

EL DERECHO EUROPEO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR RAZÓN DE LA EDAD*

THE EUROPEAN LAW AND THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ON GROUNDS OF AGE

Alicia Fernández-Peinado**

Resumen: La discriminación en el empleo por razón de la edad es una de las causas que más pronunciamientos del TJUE ha suscitado en los últimos tiempos. Ello se debe en gran medida a la imprecisión con que este supuesto de discriminación está configurado en la normativa europea. El objeto principal de este estudio es ofrecer una análisis de la actual configuración del principio de no discriminación en el empleo por razón de la edad a la luz de la más reciente jurisprudencia del TJUE.

Palabras clave: Discriminación. Tribunal de Justicia de La Unión Europea. Edad. TJUE.

Abstract: Discrimination in employment on grounds of age is one of the issues that more pronouncements of the ECJ has made in recent times. This is largely due to the vagueness with which this matter is regulated in the European Law. The main purpose of this study is to provide an analysis of the current configuration of the principle of non-discrimination in employment on grounds of age according to the recent ECJ case law.

Keywords: Discrimination. Court of Justice of the European Union. Age. ECJ.

1 LA EDAD COMO CAUSA PROHIBIDA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL DERECHO EUROPEO

La edad como motivo prohibido de discriminación en el Derecho de la Unión Europea aparece expresamente formulada, junto con

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación GRE12-06, concedido por la Universidad de Alicante, que lleva por título **Soluciones para el mercado de trabajo en tiempos de crisis**: estudio nacional y alternativas.

** Profesora Ayudante Doctor en la Universidad de Alicante.

otras causas, en el art. 19.1 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). No obstante, como se sabe, de este precepto no se desprende un principio antidiscriminatorio general, si no que se limita a configurar una competencia comunitaria en materia de discriminación, habilitando al Consejo para que, dentro de esas competencias, tome las medidas necesarias para luchar contra la discriminación contra los motivos que expresamente se prevé (BRAVO-FERRER, 2010, p. 461).

En desarrollo de esta competencia no se ha dictado una única norma en la que se regule de forma sistematizada el principio de no discriminación, sino que se ha materializado en diversas directivas en las cuáles se regula la prohibición de concretas causas de discriminación con, consecuentemente, una diversidad de regímenes jurídicos. Entre estas normas, por lo que aquí interesa, se encuentra la Directiva 2000/78 (DOCE de 2 de diciembre), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹ cuyo contenido se centra, pese a su ambicioso título, únicamente en cuatro causas de discriminación prohibida entre las que se encuentra la edad.

Conviene de entrada advertir que pese a su amplio ámbito de aplicación, la virtualidad de esta norma es muy particular, dadas las numerosas excepciones que recoge, especialmente si nos referimos a la edad como motivo de trato diferenciado. En efecto, por lo que hace a su ámbito subjetivo de aplicación, este puede calificarse de general teniendo en cuenta que no se limita a la esfera de las relaciones laborales, sino que comprende también a los ámbitos funcionarial, autónomo e, incluso, formativo, ya que es aplicable a aquellos sujetos que pretenden acceder a la formación profesional. Y en relación a su ámbito material, porque (siempre dentro, claro está, delo que considera empleo y ocupación) sus efectos se proyectan respecto a numerosas circunstancias, tales como las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a todos los tipos de orientación profesional, formación profesional y reciclaje; y las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración (GONZÁLEZ ORTEGA, 2001, p. 99-100).

Esta vocación de generalidad se encuentra, como ya se ha adelantado, fuertemente matizada, si se tiene en cuenta que la

¹ En este sentido cabe destacar, la Directiva 2000/43 (DOCE de 19 de julio) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2006/54 (DOCE de 26 de julio) relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

directiva contiene importantes excepciones aplicativas del principio de prohibición de discriminación respecto de cualquier de los motivos por ella proscritos².

Atemperación que respecto al motivo de la edad es más evidente, puesto que, además de las excepciones de carácter general, se prevé un supuesto específico en el art. 6.1.

En efecto, bajo el título “justificación de diferencias de trato por motivos de la edad”, el art 6.1 Directiva 2000/78, legitima la posibilidad de que se dispense un trato diferenciado con causa en la edad sin incurrir en una discriminación siempre y cuando dicha desigualdad esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y los medios para lograr dicho objetivo sean adecuados y necesarios. De este modo, puede afirmarse que el art. 6 se configura como la norma de referencia para determinar el alcance del principio de prohibición de discriminación en relación a la edad en materia de empleo (BRAVO-FERRER, 2010, p. 468), siendo la interpretación de su alcance un tema recurrente en la jurisprudencia del TJUE debido a la formula abierta con que se configura dicha excepción. Y es que, para entender la diferencia de trato no tiene carácter discriminatorio, es preciso que concurra un elemento finalista -un objetivo legítimo - y un elemento instrumental -un medio adecuado y necesario - susceptibles de valoración (BALLESTER PASTOR, 2010, p. 60). Valoración que el legislador trata de orientar, puesto que el propio precepto contiene una serie de criterios interpretativos que permiten estimar la pertinencia o no de la diferencia de trato.

