Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La garantía de no discriminación por razón de edad en el marco de la protección social adecuada

The guarantee of non-discrimination by age in the context of adequate social protection

Salvador Perán Quesada

IR Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social"
IP Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva"
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-0131-7726

Cita Sugerida: PERÁN QUESADA, S.: «La garantía de no discriminación por razón de edad en el marco de la protección social adecuada». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 117-135.

Resumen

El Derecho Social, con fundamento en los artículos 50, 9.2 y 14 de la Constitución Española, ha configurado un genuino marco normativo dirigido a garantizar el desarrollo, como miembros de pleno derecho de la sociedad, a las personas de edad avanzada. Lo que se traduce en dos mandatos concretos, el derecho a la vida digna y a la autodeterminación personal y la garantía del trato no discriminatorio. El contenido esencial del derecho a no ser discriminado (por razón de edad), exige el necesario juicio de proporcionalidad de la medida impuesta cuando afecte al principio constitucional. En las relaciones de trabajo el pacto colectivo ha utilizado la circunstancia de la edad como fundamento de tratamientos diferenciados, que no siempre pueden justificarse en base a los criterios jurisprudencialmente establecidos. Lo que exige una reflexión sobre la posible existencia de perjuicios sociales e intereses económicos, que afecten al acceso a los bienes sociales relevantes, en especial, al empleo, de las personas de edad avanzada.

Palabras clave

Envejecimiento activo; discriminación por razón de edad; protección social adecuada

Abstract

Social Law, based on articles 50, 9.2 and 14 of the Spanish Constitution, has set up a genuine regulatory framework aimed at guaranteeing the development, as full members of society, of elderly people. Which translates into two specific mandates, the right to a dignified life and personal self-determination and the guarantee of non-discriminatory treatment. The essential content of the right not to be discriminated against (on the basis of age) requires the necessary judgment of proportionality of the measure imposed when it affects the constitutional principle. In employment relationships, the collective agreement has used the circumstance of age as the basis for differentiated treatments, which cannot always be justified based on jurisprudentially established criteria. This requires a reflection on the possible existence of social prejudices and economic interests that affect access to relevant social goods, especially employment, of elderly people.

Keywords

Active aging; age discrimination; adequate social protection

1. EL DERECHO SOCIAL AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

1.1. El derecho social al envejecimiento activo como eje de la protección social adecuada

Decía Borges en *Elogio de la sombra* que *la vejez (tal es el nombre que los otros le dan) puede ser el tiempo de nuestra dicha, (...) es una dulzura, un regreso*. Sin duda, una visión vitalista y positiva, de acercamiento a las cuestiones de la edad avanzada, que, como garantía de derechos ligados a la dignidad de la persona y de protección social, está presente en las legislaciones sociales de todos

los Países desarrollados, bien como reconocimiento expreso de derechos de protección asistencial y económica, como de participación en la vida publica - económica, política, cultural y social -.

Presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1], en los grandes Tratados Internacionales[2], y, en nuestro ámbito, en la Carta Social Europea (revisada)[3] *Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social (Parte I. Artículo 23)* -, en la Carta los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural (artículo 25)*, y en nuestra Constitución: *Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social (artículo 50)*.

Existe, por tanto, un reconocimiento expreso de la necesidad de protección y recursos sociales que requieren las personas mayores, lo que obliga, en consecuencia, a implementar sistemas de protección social eficaces para satisfacerlas. Pero es que, por lo demás, dentro de la formula en la que se enuncian los derechos de protección, procede una interpretación mas amplia, por la que los derechos de las personas mayores no deben circunscribirse exclusivamente a cuestiones relacionadas con la salud y la protección económica, lo que puso de manifiesto la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento Activo[4].

La estructura demográfica mundial está cambiando profundamente, consolidándose una doble tendencia: el incremento de la esperanza de vida[5], y la disminución de la tasa de natalidad. La gestión de sociedades constituidas por ciudadanos de mayor edad nos sitúa ante transcendentales retos de diversa naturaleza y alcance. En el presente, se empiezan a dibujar algunos trazos de lo que serán políticas cada vez más centrales, y entre ellas, con enorme timidez, comienza a surgir la necesidad de crear instrumentos capaces de favorecer un envejecimiento saludable de la población a través de la integración de las personas mayores en la vida social. Integrar la perspectiva del envejecimiento activo significa cambiar el punto de vista de los instrumentos normativos dirigidos a la tercera edad: desde la protección y la dependencia, a la integración y la autonomía. El paso no es menor, la *cobertura integral de la vejez*[6] es un concepto que desborda el mero marco de previsión social de la protección, en tanto que contingencia social, llegando a la necesidad de crear instrumentos eficaces de integración, redes socio-sanitarias, que atiendan los problemas específicos de la salud que se manifiestan en edades avanzadas, así como la necesidad de asegurar su participación y acceso en el conjunto de bienes sociales relevantes y espacios públicos, políticos y sociales.

Estas políticas se ven reforzadas por el reconocimiento de un Estatuto jurídico del mayor en el marco normativo internacional[7], y europeo - Estrategia europea para las personas mayores[8]- en donde

1 Artículo1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996: Parte II, artículo 2: Los Estados parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole

3 Estrasburgo, 3 V, 1996.

4 Hecho en Madrid, 11 y 12 de abril de 2002, en el ámbito de la ONU.

5 Por primera vez en la historia de la humanidad la esperanza de vida planetaria supera los 60 años, OMS (2015) Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud.

6 Maldonado Molina, J.A.: La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, 2002.

7 En este sentido ver: Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A.: Envejecimiento activo y vida laboral, Comares, 2019; Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social, en Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J.L., La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa, Comares, pág. 821 y sg, 2017.

8 Comité Económico y Social Europeo, 2023.

se comienza a dibujar un concepto de envejecimiento activo que hace referencia al modo en que la edad incide sobre el acceso a bienes sociales, entendiéndose de un modo amplio, lo que significa su adaptación y participación del corpus social, laboral, económico, cultural o cívico. Desde esta perspectiva, resulta interesante incorporar la perspectiva de la Organización Mundial de la Salud[9], en la que se relaciona el bienestar físico, social y emocional de las personas mayores con su capacidad de participación y de protección de su seguridad y salud. En todo ello subyace la idea de que, favorecer la participación del conjunto de los ciudadanos - potenciando sus capacidades y deseos -, permite acceder a un enriquecimiento social en beneficio de la comunidad.

