

Reflexiones sobre la discriminación por motivos de edad en 2007 – un intento de aportar claridad y materia de reflexión ...

Helen Meenan*

Academia de Derecho Europeo, Tréveris, 27 noviembre 2007

Introducción

Hoy estamos considerando la discriminación por motivos de edad contemplada en el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la CE y en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo. Este proceso requiere una retrospectiva, una evaluación de la situación actual y un intento de mirar hacia el futuro. En retrospectiva, podemos observar que la inclusión de la edad en el artículo 13 del Tratado CE y en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo casi se puede calificar de un “golpe de suerte”, por haberse aprovechado en cierta medida una oportunidad, ya que de todos los motivos de discriminación la edad es la que más fácilmente hubiera podido ser excluida a la sazón.¹ Los demás motivos contaban con un mayor perfil en el derecho y en la política de la UE; algunos incluso fueron objeto de un primer intento de *mainstreaming*, como fue el caso de la discapacidad.² Sin embargo, la inclusión de la edad en la Directiva se tuvo que pagar con algunas concesiones. Una serie de exenciones con relación a la edad fueron incluidas por insistencia de unos pocos Estados miembros y, según parece, en algunos casos de uno solo.³ Esto en parte se debe al requisito de unanimidad del artículo 13, apartado 1, del Tratado CE, y a las diferentes prioridades de los Estados miembros en relación con la edad. De todas maneras considero que “conforme vaya pasando más tiempo, se llegará a la conclusión de que la inclusión de la edad en el artículo 13 y en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo fue una decisión visionaria, lúcida y perfectamente oportuna.”⁴

Un elemento indispensable del proceso de análisis de la situación actual es el examen del contexto más amplio y manifiesto del concepto de la edad en la Directiva sobre la

*BCL, LLM, *Solicitor* y *visiting fellow* de la Universidad de Kingston, Reino Unido, anteriormente cátedra Jean Monnet de Derecho Europeo en la Universidad de Kingston, JHMeenan@tiscali.co.uk.

¹ H. Meenan: *Age Discrimination in Europe: late bloomer or wall-flower?* (Discriminación por motivos de edad en Europa: ¿florecimiento tardío o flor marchita?), Tomo 25(2) *Nordic Journal of Human Rights*, (2007) pp. 97-118, en pp. 98-99.

² Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía – una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía, Bruselas, COM(96) 406, final, 30.07.1996, que propone la integración del concepto de la minusvalía en los procesos políticos y legislativos de la Comisión.

³ Se puede establecer un paralelismo con la inclusión del artículo 119 (ahora artículo 141) en el Tratado CEE original de 1957, en gran parte para disipar las preocupaciones de un Estado miembro, Francia, por motivos de competencia. En lo que se refiere a la edad en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo, un ejemplo sería la presión del Reino Unido para que se incluyera el considerando 14 en el preámbulo de dicha Directiva.

⁴ H. Meenan: *Age Discrimination in the EU and the Framework Directive* (Discriminación por motivos de edad en la UE y la Directiva marco), en Malcolm Sargeant Ed.: *The Law on Age Discrimination in the EU* (El derecho relativo a la discriminación por motivos de edad en la UE), Kluwer, Países Bajos, (en preparación), pp. 9-27, en p. 10.

igualdad de trato en el empleo. Este contexto más amplio puede repercutir en nuestra apreciación de las primeras sentencias del TJCE sobre la discriminación por motivos de edad y, más concretamente, en nuestra capacidad de entender el artículo 6 de dicha Directiva.

El contexto más amplio del concepto de la edad (y de las demás formas de discriminación contempladas en el artículo 13)

- A partir de la adopción de las Directivas relativas al artículo 13 en el año 2000 surge una situación especial. Sin lugar a duda, la no discriminación y la igualdad pasan a ser reconocidas como cuestiones de derechos humanos. Gerard Quinn sostiene (en relación con la discapacidad) que en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo se pueden identificar tres objetivos: el económico, el social y el relativo a los derechos humanos (fundamentales), y que el objetivo relativo a los derechos humanos es el que predomina.⁵ Ahora ya resulta natural hablar en la UE de un planteamiento de la igualdad basado en los derechos.
- Nos estamos alejando de una interpretación de las formas de discriminación contempladas en el artículo 13 como una jerarquía (divisiva) de los conceptos de igualdad⁶ y nos inclinamos cada vez más hacia una interpretación que tiene en cuenta la interdependencia y la consideración recíproca entre los motivos de discriminación, en base a la discriminación múltiple y la interseccionalidad, entre otras⁷.
- El fenómeno global del envejecimiento de la población está afectando a la UE con un aumento dramático del número de personas mayores de 60 años y con una disminución del número de personas de edades comprendidas entre los 15 y los 24 años hasta el 2030.⁸ No obstante, en el preámbulo de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo no se menciona el envejecimiento demográfico. Esto indudablemente se debe a que el artículo 6, apartado 1, entra en conflicto con los llamamientos de Naciones Unidas y de la propia UE de elevar la tasa de actividad de las personas de edad avanzada, justamente para responder al envejecimiento de la población.
- Según los informes de Naciones Unidas, se han añadido 20 años a la esperanza media de vida desde 1950 y se pronostica un incremento de 10 años más hasta el 2050.⁹ En 1925, el Reino Unido fijó la edad oficial de jubilación en 65 años para

⁵ G. Quinn, *Disability Discrimination Law in the EU* (El derecho relativo a la discriminación por razón de discapacidad en la UE), en H. Meenan (Ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union understanding the Article 13 Directives* (El derecho de igualdad en la Unión Europea ampliada – entender las Directivas relativas al artículo 13), Cambridge University Press, 2007, pp. 231-277 en p. 248.