Así, por lo que hace a la finalidad legítima de la medida adoptada, dispone tiene tal consideración “los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”. Y, en cuanto a los posibles tipos de medidas, establece que dichas diferencia de trato “podrán incluir en particular” medidas tendentes a garantizar

²No es éste el lugar apropiado para un tratamiento detallado de las mismas, por lo que, a efectos de perfilar el régimen jurídico del principio de prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78, basta con enunciarlas. En primer lugar, las posibles diferencias de trato en las que incurra indirectamente una disposición, criterio o práctica nacional aparentemente neutra, no constituirá trato discriminatorio si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (art.2.2.b.i). En segundo lugar, tampoco se entenderá que concurre un trato discriminatorio si la medida que implica una diferencia de trato se adoptó en orden a garantizar la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 2.5). Y, en tercer lugar, tampoco tendrá carácter discriminatorio una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica contituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objeto sea legítimo y el requisito, proporcionado (art. 4.1).

la inserción profesional de colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, refiriéndose en concreto a los jóvenes, los trabajadores maduros y los trabajadores que tengan personas a su cargo (a); el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o determinadas ventajas vinculadas al mismo (b); y, por último, al determinación de una edad máxima para la contratación, que esté basada en requisitos de formación del posible puesto de trabajo o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación (c).

A pesar de los criterios interpretativos que proporciona el legislador, la ambigüedad de esta regulación determina que la discriminación por edad resulte ser un concepto de contornos muy difusos sobre el que TJUE ha tenido que pronunciarse en no pocas ocasiones a fin de esclarecer su contenido y alcance. Las siguientes páginas se van a dedicar a revisar las resoluciones dictadas por el TJUE sobre este supuesto de exclusión, poniendo especial énfasis en cómo se han configurado los requisitos que han de concurrir para que una diferencia de trato por razón de edad no tenga carácter discriminatorio o, dicho de otro modo, cuándo se considera que dicho trato está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y los medios para la consecución de tal fin son adecuados y necesarios.

2 LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La discriminación en el empleo por razón de la edad es, como ya se ha adelantado, una de las causas que más pronunciamientos del TJUE ha suscitado en los últimos tiempos, generando una doctrina que alcanza a las condiciones de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo en que éste se ejecuta y a la extinción de la relación laboral. Veamos.

2.1 En el acceso al empleo

Por lo que respecta a las posibles diferencias de trato basadas en la edad en el acceso al empleo, el TJUE ha dictado cuatro sentencias fundamentales: Mangold (asunto C-144/04), Georgiev (C-250/2009), The Incorporated Trustees of the Council for Agieng (asunto C-388/07) y Wolf (asunto C-229/08).

De las cuatro resoluciones, presenta especial relevancia el caso Mangold, en el cual se dirime, entre otras cuestiones, si constituye una diferencia de trato discriminatoria una normativa nacional en la que

se permite, como excepción al principio de causalidad en la celebración de contratos de duración determinada, contratar a trabajadores mayores de 52 años mediante contratos temporales sin que exista una razón objetiva para ello y sin límite alguno. Y ello con la finalidad de facilitar la inserción laboral de los trabajadores de edad madura, puesto que, debido a su edad, tienen con carácter general mayores dificultades para encontrar un empleo. El tribunal somete esta medida al doble examen que prevé el art. 6.1 Directiva 2000/78, esto es, dilucida, por un lado, si la medida está justificada 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, por otro, si los medios para lograr ese objetivo son adecuados y necesarios.

Por lo que hace al primer juicio (el carácter legítimo de la medida) el TJUE entiende que el objetivo de la misma - facilitar el acceso al empleo a los trabajadores de edad avanzada que tienen especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo - "no puede ponerse razonablemente en duda" dado el interés general que persigue. Por ello, determina que un fin de esta naturaleza justifica objetiva y razonablemente, en el sentido del art. 6.1 Directiva 2000/78, una diferencia de trato por razón de edad.

Si bien la medida, como se acaba de exponer, está inspirada por una finalidad legítima, el TJUE entiende que no supera el juicio de proporcionalidad o, utilizando la terminología del propio art. 6.1 Directiva 2000/78, que el medio consistente en dispensar un trato diferente por razón de edad no es adecuado ni necesario para lograr el objetivo legítimo que la inspira. Y ello, pese a que el art. 6.1.a) prevé la posibilidad de que las diferencias de trato admisibles consistan en establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los trabajadores de mayor edad con vistas a favorecer su inserción profesional. A juicio de la Sala, el principio de proporcionalidad "exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido" y, de las circunstancias concurrentes en el caso, no se desprende que exista dicho equilibrio entre el sacrificio que se infringe al particular al dispensarle una diferencia de trato por razón de edad y los beneficios para el interés general³.

Así, por lo que se refiere al perjuicio causado a las personas que han de soportar la diferencia de trato por razón de edad, el órgano jurisdiccional señala que la aplicación de esta norma daría lugar a que un gran número de trabajadores quedasen excluidos del beneficio de la

³ Sobre el juicio de proporcionalidad, *vide* MERCADER UGUINA, 2009, p. 36.

estabilidad en el empleo, elemento fundamental en la protección de los trabajadores, durante una gran parte de su carrera profesional y ello sin tomar en consideración si se encontraban desempleados inmediatamente antes de celebrar el contrato y, en caso de que así fuera, la duración de dicho periodo de paro. Y, por lo que hace al interés general, esto es, la integración laboral de los trabajadores de edad avanzada, no se ha demostrado que la elección de la edad como único criterio para justificar la celebración de un contrato de duración determinada, sin que se tenga en cuenta la estructura del mercado de trabajo ni la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para facilitar la integración laboral de los trabajadores maduros. En consecuencia el Tribunal, teniendo en cuenta el perjuicio causado, la exclusión de la estabilidad en el empleo, y la falta de acreditación de dicha medida sea adecuada y necesaria para la consecución del fin perseguido, estima que la normativa nacional que permite sin límite alguno celebrar contratos temporales con trabajadores mayores de 52 años, no se adecua al derecho de la Unión Europea.