Por tanto, una sociedad democrática debe perseguir la protección adecuada de las personas que integran la llamada tercera edad, mediante todos los medios y recursos que un Estado de Bienestar ofrece. En este sentido debe entenderse el termino *envejecimiento activo* como impulsor de acciones que favorezcan y potencien el disfrute de los últimos años de vida, tanto en cuanto a garantizar la asistencia sanitaria y social adecuada, como una vida activa y plena. Por lo tanto, cuando se habla de envejecimiento activo, no se hace referencia al esquema diseñado por Ley General de la Seguridad Social[10] en su artículo 214, sino a la configuración más amplia que debe tener este derecho social de carácter emergente.

No obstante, la edad es el factor discriminatorio más común en nuestras sociedades[11], y no es precisamente porque exista un especial perjuicio o rechazo social a las personas mayores, sino porque éste funciona de aglutinador. La peor forma de pobreza en la que se manifiesta a mayor edad, porque interacciona con las circunstancias propias del envejecimiento. Y lo mismo ocurre con el aislamiento social, propio de la edad avanzada y consecuencia principal de la ausencia de actividad profesional y de la perdida del entorno habitual de las relaciones sociales.

En resumen, existen dos formas de enfocar la protección jurídica de las personas mayores, aquella que persigue su protección y cuidado, incluyendo la garantía de la participación plena en la sociedad, y aquella otra que prohíbe el trato discriminatorio. Nuestra Constitución configura ese triple acercamiento: el protector, ante los estados de necesidad, el integrador, como expresión del libre ejercicio de ciudadanía plena, y el garantista ante los actos discriminatorios[12].

En nuestra Constitución, los dos primeros se recogen en los artículos 9.2 y 50 - reglas programáticas cuya virtualidad necesita un desarrollo legal -, mientras que la no discriminación por razón de edad, consagrado en el artículo 14, goza de la protección de los Derechos fundamentales, por lo que su invocación es directa ante los Tribunales de Justicia. Veremos ambas con especial incidencia en la prohibición de discriminación por edad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

---

9 La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el periodo 2021-2030 como la Década del Envejecimiento Saludable y pidió a la OMS que se encargara de liderar su puesta en práctica. La Década del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas es un proyecto de colaboración a escala mundial que pretende aunar los esfuerzos de los gobiernos, la sociedad civil, los organismos internacionales, los profesionales, el mundo académico, los medios de comunicación y el sector privado para llevar a cabo una acción concertada, catalizadora y colaborativa a lo largo de 10 años orientada a promover vidas más largas y saludables.

10 Y sus respectivas reformas vía Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo y Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

11 Según el Observatorio Internacional CEGOS, Diversidad e inclusión en las organizaciones. Los retos relacionados con las habilidades en una transformación cultural, 2023, entre los factores discriminatorios más comunes, la edad es el factor más percibido por los encuestados con un 25%, por delante del estado de salud (19%), el género (18%) o la apariencia física (16%).

12 Perán Quesada, S.: La edad como factor discriminatorio, en Perán Quesada, S.; Vila Tierno, F. (Directores), La protección social de las personas mayores, retos para el S.XXI. Estudio comparado de los países Latinoamericanos y del Sur de Europa, Bomarzo, 2022.

1.2. El marco Constitucional de la protección de las personas de edad avanzada y su integración social

Dentro del Capitulo III de la Constitución: *De los Principios rectores de la política social y económica*, el artículo 50, encomienda a los poderes públicos garantizar *la suficiencia económica de los ciudadanos durante la vejez, lo que implica articular un sistema de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares,* el promover *su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*. De este modo, las personas de edad avanzada, para hacer efectivo su derecho al normal desenvolvimiento y acceso a los bienes sociales básicos en una sociedad democrática, deberán disponer o disfrutar de una acción pública eficaz, de naturaleza garantista, igualitaria e integradora. En este sentido puede entenderse que el doble mandato a los poderes públicos, da contenido concreto al mandato genérico del artículo 9.2 CE. - *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*-Lo que sugiere otra idea importante, aunque de modo incipiente, como es la necesaria transversalidad de las políticas sociales, especialmente en el disfrute de los demás derechos contenidos en el marco constitucional, como expresión de un sistema multinivel de justicia social[13].

Pero, como bien se sabe, los derechos sociales que garantiza el Titulo III CE no tienen la misma transcendencia que los derechos civiles y políticos que recoge el Titulo I, quedando fuera del circulo privilegiado de las garantías constitucionales recogidas en el artículo 53, 1 y 2 CE, y, en consecuencia, se limita su efectividad - el carácter vinculante y su alegación directa ante los Tribunales de Justicia - *a lo que dispongan las leyes que lo desarrollan* (artículo 53.3 CE). Así lo reconoció el Tribunal Constitucional: *las normas que contienen derechos sociales o de prestación…únicamente cobraran peso especifico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la practica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social…*STC 215/1994.

Sin embargo, ello no significa la arbitrariedad legal en el desarrollo de los mismos. Como puso de manifiesto Vida Soria, *los principios rectores* son algo mas que meras formulas programáticas, son principios claramente configurados que vinculan al legislador en la regulación legal o reglamentaria posterior, aunque no puedan ser directamente invocados ante los Tribunales de Justicia mas que a través de las normas legales que los contemplan. Es decir, existe una autentica *garantía institucional* como factor de protección de una determinada institución social. Incluso desde la perspectiva de derechos a prestaciones económicas *el reconocimiento constitucional supone la limitación al Estado en orden a dictar disposiciones que supriman ese derecho, lo hagan inútil o ineficaz* como sería, sencillamente, suspender el pago de las prestaciones públicas a fin de reducir el déficit público[14].

Por lo demás, el artículo 10.2 CE obliga a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Estado Español. Regla hermenéutica que también vincula en este caso, aunque los derechos a interpretar sean derechos sociales no incluidos entre los fundamentales. Ello supone, además de un estándar de interpretación, la garantía de que el alcance que se les dé a los mismos por normas positivas o por resoluciones judiciales, no podrá contradecir o limitar el alcance

[13] Castro Medina, R.: Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma, Atelier, 2023, pág. 31.

[14] Vida Soria, J.: Articulo 41 Seguridad Social, en Dir. Alzaga Villamil, O. (Director) Comentarios a la Constitución, Edersa, 1984, pág. 83.

previsto para estos derechos en las normas Internacionales ratificadas por España. En consecuencia, el deber que recae sobre los poderes públicos se corresponde con un derecho del ciudadano que va mas allá del desarrollo de una norma de carácter programático[15].

