

I

LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Noemí SERRANO ARGÜELLO

Universidad de Valladolid

Págs. 17 a 44

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. A PROPÓSITO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD	18
II. EDAD Y TRABAJO	21
III. LA LITIGIOSIDAD RELATIVA A LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL EMPLEO	26
IV. LA RESPUESTA LEGAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD .	32
V. QUÉ TIPO DE PROTECCIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD	33
VI. LA INSUFICIENTE TUTELA COMUNITARIA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL EMPLEO	35

RESUMEN

Las diferencias de edad han servido para discriminar en el empleo a los trabajadores (en particular a los jóvenes y a aquellos que se encuentran en una edad madura). Esta realidad se hace más evidente en momentos de crisis económica y financiera que repercuten directamente sobre el empleo (aumentando el número de desempleados en estos tramos etarios). Erradicar esta discriminación por razón de la edad exige no sólo cambios legales sino importantes cambios culturales. El Derecho se preocupa por la no discriminación por edad en los contextos internacionales, en particular en Europa con la Directiva comunitaria 2000/78/CE, de 27 de noviembre,

de establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo. Se prohíbe cualquier manifestación discriminatoria por edad, lo que incluye todo comportamiento de acoso así como el despido motivado en la edad del trabajador, se fomenta el trabajo decente atendiendo a la edad y se exigen ajustes razonables. Mientras se predicán políticas de empleo que generen mercados laborales inclusivos en el ámbito de las relaciones laborales se observan expulsiones de cohortes de trabajadores por sus edades. Tras un estudio crítico también se advierte una regulación legal y una tutela judicial aún muy débil pues se permite la compensación económica de la discriminación por edad, fomentando el abandono temprano del trabajo hacia la jubilación, con o sin derecho a prestación, en vez de incentivar el alargamiento de la vida laboral. De algún modo nuestra normativa de Seguridad Social ha contribuido históricamente a perpetuar este trato desigual.

Palabras Clave: discriminación por razón de edad, empleo, etarismo, envejecimiento, asuntos judiciales.

ABSTRACT

Differences between ages have been served as a form of age discrimination at workplace (especially for young and old people). Nowadays in fact it is an evidence economic and financial crisis and the effect of loss of jobs (growing unemployment). Abolition discrimination on grounds of age makes necessary legal changes and also important cultural changes. The Law shows preoccupation about discriminations based on age in the International context, as example Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. It does not allow any externalization of discrimination on age, comprises harassment and dismissal, Law promotes suitable works on age and reasonable adjustment. If the legal standards talk about inclusive labour markets we see certain expulsion of employees relating with age (non-inclusive). After critical studies of Law and Court cases we realize soft regulations, our laws admit discriminations grounded on age linked to an economic compensation, the measure produces early leaving of employment to gain the retirement instead of the prolongation of working life. Furthermore Social Security Law accepts to perpetuate the differential treatment on grounds of age.

Key words: age discrimination, employment, ageism, ageing population, Court cases.

I. A PROPÓSITO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD

La ferviente lucha contra las discriminaciones en el empleo se expande en España gracias a la transposición de las Directivas antidiscriminatorias aparecidas en el Derecho comunitario. Hasta comienzos de este siglo XXI ciertamente la pieza más desarrollada en los ordenamientos europeos ha sido el combate contra la dis-

criminación por razón de sexo en el empleo; pero en los últimos años y sobre todo a partir del año 2000 el principio de igualdad de trato y la no discriminación superan ese segmento de la igualdad entre sexos para comenzar a diseñarse un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En esa fecha se promulgaba la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁽¹⁾. Con base en el artículo 6 del Tratado de la Unión europea, la norma comunitaria tomaba como referente todo el amplio elenco de Declaraciones internacionales que reconocen el derecho de la persona a la igualdad y su protección frente a la discriminación⁽²⁾. Sin dejar de apoyarse en el artículo 13 del Tratado que permite a las instituciones de la Unión europea, dentro de sus competencias, la adopción de acciones que propugnen el principio de igualdad y luchen contra la discriminación, con cita expresa del motivo de la edad. También el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea prohíbe la discriminación por edad. Del mismo modo la labor de la OIT para hacer real la igualdad de trato y la lucha contra las discriminaciones en el empleo se viene recogiendo desde que en 1958 se aprobara el Convenio núm. 111 y su pareja Recomendación (también núm. 111), aunque su interés destaca en los últimos años⁽³⁾. Por lo que se refiere específicamente a la edad en 1980 la OIT adoptaba la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad.

Por otro lado, conviene apuntar que el mundo del trabajo ha venido siendo un «*banco de pruebas*» para ahondar sobre el tratamiento jurídico del principio de igualdad de trato y la no discriminación, que una vez diseñados sus principales ejes debe –necesariamente– saltar a los otros ámbitos de la sociedad, sea la vida política, social o económica, es decir traspasar las lindes del espacio propiamente socio-laboral. En esta línea se trabajó en un Proyecto de Directiva, de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre personas por las mismas razones⁽⁴⁾ (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) que recogía la Directiva de 27 de noviembre de 2000, pero fue una aspiración frustrada y muy contestada porque se presuponía que implicaba intromisión en la vida privada.

La preocupación por la discriminación por edad en el empleo es calificada por la OIT como una forma de discriminación recientemente reconocida. Aunque la cuestión de la no discriminación por edad hunde sus raíces en el Derecho esta-

(1) DOUE serie L, núm. 303, de 2 de diciembre. Un completo estudio de las implicaciones de la Directiva en O'CONNOR, C. (2005), *Age discrimination and European Law*, Oficina de publicaciones de las Comunidades europeas, Luxemburgo.

(2) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de Naciones Unidas de los Derechos civiles y Políticos, Pacto de los Derechos económicos y Culturales, Convenio europeo de protección de los Derechos Humanos o la Carta comunitaria de los Derechos sociales fundamentales.

(3) Al respecto puede consultarse el informe de la OIT «*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*», presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B) y también respecto de los jóvenes los Informes de septiembre de 2012 «*Panorama mundial del empleo: perspectivas poco prometedoras para los jóvenes en el mercado laboral*» y de 2013 «*Tendencias Mundiales del Empleo juvenil 2013: Una generación en peligro*».

(4) COM (2008) 426 final.

dounidense, en concreto en el año 1903 con la regulación que impedía esta clase de discriminación en el Estado de Colorado. Sus más notorios avances se producen cuando, a lo largo de los años sesenta, la legislación federal desarrolla sus normas antidiscriminatorias y aprueba en el año 1964 la conocida *Civil Rights Act* para, unos años después, concretar la materia de la discriminación por razón de edad mediante su *Age Discrimination in Employment Act* en 1967, conocida por sus siglas ADEA. Esta prohibición será reforzada más allá del empleo en 1975 con la aprobación federal de la *Age Discrimination Act*. Desde allí se extiende el interés por combatir las discriminaciones por edad a otros países: Australia, Nueva Zelanda y Canadá. Parece interesante destacar que la vigente regulación australiana, su *Age Discrimination Act* de 2004, aborda la discriminación por edad desde una perspectiva integral y no sólo dedicada al empleo⁽⁵⁾.

Desde hace muy poco tiempo los ordenamientos jurídicos europeos se han mostrado permeables a afrontar esta cuestión, o bien, mediante la introducción de nuevas leyes sobre la discriminación por edad en el empleo, o bien, a través de reformas generales relativas a la igualdad en el empleo y la ocupación. La andadura se iniciaba en algunos países anglosajones (sin duda por la influencia que ejerce sobre ellos el Derecho norteamericano) es el caso irlandés que aprobó la renovación de su *Employment Equality Act* en 1998 norma que, posteriormente, será remodelada en 2004. Sin embargo, el Reino Unido no ha acometido esta tarea hasta aprobar el 3 de abril de 2006 *the Employment Equality (Age) Regulations* para acomodarse a las exigencias de la normativa comunitaria⁽⁶⁾.

Otros Estados europeos han optado por incorporar a su ordenamiento la Directiva comunitaria mediante una norma concreta dedicada al principio de igualdad de trato en el empleo reproduciendo el texto de la Directiva, es el caso italiano mediante su Decreto Legislativo núm. 216, de 9 de julio de 2003, norma que, a su vez, procedía a modificar los textos legislativos de otras leyes del trabajo. Mientras que España transpuso aquella Directiva 2000/78/CE, de una forma algo *sombria*, mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁽⁷⁾. Se trata de la norma de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2004 que recoge un sinnúmero de medidas y normas fiscales, administrativas y sociales; lo hizo de una manera muy simple, para cumplir con la exigencia de transposición de la Directiva al derecho interno, sin adentrarse en las complejas situaciones que supone la no discriminación por razón de edad. No obstante, ya el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores desde su versión originaria de 1980 impedía la discriminación por razón de edad en el empleo (si el tratamiento fuera desfavorable por ese motivo).

(5) Sin perjuicio de dedicar una parte importante de la Ley (arts. 18 a 25) a la prohibición de discriminación por razón de edad en el empleo.

(6) Statutory Instrument 2006 núm. 1031.

(7) Dentro de los primeros escritos doctrinales sobre la aplicación en España de la citada Directiva podemos citar GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2001), «La discriminación por razón de edad», *Temas laborales* núm. 59, pp. 93-124 o GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006), «Marco general para la igualdad de trato (Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE)», en GARCÍA MURCIA (dir.) *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento jurídico español*, MTAS, pp. 155 y ss.

II. EDAD Y TRABAJO

La edad es un factor que tradicionalmente ha sido tomado en cuenta por el Derecho para permitir el acceso a ciertos derechos o para fijar el momento a partir del cual algunos de éstos pueden ser ejercidos⁽⁸⁾. En el derecho común la edad aparece como limitante de la capacidad de obrar de los menores pero ya obtenida la plena capacidad la edad no modifica por sí sola la capacidad de los sujetos (el trato es el mismo para el mayor de edad o que para quienes son mucho más mayores). En el mundo del trabajo la edad nos indica a partir de qué momento se ostenta capacidad laboral, de esta manera se configura el momento para poder comenzar a desempeñar un trabajo (marcando así la linde entre un trabajo prohibido, el trabajo infantil, y uno permitido el trabajo adulto a partir de los 16 años –artículo 6.1 ET–). En el ámbito de la Seguridad Social la edad viene determinando el acceso al disfrute de determinadas prestaciones (jubilación, determinados subsidios por desempleo) marca diferencias según la edad de la persona (maternidad o incapacidad permanente) o llega a fijar la edad máxima para su percibo (como en la orfandad, etc.).