⁶ A pesar de que ciertamente la jerarquía sigue perdurando hasta el día de hoy.

⁷ También los derechos humanos contribuyen a este cambio.

⁸ DG Empleo y Asuntos Sociales, Comisión Europea, Informe del Grupo de alto nivel sobre el futuro de la política social en la Unión Europea ampliada, (2004), p. 19.

⁹ Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8-12 abril 2002, UN Doc. A/CONF.197/9 (2002), p. 5.

hombres y en 60 para mujeres.¹⁰ Hoy, el reglamento británico sobre la igualdad en el empleo (edad) de 2006 nuevamente fija la edad de jubilación por defecto en 65 años. Esas edades de jubilación, que hoy parecen relativamente prematuras, están en disonancia con el nuevo umbral de la vejez que, según los pronósticos, será de 82 años en 2040.¹¹ Estas cuestiones son muy importantes para intentar comprender el concepto de la “edad” en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo, y más concretamente su artículo 6, apartado 1.

- Un análisis conjunto del contexto de derechos humanos con el del envejecimiento demográfico pone de manifiesto la necesidad de que se establezca un convenio internacional sobre los derechos de las personas de edad avanzada, que en algún momento podrá contribuir a promover una protección más completa de los derechos de las personas de mayor edad.¹²

La heterogeneidad de las personas de edades o grupos de edades determinados

La “edad” ha sufrido en el intento de ser reconocida como una cuestión de igualdad.¹³ Esto se debe a varios factores, entre los que destacan los siguientes:

- 1) Tradicionalmente los límites o toques de edad han sido utilizados (y aceptados) como instrumentos racionales de organización en los ámbitos de empleo y de trabajo. Oliver Brettle opina que “Más que ninguna otra forma de discriminación, la diferencia de trato por motivos de edad está arraigada en nuestra cultura laboral y los interrogantes que suscitan las situaciones en las que ese trato podría ser justificable, son especialmente complejas.”¹⁴
- 2) En algunos ámbitos, la discriminación por motivos de edad es considerada menos perjudicial que otras formas de discriminación.¹⁵
- 3) La edad, ya sea la de los jóvenes o la de los mayores, a menudo es objeto de estereotipos en lo relativo al rendimiento, la dedicación, la productividad o la aptitud.

Sin embargo, estos planteamientos y opiniones desatienden el hecho de que todos los grupos de edades y, en particular, el de las personas mayores, se caracterizan por una enorme heterogeneidad. Ya en 1948 J.H. Sheldon documentó el hecho de que las

¹⁰ Véase la *Widows', Orphans' and Old-Age Contributory Pensions Act* (Ley sobre las pensiones contributivas de viudedad, de orfandad y de jubilación), 1925. Obsérvese que estas edades van a ser niveladas paulatinamente a lo largo de las próximas décadas en el Reino Unido.

¹¹ G. Reday-Mulvey: *Working Beyond 60 Key Policies and Practices in Europe* (Trabajar más allá de los 60 – Principales políticas y prácticas en Europa), Palgrave MacMillan, 2005, p. 31.

¹² Como el de Kwong-Leung Tang y Jik-Joen Lee: *Global Social Justice for Older People: The Case for an International Convention on the Rights of Older People* (Justicia social global para personas mayores: Defensa de un convenio internacional sobre los derechos de las personas de edad avanzada), 36(7) *British Journal of Social Work* (2006), pp. 1135-1150.

¹³ Véanse los comentarios de Colm O’Cinneide: *Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation* (Estudio comparativo de las perspectivas europeas en materia del derecho relativo a la discriminación por razones de edad), en S. Fredman and S. Spencer (ed.): *Age as an Equality Issue* (La edad desde el punto de vista de la igualdad), Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 195-217, en pp. 196 y 200.

¹⁴ Oliver Brettle: *An unequal union* (Una unión desigual), *Employment Law Journal*, diciembre 2006/enero 2007, pp. 5-9, en p. 5.