Se refuerza, de esta forma la dimensión integral del concepto de ciudadanía de las personas mayores[16], lo que hace necesario la conexión entre las medidas contenidas en el artículo 50 CE con el ejercicio efectivo de los demás derechos con relevancia constitucional. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que el mandato a los poderes públicos contenido en la norma constitucional refuerza la idea de que la protección a las personas mayores, debe estar unida a la promoción de la igualdad real y efectiva[17]. En este sentido ya la doctrina del Tribunal Constitucional descartó, desde sus primeras Resoluciones. la existencia de un principio de irregresividad en la protección social de la tercera edad[18]. Lo que, aplicado a la cuantía de las pensiones, supone el mantenimiento de las mismas en su cuantía prevista inicialmente. Por tanto y, en definitiva, lo que se garantiza no es *un derecho subjetivo a cuantía determinada*[19], sino a cuantía suficiente que permita una vida digna.

2. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN

2.1. La prohibición de discriminación por razón de edad en el las normas Internacionales

La normativa internacional incorpora el enfoque del tratamiento de la edad bajo la perspectiva de los Derechos Humanos, al entender que la protección de las personas mayores refuerza la garantía a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación. En este sentido, el articulo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), establece que los Estados firmantes se comprometen a *garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por cuestión de… edad…* Al mismo tiempo que establece la obligación de reconocer el derecho de toda persona a la Seguridad Social e, incluso, al seguro social (articulo 9).

En cuanto a la normativa de la OIT, en principio parece criticable que tanto el Convenio como la Recomendación sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (número 111) OIT, 1958, no incluya la edad entre las causas de discriminación que particularmente enumera. Si bien, desde un punto de vista jurídico la tacha puede ser menor al entender la edad incluida en la cláusula abierta que establece. Pero, en conjunto, no deja de ser llamativo el escaso peso específico que la edad ha tenido en el marco de la normativa de la OIT. De hecho, en su acervo jurídico, solo contamos con un texto especializado de naturaleza jurídica menor, como es la Recomendación número 162 sobre los trabajadores de edad, de 1980.

No obstante, la edad, como criterio, tiene un fuerte carácter transversal, con lo que aparece recogida en diferentes normas, como el Convenio (128) sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967; o las Recomendaciones: (122) sobre la política del empleo de 1964; y (150)

---

15 Quesada Segura, R.: Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 135,136.

16 STC 269/1994.

17 STC 189/1987.

18 Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: El derecho a la protección de las personas de la tercera edad, en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Directores) Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Comares, 2002, pág. 1807.

19 STC 97/1990.

sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 1975; o como, finalmente, en la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de1975.

En cuanto a la Recomendación OIT 162, la mas importante en esta materia, prohíbe cualquier tipo de discriminación - en el acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación, en el acceso a un empleo de su elección, tanto en el sector público como en el privado; en la reserva de los casos en donde, excepcionalmente, se hayan fijado límites de edad debido a las condiciones del trabajo a desarrollar; en los medios de formación profesional, en el derecho a la licencia pagada de estudios; a la promoción y a una justa distribución de tareas; a la seguridad en el empleo; a la remuneración por un trabajo de igual valor; a las medidas de Seguridad Social y a las prestaciones sociales; así como todas las medidas previstas de carácter asistencial- con carácter general y amplio. Y, respecto a medidas especificas para el colectivo de trabajadores mayores, se establecen reglas de prevención de riesgos laborales especializadas en términos de seguridad, así como de evitación del deterioro del proceso normal de envejecimiento - entre estas: la adaptación del puesto de trabajo, la adaptación del horario de trabajo, en especial los horarios que entrañen exigencias y ritmos excesivos, junto a medidas de vigilancia sistemática del estado de salud de los trabajadores [20]- Contiene también referencias al retiro activo a través de diferentes medidas como el favorecimiento del empleo en la época anterior a la jubilación, la flexibilidad en la jubilación, el favorecimiento de la continuidad de la actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, y la propuesta de elaboración de Planes dirigidos a un envejecimiento sano - exámenes médicos ordinarios, ejercicio físico y régimen alimenticio o, facilidades para la educación de adultos- .

2.2. La prohibición de discriminación por razón de edad en el marco europeo y español

El articulo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe todo tipo de discriminación y, aunque no exista una mención expresa de la edad como causa de discriminación, se entiende comprendida en la clausula abierta que establece -*o de cualquier otro tipo*-[21].

Pero, sin duda, es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la que contiene la regulación de la Unión Europea más extensa sobre el tema. Como se dice en su articulo 1, *La presente Directiva tiene como objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.* Importante, igualmente en cuanto establece los conceptos de discriminación directa - *cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1-*. Y de discriminación indirecta - *cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas,*

[20] En cuanto a las reglas sobre tiempo de trabajo, la Recomendación 162 que propone la necesidad de reducir la duración normal de la jornada de trabajo en ocupaciones penosas, peligrosas o insalubres, así como fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todos los trabajadores de edad que así lo solicitaren, durante un período prescrito anterior a la fecha en que los interesados alcancen la edad normal de admisión a las prestaciones de vejez. Igualmente, incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad; permitir que los trabajadores de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles; o facilitar la asignación de los trabajadores de edad a empleos de horario normal diurno, tras cierto número de años de actividad en un sistema de trabajo por turnos en régimen continuo o semicontinuo. Medidas que deben ser acompañadas de sistemas de remuneración que tengan en cuenta no sólo la rapidez de ejecución, sino también los conocimientos prácticos y la experiencia.

[21] Articulo 21: Se prohíbe toda discriminación y en especial la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesario -. Así como el de la carga de la prueba - *corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta -*.

En nuestra Constitución el artículo 14 establece un concepto dual del principio de igualdad, bajo el entendimiento que, aunque la igualdad y la no discriminación son principios íntimamente relacionados, no son iguales. De este modo, consagra, por una parte, el principio general de igualdad ante la ley, configurado como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo[22]. Concepto que ha completado la doctrina del Tribunal Constitucional al entender que los supuestos de hecho iguales deberán ser tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tiene que existir una justificación suficiente, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Se reconoce de esta forma, una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE[23]. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la inconstitucionalidad de los tratamientos diferenciados en los que operan, como factores determinantes, los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, esto es, opera como una protección absoluta ante aquellos tratos diferenciados que tengan como origen alguna de las razones incluidas en el artículo 14 CE[24].