Sin embargo, los derechos también han relacionado la edad con el establecimiento de impedimentos para el disfrute y la continuidad de ciertos derechos laborales bajo el perfil anguloso de la edad como factor *incapacitante* desde la ley que llega hasta explicarse por la propia naturaleza de la persona –como efecto normalmente inherente a su envejecimiento– o, en fin, las propias disposiciones normativas han acogido no pocas soluciones discriminatorias por razón de edad. También en nuestras sociedades se ha venido relacionando la edad con el desarrollo de determinadas habilidades físicas o mentales y se ha sustentado en el erróneo parecer de que aquéllas con la edad (y por el sólo hecho de la edad) tienden a disminuir, siendo éste el principal pivote sobre el que se sustenta el apartamiento de los trabajadores del mundo laboral y sin tomar en cuenta que (1) no se trata de una realidad universal para todas las personas (2) ni tampoco atienden a que para el desarrollo de ciertas capacidades en el trabajo precisamente la edad ayuda a su consolidación. En otras ocasiones se considera que las funciones encomendadas a un trabajador no serán realizadas igual que si se tuviera otra edad (menor o mayor). Por otro lado, se instituye la idea de que la edad avanzada supone menor productividad laboral y las edades más jóvenes en el empleo se asocian a la impericia. El diferente trato otorgado a los empleos más jóvenes se suele vincular con la eventualidad del trabajo que desarrollan, la alta temporalidad de sus contrataciones, la consustancial precariedad de muchas de sus condiciones laborales por el hecho de ser jóvenes, recientemente incorporados al empleo, el percibo de salarios inferiores configurándose importantes discriminaciones salariales por esta causa (hasta ahora insuficientemente estudiadas, *a pesar de ello y como ejemplo* la STC 31/1984 validó la existencia de un salario mí-

(8) La mayoría de edad contemplada por el art. 12 CE como momento del pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles, la capacidad jurídica y de obrar, la posibilidad de contraer matrimonio (modificada en España en las reformas del Código Civil de 2013-14 pasando de los 14 a los 16 años de edad) u otros supuestos que toman en cuenta la edad para el disfrute de un derecho o la exigencia de obligaciones.

nimo interprofesional para los trabajadores menores de edad respecto de los mayores de dieciocho años⁽⁹⁾). Lo que también acontece con la aparición de figuras contractuales que para afrontar el desempleo juvenil en ocasiones rebajan ciertos derechos, como en los contratos formativos hasta las reformas de 2011 o con la aparición de nuevas modalidades dirigidas a la inserción laboral de los jóvenes contenidas en la Ley 11/2013 (con nuevas figuras de empleo temporal como el contrato de primer empleo joven, novedades en la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa o particularidades en la contratación indefinida de jóvenes por microempresas o autónomos⁽¹⁰⁾). E incluso, en ocasiones, la mayor desprotección social desde la Ley en términos de Seguridad Social.

De forma que es aceptado socialmente, por la leyes y por los tribunales que las interpretan la distinción entre los trabajadores por sus edades hasta llegar al apartamiento del ámbito laboral por razón de la edad, sin más. Se asume como «razonable» la discriminación por razón de edad aunque se denomina eufemísticamente trato diferente por razón de la edad.

Los derechos predicán el principio de no discriminación, la edad no puede ser una razón de discriminación en el trabajo. Sin embargo nuestros ordenamientos no han reaccionado, hasta fechas recientes, frente a la prohibición de discriminación por edad como sí lo han hecho de forma más contundente frente a otros motivos de discriminación (sexo, discapacidad, afiliación o no a sindicatos, convicciones políticas o religiosas, etnia u orientación sexual, etc.) y si lo hacen es debido a que por el alargamiento de la vida en los últimos 100 años se producen cambios socio-demográficos de gran calado. También el fuerte desempleo que padecen los trabajadores más jóvenes y los que van llegando a edades por encima de los cuarenta hace preocuparse por la influencia de la edad en el mundo del trabajo y en la necesidad de crear mercados de trabajo inclusivos por razón de edad. Con carácter general la edad, por sí sola, no debiera ser motivo justificante de determinadas medidas tomadas en el seno de la relación laboral, como tampoco lo puede ser la raza, el sexo, la ideología, la discapacidad u otras razones inherentes a la persona, expresamente prohibidas.

Por sus perfiles el análisis de la edad como causa de discriminación introduce cierta complejidad, todos tenemos una edad y además esa edad va cambiando con el transcurrir del tiempo, está en permanente mutación. Este motivo es diferente a las otras causas de discriminación, por ser la edad un factor cambiante en el propio trabajador. Por otro lado, en las relaciones de trabajo pueden tomarse en cuenta ciertos aspectos relacionados con la edad sin que ello suponga un tratamiento discriminatorio. Por exigencias de protección a los menores se ha fijado una edad mínima de acceso al trabajo, sin embargo conviene preguntarse si cabe implantar una edad

(9) Aunque el Tribunal lo justificó porque la diferencia, a su juicio, no se basaba en la edad como criterio diferenciador del salario sino en relación con que la edad se conectaba con determinadas modalidades de contratación o categorías profesionales definidas en función de la edad (lo que hoy pudiera entrar dentro de significativas discriminaciones indirectas).

(10) Arts. 12, 9 y 10 de la Ley 11/2013.

máxima como techo infranqueable para continuar desarrollando una actividad laboral. Esta cuestión se enfrenta de plano con la jubilación obligatoria (en el empleo público y también en el privado) e incide en la consideración del trabajo como un derecho (que contienen nuestros textos constitucionales, en la mayoría de las ocasiones como *derecho-deber*). Además de incorporar fuertes distinciones entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo.

La prolongación de la vida en el último siglo también es un importante factor demográfico que deben considerar los Estados a la hora de permitir la continuidad laboral, así lo puso de manifiesto el Libro verde de la Comisión europea «*Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones*»⁽¹¹⁾, en su Libro verde «*en pos de unos sistemas de pensiones europeos, adecuados, sostenibles y seguros*»⁽¹²⁾ o en el Libro blanco: *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*⁽¹³⁾, de otro modo la pérdida de activos en los próximos treinta años generará graves problemas de crecimiento económico y podría suponer un peligro para el sostenimiento del modelo europeo de protección social⁽¹⁴⁾. Desde el diseño de la estrategia de Lisboa (incluida la posterior estrategia renovada) se viene haciendo hincapié en la necesidad de ofrecer una mayor integración y participación en el empleo a los jóvenes y a las personas de mayor edad, así como la necesidad inevitable del alargamiento de la vida activa, prolongando el periodo de actividad o el retraso en la retirada del mundo laboral⁽¹⁵⁾. Con esos mismos fines se redactan desde 1997 las directrices comunitarias del empleo. La retirada del trabajo ha de ser voluntaria u obligada por los condicionantes intrínsecos de la persona, en particular ante su imposibilidad real de continuidad en el desarrollo de su trabajo, es decir debería atenderse tanto a la voluntad del trabajador como *elemento subjetivo* como al *elemento objetivo* de su capacidad funcional para continuar desarrollando las tareas propias de su puesto de trabajo. La edad por sí misma y en exclusiva no puede ser tomada como elemento determinante de la jubilación. La obligación de la Unión europea y de sus Estados miembros de garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo exige remover los fuertes obstáculos que el mercado de trabajo contiene para muchos grupos etarios de trabajadores⁽¹⁶⁾.

(11) COM (2005) 94 final.

(12) COM (2010) 365 final. Sobre la discriminación por edad véase la página 13.

(13) COM (2012) 55 final. Con referencia de la discriminación por motivo de la edad en las pp. 8, 9 y 15.

(14) Materias también abordadas en el Informe CESE *sobre efectos del envejecimiento y sus repercusiones en sanidad y protección social*, 2011/C 44/10.

(15) Al respecto exigiendo la implantación de estrategias en las políticas de empleo que sean inclusivas de los trabajadores de edad también el Informe de Wim Kok, «*Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*», Report of the Employment Taskforce, noviembre de 2003. O, más cerca de nuestros días, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: «*Income from work after retirement in the UE*», 2012.

(16) Es imprescindible consultar el Informe de la Comisión europea (Justicia) *Age and employment*, Oficina de Publicaciones de la Unión europea, 2011. O el Informe de cada anualidad sobre el envejecimiento publicado por la Comisión europea, el último de ellos: *The 2012 Ageing Report*, 2012.

La regulación comunitaria –Directiva 2000/78/CE– no entra a determinar criterios relativos a la normativa nacional cuando fija una edad de jubilación. Pero esta cuestión puede afectar a posibles discriminaciones por razón de la edad. Hemos de plantearnos si la jubilación ¿puede ser implantada de manera colectiva, por el legislador o la autonomía negocial y justificada en razones de la colectividad? Ciertamente si se parte de la prohibición de discriminación por edad, la edad por sí misma no puede ser considerada como impedimento para la continuidad de la prestación laboral. Sin embargo las leyes de Seguridad Social han incorporado la noción de edad ordinaria de jubilación, edad a partir de la cual se accede a la situación de pasivo en el mundo laboral. Considerar estos nuevos presupuestos implica relacionar la incapacidad laboral por razón de la edad y supone reescribir la protección social y las notables diferencias entre las incapacidades laborales permanentes y la jubilación. No obstante, hay que cuestionarse si la edad de jubilación puede ser obligatoria o forzosa y si implantar ésta supone una razón de discriminación por razón de edad⁽¹⁷⁾. Las respuestas obtenidas hasta ahora nos dicen que no. Pero hemos de cuestionarnos si las justificaciones que se nos ofrecen no se sustentan sobre una opinión social que, por desgracia, tolera y consiente de manera consciente la discriminación por edad.

La OIT no ha dudado en plantearnos cómo determinadas políticas públicas dedicadas preferentemente a un grupo de edad frente a otro supondrían una discriminación entre éstos dos grupos⁽¹⁸⁾.