En mi opinión, tal vez la decisión del TJUE estuvo influida por la coyuntura económica imperante en el año 2005, año en que se dictó la sentencia, que, como por todos es conocido, formaba parte de un ciclo económico de bonanza. Periodo de prosperidad que finalizó pocos años después, dando entrada a una vertiginosa, profunda y larga crisis, cuyos efectos a día de hoy siguen siendo manifiestos. Nuestro país ofrece un buen ejemplo de la virulenta incidencia que el desempleo puede llegar a tener en el colectivo de trabajadores maduros⁴. Por ello, con todas las cautelas que una afirmación de este tipo merece, ante la actual coyuntura económica, no sería descabellado pensar que la decisión del TJUE pudiera ser distinta. Esta reflexión permite mostrar como la configuración de la excepción contenida en el art. 6.1. Directiva 2000/78 hace que el contenido del principio antidiscriminatorio por razón de edad tenga un carácter “inestable” en la medida que la diferencia de trato se puede entender justificada en función de la coyuntura económica imperante en cada momento (LÓPEZ CUMBRE, 2013, p. 348).

Merece ser destacado también el asunto Georgiev, en el que, entre otros aspectos⁵, el TJUE dirimió si la posibilidad de continuar con una actividad profesional más allá de la edad ordinaria de jubilación

⁴ Según datos del INE, en el 4º trimestre del 2013 la tasa de desempleo de los trabajadores con un rango de edad comprendido entre los 45 y 64 años ascendía al 31%, mientras que en el mismo trimestre del año 2005 este era del 20,7%.

⁵ En concreto se somete al TJUE dos medidas adoptadas por el Estado, por un lado, la extinción automática del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación - que es objeto de análisis en el apartado dedicado a la extinción del contrato de trabajo - y, por otro, la continuidad de la actividad profesional únicamente mediante la celebración de contratos temporales.

únicamente mediante contratos de duración determinada celebrados por plazos de un año y prorrogables dos veces como máximo, resultaba conforme al principio de igualdad en los términos del art. 6.1 Directiva 2000/78. Este caso presenta la peculiaridad de que con establecimiento de dicha diferencia de trato por razón de edad se pretende un efecto totalmente opuesto al asunto Mangold: expulsar del mercado laboral a los trabajadores de edad avanzada para fomentar el acceso de los trabajadores más jóvenes. En este supuesto, el Tribunal concluyó que la medida podía ser conforme al principio de no discriminación, siempre y cuando el juez nacional, al examinar el caso, constatase tanto la concurrencia de una finalidad legítima como la adecuación y necesidad de la medida para la consecución de la misma en los términos señalados en la resolución.

Así, dictaminó que la diferencia de trato por razón de edad podría considerarse justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y del mercado de trabajo si se confirmase que, atendiendo a la revolución de del empleo en el sector de que se trata, la medida por repartir óptimamente las oportunidades de trabajo entre generaciones. Y que los medios empleados podían ser considerados adecuados y necesarios para la consecución de tal fin, ya que los intereses particulares de los afectados se podían considerar adecuadamente garantizados en la medida en la que la celebración de los contratos no estaba sólo relacionado con el requisito de que el trabajador hubiera cumplido una edad, sino que el factor determinante se centraba en que éste tuviera derecho a una pensión de jubilación.

Dos conclusiones fundamentales se pueden extraer de los asuntos analizados, en primer lugar, que el examen del elemento finalista, esto es, la concurrencia de una la finalidad legítima, resulta débil en la medida en que la mera alusión de objetivos que puedan subsumirse en alguno de los que a modo de ejemplo prevé el art. 6.1 es suficiente para entenderlo superado (BALLESTER PASTOR, 2010, p. 63-64; CABEZA PEREIRO, 2010, p. 242). Y, en segundo lugar, como ya se ha adelantado, que la circunstancia de hacer depender la legitimidad son cambiantes, hace muy complicado formular *a priori* una categoría de diferencias intrínsecamente ilegítimas (CABEZA PEREIRO, 2010, p. 258).

Además, de estos dos asuntos, el TJUE incidentalmente también ha tratado la edad como causa de discriminación en el acceso al empleo en el caso *The Incorporated Trustees of the Council for Aigieng* y en el asunto *Wolf*. No obstante, una lectura atenta de ambas resoluciones revela que las mismas no trata exactamente sobre la aplicación del art. 6.1 Directiva 2000/78.