La heterogeneidad del principio de igualdad se completa con la necesaria acción pública dirigida a permitir a todos los individuos y grupos sociales su participación plena en la vida pública, lo que viene a garantizar el artículo 9.2 CE cuando impone a los Poderes Públicos el deber de adoptar medidas específicas que garanticen la igualdad de oportunidades para aquellos grupos que de entrada se sitúan en especial desventaja. *Así, el principio constitucional de igualdad va unido a la finalidad de alcanzar la igualdad efectiva, lo que supone un planteamiento mucho más positivo, ya que en lugar de garantizar la igualdad en el punto de partida, ahora se incide fundamentalmente en garantizar la igualdad en los resultados, siendo exigible en todo caso la presencia de la razonabilidad y la objetividad como criterios que condicionan las de medidas de preferencia a favor de un colectivo determinado, a fin de evitar que las acciones positivas pasen a convertirse en una nueva vía de creación de desigualdades peyorativas en perjuicio de otro colectivo.*

De este modo, las acciones positivas no se caracterizan por el tipo de medidas, sino por su objetivo final de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad efectiva. En este sentido, el concepto de acción positiva escapa a definiciones concretas ya que, precisamente, su inevitable diversidad impide su individualización como no sea a través de su identificación en razón de la función que cumplen. Esta indeterminación topológica de las acciones positivas permite reflexionar sobre su naturaleza y en tal sentido atribuirles o bien el significado más simple de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad por razón de discapacidad, o bien el más completo y controvertido significado de medidas dirigidas a la revaloración de la diversidad social.

22 STC 200/2001.
23 SSTC 128/1987.
24 STC 214/2006.

Y, por otra parte, el artículo 14 CE contiene de prohibición de discriminación por una serie de motivos que a continuación la propia norma enumera, finalizando con el establecimiento de una cláusula abierta con la finalidad de que incluya cualquier otro motivo discriminatorio[25]. Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, el Tribunal Constitucional ha entendido que se encuadra en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación[26], si bien no se halle nominativamente presente en dicho precepto. En consecuencia, cuando una medida se entiende que produce una discriminación basada en la edad, su justificación requerirá, en todo caso, la aplicación de los criterios que la jurisprudencia constitucional ha creado para discernir en que supuestos un tratamiento diferenciado es posible - identificando si la diferenciación de trato queda sustentada en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados, y si las consecuencias jurídicas que se derivan de ella son proporcionadas a la finalidad perseguida[27] - o, por el contrario, debe repudiarse por considerarse arbitraria o carente de una justificación suficiente[28].

Como es sabido, la aplicación de estos criterios no siempre resulta pacífica, ya que el juicio de valor requiere una interpretación de situaciones subjetivas - en la medida que se introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas[29] -; o, no fácilmente homogéneas o equiparables[30], y, por tanto, susceptibles de evitar que la comparación resulte arbitraria[31]. como premisa previa para el juicio valorativo de la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma[32].

Ello supone un debate heterogéneo, que conviene centrar en un elemento concreto: la edad como factor para la extinción del contrato de trabajo, en un doble sentido, como criterio para la selección de trabajadores en el supuesto de un despido colectivo, o como obligación del cese por imposición de la jubilación obligatoria. Lo que lleva una doble valoración desde el principio constitucional: la inadmisibilidad del cese de un trabajador por el hecho exclusivo de la edad[33], y la imposible presunción de incapacidad por el hecho de alcanzar la edad de jubilación, ya que esta edad no puede determinar, por si misma, el cese automático de la actividad[34].

3. CUESTIONES CRÍTICAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

3.1. La extinción forzosa de los contratos de trabajo por razón de edad

Desde sus inicios, el Tribunal Constitucional ha entendido como contrario al principio de no discriminación, la posibilidad de establecer como condición *única* para la extinción de un contrato de trabajo, el hecho de alcanzar una edad determinada. De este modo, declaró la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa impuesta normativamente, lo que excluiría del acceso al trabajo - en todos los casos - a los trabajadores que alcanzasen la edad establecida, y esto en base a que, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad, sólo

25 STC 75/1983.
26 STC 190/2005.
27 Juicio de proporcionalidad que integra tres elementos valorativos diferentes, la medida que se juzga debe facilitar el fin - juicio de idoneidad -; debe ser lo menos lesiva posible - juicio de indispensabilidad -; y no deben existir otros medios alternativos - juicio de necesidad -. En conjunto, el juicio de proporcionalidad viene a determinar que la medida debatida produce más beneficios al interés general que perjuicios a otros valores jurídicos ponderados.
28 STC 66/2015.
29 STC 181/2000.
30 STC 148/1986.
31 STC 1/2001.
32 STC 200/2001.
33 STC 58/1985.
34 Aparicio Tovar, J.; Olmo Gascón, A.M.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, 2007, pags 172 y sg.

puede ser legítimo si se ve compensado, de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines que persigue la medida adoptada[35].

Este razonamiento no impidió la existencia de convenios colectivos con clausulas que imponían la jubilación obligatoria[36], al amparo de la Disposición adicional quinta del ya derogado Estatuto de los Trabajadores aprobado en el año 1980, regla que pronto se modificó, estableciendo, primero su prohibición y, mas adelante, la posibilidad de que la clausula del convenio colectivo pudiese imponer la jubilación obligatoria siempre que el trabajador afectado hubiera cumplido los requisitos de cotización necesarios y estuviera condicionada a una nueva contratación sustitutoria del puesto de trabajo ocupado por el trabajador cesante. En la actualidad la Disposición Adicional decima ET mantiene la doble obligación de carencia del periodo de cotización para tener derecho a la pensión ordinaria de jubilación en la modalidad contributiva y contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador[37].

En igual sentido, y con criterio *flexibilizador*[38] , la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permite la posibilidad de que las normas nacionales puedan establecer diferencias de trato, si están justificadas, como sería a través de políticas de empleo[39], y siempre que, los medios para lograr este objetivo sean los adecuados y necesarios.

De forma coherente, el TJUE ha entendido que el fijar una edad máxima de permanencia en el trabajo no contradice el principio de no discriminación por edad siempre que, con la misma, se asegure la finalidad perseguida por las políticas de empleo - *en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, sin que ello supusiese, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*[40] -. En consecuencia, es posible la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla las condiciones para tener derecho a la prestación por jubilación *si está justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos 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*[41].

---

35 STC 22/1981; STC 58/1985.

36 Perán Quesada, S. El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa, Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia Volumen:27, 2022.

37 Disposición Adicional Decima, ET. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva; b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora.