La primera formulación que corresponde hacer al derecho es determinar qué edad o edades han de estar especialmente protegidas frente a la discriminación por edad y para ello es necesario realizar cohortes de distintas edades. Sin duda en el mundo del trabajo las edades más avanzadas son pasto para este tipo de discriminación, aunque también otras, como los más jóvenes no están exentas de trato discriminatorios (que se concentran en una menor protección social o en el percibo de salarios bajos). La política, la sociedad y el propio derecho en relación con el trabajo han venido denigrando a la persona por ser muy joven o por alcanzar determinada edad avanzada, en particular cuando envejece. Además la edad asociada a otras razones de discriminación prohibida como el sexo, la pertenencia a minorías o la discapacidad (u otras) supone una más intensa exclusión en el mundo laboral por *discriminación múltiple*. La desigualdad de trato por razón de edad interactúa con las diversas formas de discriminación y a edades más tempranas o más avanzadas se observan mayores desigualdades. En particular el envejecimiento se asocia con la pobreza, siguiendo la frase utilizada en Naciones Unidas de que «*envejecer es empobrecerse*», también en el empleo.

(17) Ya hubo en la práctica quien hace unos años considera este tipo de medidas de jubilación forzosa inconstitucionales, así GONZALO GONZÁLEZ, B. (2003), «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», Relaciones Laborales, núm. 8, pp. 33 y ss.

(18) Así lo constata el precitado informe de la OIT «*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*», presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B), p. 42.

En el campo de las políticas de empleo de los últimos años se han implantado normas para la protección del trabajador de edad avanzada o edad madura con base al principio de no discriminación (muestra de ello es la estrategia europea del empleo a partir de 1997 y su plasmación en las legislaciones nacionales⁽¹⁹⁾). Hoy plasmada en la figura de colectivos prioritarios receptores de programas específicos para fomentar su integración laboral, artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003, de Empleo. Las políticas de empleo se han preocupado tanto en la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo como en evitar la expulsión a partir de determinadas edades o en promover su reincorporación o recolocación. Pero han continuado (y hoy persisten) algunas políticas de empleo de tiempos precedentes que amparan e impulsan, en especial en épocas de crisis económica, la retirada anticipada del mundo del trabajo (precisamente dirigida al trabajador de edad madura) o, en atención al mal entendimiento del reparto del empleo, recogen la posibilidad de prestaciones por desempleo que anticipan jubilaciones o la propia jubilación forzosa⁽²⁰⁾ (visible en todos los ordenamientos y en especial aplicable al empleo público o para colectivos como policías, personal sanitario, pilotos, etc.). Determinadas normas y los acuerdos entre los negociadores sociales permiten la realización de actos discriminatorios por razón de la edad. Sin duda la coexistencia de estas medidas opuestas entre sí, pone de manifiesto cierta *paranoia* jurídica al abordar la no discriminación por razón de la edad. Pues no se puede proteger a los trabajadores frente la discriminación por edad y, al tiempo, avalar desde las normas jurídicas la salida espuria del mundo del trabajo precisamente motivada en la edad del trabajador⁽²¹⁾. El nuevo Derecho antidiscriminatorio del empleo no puede aceptar la discriminación por razón de edad, ni tampoco extender para esta prohibición una tenue permisividad porque en el mundo del empleo, en los años pasados y en la actualidad, se ha consentido y consiente la discriminación por edad (¡y de qué manera!).

Como luego veremos con mayor detalle las muestras de la discriminación por razón de edad abarcan desde la no selección⁽²²⁾ y acceso al empleo por esa

(19) Un reciente análisis en AMAUGER-LATTES, M.C y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dirs.) (2013), *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(20) Explicando estas medidas GETE CASTRILLO, P. (2001), *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch o MONTOYA MELGAR, A. y SÁNCHEZ DURÁN, Y. (2002), «Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo», RMTAS, núm. 1, pp. 26 y ss.; RIVERO LASMAS, J. (2006), «La jubilación como medida de fomento del empleo», REDT, núm. 131, pp. 531 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2006), «La relación estable entre negociación colectiva y jubilación forzosa», RGDTS, núm. 12; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2007), «Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad», López Cumbre (coord.): *Tratado de jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Iustel, pp. 1425 a 1462. Así como MOLINA NAVARRETE, C. (2007), «A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: nuevos capítulos para una ¿«historia interminable»?», *Diario La ley*, núm. 6648, 9 de febrero o RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2008), «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», RL núm. 2 (LA LEY 6600/2007).

(21) Véase un análisis de estas cuestiones en LÓPEZ CUMBRE, L. (1998), *La prejubilación*, Civitas, Madrid.

(22) Apreciando discriminación por razón de edad en la selección y oferta de trabajo imponiendo la correspondiente sanción administrativa por cometerse una infracción en materia de empleo recogida

causa⁽²³⁾, hasta la sustitución del trabajador, la degradación promocional, la relegación en sus tareas diarias y reemplazo por otro trabajador o la extinción misma del vínculo laboral⁽²⁴⁾. Por ejemplo en los expedientes de regulación de empleo en los despidos colectivos al amparo del artículo 51 ET se suele incorporar a trabajadores por su edad en atención a su proximidad a la jubilación, esta práctica se repite antes y después de la reforma laboral de la Ley 3/2012. En las reestructuraciones de las empresas basadas en crisis económicas o de otra clase (técnicas, organizativas o productivas) se aprovecha de manera espuria esa situación para apartar de la empresa (y muy probablemente del mercado de trabajo también) a los trabajadores de mayor edad. La edad por sí misma supone en muchos de estos casos aceptar la degradación de la capacidad de trabajo y admitir prescindir de aquellos trabajadores a los que por su avanzada edad se les considera, indebidamente, menos capaces que otros.

Muchas de las acciones públicas que sustentan la temprana retirada del mundo laboral se cobijan bajo el Derecho de la Seguridad Social pública o mediante planes de pensiones de empresa que sirven de puente hasta que se perciba la pensión pública (o la acción complementaria de la empresa) y se avala esta medida mediante la compensación económica ofrecida a los trabajadores, resarcimiento económico que se abona por la prematura salida del trabajo. Hasta el punto que la discriminación por edad en estos casos se configura legalmente hacia el exterior como si fuera un derecho a una prejubilación (pero con cargo a la prestación por desempleo), jubilación temprana, anticipada o incluso la jubilación obligada o forzosa. La discriminación por edad se reviste así de «legalidad» e incluso en ocasiones se tilda de derecho social conquistado.

III. LA LITIGIOSIDAD RELATIVA A LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL EMPLEO

Frente a supuestos de discriminación por razón de edad en el empleo se han venido planteando en diferentes reclamaciones, sin ánimo exhaustivo se recogen algunos de los casos forenses que ya han sido examinados por los juzgadores de distintos países.

En todo caso hay que tener presente que la discriminación por razón edad es utilizada principalmente, o bien, para impedir el acceso al trabajo y la consiguiente realización de una contratación laboral, o bien, para impedir la continuidad en el trabajo debido a la edad cumplida por la persona en cuestión. Sin embargo, cuando el

hoy en el art. 16.2 del TRLISOS la STSJ de Cataluña, sala de lo contencioso administrativo –sec. 2, de 18 de mayo de 2006 (Ar. 801740/2007).

(23) Al respecto *SEMPERE NAVARRO, A.* (2007), «Ofertas de empleo discriminatorias», Actualidad jurídica Aranzadi núm. 721.

(24) Por ejemplo en la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2004 comentada por *RON LATAS, R. P.* (2004), «La extinción del contrato de trabajo por razón de edad de un trabajador del mar emigrante contratado en un buque abanderado en pabellón de conveniencia», Aranzadi Social núm. 17.

análisis de la discriminación es más profundo se contempla que son muchas las condiciones de empleo en las que por razón de la edad se discrimina a los trabajadores (salarial, encargo de realización de funciones inferiores a su categoría, impedimentos y obstáculos para los ascensos y la promoción profesional, indebidas modificaciones sustanciales o movi­lidades geográficas⁽²⁵⁾, no participación en la formación especializada, etc.).

La discriminación se suele apoyar en estereotipos o estigmas asociados a la edad, para los jóvenes: la inexperiencia o la poca destreza o falta de pericia, para los mayores: la menor productividad, la falta de adaptación a los cambios, dificultad de ajustarse a decisiones flexibles o menor capacidad de reacción. Se fundamenta en premisas erróneas que no pueden ser amparadas jurídicamente. No obstante, como sucede en otros ámbitos de la discriminación, la discriminación por edad cada vez más es oculta o indirecta (de ahí la necesidad de analizar por grupos de edad la afectación de determinadas medidas de crisis y reestructuración empresarial).

Nos podemos encontrar con ofertas de empleo que fijen una edad máxima para concurrir a la misma, la discriminación por edad es muy frecuente en las ofertas de empleo (privado y sobre todo en el público⁽²⁶⁾). Otras veces aun admitiendo la po-

(25) Por ejemplo en STSJ de Galicia de 8 de junio de 2004 (Ar. 442/2006) recoge un caso de represalia por razón de edad con traslado por la negativa del trabajador de aceptar una oferta de prejubilación, el tribunal además de apreciar la infracción constitucional del art. 14 CE habiendo sido discriminado el trabajador por su edad entiende que se ha vulnerado también su derecho a la libertad personal del art. 17 CE, ya que se le quiso obligar aceptar una prejubilación y al no aceptarla en represalia se le imponen condiciones más gravosas de ejecución de su prestación de trabajo trasladándole a otra localidad.