¹⁵ Véase la discusión en H. Meenan: *Age Discrimination - Of Cinderella and The Golden Bough* (La discriminación por motivos de edad – La cenicienta y la rama dorada), p. 281, ver infra

personas de edad avanzada no constituyen un grupo homogéneo.¹⁶ Más recientemente, en 1997, Walker y Maltby consideraban que la percepción de los mayores como un grupo homogéneo se puede explicar por el edadismo.¹⁷ Más recientemente aún, en 2001, unos estudios finlandeses revelaron que las diferencias entre las aptitudes funcionales individuales varían enormemente con la edad dentro de un mismo grupo ocupacional.¹⁸ Lo que parece más interesante aún es el hecho de que esta circunstancia se produzca incluso entre personas de la misma edad dentro de un mismo grupo ocupacional.¹⁹

Los problemas de los límites y estereotipos relacionados con la edad se deben en parte al uso corriente de la edad cronológica en el empleo, en la justicia y en la sociedad. También se puede dar otro significado a la edad, por ejemplo el de la edad sociológica o la edad fisiológica. Aunque la edad no se defina en la Directiva (como tampoco se define en ninguna otra Directiva basada en el artículo 13), en mi opinión se refiere a su significado cronológico. En 1997, Eurolink Age UK propuso la siguiente definición de la discriminación por motivos de edad:

“[La discriminación por motivos de edad] es una diferencia en el trato y en las oportunidades del ciudadano, motivada exclusivamente por su edad cronológica”.

Esta definición aparentemente simple sigue siendo pertinente en el 2007, sobre todo para un examen de la vertiente relativa a la edad de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo. Más adelante expondré que aunque la edad no se defina en la Directiva, lo que se tenía en mente fue el significado cronológico de la misma (o era el que más se ajustaba a las disposiciones de la Directiva), cuando ésta se redactó y se aprobó. No obstante, quisiera apuntar que esta definición podría ser convenientemente actualizada añadiendo la frase “y su edad cronológica percibida”, porque la percepción de una edad determinada en años, sea para mayor o para más joven, puede atraer prejuicios. Como bien se sabe, algunos Estados miembros de la UE han reconocido este hecho al incluir en sus leyes de transposición de las Directivas relativas al artículo 13 los motivos de discriminación basados en la percepción, aunque las Directivas no abarcan explícitamente la discriminación por motivos percibidos.²⁰ Según parece, tampoco se ha definido la edad en las leyes de transposición de los Estados miembros, donde “la edad es generalmente considerada como una característica objetiva con un significado natural”.²¹

¹⁶ J.H. Sheldon: *The Social Medicine of Old Age Report of an Inquiry in Wolverhampton* (La medicina social de la edad avanzada. Un estudio de investigación en Wolverhampton), Oxford University Press, 1948, p. 2.

¹⁷ A. Walker y T. Maltby: *Age in Europe* (Edad en Europa), Open University Press, 1997, p. 9.

¹⁸ J. Ilmarinen: *Ageing Workers in Finland and in the European Union: Their Situation and the Promotion of Their Working Ability, Employability and Employment* (Envejecimiento de la fuerza laboral en Finlandia y la Unión Europea: su situación y la promoción de su capacidad de trabajo, su empleabilidad y su empleo), 2001, tomo. 2, n° 4, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, pp. 623-641.

¹⁹ C. Oswick y P. Rosenthal en M. Noon y E. Ogbonna: *Equality, Diversity and Disadvantage in Employment* (Igualdad, diversidad y desventajas en el empleo), Palgrave, 2001, p. 9 y Stein et al., *Age and the University Workplace: A case Study of Remaining, Retiring or Returning Older Workers* (La edad y la universidad como lugar de trabajo: Un estudio de casos sobre la permanencia, la jubilación o el regreso de los empleados de edad avanzada), *Human Resource Development Quarterly*, 11:1, primavera 2000), p. 73.

²⁰ Irlanda, por ejemplo.

²¹ Red Europea de Expertos Jurídicos en Materia de No Discriminación: Revista del derecho europeo relativo a la no discriminación, Tomo n° 4, noviembre 2006, p. 24.

Un planteamiento fisiológico de la edad y del envejecimiento en el empleo revelaría que de hecho el envejecimiento es un fenómeno altamente individualizado. Este enfoque sería más humano, más exacto y más matizado que el planteamiento de la edad cronológica para medir la capacidad funcional, pese a las barreras psicológicas y logísticas para los empleadores (y de hecho también para los empleados), que se oponen a la aplicación de criterios individualizados, aunque éstos ya se aplican de manera regular y natural para algunas profesiones, como la de piloto aéreo. La edad cronológica como criterio para permitir o denegar el acceso al empleo hace caso omiso la heterogeneidad de los trabajadores y de las personas de edad avanzada y oculta al individuo, a la persona, que se encontrará detrás del concepto de la edad, cuando ésta es expresada exclusivamente en años. Además, da al ser humano un trato por categorías, lo cual atenta contra la dignidad humana, que, como nos recuerda Lung-chu Chen, se extiende a lo largo de toda nuestra vida.²²

La Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la edad²³

La Directiva contiene toda una serie de considerandos y disposiciones relativos a la edad. Se pueden distinguir tres categorías amplias de no aplicación o de no aplicación potencial (por decisión propia o por vía de justificación):

En la primera categoría, la Directiva excluye dos ámbitos que normalmente estarían relacionados con la edad, a saber:

- El considerando 14 estipula que la Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación. Sin embargo, *Palacios de la Villa* ahora ha arrojado algo de luz sobre este asunto, como veremos más adelante.
- El artículo 3.3 excluye los pagos efectuados por los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

No cabe duda de que sin estas disposiciones la legislación sobre la seguridad social hubiera quedado inviable, de manera que el concepto de la edad hubiera podido quedar aislado fuera de la Directiva sin estas concesiones políticas.