38 Aparicio Tovar, J., Olmo Gascón, A.M.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, 2007, pag. 63.

39 Artículo 6:1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

40 STJUE 28 de febrero de 2018, Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen, Asunto C-46/17.

41 STJUE 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05.

Muestra, de esta forma, el TJUE una importante laxitud a la hora de determinar las políticas sociales capaces de legitimar el trato diferenciado[42]. En todo caso, de su jurisprudencia se desprende también la utilización de criterios que limiten o impidan la discriminación injustificable. Así la posibilidad de justificar fórmulas de jubilación forzosa en base a una política de empleo, *sólo (se admitirán) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*[43]; respondan a un *objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral*[44]; y siempre que, dicho mecanismo de exclusión del trabajador veterano, *se pacte libremente por acuerdo entre trabajador y empresario o negociación colectiva y cumpla con los requisitos del juicio de proporcionalidad*[45]; debiendo, *el trabajador cesante, haber completado los períodos de carencia para la jubilación*[46].

3.2. La edad como criterio para la selección de trabajadores afectados por despido colectivo

La expulsión de trabajadores veteranos del mercado de trabajo constituye una singular forma de discriminación estructural[47], cuando, por lo demás, se trata de un colectivo con especiales dificultades para incorporarse de nuevo en el mercado de trabajo.

Si bien el Tribunal Constitucional, en base al artículo 14 CE prohíbe el trato discriminatorio a los trabajadores de mayor edad en las relaciones de trabajo, particularmente el despido o la extinción por causas objetivas, cabe que la edad pueda conjugarse con otros fines legítimos para fundamentar tratamientos diferenciados, superando los respectivos juicios de justificación y proporcionalidad. Lo que nos lleva a analizar la edad como criterio legítimo para la selección de trabajadores afectados por despido colectivo y su posible colisión con el artículo 14 CE.

El debate, sin embargo, parece cerrado desde un punto de vista judicial[48]. Así, por una parte, el Tribunal Supremo ha entendido que *será razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE*[49]. Mientras que, por otra, el Tribunal Constitucional ha determinado *que la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad*[50].

En todo caso, debemos reflexionar sobre los elementos que caracterizan y tensionan dicho debate. Por una parte, en base a la doctrina constitucional, se entiende que el criterio del ahorro económico para la empresa de posibles costes futuros no podrá ser un criterio legítimo suficiente de selección de trabajadores sometidos a despidos colectivos, ya que no guarda proporción con el perjuicio que la situación de desempleo supone para los trabajadores afectados. De este modo, la mera racionalidad económica no podrá contraponerse a la legítima expectativa de mantener el empleo de estos trabajadores, derivada del derecho al trabajo, que se intensifica de forma directa

42 Ballester Pastor, Mª.A.: La trasposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español, Tirant Lo Blanch, 2010.

43 STJUE 13 de septiembre de 2011, Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.,Asunto C-447/09.

44 STJUE 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia Srl contra Antonino Bordonaro, Asunto C-143/16.

45 Monereo Pérez, J.L.; Ortega Lozano, P.: Prohibición de discriminación, Temas Laborales, 2018, nº 145, pág. 341.

46 STC 22/1981.

47 Crespo Garrido, Mª.; Moretón Sanz, Mª.F.: Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social, colex, 2010.

48 Incluso, en palabras del Tribunal Supremo, constituye una práctica consolidada - STS de 9 marzo de 2011.

49 STS de 9 de marzo de 2011.

50 STC 66/2015.

por el grave problema social que implica el desempleo desde un punto de vista económico, pero también subjetivo, social o emocional. Y, por otra parte, la justificación objetiva de esta medida no va a poder sedimentarse en alguna suerte de impedimento de los trabajadores de 55 años para continuar trabajando con normalidad, especialmente dado su especial valor en experiencia profesional.

No cabe duda del beneficio económico e incluso, en casos, de desactivación social y sindical, que para la empresa pueda significar la selección estratégica de los trabajadores de mayor edad en los procesos de extinciones colectivas de contratos de trabajo[51]. Las razones económicas son obvias: estos trabajadores han podido generar o adquirir mayores derechos en el transcurso del tiempo, y cuentan con un mayor blindaje frente al despido sin causa, dada la mayor indemnización en su caso, pero, además, han podido construir un mayor entramado social en la empresa o participar en actividades sindicales, con mayor intensidad que los jóvenes que entren a sustituirles.

Pero si bien el Tribunal Constitucional señala que una selección de trabajadores realizada exclusivamente en atención a dichos costes entrañaría un sacrificio desproporcionado que no podría considerarse objetiva y razonablemente justificado, y que, por tanto, no cabría anteponer la racionalidad económica para avalar extinciones basadas exclusivamente en la edad, no debe olvidarse que dicha lógica económica impulsa, de modo importante, estas extinciones. Incluso si se entendiera, como objetivo de dicha medida racionalizadora, el de mantener una estructura de la plantilla estable a largo plazo, este argumento resultaría igualmente dudoso, ya que tampoco debe considerarse el mayor beneficio *per se* en el mantenimiento del empleo a largo plazo, ya que, la entrada a una empresa de nuevos trabajadores mas jóvenes no determina necesariamente una mayor expectativa de permanencia, dada la gran movilidad y precarización que caracteriza nuestro mercado de trabajo. Racionalidad económica como factor justificante para despidos de trabajadores por razón de edad inadmisible frente al principio antidiscriminatorio, sin olvidar los costes sociales que ello supone como consecuencia de la general cronificación del desempleo de este colectivo.

Si bien la jurisprudencia descarta el factor de racionalidad económica como causa de despido, sin embargo, admite el uso del criterio de la edad para la selección de trabajadores sometidos a un despido colectivo. En este caso, lo considera posible y por tanto, sin tacha de discriminación, entendiendo que supera el juicio de idoneidad, proporcionalidad y justificación objetiva, en base al menor perjuicio que les afecta en relación a otros trabajadores de menor edad, al poder disponer de mayor ayudas sociales. En este sentido, aún con condiciones, entiende el Tribunal Constitucional que la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada, si va acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo. Sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

Sin lugar a dudas, esta circunstancia constituye el nudo gordiano de esta cuestión. Sin embargo, ya el Tribunal Constitucional en Sentencia 66/2015, consideró que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación será legítima en base a los mecanismos específicos de protección que se adopten en favor de estos trabajadores, debiendo ser *efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados*.