(26) El Tribunal Constitucional en su Sentencia 75/1983 validó las normas administrativas que impedían el acceso a una plaza de funcionario (interventor de Ayuntamiento) para los mayores de 60 años, incluso consideró que se trataba de una legítima decisión legislativa impedir el acceso a ese puesto por haber rebasado una edad, atendiendo a la edad y a las características del puesto. La sentencia contenía cinco votos particulares (de juristas de incuestionable prestigio) que ponían de manifiesto como la norma rompía la igualdad y era intrínsecamente incoherente, permitía la continuidad en el cargo a quienes hubieran accedido a él pero impedía el acceso a quienes ya hubieran cumplido los 60 años. Además dejaban claro que para ellos la medida no era ni adecuada ni proporcionada al fin perseguido. Posteriormente ha seguido con esta interpretación, puede consultarse el comentario de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2005), «La edad máxima como límite para el acceso a la función pública. Comentario a la STC 37/2004, de 11 de marzo», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13 (BIB 2005/2009). Pero, en resoluciones más próximas a nuestros días, sí se aprecia la existencia de discriminación por razón de edad cuando se establece como requisito para la policía autonómica una edad mínima (21 años) y máxima (40 años), SSTS, sala de lo contencioso administrativo –sec. 7ª–, de 31 de enero (Ar. 502) y 28 de junio de 2006 (Ar. 3764) en este caso por falta de justificación suficiente de las razones objetivas y legítimas que justifican la diferencia de trato por edad.

También el Tribunal de Primera Instancia en la Unión europea ha validado este tipo de medidas que fijan límites de edad para la selección del personal al servicio de las instituciones de la Unión europea, así STPI de 28 de octubre de 2004, caso Lutz Herrera. En este caso aprecia que está justificada la medida para ofrecer perspectivas de carrera a los funcionarios (carrera larga en la institución, dice) y con los derechos de pensión que establece el Estatuto del funcionariado europeo garantizando que ejerzan su actividad durante un periodo mínimo. La edad se convierte así en un freno al acceso, pero también la progresión y mejora en el empleo público, para quien quiera pasar del funcionariado nacional al comu-

sibilidad de concurrencia con determinadas edades, la plaza queda vacante debido precisamente a la edad de los presentados. En ciertas ocasiones se argumenta la falta de cualificación del candidato para las funciones que habrá de desempeñar, pero la discriminación por edad se muestra de manera oculta ya que se puede demostrar que la persona poseía las destrezas exigidas para el desempeño de la actividad o tarea y la única razón de su no selección fue su edad. Lo mismo acontece en la ausencia de una contratación sucesiva, cuando normalmente se ha venido renovando un contrato (en los jóvenes porque a partir de un momento pueden generar determinados complementos retributivos o acogerse a ventajas sociales u obtener derechos de elección de turnos, vacaciones u otros y en los mayores por la falsa idea de la disminución de su rendimiento o pérdida de aptitudes).

Algunas empresas tienen como política de empresa no contratar a personal que haya alcanzado cierta edad, aunque sí se permita la continuidad en sus puestos a trabajadores que ya alcanzaron esas edades en el desempeño de su trabajo para la empresa.

Ciertamente la discriminación por razón de la edad ofrece un escenario destacado al relacionarla con aspectos económicos, normalmente con la huida del pago de algún complemento retributivo, por ejemplo por razón de la antigüedad en la empresa. Este motivo sirve, a veces, para sustituir a trabajadores con muchos años de vinculación con la empresa por otros nuevos, que no devengarán ese complemento(s) o si lo devengarán será menos cuantioso y por ende menos costoso. En determinados Estados es en la Administración pública, obligada al abono de trienios donde se evitan esas contrataciones. Incluso determinados ordenamientos habilitan como una excepción a la discriminación por edad el menor pago de ciertos emolumentos a los trabajadores más jóvenes⁽²⁷⁾, asociando la edad joven a la inexperiencia y en espera de la adquisición de la debida práctica en el desempeño de su trabajo.

Aunque existe un fuerte vínculo entre edad, antigüedad y promoción económica y funcional la remuneración de aquella no supone, por sí misma, un motivo de discriminación por edad, ya que lo que valora normalmente es la experiencia adquirida. Sin embargo, el complemento de antigüedad se utiliza en ciertas ocasiones como herramienta para encubrir la discriminación indirecta por razón de la edad (en especial frente a los más jóvenes). Muchas veces ya desde los Convenios Colectivos se negocia dejar de abonar a los nuevos trabajadores ciertos complementos, surgen dobles escalas salariales con base en un factor de discriminación (fundado también en la edad). Otras veces la pérdida económica se produce para los trabajadores de edades avanzadas ya que se les aleja de la obtención de determinadas bonificaciones o rendimientos en función de los objetivos cuando previamente se les ha apartado de ciertas áreas que generaban esos mayores rendimientos y ventajas salariales. Es utilizada como táctica de sustitución de altos cargos o puestos de mando en las empresas.

nitario. Otro ejemplo de edad máxima, que regula la edad de 30 años para acceder al cuerpo de bomberos, es estudiado en la STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, caso Colin Wolf.

(27) La Ley australiana de 2004, en su art. 25, recoge excepciones respecto de los salarios de los jóvenes menores de 21 años.

Pero la edad por sí sola no puede ser la justificante de la diferencia sino que ha de ser la práctica y/o realización de determinadas funciones la que aporta el valor adicional al concreto empleo que es por ello compensado.

Otros modos de discriminación es impedir el acceso a acciones formativas de la empresa, impedir por la edad alcanzada (o por la no alcanzada) concurrir a los ascensos de la empresa, dejarles fuera de determinados incentivos que sí se conceden a otros trabajadores, etc.

No es poco común detectar situaciones en las que por su edad se degrada a un trabajador o se le represalia⁽²⁸⁾. De funciones de responsabilidad se le pasa a la realización de otras tareas, propias de labores auxiliares o encargándosele tareas muy inferiores a su cometido original⁽²⁹⁾. Esta es la forma más habitual de aparecer en la realidad laboral el llamado acoso por razón de la edad, humillando al trabajador con el encargo de funciones inferiores a quien desarrollaba tareas de responsabilidad. Determinadas expresiones son señal de esta clase de hostigamiento, normalmente son alusiones que relacionan inutilidad para realizar determinadas funciones con la edad del trabajador del tipo «eres demasiado viejo para...», «eres un mueble viejo», «inservible», e indicándole que debiera jubilarse. Acoso que pretende la desmoralización del trabajador y provocar su abandono del empleo, normalmente se asocia ese acoso con bajas laborales provocadas por las situaciones de angustia y depresión que provocan las actuaciones empresariales o también otros empleados (acosadores), al final se incita a que el propio trabajador pida ser relevado en su puesto o se le conceda una baja «incentivada» con la correspondiente gratificación económica. Porque hemos de conocer que, a diferencia de otros motivos prohibidos, la discriminación por edad por temprano abandono del trabajo se suele «comercializar» en nuestros mercados de trabajo (lo que hace que esté menos mal vista que las otras razones de discriminación), por ejemplo mediante premios a la jubilación precoz o con indemnizaciones económicas u otras contrapartidas que «suavizan» la discriminación por edad, y no pocas veces la compensación recae sobre nuestra Seguridad Social, socializando el coste económico⁽³⁰⁾. En ciertas ocasiones el acoso se plasma en el despido del trabajador aparentemente motivado en supuestas decisiones amparadas en el ordenamiento jurídico. Otras veces provocan cambios sustanciales en las condiciones

(28) La STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (Ar. 17/2007), recoge un supuesto en el que se cesa por razón de su edad a un cargo de confianza en su puesto de responsabilidad por negarse a aceptar la oferta económica de la extinción de su contrato de trabajo.

(29) Al respecto la STSJ de Madrid de 10 de abril de 2006 (Ar. 1773) degradando a un trabajador del sector bancario que no quiso aceptar la oferta de prejubilación, la degradación se observa en sus condiciones laborales y profesionales (de vicepresidente se le pasa a un despacho compartido y se le encomiendan otras funciones no relacionadas con su puesto y subordinado a las órdenes de trabajadores intermedios). La sala aprecia una discriminación por razón de edad ejercido a través de una situación de acoso laboral forzándole a abandonar su trabajo debido a su edad. Quedando claro para el juzgador que el trato recibido por el empleado se debe a su edad.

(30) Aspecto que también dio por bueno el propio TC en la Sentencia 22/1981, al entender que existe compensación mediante el acceso a la pensión de jubilación aun cuando se sacrifique el derecho del trabajador a la continuidad en el empleo.

de trabajo que suelen ir en detrimento de su nivel profesional y sin duda constituyen un menoscabo de su dignidad.

Es también frecuente que al alcanzar determinada edad se le impida al trabajador la continuidad promocional en la empresa, porque el alcanzar cierta edad se convierte también en un *techo de cristal* para la promoción en la empresa.

Por último, pero no por ello en la práctica menos frecuente está el despido por razón de la edad del trabajador. Nos podremos encontrar con toda clase de extinciones que se producen bajo esa causa de discriminación prohibida por el derecho, en la determinación de los trabajadores que formarán parte de los expedientes de regulación de empleo o de la lista de los despidos colectivos⁽³¹⁾, también en nuestros días las amortizaciones de puestos de trabajo ante situaciones de crisis empresariales se suelen acompañar a fuertes discriminaciones por razón de la edad. Situación a la que ayudan algunas respuestas de Seguridad Social que permiten al trabajador de edad acudir a una protección social en la fase de prejubilación hasta poder devenir una pensión pública de jubilación, alimentando –al menos indirectamente– esa salida, y también a ello contribuyen determinados planes de empleo o plan social denominadas *medidas sociales de acompañamiento* de los artículos 51.2 ET y 7.1 RD 1483/2012 o el llamado plan de recolocación externa contemplado en los artículos 51.10 ET y 9 RD 1483/2012) cuando en vez de diseñarse para la recolocación de los trabajadores contienen ayudas para perpetuarlos en su situación de pasivos siendo estos planes, principalmente, planes de prejubilación –o de retiro– más que de empleo. Las medidas diseñadas por el aun llamado expediente de regulación de empleo (ERE) son muchas veces un cauce para retirar la fuerza de trabajo del mundo del empleo activo. Igualmente acontece en las extinciones por diversas razones objetivas, algunos de los motivos de los denominados despidos objetivos reglados en nuestras normas positivas son una balsa de aceite para tolerar discriminaciones por edad justificativas de la finalización del contrato de trabajo, como por ejemplo

(31) Una lamentable muestra la encontramos en la STSJ de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo –sec. 3–, de 28 de abril de 2006, que llega a entender inexistente la discriminación por razón de edad cuando da por buena la elección de la empresa y su Memoria respecto a los trabajadores escogidos por el ERE, que son los de más edad, ya que entiende que la razones expuestas por la empresa de aumento de productividad, inversiones en maquinaria y tecnología informática especializada «impone a los trabajadores que la utilizan un nivel de conocimientos tecnológicos elevado, difícil de conseguir en los trabajadores de mayor edad». Esta opinión se combina con otras peregrinas, entendiéndose que la decisión de elegir a los trabajadores de más edad no es arbitraria sino que para el Tribunal responde a criterios objetivos y razonables cómo que al tener largas carreras cotizadas la extinción de sus contratos les resulta menos perjudicial que a los más jóvenes, con menores periodos de cotización y menos próximos a la edad de jubilación. Teoría que mantiene la del propio TS en su sala 3ª en STS de 15 de junio de 2005, entendiéndose que la amortización de los contratos de quienes se encuentran más próximos a la edad de jubilación (forzosa) es una medida razonable desde la perspectiva de crisis económica de la empresa, llegando a justificar que el mantenimiento de estos trabajadores en el corto y medio plazo supondría un coste económico añadido, ya que éstos se jubilarían en unos años y debería formar a otros e integrarlos en la empresa.