En efecto, el Caso *The Incorporated Trustees of the Council for Aigieng* - que tiene su origen en una norma nacional que establece, por un lado, la posibilidad de no contratar a una persona por el mero hecho

de tener 65 o más años y, por otro, la extinción automática del contrato a los 65 años sin aducir una causa objetiva - presenta la peculiaridad de que la resolución del TJUE no versa sobre la validez de la medida adoptada bajo la óptica de la su legítima justificación, adecuación y necesidad, sino que se centra en diferentes aspectos formales del mandato directivo. Por un lado, la resolución aborda el modo en que los Estados han de transponer dicha directiva en concreto, si tienen la obligación de prever en su derecho un interno una lista específica de las diferencias de trato que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima y si la finalidad perseguida con el establecimiento de una diferencia de trato en función de la edad tiene que aparecer expresamente plasmada en la norma. Y, por otro, se plantea ante TJUE, si los requisitos que el art. 6.1 Directiva 2000/78 exige que concurran para que una diferencia de trato no constituya discriminación por razón de edad difieren significativamente de los establecidos en el art. 2.2.b) de la misma norma, el cual permite las diferencias de trato indirectas.

Por su parte, en el caso Wolf, aunque se planteó ante TJUE si el establecimiento de la edad máxima para la contratación por el servicio de bomberos en 30 años sería una diferencia de trato admisible a la luz del art. 6.1 Directiva 2000/78, éste recondujo la cuestión al art 4.1 de la misma norma. Como se sabe, al margen las posibles diferencias de trato por razón de edad amparadas en el art. 6.1 Directiva 2000/78, la norma europea prevé otros supuestos en los que es admisible una diferencia de trato basada, entre otras razones, en la edad. Este el caso del art. 4.1 Directiva, en el cual se prevé, bajo el título "requisitos profesionales", que una diferencia de trato basada en una característica relacionada, entre otros motivos, con la edad no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica contituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Así, a juicio del TJUE, como la edad influye la capacidad física y una excepcional forma física es una característica necesaria para llevar a cabo las tareas propias de bomberos (como extinción de incendios, acciones de rescate etc.), ésta puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido del art. 4.1 Directiva 2000/78, por lo que, consecuentemente, la pertinencia de tal medida corresponde examinarla a la luz de lo dispuesto por este precepto.

2.2 En la determinación de las condiciones de trabajo

Con respecto a la incidencia de la edad en la determinación de las condiciones de trabajo, el TJUE se ha pronunciado en diversas

ocasiones, todas ellas en relación a la juventud del trabajador. Los distintos pronunciamientos pueden sistematizarse en dos grupos: por un lado, aquellos supuestos en los que se analiza en la dispensa un trato menos favorable a los trabajadores jóvenes en aras a facilitar su inserción laboral (que constituye el tema de fondo en los asuntos Hütter y Küçükdeveci); y, por otro, aquellos casos en los que el trato peyorativo se basa en un estereotipo vinculado a la edad (casos Hennigs y HK Danmark).

En el asuntos Hütter (C-88/08) se plantea si es conforme al art 6.1 Directiva 2000/78 una norma nacional por la que se establece que los periodos de empleo cubiertos antes de los 18 años no sean tenidos en cuenta a efectos de promoción y, consecuentemente, de remuneración. Al respecto, la Sala entiende que si bien la medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, no supera el examen de proporcionalidad. Por lo que hace a la finalidad legítima, el Tribunal concluye que concurre en la medida que tiene como propósito objetivos de política social a los que expresamente alude el art. 6.1 Directiva 2000/78 y que en el caso enjuiciado se concretan, en primer lugar, en favorecer la inserción laboral de los jóvenes que hayan cursado una formación profesional, ya que supone una reducción de costes para el empleador y, en segundo lugar, en no desincentivar la enseñanza secundaria general en relación a la formación profesional.

Sin embargo, no se considera que la medida sea ni adecuada ni necesaria para la consecución de los fines expuestos. Por lo que hace al objetivo de la inserción laboral de los jóvenes que hubiera estudiado una formación profesional, porque la exclusión del cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad se aplica indistintamente a todos los trabajadores con independencia de la edad a la que hubieran sido contratados, siendo más adecuada a juicio de la sala, una medida en la que se tomase en consideración la edad en el momento de la contratación. Y en relación al objetivo dirigido a no perjudicar la enseñanza secundaria respecto a la formación profesional, tampoco considera adecuada dicha medida porque la exclusión del cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años se aplica con independencia del tipo de estudios cursados, lo que implica que hubieran estudiado formación profesional pueda producirse una diferencia de trato basada únicamente en el factor de la edad. Además, el TJUE señala expresamente, que era posible establecer otros criterios más adecuados para satisfacer el objetivo pretendido como, por ejemplo, el tipo de estudios realizados.

En la misma línea resuelve el TJUE en el asuntos Küçükdeveci (C-555/07). En concreto se plantea si en el marco de una normativa nacional en la que el periodo de preaviso exigible al empresario en caso de despido aumenta progresivamente en función de la antigüedad del trabajador en la empresa, resulta una diferencia de trato por razón de

edad admisible la exclusión de los periodos de trabajo desarrollados antes de los 25 años para el cálculo de dicho preaviso.

Estima el TJUE que en este supuesto la medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relacionada con los objetivos legítimos de las políticas de empleo: facilitar la contratación de jóvenes al reducir los costes en caso de extinción. Sin embargo, tampoco en este caso se supera el juicio de proporcionalidad, ya que, como señala el Tribunal, dicha medida proyecta sus efectos sobre todos los trabajadores incorporados a la empresa antes de cumplir los 25 años, con independencia de cuál fuera su edad en el momento del despido y aunque el afectado ostentase una gran antigüedad en la empresa.