Según entiendo, el considerando 14 no figuraba en la propuesta de Directiva, sino que se añadió más tarde, en gran parte por solicitud del Gobierno británico.

La segunda categoría permite a los Estados miembros excluir completamente dos ámbitos de la aplicación de la prohibición de discriminación por motivos de edad de la Directiva. Son los siguientes:

²² Véase Lung-chu Chen más abajo, pp. 169-171. También nos recuerda en la p. 171 que la "la mejor manera de respetar la dignidad humana consiste en tratar a cada persona en función de sus capacidades y potenciales individuales".

²³ Este apartado es una versión adaptada de: H. Meenan, *Age Discrimination - Of Cinderella and The Golden Bough* (La discriminación por motivos de edad – La cenicienta y la rama dorada), ver arriba, pp. 295-297.

- El artículo 3.4 permite a los Estados miembros la no aplicación de las disposiciones relativas a la edad y a la discapacidad de la Directiva a sus fuerzas armadas.²⁴
- El artículo 6.2. permite a los Estados miembros 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 o invalidez u optar a las mismas, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

También el artículo 6.2 favorece la viabilidad de la legislación y de los regímenes de seguridad social. El Gobierno británico exigió la inclusión del artículo 3.4.²⁵

La tercera categoría consta de una sola disposición: el artículo 6, apartado 1, que es único en todo el paquete de medidas antidiscriminación adoptado en el 2000, porque permite a los Estados miembros justificar la discriminación directa únicamente por motivos de edad. El artículo 6.1. es bastante vago²⁶ y de toda la legislación antidiscriminación de la CE, esta disposición es la que probablemente más discusiones suscitará.

- El artículo 6.1 permite a los Estados miembros disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación **“si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”**. (la negrita es mía)

No se trata ni de un caso de exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, ni de la opción de no aplicar una de sus disposiciones.

Al margen de estas tres categorías hay dos considerandos que ayudan a esclarecer el concepto de la edad dentro de la Directiva. El considerando 17 está redactado como sigue:

“La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad”.

El considerando 25 está redactado como sigue:

“..... No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que

²⁴ Unos pocos Estados miembros recurren a esta posibilidad, como por ejemplo Alemania. En Dinamarca, las fuerzas armadas pueden solicitar permiso al Ministerio para excluir de determinados puestos de trabajo a candidatos de una cierta edad o con una discapacidad, por razón de una verdadera cualificación profesional. En Malta, en cambio, la normativa relativa al trato discriminatorio por motivos de edad o discapacidad no se aplica a las fuerzas armadas; véase *European anti-Discrimination Law Review*, tomo 1, abril 2005, pp. 44 y 61, respectivamente.

²⁵ A. Evans-Pritchard: *Business criticises EU ban on jobs bias* (Las empresas critican la prohibición de sesgo en el empleo), *Daily Telegraph*, 18 octubre 2000.

²⁶ John Cridland, CBI, es citado en el artículo arriba mencionado del *Daily Telegraph*, diciendo que la cláusula relativa a la edad “deja demasiadas preguntas sin contestar”.

pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, de mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”. Este considerando contribuye a respaldar el artículo 6.1, y en *Palacios de la Villa* el TJCE ha intentado dilucidar qué clase de factores podrían dar lugar a disposiciones divergentes en los Estados miembros.

La emergencia de jurisprudencia y un mayor relieve para la edad

Si la edad tenía menor relieve que los demás motivos contemplados en el artículo 13, esta situación quedó indudablemente rectificada con la decisión del TJCE en el asunto *Mangold contra Rudiger Helm*.²⁷ Este fue el primer caso planteado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativo a una de las formas de discriminación contempladas en el artículo 13. En su sentencia, el TJCE aclaró que la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo por sí misma no establece el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación.²⁸ La fuente de la prohibición de la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual se encuentra más bien en los tratados internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.²⁹ Por consiguiente, el TJCE (sin haber especificado qué tratado internacional o qué tradición constitucional constituyen la fuente principal) declaró que el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado como un principio general del Derecho comunitario,³⁰ lo cual en realidad implicaría que este principio ya existía anteriormente en el Derecho comunitario. De esta manera el TJCE parece haber allanado el camino para una fuerte interacción entre sus métodos tradicionales de declarar principios generales y la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo.

Este proceso parece haber llegado a un punto muerto después de la posterior decisión del TJCE en el asunto *Sonia Chacon Navas contra Eurest Colectividades SA*³¹, relativo al concepto de discapacidad, en la que el TJCE no admite ampliar por interpretación o analogía los motivos de discriminación enumerados en el artículo 13 y declara: “Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación ... Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.”³²

***Mangold*, al descubierto**

Como bien se sabe, el asunto *Mangold* tiene por objeto la cuestión de si una ley alemana que permitía a los empresarios ofrecer contratos de trabajo de duración determinada a todos los trabajadores mayores de 52 años sin ninguna justificación objetiva, era compatible con el artículo 6.1 de la Directiva sobre la igualdad de trato

²⁷ Asunto C-144/04, sentencia 22 noviembre 2005.