Se trata de alegaciones que, muy probablemente, no se atreverían a pronunciar los juzgadores ante otras causas de discriminación distintas de la edad, como el sexo, la discapacidad, la raza, la orientación sexual, las convicciones o la afiliación sindical, etc.

la falta de adaptación a la modificación técnica del artículo 52.b) ET, pero también la ineptitud sobrevenida del artículo 52.a) ET o el despido por absentismo cuando éste está fundado en faltas justificadas que contiene el artículo 52.d) ET o, en fin, el propio despido objetivo por causas económicas, técnicas u organizativas de carácter menor del artículo 52.c) ET. Y, también, en determinados despidos supuestamente disciplinarios cobijado bajo el artículo 54 ET pero que encubren la discriminación por edad del despido, en particular alegando falsos incumplimientos como la falta de obediencia o la indisciplina en el trabajo o la disminución del normal rendimiento. Yendo más allá también los jueces han llegado a considerar nula la acción empresarial extintiva del contrato de trabajo cuando se aplicaba al trabajador una cláusula convencional de jubilación forzosa⁽³²⁾. Es frecuente encontrar supuestos donde bajo la alegación de caída de las ventas o mala gestión de un departamento se despide al trabajador para que lo sustituya otro siempre «más joven», al que se le presume que adoptará medidas más agresivas en el mercado para mejorar la posición competitiva de la empresa.

Hay, igualmente, discriminaciones por edad en determinadas medidas de acción social empresarial o de Seguridad Social complementaria, cuando por ejemplo se impide la incorporación de determinados trabajadores a los planes de pensiones de empresa o cuando las ventajas de estos planes contienen una importante rebaja debido a la edad del trabajador. Más allá la Seguridad Social pública también ha utilizado la edad del trabajador para ofrecer una menor protección social, sobre todo a los trabajadores más jóvenes a veces desprovistos de la posibilidad de acceso a determinadas prestaciones o estando sus prestaciones muy limitadas precisamente por su edad, o incluso son excluidos de ellas como el desempleo o la incapacidad permanente (por ejemplo los contratos para la formación hasta su reforma en el año 2011). Esa desprotección se puede observar hoy en la regulación de las prácticas no laborales en empresas, carentes de protección por desempleo⁽³³⁾ (además la ausencia de protección del FOGASA y por formación profesional).

Para erradicar la discriminación por edad habrá que tener presente que muchas veces esta clase de discriminación es una discriminación encubierta con las dificultades añadidas que ello supone a la hora de demostrar que la actuación empresarial,

(32) Así la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2004 (Ar. 238458), de Galicia de 15 de abril de 2004 (Ar. 2291), de Andalucía –Granada– de 16 de enero de 2006 (Ar. 167) y STSJ de Castilla y León –Valladolid–, de 25 de abril de 2007 (Rc núm. 543/2007) ya que la cláusula convencional era anterior a la Ley que rescató la jubilación forzosa en la DA 10ª del ET y no se vinculaba a una política de empleo. Resolución dictada antes de la STJUE de 16 de octubre de 2007, caso Palacios Villa. Aunque el TS para la misma situación declaraba la improcedencia del despido al entender que esa clase de extinciones no suponían violación de derecho fundamental alguno, así STS de 31 de enero de 2006 (Ar. 4417), que enjuicia esta situación alejada de la discriminación por razón de edad.

(33) Su regulación se encuentra en el RD 1543/2011, de 31 de octubre y su específica protección de Seguridad Social en el RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

la cláusula convencional o la legal se toma por razón de la edad y no de otros factores⁽³⁴⁾. Corresponde al derecho ir identificando prácticas discriminatorias que suelen ser comunes en razón de la edad (así lo hacen, normalmente, los derechos y organismos de igualdad anglosajones en Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y, más recientemente, en Irlanda y el Reino Unido⁽³⁵⁾).

IV. LA RESPUESTA LEGAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD

Normalmente ante la discriminación por edad el Derecho debe responder de una doble manera. La primera, dando protección individual a los trabajadores que por razón de su edad son discriminados en el empleo, evitando la lesión a un Derecho Fundamental y, en caso de haberse producido su violación procurando su plena reparación (repositoria y resarcitoria). La segunda atendiendo a la necesidad social del mantenimiento de esta fuerza de trabajo (uno de sus efectos reflejos más importantes repercute directamente sobre el gasto en prestaciones sociales). Para generar una respuesta coherente que combata la discriminación por razón de edad es necesario tener presentes los datos estadísticos pero éstos no son suficientes. Nos indican los tramos de edad en los que más se discrimina o nos muestran posibles indicios de esta discriminación por edad. Así podremos observar qué diferente efecto producen determinadas medidas según cuáles sean las edades concretas de los trabajadores.

Algunos ordenamientos han preferido por ello introducir la prohibición de discriminación por edad a partir del cumplimiento de determinadas edades en las que se constata una mayor exclusión del mundo laboral, es decir partiendo del hecho real de que esta clase de discriminación se produce sobre todo en los trabajadores de mayor edad. Esa ha sido por ejemplo la respuesta del derecho estadounidense. No obstante, las Directivas comunitarias sin alejarse de aquella realidad histórica prohíben todo género de discriminación por edad ya que cada vez más se constatan las importantes discriminaciones que por su edad sufren los trabajadores jóvenes (en algunos países se ha dicho que ésta es más intensa que aquélla).

Desde la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, algunos de los Derechos europeos han incorporado como una nueva causa de despido disciplinario el acoso por razón de la edad. Así figura en el artículo 54.2 letra g) del Estatuto de los Trabajadores español⁽³⁶⁾. Se manifiesta ese acoso cuando por motivo de la edad se atente contra la dignidad personal generando un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

(34) Sobre la posibilidad de que en ocasiones los requisitos profesionales encubran discriminación BAZ TEJEDOR, J. A. (2007), «Reflexiones acerca de la edad en las políticas activas de empleo», Relaciones Laborales núm. 22, noviembre (versión electrónica La Ley 6067/2007).

(35) Como ejemplo puede verse el art. 3 de la norma británica Statutory Instruments 2006, núm. 1031.

(36) Al respecto GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I. (2004), «El acoso como causa de despido disciplinario», RGDTS núm. 7, *iustel.com*.

En todo caso el hecho de despedir a un trabajador por causa discriminatoria basada en la edad está protegido por la nulidad del despido a que se refiere el artículo 55.5 ET, por vulnerar la prohibición de discriminación que contiene el artículo 4.2.c) ET (la redacción en este punto es bastante sutil, porque reconoce el derecho a no ser discriminado por razón de edad pero apostilla el precepto «dentro de los límites marcados por esta Ley», esto es por el propio Estatuto de los Trabajadores) y también por el artículo 17 ET, precepto que veta la discriminación por edad cuando sea desfavorable⁽³⁷⁾. Sin indicar el legislador los criterios que nos permitan identificar lo desfavorable, o qué parámetros legales permiten entender esa razón perjudicial. Es obvio que *a contrario sensu* una discriminación favorable por edad sería una *discriminación positiva*, admisible en derecho en cuanto sea acción afirmativa, siempre que exista justificación para su implantación y proporcionalidad en sus medios.

Por último conviene recordar que, por el momento, se admite desde los mismos ordenamientos jurídicos fijar edades de jubilación obligada o forzosa (presente principalmente en el empleo público en el derecho hoy vigente) sin entender esta posibilidad como una discriminación por razón de edad (las propias instituciones comunitarias tienen implantada una jubilación forzosa para sus funcionarios). Normalmente esas regulaciones exigen una serie de requisitos adicionales que hacen «tolerable» la obligación de abandonar un empleo al alcanzar determinados años y lo permiten porque entienden que la regulación se encuentra justificada en otras razones calificadas como objetivas, aunque no son razones distintas de la propia edad alcanzada por los afectados. En fin, esta cuestión se permite como excepción a la prohibición de no discriminación por edad o se regula desde las normas legales como causa no discriminatoria.

V. QUÉ TIPO DE PROTECCIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD

Las primeras respuestas jurídicas frente a la discriminación por edad se dirigían hacia los llamados trabajadores de edad madura (a partir de lo 40-45 años) evitando que por razón de la edad fueran discriminados en el empleo. A veces porque aquellos trabajadores no eran seleccionados; otras porque cuando había que proceder a extinciones de los contratos de trabajo los de mayor edad eran los elegidos, pero también porque se les apartaba de la promoción laboral o cuando ya desempeñaban cargos de responsabilidad al llegar a cierta edad eran degradados en sus funciones. Si abundamos en la reacción del mercado de trabajo español sobre las relaciones laborales seguimos encontrando numerosos ejemplos reales de este tipo de respuestas, que son contrarias a la prohibición de discriminación por edad.

(37) Sobre este aspecto comentando un STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2006 que estima una discriminación por edad en una oferta de empleo (que buscaba un candidato entre 35 y 45 años), CASTELLANO BURGUILLO, E. (2007), «Discriminación desfavorable por razón de edad», Aranzadi Social, núm. 21, BIB 2006/2781.