De forma singular se refiere, por una parte, a la obligación establecida en el artículo 51.9 ET de abonar la empresa las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en favor de los trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas

[51] Viquira Pérez, C.: La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros, en Cabeza Pereiro, J., Cardona Rubert, B. (Coordinadores), edad, discriminación y derechos, Aranzadi, 2019, pag. 279 y 282.

el 1 de enero de 1967 afectados por despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando. Y, por otra, a la combinación de prestaciones contributivas de desempleo y subsidios extraordinarios de desempleo de trabajadores mayores de 52 años, que permite el cobro de prestaciones asistenciales, hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación - siempre que el trabajador carezca de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y que la renta media de su unidad familiar no supere tampoco esa cantidad-. Además, y en este mismo sentido, incluye la Sentencia los llamados contratos de prejubilación, que puedan ser negociados específicamente en el proceso de despido colectivo y que determinan mejoras voluntarias a cargo de la empresa, de la prestación por desempleo o el subsiguiente subsidio extraordinario por desempleo.

En resumen, el criterio de la edad, de forma específica y general, esto es afectando al conjunto de los trabajadores de mayor edad, será legítimo en función de las medidas compensatorias que se hayan adoptado para minimizar los efectos negativos que para el trabajador mayor de 55 años tiene la pérdida del empleo. Lo que de forma similar ya había suscrito con anterioridad el TJUE en Sentencia de 16 de octubre de 2007 (Asunto C- 411/05) al entender que quedará suficientemente atenuado el sacrificio del trabajador si se asegura su acceso a la pensión de jubilación, - incluso - aunque la misma no pueda ser completa o sea inferior a la que habría podido percibir de haber continuado en activo[52].

3.3. La edad como criterio para indemnizaciones diferenciadas en los despidos colectivos

La doctrina referida anteriormente, puede tener una peligrosa extensión a supuestos de naturaleza diferente, por mucho que las Salas competentes estimen lo contrario. Entender que la fórmula genérica de la existencia de medidas compensatorias puede ser valida como criterio justificador de otras medidas adoptadas en supuestos de despidos colectivos que, igualmente, suponen un trato peyorativo para los trabajadores de mayor edad, es una tendencia peligrosa que debe ser profundamente revisada.

El Tribunal Supremo, en STS 337/2023 de 23 de febrero, analizando el posible carácter discriminatorio de un pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre las medidas sociales y económicas que acompañan un despido colectivo por causas económicas, justifica el desigual trato entre grupos de trabajadores afectados por el despido en función de la edad, al considerar que dicho pacto es fruto de la negociación colectiva. Como dice la Sala, el acuerdo *ha sido adoptado por quienes se encuentran legitimados para ello, sin que desde esa perspectiva puramente formal haya tacha alguna de ilegalidad.* Sin embargo, la existencia de un acuerdo colectivo no es justificación suficiente para avalar la legitimidad del acuerdo. La negociación colectiva puede contener medidas discriminatorias - como, en este caso, introducir un trato diferenciado y peyorativo entre grupos de trabajadores en razón de la edad - lo que por si mismo nunca puede suponer la validez del pacto sino, todo lo contrario, el Tribunal debería haber anulado el mismo por contener una discriminación prohibida.

En cuanto al acuerdo en si, el pacto establece un doble sistema de indemnización: en principio fija una indemnización general superior a la prevista legalmente de 20 días por año de servicio. Y a continuación distingue:

Para los menores de 60 años la indemnización será la correspondiente al despido improcedente, más una cantidad adicional de 14.500 euros cuando el salario sea inferior a 50.000 euros brutos

[52] STJUE 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05 - López Cumbre, L.: La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacio de la Villa, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, nº 102.

anuales, de 10.500 euros si es superior a esa cifra e inferior a 100.000 euros, y de 6.500 euros si no supera los 150.000 euros, quedando sin indemnización los que perciben salarios que exceden de esta última cantidad.

Para los trabajadores cuya edad sea igual o superior a 60 años, se acuerda una indemnización en la cantidad "equivalente al resultado de multiplicar el 75% de la retribución mensual neta percibida por el trabajador en el mes de enero de 2016, menos la cantidad neta mensual que perciba el trabajador de la prestación por desempleo, por el número de meses que haya desde el mes que se haya producido el despido del trabajador hasta el día anterior al que cumpla la edad ordinaria de jubilación según la legislación vigente sus circunstancias particulares.

En realidad, se establecen dos fórmulas extintivas radicalmente diferenciadas. En el primer supuesto nos hallamos ante una extinción con una indemnización reforzada, en el segundo ante la clásica fórmula de un acuerdo de prejubilación, donde la empresa asegura un porcentaje de ingresos descontando las prestaciones por desempleo a las que el trabajador pueda tener derecho, y generalmente acompañado de la firma del correspondiente convenio especial de Seguridad Social. La cuestión, por tanto, que debe resolverse es sí establecer la edad como criterio para indemnizaciones diferenciadas infringe o no el principio de no discriminación.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la edad es una causa de discriminación prohibida, en cuanto incluida en la fórmula abierta con la que se cierra la regla del artículo 14 CE[53], lo que implica que, su vulneración, sólo se puede admitir cuando se cumplen las exigencias de justificación y proporcionalidad[54].

En consecuencia, la edad, como causa de un tratamiento diferenciado entre los trabajadores, puede ser *un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral*[55]. Sin embargo, esta consideración puede desvirtuar el necesario juicio de razonabilidad, justificación y proporcionalidad exigibles, al establecer una fórmula genérica por la cual el criterio de la edad sería legitimo cuando su utilización sirviese como fórmula para minimizar daños[56].

Criterio que la STS 337/2023, de 23 de febrero, mantiene al rechazar la existencia de discriminación en la medida adoptada por pacto colectivo, entendiendo que el perjuicio ocasionado por el uso de la edad como criterio diferenciador, queda minimizado en base a dos elementos:

A) La indemnización recibida por todos los trabajadores ha sido superior a la mínima legal.

El Tribunal Supremo considera que, de acuerdo al artículo 51 ET, la cuantía de la indemnización que pueda pactarse en los acuerdos de despido colectivo no *posee carácter absoluto, sino que debe*

53 STC 3879/1978.

54 STC 22/1981, de 2 de julio; STC 49/1982, de 14 de julio; STC 2/1983, de 24 de enero; STC 23/1984, de 20 de febrero; STC 209/1987,de 22 de diciembre; STC 209/1988, de 10 de noviembre; STC 20/1991, de 31 de enero; STC 110/1993, de 25de marzo; STC 176/1993, de 27 de mayo; STC 340/1993, de 16 de noviembre; STC 117/1998, de 2 de junio.