Sobre el estudio de los casos *Hütter* y *Kücükdeveci*, se desprende las siguientes consideraciones. En primer lugar, el TJUE, aunque no admite finalmente la diferencia de trato por considerarla desproporcionada, sí parece tolerar un tratamiento menos favorable para los trabajadores más jóvenes. Extremo que queda patente en ambos casos, ya que el Tribunal rechaza la diferencia de trato por afectar a trabajadores no incluidos en el rango de edad para la que se destinó inicialmente (CABEZA PEREIRO, 2010, p. 247). Y, en segundo lugar, no se puede dejar pasar por alto que en ambos supuestos la medida, aunque busca una finalidad social, supone una ventaja directa para el empresario en la medida que implica una reducción de costes laborales.

El segundo bloque temático se centra en los casos *Hennings* y *HK Danmark*, que se caracterizan porque en ambos casos la edad se concibe como un factor que objetivamente incide en la determinación de las condiciones de trabajo. En la Sentencia *Hennings* (C-297/10 y C-298/2010) se dilucida si la previsión de un convenio colectivo según la cual el nivel salarial de un empleado se determina en función de la edad podría considerarse una diferencia de trato acorde al Derecho europeo y, si la respuesta fuera negativa por constituir un trato discriminatorio, si su aplicación transitoria en aras a garantizar los derechos adquiridos y, por tanto, el nivel retributivo de los trabajadores afectados, resulta, asimismo, admisible. El Tribunal, tras confrontar dicha diferencia de trato con lo dispuesto en el art. 6.1. Directiva 2000/78 estima que el criterio de la edad constituye un trato discriminatorio al no superar el examen de la proporcionalidad.

En efecto, aunque la Sala considera que el objetivo de la medida, establecer un sistema retributivo que tenga en cuenta la experiencia profesional de los empleados, justifica objetiva y razonablemente una diferencia de trato por motivos de edad tal y como exige el art. 6.1 Directiva 2000/78⁶, tal medida excede de lo adecuado

⁶ En este sentido SSTJUE de 3 octubre de 2006, *Cadman* (C-17/05) y de 18 de junio de 2009, *Hütter* (C-88/08).

y necesario, puesto que implica que un trabajador que acredite cierta antigüedad en la empresa perciba lo mismo que otro que, con su misma edad, sea contratado con posterioridad. De modo, concluye el Tribunal, que la consecución del objetivo legítimo de tener en cuenta la experiencia profesional adquirida antes de la contratación podría lograrse con otras medidas más adecuadas como, por ejemplo utilizar el criterio de la antigüedad o la experiencia profesional sin anudarlo a una edad. Y es que vincular la experiencia de un trabajador al mero hecho biológico de la edad constituye una presunción que, por sí misma, no garantiza el conocimiento de la profesión (GONZÁLEZ ORTEGA, 2001, p. 106-107).

No obstante, aunque tal medida constituye, a juicio del TJUE, un trato discriminatorio por razón de edad, no cabe decir lo mismo del mantenimiento transitorio de la misma mientras se implementa un nuevo sistema basado en criterios objetivos, sin con ello se pretenden garantizar los derechos adquiridos por los trabajadores que fueron contratados bajo el anterior sistema de clasificación profesional. Para el TJUE, el mantenimiento temporal de dicha diferencia de trato está justificado objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, ya que, siguiendo su propia doctrina⁷, la protección de los derechos adquiridos por una categoría de personas es una razón imperiosa de interés general que justifica una posible restricción, siempre y cuando, claro está, sea proporcionada. Y en el presente caso, el Tribunal la estima proporcionada por su limitado alcance personal, únicamente afecta a los empleados que ya estuvieran contratados en el momento de su entrada en vigor, y temporal, en cuanto que la evolución de la retribución de los trabajadores afectados evolucionará únicamente en función de los nuevos criterios objetivos (entre los que no se encuentra la edad), por lo que los efectos discriminatorios tenderán a desaparecer paulatinamente.

Por último, en el asunto HK Danmark (C-476/11), se dilucida si el pacto contractual por el que un empresario abona a favor de sus trabajadores en un régimen profesional de protección social cotizaciones de jubilación que experimentan un aumento progresivo en función de la edad resulta contrario al principio de no discriminación en los términos de la Directiva 2000/78, puesto que la retribución de los trabajadores más jóvenes será inferior al ser menor las aportaciones a las que se obliga el empleador⁸. En concreto, el pacto impone la obligación tanto al trabajador como al empresario de sufragar la cuota conjuntamente, siendo el porcentaje a satisfacer por el empresario el doble que el previsto para el trabajador en cada tramo de edad.

⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2007, caso Comisión/Alemania (C-456/05).

⁸ A tenor del art. 157 TFUE, se entiende por retribución "el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo".

A juicio del TJUE, dicha diferencia de trato sería admisible al amparo de su art. 6.1 Directiva 2000/78⁹, puesto que está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y los medios para lograrlo parecen adecuados y razonables. Por lo que hace a justificación, el hecho de que se aplique un tipo progresivo en función de la edad responde a un doble objetivo. Por un lado, facilitar a todos los trabajadores la constitución de un plan de ahorro razonable, ya que a los trabajadores de más edad se les aplican unos tipos superiores para garantizar un ahorro suficiente para jubilación, incluso en aquellos casos en que hubieran comenzado a trabajar para el empresario en un momento relativamente reciente, mientras que a los más jóvenes se les permite integrarse en plan de jubilación en una fase precoz asumiendo una carga financiera menos pesada, pues la parte de la prima que corresponde satisfacer es menor. Y, por otro lado, la aplicación de un tipo superior a los empleados de mayor edad, responde a la necesidad de cubrir los riesgos de defunción, enfermedad y enfermedad grave, cuyo coste aumenta con la edad.