Por otro lado –y con carácter general– la necesidad de incorporar la igualdad de trato por razón de edad se hace necesaria al estudiar las múltiples desventajas para mantener su empleo o para encontrar uno nuevo cuando los trabajadores por su grupo de edad, joven o avanzada, son inadmitidos, relegados o expulsados del llamado mercado laboral. Porque también la mayor discriminación por edad se observa en los trabajadores más jóvenes (más visible hoy debido a las altísimas tasas de desempleo juvenil que superan el 56%⁽³⁸⁾), sobre todo cuando además son mujeres o inmigrantes o pertenecen a determinadas minorías. La combinación de la edad con cualquiera de los otros motivos de discriminación prohibidos suele suponer más fuertes discriminaciones en el empleo para los trabajadores afectados por las dobles o múltiples discriminaciones.

Los ordenamientos jurídicos no sólo ponen trabas al acceso y/o la continuidad en el empleo por tener una edad joven o cumplir determinadas edades avanzadas sino que en ocasiones, en particular en el empleo público, se exige una edad máxima para concurrir a ciertas carreras administrativas (que no siempre están vinculadas con la seguridad como las policías o el ejército o el acceso al cuerpo diplomático), continuar en activo o concurrir a procesos selectivos de empleo con vínculos funcionariales. La propia Directiva 2000/78/CE no obliga a las fuerzas armadas, servicios de policía o penitenciarios o de socorro a contratar o mantener en el empleo a quienes carezcan de las capacidades necesarias para el desempeño de sus funciones e, incluso (aquí reside la singularidad), permite a las legislaciones nacionales apartarse de las disposiciones allí reguladas, como una excepción, tratándose de las fuerzas armadas por razón de la edad.

Esta causa de discriminación está igualmente relacionada con el acceso al disfrute de prestaciones sociales que no son neutras por razón de la edad, en los más jóvenes rebajando las condiciones de disfrute, en los más mayores facilitando su salida definitiva del mercado de trabajo. Así en este último supuesto la extinción del contrato de trabajo mediante un despido colectivo u otro tipo de despido permite el acceso a prestaciones de Seguridad Social, determinadas situaciones de desempleo atienden a esas cohortes de trabajadores de edad despedidos, y en ocasiones se muestra la incorporación cuasi-coactiva de los trabajadores de edad a jubilaciones con carácter anticipado, etc. Igualmente la posibilidad de suscripción de convenio especial con la Seguridad Social para estos casos da pie a la continuidad de las prácticas discriminatorias por edad, ofreciendo un atractivo colchón de aseguramiento social para los expulsados del trabajo hasta que alcancen la edad de jubilación. En particular cuando esa situación deviene de un despido colectivo y el trabajador es mayor de 55 años.

En el desarrollo de la prestación laboral es relevante implantar reglas que impidan la presencia de discriminaciones por razón de edad en el acceso, la promoción, y eviten las otras discriminaciones que se pueden producir por esa causa, como por ejemplo, de carácter salarial o de ordenación de la jornada laboral y distribución de los tiempos de trabajo y permisos, etc. También para la necesaria protección de se-

(38) Los datos estadísticos de 2013, sitúan el paro juvenil en España en el 57,2% en el primer trimestre y el 56% en el tercer trimestre.

guridad y salud es fundamental evitar posibles discriminaciones por edad, adoptando especiales medidas preventivas que se acomoden a los diferentes grupos de edad. El puesto de trabajo, en términos de prevención de los riesgos laborales, también tiene que ser adaptado a la edad del trabajador que lo desarrolla (exigencias presentes en el artículo 27 LPRL para los menores y artículo 25.1 LPRL para los restantes trabajadores). En todo caso está en manos de la legislación laboral introducir modificaciones normativas que, de un lado, contribuyan a modernizar la organización del trabajo para tener en cuenta las necesidades específicas de cada grupo de edad y, de otro, impidan la presencia de discriminaciones por razón de la edad.

Una excepción a la prohibición de la discriminación por razón de edad va a permitir imponer el acceso al desempeño de un puesto hasta determinada edad por razones justificadas en relación con la concreta labor o función que será encomendada al trabajador. Se trata de las llamadas cláusulas de buena fe debido a la cualificación ocupacional o el contexto en el que se realiza. En todo caso se trata de una excepción y la edad debe constituir un requisito profesional *esencial y determinante* de las funciones que se han de llevar a cabo, el objetivo ha de ser legítimo y el requisito ha de ser proporcionado, tal y como lo exige el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE. En ocasiones esa excepción se sustenta de razones físicas o corporales, o en el deterioro cognitivo. Como excepción a la discriminación por edad los supuestos han de estar bien acotados y perfectamente justificados (sólo será admisible esta excepción en muy contadas circunstancias y cuando efectivamente la cualificación está probada e indiscutible para el desempeño del trabajo –es genuina dicen los irlandeses en sus textos jurídicos–).

VI. LA INSUFICIENTE TUTELA COMUNITARIA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL EMPLEO

Desde la normativa comunitaria se construye un cuadro de garantías para la prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, ya en su creación aduce un importante defecto al posibilitar en el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre que se invoque una finalidad *legítima* para disponer diferencias por motivos de edad por parte de los derechos nacionales. Entre esas finalidades puedan ser alegados los objetivos *legítimos* de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional siempre que los medios utilizados sean adecuados y necesarios. De modo que quedará fuera de la discriminación prohibida las diferencias de trato por razón de edad amparadas por esa disposición, que califica la Directiva como diferencias justificadas (si así lo están objetiva y ranozablemente).

El propio precepto aludido anteriormente ejemplifica algunas de esas posibles diferencias admisibles: (1) establecer condiciones especiales del acceso al empleo y a la formación profesional –sea la profesional o ocupacional– para favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de jóvenes o trabajadores de mayor edad (y también añade los trabajadores que tengan personas a su cargo –interesándose no sólo por la edad de trabajador sino de la persona que recibe su cuidado–); (2) establecer condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profe-

sional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; (3) establecer una edad máxima para la contratación basada en los requisitos del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. Esta regulación es muy diferente de las previsiones de la Directiva para los otros motivos de discriminación, ampliando el radio de las excepciones, situación por la cual alguna doctrina francesa ha llegado a indicar que no existe una real prohibición por esta causa⁽³⁹⁾.

La excepción primera ciertamente, más que una regla de excepción, es una expresa habilitación a llevar a cabo *acciones positivas* (a las que se referirá el artículo 7.1 de la Directiva 2000/78/CE) precisamente en razón de la edad de aquellos sujetos que sufren exclusión y ante sus posibles dificultades en el mercado de trabajo debidas precisamente a su edad (en particular de jóvenes o mayores). La segunda, esta amparando, de un lado, la fijación de una edad mínima para trabajar y, de otro, la vinculación de la edad con la experiencia como elemento de medida en el mundo del trabajo. Sin embargo la tercera de las diferencias de trato admitidas por el artículo 6 podría estar frenando la integración laboral (de manera espuria) si no se vincula esa limitación a las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, esto es, cuando la edad constituya un requisito profesional esencial y determinante.

Las otras referencias a un período de actividad razonable previo a la jubilación dan un mayor respaldo a los requisitos legales que suelen exigir ciertos períodos de carencia para el acceso a la jubilación que a la propia discriminación por edad en el trabajo, por eso a nuestro juicio, se alejan, del fundamento de la prohibición de la discriminación por edad, aunque la Directiva no quiera entrometerse en las disposiciones nacionales referentes a la edad de jubilación. A nuestro entender resulta imposible abordar la no discriminación por razón de edad en el empleo sin atender, simultáneamente, a la regulación de la jubilación, es sintomático que al abordar la discriminación por edad en el empleo se pretenda dejar fuera un espacio, el de la jubilación, que por sus propias características puede ser (y de hecho lo es) utilizado como instrumento para consumir esta clase de discriminación. Lo que hace que se interprete que el ámbito de la Directiva 2000/78/CE a este respecto es restrictivo, porque así lo ha deseado el propio legislador comunitario.

Del mismo modo, en el artículo 6.2 de la citada Directiva se salva la aplicación de la prohibición de la discriminación por edad en relación a las posibles diferencias que por edad introduzcan las legislaciones de Seguridad Social⁽⁴⁰⁾. Probablemente pesa en estos puntos mucho más la cuestión financiera de la Protección Social pública que el propio derecho de la persona a no ser discriminado por razón de la edad

(39) Por todos, LYON-CAEN, G. (2003), «Différence de traitement ou discrimination selon l'âge», *Droit Social*, pp. 1047 a 1050.

(40) La STC 184/1993, 359/1983 y la STSJ de Madrid de 27 de enero de 2005 (Ar. 54558) daban buena cuenta de cómo la edad supone un criterio de distinción en algunas de nuestras normas de Seguridad Social. Hasta el punto de afirmarse que en materia de Seguridad Social la edad puede suponer un criterio de distinción que responde a razones objetivas y razonables, criterios que conducen a determinar la inexistencia de discriminación por razón de la edad.

(es una muestra de la garantía pobre que recibe la prohibición de discriminación por razón de edad). En el *considerando 13* de la Directiva 2000/78/CE se indica que, entre otros aspectos, no resulta de aplicación a las normas de protección social cuyas ventajas no hayan sido equiparadas a una *retribución* en el sentido dado a esta noción por el actual artículo 157 del TFUE⁽⁴¹⁾.