²⁸ apartado 74.

²⁹ idem.

³⁰ apartado 75.

³¹ Asunto C-13/05, sentencia 11 julio 2006.

³² apartado 56.

en el empleo. Este límite de edad había sido rebajado temporalmente de 58 a 52 años hasta el 31 diciembre 2006, pocas semanas después de la fecha de expiración del plazo adicional contemplado en la Directiva relativa a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. El Abogado General Tizzano ya había precisado que la reducción de la edad obedecía a un estudio realizado por el Gobierno, en el que se describían las malas perspectivas de empleo de los trabajadores mayores de 55 años. El TJCE confirmó que las sucesivas reducciones de la edad a partir de la cual se admite la celebración de contratos de duración determinada, fueron justificadas por la necesidad de fomentar el empleo de las personas de edad avanzada.³³

La cuestión principal planteada al TJCE fue si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que permite celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años sin necesidad de que exista una razón objetiva para ello. El TJCE cotejó la normativa alemana con los tres criterios contemplados en el artículo 6.1 y llegó a las siguientes conclusiones:

Criterio I: La medida introduce una diferencia de trato por motivos de edad.

Criterio II: El TJCE declara que la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada constituye un objetivo legítimo que justifica objetiva y razonablemente una diferencia de trato.

Criterio III: A la pregunta de si los medios empleados fueron adecuados y necesarios, el TJCE concluye que éstos fueron desproporcionados. Aunque “los Estados miembros disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral”,³⁴ el Tribunal concluye que

1) la aplicación de esta normativa da lugar a una situación en la que todos los trabajadores mayores de 52 años, independientemente de que se encontraran empleados antes de celebrar el contrato de duración determinada o no, “podían celebrar, hasta el momento en el que pudieran reclamar el abono de una pensión de jubilación, contratos laborales de duración determinada que pueden ser prorrogados un número indefinido de veces. Este nutrido grupo de trabajadores determinado exclusivamente en función de la edad, corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo, que, sin embargo y como se deduce del Acuerdo marco, constituye un factor importante para la protección de los trabajadores”.³⁵

2) El TJCE rechaza rotundamente el empleo de la edad como único criterio de aplicación de un contrato de duración determinada sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad de 52 años como tal sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada, “independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado”.³⁶

Al llegar a este resultado, el TJCE salvó los siguientes escollos, de alcance variado:

³³ apartados 53 y 59.

³⁴ apartado 63.

³⁵ apartado 64.

³⁶ apartado 65.

- El plazo previsto para la transposición no había expirado.³⁷
- La reducción de 58 a 52 años no estuvo relacionada con la transposición de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo.
- La norma alemana tenía que expirar el 31 de diciembre de 2006.
- La cuestión del efecto directo horizontal, ya que este caso tiene por objeto un litigio entre dos particulares, el Sr. Mangold y su empleador particular, el Sr. Helm.

El TJCE, entre otras, se basa en el principio de no discriminación por razón de la edad, del que justamente acababa de declarar en el marco del caso en cuestión que prima sobre el hecho de que el plazo de transposición todavía no hubiera expirado.³⁸

La conclusión del TJCE de que el artículo 6.1 se opone a esta norma, estuvo claramente inspirada por el problema de la menguada seguridad de empleo de los trabajadores mayores de 52 años. No obstante, también hubiera sido concebible que cuestionara la reducción del umbral de edad a 52 años, por razón del incremento de nuestra esperanza de vida, ya que muchos podemos esperar llegar a los 80 años o más, lo cual en muchos casos supondrá que tengamos que trabajar más años para poder financiar los años de vida adicionales. Asimismo hubiera podido examinar el mayor impacto de esa normativa sobre las mujeres en el empleo, cuyas carreras a menudo tienen trayectorias diferentes de los hombres, debido a una serie de factores que incluyen el cuidado y la educación de los niños, los salarios inferiores, los empleos de categoría inferior, el trabajo atípico y la discriminación por razón de sexo.³⁹ Por todo ello las mujeres de 52 años indudablemente están más necesitadas de estabilidad en el empleo y de la posibilidad de ahorrar para acumular derechos de pensiones que los hombres. La Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo, aunque no contempla la discriminación por razón de sexo, de hecho alude a la vulnerabilidad de las mujeres ante la discriminación.⁴⁰

Palacios de la Villa

El 16 octubre 2007 la Gran Sala del TJCE dictó su sentencia en el asunto *Felix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios S.A.*⁴¹ El Tribunal declaró que la prohibición de la discriminación por motivos de edad contemplada en la Directiva no se opone a la normativa española que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación de 65 años, y que cumpla con las condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación.

³⁷ La jurisprudencia anterior establece el deber de abstenerse de adoptar medidas contrarias a una directiva durante el plazo de transposición, apartados 66-68.