Por su parte, la Sala tampoco duda de que el establecimiento de un tipo progresivo en función de la edad sea una medida adecuada para la consecución de los legítimos objetivos pretendidos, ya que facilita adecuar la cotización a los intereses del conjunto de trabajadores de la empresa en función de su edad (a los mayores les permite constituir un capital razonable en un periodo relativamente corto, mientras que los más jóvenes pueden afiliarse a un régimen de protección asumiendo una carga financiera menor) y, además, de este modo, se garantiza el equilibrio del sistema en cuanto que las cotizaciones más elevadas que se deben sufragar a favor de los trabajadores maduros responde también a los mayores costes derivados de los supuestos de enfermedad, incapacidad y defunción que estadísticamente son más proclives a sufrir.

Como ya se ha señalado anteriormente, tanto en el caso Hennigs como en el caso HK Danmark, es evidente que el legislador concibe la edad como un factor que objetivamente incide en la determinación de las condiciones de trabajo. En el caso Hennigs, porque la imposición de una edad mínima pretende garantizar una experiencia

⁹ En primer lugar, el TJUE dirime si la norma controvertida puede estar amparada en la exclusión que establece el art. 6.2 de la Directiva, según el cual los estados pueden disponer que no constituirá discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales. No obstante, el TJUE tras constatar que la diferencia de trato dispensada no encaja en ninguna de los supuestos exceptuados por el precepto (ni incide sobre la edad para acceder a la protección dispensada por el régimen profesional de protección social ni en los cálculos actuariales), pero si que se trata de una diferencia de trato que afecta a la retribución del trabajador, procede su análisis en virtud de lo dispuesto en el art 6.1 Directiva 2000/78.

profesional y en el caso HK Danmark porque la juventud del trabajador presupone un menor riesgo. No obstante mientras que el caso Hennigs el TJUE entiende que dicha diferencia de trato es discriminatoria, puesto que la edad en sí misma considerada no garantiza la experiencia en una profesión¹⁰, en el caso HK Danmark la opinión del Tribunal parece decantarse en sentido contrario, de modo que resulta razonable y adecuado establecer diferencias de trato en relación a la edad de los sujetos protegidos. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que a igual trabajo la remuneración del trabajador joven será inferior y que, aunque estadísticamente los trabajadores de mayor edad son más proclives a padecer enfermedades, ello no supone que los trabajadores más jóvenes estén exentos de todo riesgo, pudiendo ser su protección inferior si éste llega a materializarse. Por otro lado, se ha de poner de relevancia que esta diferencia de trato podría tener el efecto perverso de desincentivar la contratación de trabajadores maduros, dado que implica un coste laboral más elevado, configurándose de este modo como un factor de discriminación indirecta para éstos (BALLESTER PASTOR, 2010, p. 58).

2.3 En la extinción del contrato de trabajo

Una cuestión recurrente a la que se ha enfrentado el TJUE consiste en determinar si es conforme al principio de no discriminación regulado en la Directiva 2000/78 la extinción automática de los contratos de trabajo cuando el trabajador alcanza la edad ordinaria de jubilación. Al respecto, destacan cinco pronunciamientos: Palacios de la Villa (C-411/2005), Rosenbladt (C-45/09), Petersen (C-341/08)¹¹, Georgiev (C-250/09 y C-268/09) y Fuchs (C-159/10 y C-160/10).

Mediante la resolución de estos asuntos, el TJUE ha elaborado una consolidada jurisprudencia, a través de la cual se ha admitido esta práctica siempre y cuando se de cumplimiento a los requerimientos establecidos en el art. 6.1. de la norma europea. En este sentido, como se

¹⁰ Sobre las razones justificadoras de discriminación por razón de edad respecto a trabajadores jóvenes, *vide* GONZÁLEZ ORTEGA, 2001, p. 106-107.

¹¹ Es conveniente señalar que en el caso Petersen, la diferencia de trato por razón de edad es analizada por el TJUE, además de a la luz del art. 6.1, del art. 2.5 Directiva 2000/78, en cual se establece la posibilidad de excepcionar el principio de discriminación por razones de seguridad pública, defensa del orden y la prevención de infracciones penales, protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. En concreto, en la Sentencia se dirime si una norma nacional que establece una edad máxima de 68 años para el ejercicio de la profesión de dentista concertado implica una diferencia de trato conforme al derecho de la Unión Europea, aduciendo como objetivos perseguidos por la medida la protección de la salud de los pacientes del sistema de protección social, el equilibrio financiero del sistema y el reparto de posibilidades de empleo entre generaciones.

sabe, es necesario que la medida está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima vinculada a objetivos legítimos de política social, concurriendo tal extremo cuando con la diferencia de trato se pretenda, regular el mercado de trabajo con el fin principal de reducir el desempleo (Palacios de la Villa) o favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional del mismo (Rosenblatt, Petersen, Georgiev) e incluso cuando mediante este recurso se pretenda obtener una estructura de edades favorables que faciliten, además de la consabida promoción del empleo de trabajadores más jóvenes, la planificación eficaz de las jubilaciones y la evitación de posibles litigios derivados de la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada dicha edad (Fuchs).

