trabajadores que han cumplido la edad ordinaria de jubilación y aquéllos que únicamente pueden justificar haber alcanzado la edad mínima de jubilación. No obstante, los dos grupos no pueden medirse con la misma vara, puesto que se diferencian en un punto determinante: antes de alcanzarse la edad ordinaria de jubilación la percepción de una pensión de jubilación lleva aparejada normalmente una considerable reducción de la misma, lo cual puede llevar a que los interesados sufran una pérdida económica significativa. Además, los futuros derechos de un trabajador a pensión serán proporcionalmente inferiores dependiendo de los años que le falten para alcanzar la edad normal de jubilación.

77. Es cierto que el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL limita, desde su modificación de 1996, la negativa a otorgar una indemnización por despido a los casos en los que el trabajador despedido comenzó a contribuir al plan de pensiones antes de cumplir los 50 años de edad. No obstante, con esta medida solamente se consigue que los futuros derechos a percibir las llamadas «micropensiones» no afecten al derecho a percibir una indemnización por despido. Sin embargo, no cabe excluir que un trabajador tenga que sufrir una considerable reducción de la pensión por jubilarse anticipadamente. En un caso extremo, esto puede conducir a que un trabajador que ha comenzado a contribuir a su plan de pensiones a los 49 años y que pierde su empleo con 61 años, pierda su derecho a percibir la indemnización por despido del artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL, aunque, tras haber contribuido durante doce años, sólo pueda esperar percibir una pequeña pensión basada en un convenio colectivo que se verá reducida, además, por el hecho de jubilarse anticipadamente.

64 — Originalmente artículo 2 *bis,* apartado 2, de la FL.

65 — Como se desprende de los autos, con ocasión de la adaptación del ordenamiento interno a la Directiva 2000/78, el legislador danés se limitó a examinar el artículo 2 *bis* de la FL tan sólo a efectos de determinar si la negativa a otorgar la indemnización por despido a los *trabajadores más jóvenes* está justificada materialmente. En cambio, no parece haber sido objeto de debate la cuestión de si el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL discrimina por razón de la edad a los *trabajadores de mayor edad* con derecho a percibir una pensión de jubilación (véase el punto 42 *supra).*

78. En definitiva, una disposición como la del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL no puede, por lo tanto, entenderse como expresión de un justo equilibrio entre los distintos intereses, pues causa un perjuicio excesivo a los trabajadores a los que resulta aplicable, al presumir sin que queda prueba en contrario que éstos siempre abandonarán el mercado laboral pese a las penalizaciones económicas considerables aplicables a la pensión individual que pueden obtener en cada caso. Sin embargo, un trabajador tiene un interés legítimo en continuar su actividad si, en caso de jubilación inmediata, ha de sufrir una reducción considerable de la pensión por jubilación anticipada u otras reducciones significativas de la pensión máxima que puede obtener.

79. De este modo, el presente asunto se diferencia esencialmente del asunto Palacios de la Villa en el que las disposiciones normativas y de los convenios colectivos españolas no tenían en cuenta la edad mínima de jubilación sino la edad ordinaria de jubilación y el demandante había cubierto el máximo de períodos de cotización. [66]

66 — Sentencia Palacios de la Villa (citada en la nota 2), apartados 24, 27 y 30.

iv) Conclusión provisional

80. Una disposición como el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, no es necesaria para alcanzar el objetivo que con ella se persigue. Además, causa un perjuicio desproporcionado a los intereses de los trabajadores afectados. Por estas dos razones la discriminación directa por razón de la edad que conlleva no puede justificarse en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

3. Consecuencias para el litigio principal

81. Conforme a reiterada jurisprudencia, al aplicar el Derecho interno y, en particular, las disposiciones de una normativa específicamente adoptada para dar ejecución a lo dispuesto en una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar su Derecho, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, apartado 3. [67]

82. Esta obligación de interpretación conforme con la Directiva tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para

67 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 113; Impact (citada en la nota 20), apartado 98; Angelidaki y otros (citada en la nota 20), apartado 197, y Kücükdeveci (citada en la nota 3), apartado 47.

una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. [68]

83. Sin embargo, al margen de ello, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. [69] Para ello habrán de agotar el margen de apreciación que les confiera su Derecho interno. [70]

84. Incumbe al tribunal remitente comprobar si el artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL puede interpretarse de manera conforme con las exigencias antes indicadas impuestas por la Directiva 2000/78 y, de ser así, en qué medida. Sin pretender adelantarme a la calificación del Vestre Landsret, único competente para interpretar la normativa interna, [71] me parece que en el caso de autos es posible una interpretación conforme con la Directiva, pues la aplicación estricta que en la actualidad se hace de la excepción del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL, se basa únicamente en la interpretación dada por la jurisprudencia danesa. Su tenor («si el trabajador percibe –al término de la relación laboral– una pensión de jubilación del empresario […]») podría interpretarse en el sentido de que únicamente comprende a personas que *efectivamente van a percibir* su pensión de jubilación, sin que tengan que incluirse necesariamente a las personas que meramente *tienen derecho a percibir* una pensión de jubilación. [72]

85. Si no fuera posible hacer una interpretación del artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL conforme con la Directiva, la disposición no debería aplicarse en el caso de autos, [73] con la consecuencia de que tendría que otorgarse la

68 — Sentencias de 16 de junio de 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285), apartados 44 y 47; Impact (citada en la nota 20), apartado 100, y Angelidaki y otros (citada en la nota 20), apartado 199.