El TJUE en sus sentencias de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04 caso Werner Mangold⁽⁴²⁾ y de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, Palacios de la Villa⁽⁴³⁾, ha validado el citado artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE⁽⁴⁴⁾. En la primera resolución entendiendo que se producía efectivamente por la norma nacional alemana una discriminación por edad (por exceder de lo apropiado y ser desproporcionada para alcanzar el objetivo perseguido). Pero en la segunda admitiendo la admisibilidad de la normativa nacional española relativa a las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos si la medida se ajusta a los criterios de aquel precepto (objetivamente justificada por una finalidad legítima, es adecuada y necesaria; en estos términos ha de ser proporcionada a la finalidad perseguida). También en la STJUE de 12 de octubre de 2010, asunto C-45/09, caso Rosenblandt se acepta la legalidad de la cláusula de un convenio colectivo en favor de la política de empleo (nuevamente alemán) que exige la cesación en el trabajo al cumplir la edad de jubilación. Idea que se reitera por la STJUE de 26 de septiembre de 2013, asunto C-476/11, HK Danmark, en relación con el abono por un empresario de cotizaciones de jubilación progresivas en función de la edad, que son consideradas retribución, se admite la práctica empresarial si la diferencia de trato basada en la edad resulta adecuada y necesaria para alcanzar un objetivo legítimo, circunstancia que, nuevamente deriva el TJUE al juzgador nacional para que lo compruebe. Pero en otras decisiones, ha interpretado que la normativa nacional (húngara) que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años, entraña una diferencia de trato por motivos de edad que carece de proporcionalidad con los objetivos perseguidos, STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto C-286/12, Comisión contra Hungría.

Probablemente en el futuro inmediato a quienes elaboran las normas comunitarias les corresponde repensar la excepción que esta disposición recoge al permitir que los Estados miembros introduzcan determinadas diferencias de trato motivadas

(41) Anterior art. 141 del Tratado de la Comunidad económica.

(42) Algunas de las glosas habidas sobre aquella resolución en VIÑUELAS ZAHINOS, M. T. (2005), «Política de empleo discriminatoria por razón de edad. Comentario a la STJUE de 22 de noviembre de 2005», Aranzadi Social núm. 18, y VELASCO PORTERO, M. T. y GUTIÉRREZ GARCÍA, E. (2007), «Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005», RMTAS, núm. 67, pp. 317 a 325.

(43) Un comentario a la misma en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2008), «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo» (La Ley 6600/2007), Relaciones Laborales núm. 2, cit. Un previo comentario al auto que plantea la cuestión prejudicial al TJUE en CASTELLANO BURGUILLO, E. (2006), «No discriminación por razón de edad», Aranzadi Social 1.

(44) Ya lo había hecho anteriormente el TPI en su Sentencia de 28 de octubre de 2004, asunto 219/2002, asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02.

por la edad, porque la misma redacción de la Directiva 2000/78/CE ofrece (e incluso ampara) la posibilidad de generar fuertes *desigualdades* de trato en el empleo por razón de la edad (que eufemísticamente la norma denomina *diferencias*). Al margen de suponer una notable incongruencia entre su propia estrategia global del empleo acometida en el último decenio en Europa y las medidas adoptadas por las legislaciones nacionales que incorporan reglas que si no se apoyasen en esa falaz diferencia de trato (utilizando una expresión que ha sido acuñada por la OIT⁽⁴⁵⁾), que la Directiva llegará, impropriadamente, a catalogar como *diferencia de trato por edad justificada* serían consideradas tratamientos discriminatorios por razón de la edad, como por ejemplo la regulación española de la jubilación forzosa en el empleo público (y, mientras estuvo vigente, para el empleo privado⁽⁴⁶⁾). A nuestro parecer está mal justificada esa diferencia de trato, error que se comete desde la Directiva misma si la propia norma admite para prohibición de discriminación por razón de edad algunas de las reservas y limitaciones como las que contiene el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. La redacción *mojigata* de estas cuestiones ya ha recibido la crítica en el ámbito comunitario⁽⁴⁷⁾. También la doctrina española deja entrever cómo el desarrollo de la prohibición por discriminación por edad a través de la Directiva 2000/78/CE es ciertamente débil y, además, admite excepciones que nos alejan de un verdadero marco antidiscriminatorio por razón de edad⁽⁴⁸⁾. Sin duda hemos de compartir la opinión de todos aquellos que vienen observando como –a día de hoy– la prohibición de discriminación por razón de edad se interpreta y aplica de manera mucho menos rigurosa que las otras razones de discriminación prohibidas en Derecho. No se debería consentir por nuestros operadores jurídicos (legislativos y judiciales) la continuidad de ese tratamiento relajado con base en pretendidas razones históricas que sólo sirven para frenar y refrenar la consecución de la verdadera igualdad y prohibición de discriminación como derecho fundamental de la persona, también para la no discriminación por razón de edad.

(45) Cuando en su informe *«La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean»*, presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B), p. 46, se detiene en la falacia de la idea de la sustitución entre trabajadores de edad y trabajadores más jóvenes, a los que en gran medida se vino acogiendo la imposición de la jubilación obligada o forzosa entendida como un relevo generacional en el empleo. Se tolera un mercado de trabajo excluyente bajo la paradoja de justificar la exclusión en la promoción de la inclusión.

(46) Jubilación forzosa suprimida inicialmente por RDley 5/2001, rescatada después por la Ley 14/2005 hasta la reforma de la Ley 3/2012 que, de nuevo, impide en la redacción dada a la DA 10ª ET acudir a ella.

(47) Pueden consultarse la STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto C-227/04, caso Lindorfer y en particular las dos conclusiones del abogado general para este asunto.

(48) En este sentido y calificando el texto de la Directiva como una regresión respecto al sentir que aporta la Carta de derecho Fundamentales de la Unión europea RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2008), «Discriminación por razón de edad...», cit., pp. 13 y 14 de la versión electrónica, con referencias a la opinión de que un entendimiento amplio de las excepciones puede llegar a dejar sin efecto los fundamentos antidiscriminatorios que se predicen manifestada por BALLESTER PASTOR, M. A. (2003), «Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21 (Monográfico sobre La protección de derechos fundamentales en el orden social), pp. 285-388.

Ciertos objetivos de ninguna manera deberían calificarse como legítimos dentro de una política de empleo, ¿qué legitimidad tiene favorecer a un grupo de edad (los jóvenes) a costa de discriminar (con expulsión) a otro (los de edad avanzada)? Cuando además en la realidad son discriminados tanto unos como otros por motivo de su edad. ¿Qué sentido tiene introducir estímulos a ciertas contrataciones si ello se hace bajo la necesaria e indispensable separación del trabajo de otros? Más aun cuando la tozuda realidad nos demuestra que el acceso, la promoción o mejora del empleo y de su calidad no tiene un verdadero respaldo sobre aquellas acciones que se apoyan en una equivocada sustitución intergeneracional en el mercado de trabajo. ¿Con qué espíritu se recoge en las normas la prohibición de discriminación por edad en el empleo y la colocación si al tiempo se limita su natural expansión? Si tampoco se remueven los tradicionales obstáculos persistentes.

Una muestra de la débil protección ofrecida a la discriminación por edad se localiza en las respuestas del Tribunal Constitucional español. Este órgano muy tempranamente tuvo que enfrentarse a la legitimidad de las medidas de jubilación forzosa⁽⁴⁹⁾, pero ciertamente los apoyos de la situación de aquel momento tanto del mercado de trabajo como del escaso (por no decir nulo) desarrollo del Derecho antidiscriminatorio del empleo permitieron una inteligencia de la medida de la jubilación obligada o forzosa como un instrumento de política de empleo, llegándose a afirmar que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ello se asegurase la finalidad perseguida de política de empleo⁽⁵⁰⁾. Más difícil resulta comprender que en recientes pronunciamientos (cuando sí hemos desarrollado un más completo derecho antidiscriminatorio) nuestro Tribunal Constitucional mantenga aquella opinión y convalide la legitimidad constitucional de la medida vinculándola con la política de empleo⁽⁵¹⁾. Procede cuestionarse si efectivamente la discriminación por edad forma parte de una garantía pobre o (*rectius*) insuficiente y carente de la tutela que corresponde a una discriminación prohibida por el Derecho. Pues por la Ley y por los mismos juzgadores se permite *disponer* o prescindir de ciertos trabajadores de edades avanzadas para dar supuestas oportunidades a otros (que como venimos avanzando, y lo afirma la OIT, no sólo no están comprobadas sino que son contrarias a la realidad: falaces), sin cuestionarse si es necesaria la fuerza de trabajo en activo de todos ellos, tal y como planteaba desde sus inicios la estrategia europea del empleo. Más aún cuando el propio Tribunal nos ha indicado que la discriminación por razón de edad tiene su

(49) Véanse sus SSTC 22/1981, 58/1985, 95/1985 111 a 136/1985 o 207/1987.

(50) Afirmación que por primera vez aparece en la STC 22/1981.

(51) SSTC 280/2006 y 341/2006, en ellas reitera su opinión de que la política de empleo (recogida en un Convenio Colectivo) que impone la jubilación forzosa encuentra un amparo legítimo –por lo cual no merece reproche constitucional– y ello lleva al Constitucional a declarar que no hay discriminación por razón de edad en el trabajo con aquella medida cuando se permite el acceso a la pensión correspondiente por tener cubiertos los periodos de carencia. Sin importar al Tribunal cuál sea la cuantía resultante de la prestación que se lucrará, ni la situación personal de quien desea continuar alargando su vida laboral, ni menos el derecho o, al menos, interés individual que le asiste a decidir él entre trabajar o jubilarse.

amparo en el artículo 14 de la CE aunque no esté expresamente citada esta circunstancia en su texto⁽⁵²⁾.

La «tara» legal en la prohibición de la discriminación por razón de edad no hace sino apuntalar la existencia, o mejor, la pervivencia en nuestros ordenamientos jurídicos de numerosas discriminaciones por esta causa. No debería sentirse «cómodo» el Derecho permitiendo un ataque al derecho fundamental a la no discriminación por razón de edad por existir una finalidad supuestamente *legítima* que una vez estudiada en profundidad no parece tal.

En otros términos, corresponde al jurista formularse ¿hasta dónde llega o puede llegar la finalidad *legítima* o la legitimidad de los objetivos de las políticas de empleo, mercado de trabajo y formación (nacionales y europea)? Proceder a delimitar el espacio de esa legitimidad desde la óptica restringida del empleo (miope) y no hacerlo desde el derecho a la no discriminación por razón de edad en el propio empleo es un grave error, que nos coloca en un contexto jurídico en el que se conceden preferencias a un modo de concebir el mundo del trabajo y de la protección social alejado del respeto a los derechos de la persona y cada vez más apartado de nuestro tiempo. El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea prohíbe la discriminación por razón de edad.