Al respecto, llama especialmente la atención que el TJUE, para admitir la finalidad legítima de tal práctica, estime suficiente tanto una referencia general al objetivo de las políticas de empleo y del mercado de trabajo contenido en la norma que instituye la diferencia como, incluso, cuando, aun no previéndose expresamente la finalidad por el precepto cuestionado, éste puede deducirse del contexto general en que se enmarca la medida (BALLESTER PASTOR, 2010, p. 63). Consecuentemente, a la hora de determinar la adecuación de la diferencia de trato al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, una vez más, adquiere mayor relevancia el examen sobre la proporcionalidad de la medida, esto es, su carácter adecuado y necesario.

En efecto como se conoce, para que la diferencia de trato por razón de edad no sea considerada discriminatoria, además de estar inspirada por una finalidad legítima, es preciso que ésta sea adecuada y necesaria para la consecución de tal fin. Es importante tener presente el TJUE se limita a señalar los supuestos en los que la diferencia de trato podría estar amparada por el art. 6.1 Directiva 2000/78, siendo el juez nacional que conoce del asuntos el que debe valorar que efectivamente la medida está inspirada en un objetivo de interés general de política social y que está sea adecuada y necesaria para la consecución de tal fin, sin que basten las meras generalizaciones acerca su idoneidad (The Incorporated Trustees of the Council for Agieng, Fuch) (CABEZA PEREIRO, 2010, p. 253; BRAVO-FERRER, 2010, p. 470). Así, el Estado, para demostrar el carácter necesario y adecuado de la medida y teniendo en cuenta que gozan de una amplia facultad de apreciación en la elección de ésta, puede basarse en consideraciones tanto de carácter económico, social, demográfico o presupuestario, que incluyan datos constatables o previsiones - aunque éstas últimas, por su propia naturaleza, puedan resultar inexactas y, por tanto conlleven un cierto grado de incertidumbre -, como político que impliquen una decisión entre varias posibles. En todo caso, corresponderá al juez nacional apreciar el carácter probatorio de los elementos que se utilicen al efecto (Fuch).

Como se sabe, el juicio de proporcionalidad se entiende superado cuando existe un equilibrio entre el sacrificio que soporta el particular y el beneficio que se desprende para el interés general. Sacrificio que el TJUE considera suficientemente atenuado cuando el trabajador tenga acceso a una pensión de jubilación que le proporcione unas rentas sustitutivas del salario dejado de percibir (Palacios de la Villa, Rosenbladt, Georgiev y Fuchs), teniendo en cuenta, además, en unos casos, la avanzada edad en la que opera la extinción no se le impide, si ese es su deseo, continuar trabajando amparado, además, por el principio de prohibición de discriminación por motivos de edad (Rosenbladt y Fuch).

De lo anteriormente expuesto es preciso realizar varias consideraciones. En primer lugar, se ha de destacar que el hecho de que la proporcionalidad de la medida descansa sobre la circunstancia de que el trabajador tenga derecho a una pensión de jubilación, no se condiciona a que la misma sea completa, lo que, a mi modo de ver, puede determinar que un trabajador se vea abocado a percibir una pensión inferior a la que hubiera tenido lugar si hubiera seguido prestando servicios (LÓPEZ CUMBRE, 2013, p. 348). Y, en segundo lugar, conviene tener presente que, aunque según la jurisprudencia del TJUE, para apreciar la adecuación y necesidad de la medida, no es suficiente la alusión de simples generalizaciones sobre su idoneidad, el hecho de que se admita como argumentos meras previsiones - que, por su propia naturaleza, son difícilmente constatables - puede debilitar el juicio de proporcionalidad. De modo que, en la ponderación de intereses, el sacrificio particular que se infringe y consiste en la expulsión del mercado de trabajo del trabajador afectado se confronte con un simple pronóstico, por ejemplo, de mejora del nivel de empleo, sin que se concrete los resultados que dicha medida generaría en el sector (LÓPEZ CUMBRE, 2013, p. 346).

Aunque también versa sobre la extinción automática del contrato de trabajo tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, el asunto Dansk Jurist (C-546/2011) no coincide exactamente con los analizados anteriormente. En este caso la norma nacional prevé que los funcionarios que hubiera sido separados del servicio debido a la supresión de su puesto de trabajo tengan derecho durante 3 años a una remuneración por el hecho de estar a disposición en espera de un nuevo puesto de trabajo, salvo en el caso de que se hubiera alcanzado la edad de jubilación, ya que en tal supuesto se extingue su contrato. La razón de la exclusión de los funcionarios que hubiesen alcanzado la edad ordinaria de jubilación reside en evitar posibles abusos, ya que resulta poco probable que dada su avanzada edad estén dispuestos a soportar los inconvenientes de carácter profesional y personal que les ocasionaría adaptarse a un nuevo puesto y, además, necesitan una protección menor, puesto que pueden obtener una renta sustitutiva de sus ingresos por medio de la prestación de jubilación.