69 — Sentencias Pfeiffer (citada en la nota 67), apartados 115, 116, 118 y 119; Impact (citada en la nota 20), apartado 101, y Angelidaki y otros (citada en la nota 20), apartado 200; de forma similar la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, en la que el Tribunal de Justicia destacó que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer una interpretación, en la medida de lo posible «a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva».

70 — Sentencia von Colson y Kamann (citada en la nota 67), apartado 28; véanse también las sentencias de 4 de febrero de 1988, Murphy y otros (157/86, Rec. p. 673), apartado 11, y de 11 de enero de 2007, ITC (C-208/05, Rec. p. I-181), apartado 68.

71 — Sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 103; de 19 de septiembre de 2006, Wilson (C-506/04, Rec. p. I-8613), apartado 34, y Angelidaki y otros (citada en la nota 20), apartado 48.

72 — Como señala el Gobierno danés en sus declaraciones escritas, la práctica actual relativa al artículo 2 *bis,* apartado 3, de la FL se basa en una interpretación restrictiva desde el punto de vista teleológico en la que el verbo danés «vil» ha de entenderse en el sentido de «kan».

73 — Reiterada jurisprudencia; véase, por ejemplo, la sentencia Marshall (citada en la nota 20), apartados 55 y 56, según la cual el principio de igualdad de trato «puede ser invocado en contra de una autoridad del Estado que actúe en calidad de empresario, para impedir la aplicación de cualquier disposición que no se conforme a dicho [principio]»; véanse, además, las sentencias ITC (citada en la nota 70), apartado 69, y Petersen (citada en la nota 22), apartados 80 y 81.

indemnización por despido del artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL a una persona que se encuentre en la situación del Sr. Andersen. Mientras el legislador nacional no haya adoptado medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutan las personas comprendidas en la categoría beneficiada. [74]

4. Observaciones finales

86. En aras de la exhaustividad procede hacer las siguientes consideraciones para dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a su petición de decisión prejudicial.

87. El hecho de que el artículo 2 *bis,* apartado 1, de la FL vincule el pago de la indemnización por despido al hecho de haber trabajado de forma duradera e ininterrumpida para una empresa puede ser un indicio de que el objeto y la finalidad de dicha indemnización no son exclusivamente apoyar económicamente la transición a un nuevo empleo. Más bien podría tratarse de recompensar con tal indemnización –al menos parcialmente– la fidelidad del trabajador a la empresa.

88. En las respuestas dadas a la pregunta formulada en este sentido por el Tribunal de Justicia, las partes no han mantenido una postura uniforme acerca de si el artículo 2 *bis* de la FL contiene dicho elemento de recompensa por la fidelidad a la empresa. Mientras que el Gobierno danés, la Region Syddanmark y la Comisión lo niegan, el demandante en el litigio principal sostiene lo contrario. Incumbe en definitiva al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre este extremo. [75]

89. En caso de que la norma del artículo 2 *bis* de la FL tenga por objeto, al menos en parte, recompensar la fidelidad duradera a la empresa, éste sería un motivo imperioso adicional para no negar la indemnización por despido a los trabajadores que tienen derecho a percibir una pensión de jubilación por el mero hecho de que tengan tal derecho. Por lo que respecta a la recompensa por la fidelidad del pasado a la empresa, carece de pertinencia que un trabajador tenga o no derecho a percibir una pensión de jubilación al extinguirse la relación laboral.

74 — Reiterada jurisprudencia; véase, entre otras muchas, la sentencia de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros (C-231/06 a C-233/06, Rec. p. I-5149), apartado 39 y la jurisprudencia citada.

75 — Sentencia Petersen (citada en la nota 22), apartado 42.

VI. Conclusión

90. En virtud de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Vestre Landsret del siguiente modo:

«Si en caso de despido se otorga a los trabajadores con cierta antigüedad una indemnización impuesta por ley con la que se pretende facilitarles económicamente la transición a un nuevo empleo, es incompatible con los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE negar dicha indemnización por despido a los trabajadores que, al terminar la relación laboral, tienen derecho a percibir una pensión de jubilación, cuando no se tiene en cuanta:

— si el trabajador interesado percibirá efectivamente en ese momento una pensión de jubilación o si estará disponible en el mercado laboral, y

— si la jubilación en ese momento conllevaría para el trabajador interesado una reducción considerable de la pensión por jubilarse anticipadamente u otra reducción significativa del importe de la pensión.»