55 STC 66/2015, de 13 de abril.

56 En la STC 66/2015, de 13 de abril, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración en cuanto mayor fuera la edad del trabajador, por lo que definitivamente concluye que "la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad".

reputarse como mínima, mejorable a través de pacto individual o colectivo[57]. Ya que, el artículo 51 ET *no configura normas de derecho necesario absoluto, esto es, normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable*[58]. De ello, deduce que será *totalmente válido y conforme a ley que la empresa y los representantes de los trabajadores estipulen determinados excesos superadores de aquel límite cuantitativo, pero reduciendo o restringiendo su percepción a las condiciones o supuestos que dichas partes negociadoras tengan a bien consignar, siempre que esas condiciones o supuestos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*[59].

Queda claro que las normas referentes a la indemnización en los supuestos de despido colectivo tienen carácter de norma mínima, que, por supuesto, no impiden la posibilidad de acuerdo más favorable para los trabajadores.

Entre paréntesis, puede recordarse aquí el fallo del Comité Europeo de Derechos Sociales contra España, por la regulación de la indemnización por despido improcedente, lo que obliga a repensar nuestro sistema indemnizatorio frente al despido calificado como improcedente, por vulnerar el artículo 24 de la Carta Social Europea, dado *que carece de envergadura suficientemente para reparar el daño sufrido por el trabajador afectado y para disuadir al empleador de acometer dicho despido*. Algo que conviene recordar respecto al supuesto que se está planteando.

Ante una cuestión del posible carácter discriminatorio de la medida pactada - la existencia de una doble escala indemnizatoria[60] -, su justificación viene por el hecho de que, en principio, todos los trabajadores, independientemente de su edad, van a percibir una indemnización superior a la mínima legal. Aunque luego, se establezcan otras medidas compensatorias diferenciadas entre trabajadores en razón de la edad.

B) Medidas compensatorias diferenciadas en función de las circunstancias de los trabajadores

Es en este punto donde existe la tacha de discriminación, sin embargo, la Sentencia considera que establecer medidas compensatorias diferenciadas, en función de la edad de los trabajadores, no es una discriminación, al estar objetivamente justificadas por las diferentes circunstancias que pueden beneficiar a los trabajadores de más edad. Citando, a continuación, jurisprudencia anterior, en la que, en un supuesto similar, se rechazaba el trato discriminatorio en base a la existencia de *un abanico de soluciones indemnizatorias que contemplan las distintas situaciones de los trabajadores afectados por el expediente, y entré ellas la proximidad a la jubilación de ciertos trabajadores para los que la solución es diferente porque distinta es su situación en el empleo y en la Seguridad Social*[61].

En consecuencia, considera el Supremo en este caso, que el pacto alcanzado contempla diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario, pero, obvia u olvida, que tales factores son solo de aplicación a los trabajadores menores de 60 años, como si para los trabajadores que superen el umbral de los 60 años desaparecieran dichos perjuicios en función de la diferencia de ingresos. Y, en el mismo sentido, nada dice la Sentencia sobre las diferentes medidas para favorecer el empleo y de cobertura preferente de vacantes en todas las empresas codemandadas, que el acuerdo contiene y solo afectan a los trabajadores de edad inferior a los 60 años.

57 STS de 28 de abril de 2016, recurso 3527/2014.
58 STS 4627/1989 de 12 septiembre.
59 STS 3350/1995 de 20 marzo.
60 Recordemos que el propio Tribunal Supremo rechazó por discriminatoria la doble escala salarial contenida en acuerdo colectivo (STS 224/2019).
61 STS de 12 de septiembre de 1989, Recurso 3033/1987.

Por otra parte, la existencia de otros parámetros a la hora de determinar la indemnización, como puedan ser las medidas sociales a las que pueden acceder los trabajadores según la edad que tengan en el momento del despido, debe ser analizada bajo la fórmula *supuestos iguales, mismas consecuencias jurídicas*[62], lo que exige un juicio comparativo, donde las diferencias no sean artificiales ni arbitrarias. En este caso, desconocemos cuales son los factores diferenciadores, más allá de la referencia genérica a las medidas sociales dirigidas a los trabajadores mayores. Medidas que en unos casos comienzan a disfrutarse desde los 52, por lo que, la edad de los 60 años, resulta artificiosa, dado su desconexión con las medidas públicas concretas de resarcimiento o protección especial. Máxime cuando para los trabajadores mayores de 60 años no operan los factores de corrección dirigidos a los trabajadores que perciben un menor salario, como instrumento individualizador del daño, cuando se ven afectados en función de sus ingresos, del mismo modo que ocurre con el resto de los trabajadores.

En cuanto a entender legítima la selección de trabajadores de edad cercana a la jubilación, justificándolo en el hecho de que su poder adquisitivo no se iba a ver afectado de forma sustancial al ser deudores de las medidas compensatorias que la legislación social prevé - criterio que sirve de soporte intelectual para resolver el caso presente - , puede argumentarse, que ello no puede valer como criterio general de aplicación, sin que se acredite en qué medida, las circunstancias particulares de estos trabajadores, justifican el tratamiento diferenciado. Esto es, debe acreditarse para legitimar una indemnización menor, cuáles son las circunstancias que determinan que los trabajadores de 60 años o más se hallan en una situación social, sustancialmente distinta, de la de los trabajadores menores de 60 años.

Señala la Sentencia que debe calificarse como razonable y proporcionado que se contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de Seguridad Social, de acuerdo a las reglas sobre su financiación del artículo 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas, en favor de los trabajadores mayores de 55 años. Mientras que, argumenta el Supremo, a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, al estar todavía lejos de la pensión de jubilación, y, acuciado por la posible incertidumbre respecto a las sucesivas ayudas sociales que puedan percibir en el futuro. Sin embargo, la Sentencia no tiene en cuenta el problema social al que se enfrenta un trabajador de 60 años en el mercado laboral, con carácter ya de prejubilado, y dando por buena la pérdida del poder adquisitivo del trabajador en un 25%.

No deja de parecer, esta desigual medida, resultado del pacto colectivo como fórmula dirigida simplemente al ahorro - compensatorio - de la empresa. Colocar a los trabajadores a partir de los 60 años en lo que socialmente se considera como prejubilación, supone, simplemente, utilizar las prestaciones públicas como complemento indemnizatorio. En definitiva, la utilización de las medidas sociales dirigidas a proteger la situación de desprotección de los trabajadores que pierden su trabajo por causas ajenas a los mismos, en un momento en el que, por razón de su edad avanzada, difícilmente volverán a encontrar otro empleo, como formula de gestión empresarial. Y ello hacerlo con el argumento de que se garantiza de esta forma su protección social, no deja de ser una falacia de difícil justificación[63].