³⁸ apartado 76.

³⁹ H. Meenan: *Age Discrimination - Of Cinderella and The Golden Bough* (La discriminación por motivos de edad - La cenicienta y la rama dorada), en H. Meenan Ed.: supra, p. 288.

⁴⁰ considerando 3 y artículo 6.2.

⁴¹ Asunto C-411/05.

En su motivación de la sentencia el Tribunal aclara el significado del considerando 14 de la Directiva, que establece: “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”. Hasta este caso, el significado de ese considerando no había quedado del todo claro. Según el Tribunal “este considerando se limita a precisar que **la competencia de los Estados miembros para determinar la edad de acceso a la jubilación no se ve afectada por la mencionada Directiva**, sin excluir de modo alguno que ésta pueda aplicarse a las medidas nacionales que establecen los requisitos para la extinción de un contrato de trabajo por alcanzarse la edad de jubilación así determinada”⁴² (la negrita es mía). Dado que la normativa española permitía la extinción automática de la relación laboral, lo cual afectaba al ejercicio por el trabajador de su actividad profesional e impedía su participación futura en la vida activa, la Directiva se aplicaba al caso en cuestión.⁴³

La cuestión principal que tenía que contestar el Tribunal era la relativa a si el principio de igualdad de trato por razón de la edad, que establecen el artículo 13 CE y el artículo 2(1) de la Directiva, se opone a una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado la edad de jubilación y que cumpla las condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación.

El Tribunal examinó los tres criterios contemplados en el artículo 6.1. de la Directiva.

Criterio I: La norma en cuestión establece una diferencia de trato basada directamente en la edad.

Criterio II (finalidad): El Tribunal concede que la norma se adoptó “en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional”.⁴⁴ Como la normativa no especifica este objetivo, el Tribunal examinó su contexto general y su finalidad subyacente. Como resultado de este proceso, el Tribunal concluye que “la disposición tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo” y que la legitimidad de este objetivo no puede cuestionarse razonablemente.⁴⁵

Criterio III (medios): El Tribunal pregunta si los medios empleados para lograr este objetivo eran “adecuados y necesarios”. Declara, a tenor de la sentencia *Mangold*, que “los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros ... sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo”.⁴⁶ El Tribunal se remite al considerando 25 de la Directiva que establece que diferencias de trato por razones de edad se pueden justificar y que requieren “disposiciones específicas que

⁴² apartado 44.

⁴³ apartado 45.

⁴⁴ apartado 53.

⁴⁵ apartados 62 y 64.

⁴⁶ apartado 68.

pueden variar según la situación de los Estados miembros”. Aquí una vez más el Tribunal intenta aportar claridad al considerando 25 y precisa:

“Así sucede en los casos en que las autoridades nacionales competentes deben optar entre prolongar la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever su jubilación anticipada, en función de consideraciones de carácter político, económico, social, demográfico o presupuestario y de la situación concreta del mercado de trabajo en un Estado miembro determinado”.⁴⁷

Aunque sea alentador ver que el TJCE muestre una cierta conciencia de los factores demográficos, es potencialmente alarmante ver que se incluye una referencia a consideraciones presupuestarias y políticas en este contexto. El Tribunal a continuación precisa que las autoridades competentes a nivel nacional, regional o sectorial tienen que tener “la posibilidad de modificar los medios que se emplean... mediante su adaptación a la evolución de la situación laboral en el Estado miembro de que se trate”⁴⁸ y que incumbe “a las autoridades competentes de los Estados miembros conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego”.⁴⁹

Hacia el final de la motivación de la sentencia el Tribunal declara, en relación con el objetivo legítimo, que “consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo” y declara que la prohibición de discriminación por razón de edad no se opone a la normativa nacional “siempre que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general **no resulten inadecuados e innecesarios** a este respecto”⁵⁰ (la negrita es mía).

En el asunto *Palacios de la Villa* la edad no fue el único criterio para la jubilación forzosa a los 65 años. El Tribunal parece dar mayor importancia al segundo requisito: que los trabajadores también cumplan las condiciones para acceder a una pensión de jubilación, y al hecho de que la normativa nacional ofrezca a los agentes sociales la posibilidad de recurrir a la jubilación forzosa para tener en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo, sino también las características propias de los puestos de que se trate.⁵¹ Según las palabras del Tribunal, los agentes sociales disfrutaban de “una flexibilidad considerable”.⁵²

A juzgar por la versión inglesa de la sentencia, como ya se ha mencionado, el rasero aplicado al tercer criterio de justificación contemplado en el artículo 6.1 parece ser relativamente bajo en este caso. Tal vez resultaría interesante contrastarlo con la evolución de la justificación de la discriminación **indirecta** en Irlanda, ya que se ha producido una cierta convergencia entre la justificación objetiva de la discriminación indirecta por razón de sexo a nivel de la UE y de los Estados miembros (en Irlanda y en otras jurisdicciones), la discriminación indirecta por todos los motivos contemplados en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la discriminación directa por motivos de edad contemplada en

⁴⁷ apartado 69.