Admitir en nuestros derechos la posibilidad de jubilación anticipada, obligada o forzosa son algunos de los ejemplos más clarividentes de esa «*legitimidad*» dada desde las leyes a la discriminación por razón de edad. Porque, si estudiamos las medidas que hasta nuestros días han ido fijando los ordenamientos laborales y las políticas nacionales del empleo, se ha recurrido –sin excepción– a expulsar a cohortes de trabajadores por su edad del mercado de trabajo bajo la excusa falaz de caminar hacia la consecución del pleno empleo (o niveles elevados de empleo) o también el engañoso pretexto de que así se favorece el acceso al mercado de trabajo de los más jóvenes (facilitando el relevo intergeneracional –que no se produce–). Porque está demostrado que el mercado laboral no integra por razón de edad, sino que a la inversa acostumbra a desechar fuerza de trabajo por la edad, esto sucede especialmente con los trabajadores de mayor edad pero también retrasa la incorporación de los de más joven edad. (La realidad de nuestros días demuestra ambas afirmaciones). La consecución del pleno empleo y la lucha contra el desempleo no debería apoyarse legítimamente sobre la retirada o expulsión de una parte de la fuerza de trabajo; lo que por otra parte tampoco contribuye a lograr niveles elevados de empleo sino más bien a controlar el número de trabajadores que supuestamente admite el mercado de trabajo y establecer preferencias de unos grupos sobre otros (discriminando). Lejos de ser hoy admisible el llamado reparto del empleo o la redistribución del trabajo, tan vigente en las políticas públicas de los años ochenta inexplicablemente prolongadas hasta nuestros días⁽⁵³⁾,

(52) SSTC 75/1983, 31/1984 ó 69/1991. La discriminación por razón de edad se inserta así desde la formulación genérica «*cualquier otra condición o circunstancia personal*» con la cual se cierra el art. 14 de la CE.

(53) Y, por desgracia, amparadas constitucionalmente desde la STC 22/1981 como puede leerse en la STC 280/2006.

esas doctrinas son un frontal ataque a la efectiva consecución de la prohibición de discriminación en el empleo y así se muestran cuando analizamos la discriminación por razón de edad.

Se constata que el valor que tiene la edad en el mercado de trabajo es despreciado a favor de otros pretendidamente «*mejores*» principios u objetivos, que incluso se califican como finalidades legítimas. Esta legitimidad que se concede a la diferencia de trato por razón de edad; sin embargo en nuestro actual estado de la evolución de las otras áreas del derecho antidiscriminatorio del empleo no se admitiría (por ejemplo en la discriminación por razón de sexo dejar fuera del mercado a las mujeres para acercarse al pleno empleo, como por cierto así se practicó en otras etapas de nuestra reciente Historia), con la única salvedad de (1) o bien, las acciones positivas (2) o bien, que fuera el motivo determinante tomado en cuenta para la contratación como una excepción de buena fe por la cualificación ocupacional requerida para la concreta actividad profesional o el contexto en el que se desarrolle aquélla.

Algunas de las bases de las políticas de empleo se sumergen en las profundidades de la habilitación de discriminaciones por razón de edad. Probablemente la renovación generacional o la sustitución del trabajador de edad por trabajadores jóvenes se fundamenta en una preferencia de una edad frente a otra (¿se admitiría igualmente la preferencia sin más de un sexo frente a otro!, ¿de una raza o etnia!, ¿de una ideología, convicción o afiliación sindical!). Sin duda, es más aceptada socialmente la discriminación por edad que por cualquiera de las otras razones prohibidas, algunos hablan de una cuestión cultural enraizada en nuestras sociedades europeas (más desapegadas de la cultura del empleo en Norteamérica o en países anglosajones). Aquellas políticas de empleo se han valido de permanentes reformas en nuestros sistemas de Seguridad Social que han dado (cada vez más) cobijo firme a esas discriminaciones por razón de edad, haciendo que a edades tempranas se abandone el trabajo al poder percibir rentas sustitutivas hasta que se alcanzase la edad legal para poder optar a una jubilación con cargo al Sistema. Mientras —por otro lado— se fomenta el alargamiento de la vida laboral (sin entender lo necesario que realmente es).

Las instituciones europeas ya vienen planteando cuestiones como la siguiente ¿se debe seguir fijando una edad legal de jubilación, o permitir una jubilación flexible y progresiva? La respuesta dada por la legislación española podría decirse que no comprende esa disyuntiva y prefiere sumar las dos opciones (lo cual es ciertamente contradictorio, imposible de mantener en el tiempo y generará múltiples desigualdades de trato). Nuestras normas no ya fijan una edad ordinaria para la jubilación sino que permiten la jubilación obligada e incluso la forzosa (en el empleo público, y hasta la Ley 3/2012 también en el empleo privado⁽⁵⁴⁾), que hoy sigue muy visible

(54) Cuando se establecía mediante los convenios colectivos siempre que se cumplían, a su vez, una serie de requisitos —en particular que el trabajador tuviera derecho al acceso a una pensión— descritos por la derogada Ley 14/2005, de 1 de julio. Esa Ley para justificar la implantación de la jubilación forzosa expresamente se refirió al art. 6.1 de la Directiva 200/78/CE. La norma española era ciertamente polémica y surgía tras una serie de resoluciones judiciales, como clara reacción a las mismas, la primera de ellas la STS de 9 de marzo de 2004 (también la SSTS 6 de abril, 28 de mayo y de 2 de noviembre de

en la práctica cotidiana de los despidos. La legislación, los agentes sociales y los empresarios conscientemente se apartan de la nueva realidad social que no admiten.

Pero éste, como venimos apuntando no es un defecto nacional, también lo hace la Directiva comunitaria que ha dejado fuera las disposiciones nacionales que se refieren a la edad de jubilación. Hemos de cuestionarnos si dentro de aquella excepción de la Directiva 2000/78/CE se enmarcan también todos los usos que de la jubilación hacen los derechos nacionales para fijar medidas de compensación de la fuerza de trabajo (a costa de expulsar del mercado laboral a grandes cohortes de trabajadores de más de edad, bien sea anticipadamente o de manera obligatoria). Por otro lado, las normas sustantivas de la Unión europea también están inmersas en los mismos graves menoscabos que observamos en las legislaciones nacionales, por ejemplo, cuando en el Estatuto de los funcionarios al servicio de las instituciones comunitarias frena el acceso a quienes alcanzan determinadas edades o al regular la jubilación forzosa.

Al admitir desde las Leyes, por ejemplo, el reemplazo de trabajadores por razón de su edad o la posibilidad de amortizar puestos de trabajo por la edad se está dando carta de naturaleza a la discriminación por razón de edad en el empleo. Hacer frente a la discriminación por razón de edad no sólo exige un cambio en las prácticas empresariales y las negociaciones colectivas, y en los acuerdos extintivos colectivos o individuales, sino un primordial cambio de rumbo en las medidas legales que todavía se adoptan en los Derechos nacionales.

Por ello hay que modelar una estrategia social coherente con los nuevos postulados que han sido implantados en torno al llamado *trabajo decente*, que bajo el soporte firme de la prohibición de discriminación permita el desarrollo de los derechos de la persona, en particular cuando se trata de un derecho tan relevante como la prohibición de discriminación por edad. En ocasiones se nos recuerda que se deben adoptar medidas que impidan cualquier tipo de discriminación por la edad cuya consecuencia sea la *«expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor»*⁽⁵⁵⁾. Más aun cuando la edad (a diferencia de otras razones de la discriminación) va afectar por el solo transcurrir del tiempo a todas las personas, sin excepción. Las limitaciones al trabajo por razón de edad no sólo han de desterrarse en la plasmación de las políticas

2004 o 31 de enero de 2006), que cerraban la posibilidad de este tipo de cláusulas convencionales pero no por enfrentarse a un posible discriminación por edad en el trabajo sino por la falta de una expresa habilitación legal para regular por parte de los convenios colectivos este tipo de cláusulas negociales que, ciertamente, eran restrictivas de los derechos individuales de los trabajadores. La Ley 14/2005 fue la respuesta paccionada entre los agentes sociales y el propio gobierno, se oponía a aquella interpretación judicial, pero si incorporaba la doctrina que el Tribunal Constitucional había establecido respecto a la implantación de cláusulas convencionales de jubilación forzosa. Como ya se ha apuntado anteriormente esta normativa quedó derogada por la Ley 3/2012.

(55) En este sentido la renovación parlamentaria del Pacto de Toledo de 2003 (Resolución de 2 de octubre de 2003 publicada en el BOCG serie D núm. 596 de 2 de octubre) cuestionaba las cláusulas de jubilación por lo que en ellas podría haber de ataque a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de edad (*punto 11 del apartado A* referido al desarrollo del Pacto de Toledo).

de empleo, de las acciones empresariales, de los acuerdos sociales con los trabajadores o los pactos individuales, de la regulación de las condiciones laborales diseñadas por las Leyes y de la negociación colectiva sino que, sobre todo, deben ir desapareciendo del amparo legal que encuentran en nuestros ordenamientos de Seguridad Social porque sólo así se combatirá con instrumentos útiles la discriminación por razón de edad. Por eso nos parece mojigata la decisión de nuevamente preferir mercadear con los costes sociales de los trabajadores despedidos de 50 o más años de despedidos mediante despidos colectivos, sin abordar de frente el legislador el grave problema de la discriminación por edad que esconden⁽⁵⁶⁾.

Para finalizar sólo cabe recordar que los Estados miembros pueden ir más allá que la norma comunitaria (Directiva 2000/78/CE) en la implantación de medidas que impidan la discriminación por edad en el empleo y la colocación. A nosotros nos parece que necesariamente deberían ser más combativas las acciones nacionales contra la discriminación por edad que el diseño aún endeble de la norma comunitaria. Por otro lado muchas de sus Constituciones incorporan esta prohibición de discriminación por razón de edad y éstas tienen fuerza de obligar, al igual que hoy se reconoce la prohibición de discriminación por edad en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea.

(56) Exigencias incorporadas con las reformas laborales de 2011 y 2012, hoy recogidas la DF 17ª de la Ley 27/2011 reformada por RDley 5/2013, en el art. 51.11 ET y RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas que deben realizar las empresas con beneficios que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.