Pues bien, para TJUE esta diferencia de trato está justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima propia de las políticas de empleo y del mercado de trabajo en el sentido del art. 6.1 en la medida que tiene como objetivos, en primer lugar, garantizar la disponibilidad de los funcionarios en vista a que puedan ser destinados a un puesto alternativo y, en segundo lugar, asegurarles una protección en caso de supresión de su puesto de trabajo, limitando el derecho a remuneración por disponibilidad a aquellos funcionarios que necesitan una protección y cumplen con su obligación de disponibilidad.

No obstante, la medida no supera el juicio de la proporcionalidad, ya que el tribunal estima que no se observa aquí el necesario equilibrio entre el sacrificio particular y el interés general. Como se reconoce en la resolución, aunque concurren elementos que aminoran la diferencia entre los trabajadores que permanecen a disposición en espera de un nuevo destino y los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extingue (se establece en favor de estos una ficción de cotización por el tiempo que hubiera podido permanecer en expectativa de un nuevo trabajo y, además, en ningún caso se impone la jubilación al funcionario que alcanza los 65 años, de modo que puede seguir trabajando), su aplicación podría obligar a un particular a aceptar una pensión de importe reducido respecto de la que podrían haber percibido si hubiera seguido trabajando. Lo que puede agravarse si el afectado no hubiera cotizado los años suficientes para lucrar una pensión completa. Además, a juicio del TJUE, el objetivo pretendido puede alcanzarse por medios menos drásticos, como, por ejemplo, mediante el establecimiento de medidas que sancionaram los posibles abusos.

Por último, el caso Prigge (C-447/09) también se aborda la posible adecuación al derecho de la Unión Europea de una norma nacional que admite que se establezca por convenio colectivo un límite de edad de 60 años para los pilotos con el fin de garantizar la seguridad aérea. Sin embargo, en este supuesto el TJUE estima que la diferencia de trato no es encuadrable en la excepción contenida en el art. 6.1 Directiva, cuya motivación, como se sabe, tiene que estar relacionada con objetivos de interés general de política social, si no en su art. 2.5, en el que se prevé la posibilidad de establecer diferencia de trato basadas, entre otros motivos, en razones de seguridad pública, defensa del orden y la prevención de infracciones penales, protección de la salud y protección de los derecho y libertades de los ciudadanos.

3 CONCLUSIONES

De la doctrina jurisprudencial analizada en las anteriores páginas, se puede concluir que el principio de prohibición de

discriminación por razón de edad regulado en la Directiva 2000/78 constituye un concepto de límites inestables, debido a como se conceptúa por el TJUE la excepción al mismo contenida en su art. 6.1.

En primer lugar porque, a tenor de las resoluciones del TJUE, la diferencia de trato estará justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima cuando se fundamente en objetivos de política social dependen en buena parte de la coyuntura económica imperante en cada momento. Y, en segundo lugar, porque la diferencia de trato por razón de edad será adecuada y necesaria cuando de la ponderación de los intereses en conflicto se deriven más ventajas para el interés general que perjuicios para el particular, teniendo en cuenta, que según la jurisprudencia del TJUE, el interés general puede quedar acreditado mediante meras previsiones.

Llegados a este punto, puede ser interesante reflexionar sobre la adecuación al principio de prohibición de discriminación por razón de edad de distintas medidas adoptadas por el legislador nacional recientemente y que tienen por objetivo facilitar el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes trabajadores. Entre las diferentes intervenciones normativas, destaca el establecimiento de un nuevo contrato de duración determinada denominado “primer empleo joven”¹², la posibilidad de celebrar contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores que no hayan superado los 30 años (cuando el límite habitual para la celebración de esta modalidad contractual es de 25 años) o, el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, que, aunque en principio se puede celebrar con cualquier trabajador con independencia de su edad, si se formaliza con trabajadores jóvenes (menores de 30 años) el empresario puede disfrutar de una reducción de costes que se proyecta tanto en ámbito fiscal como en el de las cuotas a la Seguridad Social.

Todas estas medidas, al afectar al principio de estabilidad en el empleo, suponen un trato peyorativo hacia los trabajadores más jóvenes. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del TJUE pueden aportarse argumentos suficientes que legitimen dicha diferencia de trato en virtud del art. 6.1 Directiva 2000/78. Así, cuentan con una finalidad legítima, facilitar la inserción laboral de un colectivo especialmente vulnerable al desempleo, ya las medidas pueden entenderse adecuadas y necesarias en cuanto que sus efectos está acotada temporalmente, sólo se aplicarán hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%.

¹² Aquel que se puede celebrar con jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o, teniéndola, sea menor a tres meses, teniendo por finalidad proporcionar la adquisición de una primera experiencia profesional, art. 12 Real Decreto-ley 4/2013 (BOE de 23 de febrero).

4 REFERENCIAS

BALLESTER PASTOR, M. A. Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar. *In: CABEZA PEREIRO, J. La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BRAVO-FERRER, M. Rodríguez-Piñero y. Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario. **Trabajo, contrato y libertad**, Valencia: Universidad de Valencia, 2010.

CABEZA PEREIRO, J. Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad. *In: La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. La discriminación por razón de edad. **Temas Laborales**, n. 59, Sevilla: Junta de Andalucía, 2001.

LÓPEZ CUMBRE, L. La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa. **Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social**, n. 102, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2013.

MERCADER UGUINA, J. R. **Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad**. Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en le ámbito laboral. Valladolid: Lex Nova, 2009.