⁴⁸ apartado 70.

⁴⁹ apartado 71.

⁵⁰ apartados 72 y 77.

⁵¹ apartados 73 y 74.

⁵² apartado 74.

el artículo 6.1 de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo (aunque este artículo por ejemplo establece el requisito de que esté justificada “objetiva y **razonablemente** por una finalidad legítima”).

La *Employment Equality Act* (Ley de igualdad de trato en el empleo) de 1998, que sirvió de modelo para la Directiva, en un principio establecía que una discriminación indirecta podía ser justificada si era razonable en todas las circunstancias. La *Equality Act* (Ley de igualdad) de 2004 enmendó esa norma siguiendo los términos del artículo 2.2(b) de la Directiva para la discriminación indirecta por los nueve motivos contemplados, incluidos el sexo y la edad. En el asunto *NBK Designs contra Marie Inoue*⁵³, que tiene por objeto principal el concepto de discriminación por razón de sexo⁵⁴, pero no por la edad, el Tribunal de Trabajo irlandés decidió que una disposición, aparte de ser adecuada para la consecución de la finalidad y de ser necesaria, tiene que servir para satisfacer una verdadera necesidad⁵⁵ por parte de la empresa. El Tribunal va más allá del concepto de lo razonable⁵⁶ para pasar al requisito de probar que los medios sean “**esenciales**”⁵⁷.

El Tribunal de Trabajo describió los medios adecuados y necesarios, como elemento de justificación, en los siguientes términos: “En opinión del Tribunal el valor de los beneficios generados para el empleador, si se contrasta con el efecto discriminatorio del método empleado para lograrlos, no puede satisfacer el requisito de proporcionalidad”. También dispuso que el empleador tiene que demostrar que no existieran medios alternativos, de efectos menos discriminatorios, que hubieran permitido lograr el objetivo en cuestión. El empleador no cumplió el criterio de la proporcionalidad ni el de los medios alternativos.

En el asunto *Palacios de la Villa* el TJCE declara que incumbe a las autoridades competentes de los Estados miembros conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego.⁵⁸ Esto se ajusta a la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros al primar un objetivo sobre otros y al definir los medios empleados para alcanzarlo.⁵⁹ No obstante, a la luz del contexto más amplio, caracterizado entre otras por un envejecimiento demográfico y una esperanza de vida considerablemente más elevada, podría ser indicado un planteamiento más intervencionista e indicativo por parte del TJCE ante las importantes cuestiones del acceso al empleo, la seguridad del empleo de los trabajadores de edad avanzada y la solidaridad entre generaciones. El tema de los medios alternativos para lograr un objetivo deseado puede algún día llegar a inspirar una protección más sólida del empleo de los trabajadores de edad

⁵³ Sentencia 25 noviembre 2002, Tribunal de Trabajo ED/02/34, resolución EED 0212.

⁵⁴ También tenía que ver con la discriminación por razón de estado civil y estado familiar, supuestos también cubiertos por la *Employment Equality Act* (Ley sobre la igualdad de trato en el empleo) irlandesa de 1998, enmendada por la *Equality Act* (Ley de igualdad) de 2004.

⁵⁵ Según los criterios de justificación objetiva establecidos en la sentencia *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*, asunto 170/84 [1986] TJCE 1607.

⁵⁶ basándose en la anterior jurisprudencia irlandesa relativa a este particular.

⁵⁷ Véanse, además de la sentencia del Tribunal de Trabajo, los comentarios de Michelle N. Longain en *The ABC of PQE*, *Gazette of the Law Society of Ireland*, 2006, 100(8) pp. 22-23, 25 y 27, en p. 25.

⁵⁸ apartado 71.

⁵⁹ apartado 68.

avanzada, ya que la jubilación forzosa constituye uno de los ejemplos más claros de discriminación directa por razones de edad. El convenio colectivo tuvo una aplicación universal en su sector similar a la que tuvo el límite de edad para los contratos de duración determinada en el caso *Mangold*. No obstante, en el asunto *Palacios de la Villa* la edad en cuestión de 65 años era mucho más realista (aunque gracias a nuestra mayor esperanza de vida, las personas a esa edad son cada vez más jóvenes), a lo que se añade la protección que confiere la pensión de jubilación.

Un desafío pendiente para la edad nacional de jubilación del Reino Unido de 65 años

Con fecha del 24 julio 2007 el *High Court* (Tribunal Superior) de Inglaterra remitió al TJCE una serie de cuestiones relativas a la justificación del despido por su empresario de un trabajador de edad avanzada, cuando éste haya alcanzado la edad habitual de jubilación o, en ausencia de una edad habitual de jubilación, los 65 años (la edad de jubilación por defecto).⁶⁰ Las cuestiones planteadas en *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) / Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* son las siguientes:

“1. Edad nacional de jubilación y ámbito de aplicación de la Directiva

- (i) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la Directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores despedir a los trabajadores mayores de 65 años por razón de jubilación?
- (ii) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la Directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores despedir a los trabajadores mayores de 65 años por razón de jubilación si éstas fueron adoptadas una vez que la Directiva había entrado en vigor?
- (iii) A la luz de las respuestas a las anteriores cuestiones (i) y (ii):
 - 1) ¿Eran los artículos 109 y/o 156 de la Ley de 1996, y/o
 - 2) son los Reglamentos 30 y 7, en relación con los Anexos 8 y 6 a los Reglamentos,

disposiciones nacionales que establecen las edades de jubilación en el sentido del considerando decimocuarto?

2. Definición de la discriminación directa por razones de edad: justificación

- (iv) ¿El artículo 6, apartado 1, de la Directiva permite a los Estados miembros adoptar disposiciones que establezcan que una diferencia de trato por razones de edad no constituye discriminación si se demuestra que es un medio proporcionado para lograr un objetivo legítimo, o exige el artículo 6, apartado 1, que los Estados miembros definan en una lista u otra medida que

⁶⁰ Véase el reglamento 30 de los Reglamentos relativos a la igualdad de trato en el empleo (edad), 2006.

por su forma y contenido se asemeje a él los tipos de diferencias de trato que pueden justificarse de este modo?

3. El criterio de la justificación de la discriminación directa e indirecta

- v) ¿Hay alguna diferencia significativa, en la práctica, y si es así cuál es, entre el criterio de justificación establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva con respecto a la discriminación indirecta, y el criterio de justificación establecido con respecto a la discriminación directa por razones de edad en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva?”⁶¹

Las reacciones iniciales a la sentencia *Palacios de la Villa* en el Reino Unido eran pesimistas de cara al caso *Age Concern*, del que el Tribunal no conocerá hasta finales de 2008 o 2009. La sentencia *Palacios de la Villa* probablemente tendrá algún efecto sobre el primer grupo de las cuestiones arriba citadas, pero considero que hay margen para cotejar la normativa inglesa con los elementos individuales del artículo 6.1, aunque el *High Court* de Inglaterra no lo había solicitado explícitamente.

Otros casos pendientes ante el TJCE

En el momento en que escribo estas líneas, hay dos asuntos más pendientes ante el TJCE:

El **asunto C-427/06 *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*** tiene por objeto entre otras las siguientes cuestiones:

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

¿Semejante prohibición de discriminación por razón de edad resulta aplicable al reglamento de un plan de pensiones del sistema de empleo que disponga que no tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente que sea más de 15 años más joven que el empleado fallecido?

El caso interesante C-277/04, *Maria-Luise Lindorfer contra el Consejo de la Unión Europea*, es un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en un asunto de personal. Tanto el primer Abogado General como el segundo⁶² consideran que se trata de un caso de discriminación sólo por razón de sexo y no por motivos de edad. También este caso tiene por objeto los derechos a pensión.

⁶¹ Extraído del sitio web de *Age Concern England*, disponible en: <http://www.ageconcern.org.uk/AgeConcern/6181A345BF3B44E2AB4521A1CF45F6F5.asp>

⁶² Abogados Generales Jacobs y Sharpston, respectivamente

Conclusión

No cabe duda de que la inclusión de la edad en el artículo 13 CE y en la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo prometía ser muy beneficiosa. No obstante, persiste la impresión de que la vertiente edad de la Directiva sigue siendo una obra inacabada. Conforme se vayan dictando más sentencias en asuntos prejudiciales y con una posible enmienda futura de la Directiva, se irá aportando cada vez más claridad. La pregunta que queda por contestar es si realmente fue necesario incluir el artículo 6.1 en la Directiva⁶³, a la luz de todos los considerandos relativos a la edad y de todas las demás posibilidades que ofrece la Directiva de eludir la aplicación de las disposiciones sobre la edad, en particular el considerando 17 que está impregnado de sentido común. En palabras de Lung-chu Chen “El criterio adecuado debe ser si una persona está actualmente en condiciones de desempeñar las tareas requeridas y no su fecha de nacimiento”⁶⁴.

El autor Kurt Vonnegut una vez le preguntó a su hijo de qué iba la vida, a lo que éste le contestó: “Padre, sea lo que sea, estamos aquí para ayudarnos mutuamente a soportarlo”.⁶⁵ En este sentido no estoy del todo convencida de que hayamos encontrado la mejor manera de ayudarnos a nosotros mismos ni a los demás a superar todos los desafíos (y oportunidades) que nos plantea el cambio demográfico, sobre todo cuando se trata de repartir el empleo entre jóvenes y mayores. Admito que es una tarea nada fácil.

⁶³ Aunque no se puede negar su importancia para asegurar la inclusión de la edad en la Directiva, tal vez su utilidad podría revisarse en un momento futuro.

⁶⁴ Lung-chu Chen, *Aging: A new Human Rights Concern-A Policy-Oriented Perspective* (Envejecimiento: un nuevo problema de derechos humanos – una perspectiva de orientación política), *American Society of International Law Proceedings*, 1987, 38, pp. 164-179 en p. 171.

⁶⁵ Kurt Vonnegut, *A man without a country* (Un hombre sin patria), (Bloomsbury, Gran Bretaña, (2007)) p. 66.