---

62 Por todas, STC 49/1982 de 14 de julio.

63 En este sentido, Molina Navarrete, C.: Trabajadores mayores y políticas de envejecimiento en las grandes empresas a propósito del nuevo marco de buena gobernanza societaria de la diversidad de edad laboral en Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación: El envejecimiento de la población trabajadora: balance crítico de la situación y propuesta de mejora, Lettera Publicaciones, 2018, pag. 518.

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La tendencia al envejecimiento poblacional constituye uno de los debates hegemónicos contemporáneos. Está presente en el modo en que repensamos el sistema de Seguridad Social, y no solo desde la perspectiva de la sostenibilidad económica, sino también desde la perspectiva de la necesaria adecuación de nuestro sistema de previsión social a las necesidades derivadas de contingencias propias de las personas de edad avanzada, en especial en situaciones de dependencia. Pero también protagoniza el impulso de los derechos sociales contemporáneos. El marco normativo dirigido a garantizar la protección social adecuada de las personas mayores aparece como un espacio emergente, donde sus fines desbordan el mero acceso a los servicios asistenciales, médicos o sociales, dirigidos a proteger circunstancias de salud, físicas y vitales, configurando, al menos desde un punto de vista formal, una protección holística e integradora de necesidades, derechos y garantías. El fin necesario de esta acción integradora debe ser el de permitir el pleno desarrollo, como miembros de pleno derecho de la sociedad, a las personas en todos los momentos de su vida. Lo que se traduce en dos mandatos concretos, el derecho a la vida digna, y el derecho a la autodeterminación personal.

Desde un punto de vista jurídico, este derecho social emergente, ha sido encuadrado en torno a lo que se ha venido a llamar envejecimiento saludable o activo de la población. Integrar la perspectiva del envejecimiento activo significa cambiar el punto de vista de los instrumentos normativos dirigidos a la tercera edad, desde la protección y la dependencia a la integración y la autonomía. Con ello se persigue que los servicios de cuidados - sanitarios y asistenciales en su sentido más amplio - se orienten a la preservación de la dignidad de la persona y su completa integración social, mediante su participación activa en la vida pública, social y cultural. Junto a ello, la prohibición de discriminación por razón de edad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución, cierra el sistema de garantías que afectan a las personas de edad avanzada.

No obstante, la edad se reconoce como una de las causas más comunes de discriminación.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, se prohíben los tratamientos menos favorables a las personas de mayor edad por el mero hecho de serlo, en especial la posibilidad de establecer como condición única para la extinción de un contrato de trabajo, el hecho de alcanzar una edad determinada. Lo que no impide que la edad pueda conjugarse con otros fines legítimos para fundamentar tratamientos diferenciados, para lo que se deberá superar, necesariamente, los criterios de legitimación, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Si bien el tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han aplicado el cuadro de garantías antidiscriminatorias a estos supuestos, la edad ha significado un marco muy particular para su ejercicio. Es difícil encontrar alguna otra causa de discriminación donde puedan quedar justificados tratamientos diferenciados fundados exclusivamente en el criterio a proteger. Sería cuestionable que se emplease como criterio de selección para un despido colectivo a los trabajadores con discapacidad o cualquier otro colectivo con especiales dificultades para el empleo en base a niveles especiales de protección social, pero sin embargo ello sucede con la edad.

En este sentido, se contemplan dos situaciones provenientes de un pacto con los representantes de los trabajadores, que han sido objeto de un amplio debate doctrinal: La edad del trabajador como factor para designar a los trabajadores en un despido colectivo. Y la edad del trabajador como causa para fijar cuantías diferentes -y peyorativas- en las indemnizaciones.

Téngase en cuenta que, el Tribunal Constitucional considera que la edad, como causa de un tratamiento diferenciado entre los trabajadores, puede ser un criterio adecuado y proporcionado, siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los

contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. Sin embargo, esta consideración puede desvirtuar el necesario juicio de razonabilidad, justificación y proporcionalidad exigibles, al establecer una fórmula genérica por la cual el criterio de la edad sería legitimo cuando su utilización sirviese como fórmula para minimizar daños. Por su parte, el Tribunal Supremo no encuentra tacha alguna de ilegalidad si el tratamiento diferenciado por razón de edad proviene de un pacto *adoptado por quienes se encuentran legitimados para ello.* Sin embargo, la existencia de un acuerdo colectivo no es justificación suficiente para avalar la legitimidad del acuerdo. La negociación colectiva puede contener medidas discriminatorias, como en este caso, lo que por si mismo no puede suponer la validez del pacto sino, todo lo contrario.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende legítima tanto la selección de trabajadores de edad cercana a la jubilación en el caso de un despido colectivo, como la fijación de dos formulas diferentes para la determinación de la cuantía indemnizatoria en función de la edad de los trabajadores, y también en el supuesto de un despido colectivo. Lo que justifica en la rápida percepción por estos trabajadores, de las medidas compensatorias que la legislación social prevé. Sin embargo, utilizar las prestaciones públicas como complemento indemnizatorio o, como vía de ahorro empresarial, en el caso de fijación de diferentes formulas económica en las indemnizaciones, en compensación por las mejoras obtenidas para otros trabajadores, y ello hacerlo con el argumento de que se garantiza de esta forma su protección social, no deja de ser una falacia difícilmente justificable.

Cuando se cuestiona la doble escala indemnizatoria por discriminatoria se hace por el carácter arbitrario con el que se emplea el criterio de la edad. Resulta difícil superar el juicio comparativo en supuestos de hecho materialmente iguales que, sin embargo, reciben tratamientos diferenciados. Si las medidas sociales dirigidas a los trabajadores de edad avanzada se emplean para reforzar las medidas adoptadas por la empresa dirigidas a evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo pueda causar en el trabajador, la edad debería adecuarse, en todo caso, a estas medidas. Los trabajadores que perciben el subsidio por desempleo para mayores de 52, se encuentran, todos ellos en el mismo supuesto jurídico, sin que existan ningún elemento accesorio que justifique que los mayores de 60 años, por el mero hecho de tenerlos merezcan una protección inferior que los menores de 60, cuando en el caso de ser mayores de 52 años tendrán el mismo estatus jurídico.

El criterio de la edad requiere un juicio reforzado. El mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad forma parte del necesario derecho a la autodeterminación personal. El carácter integrador del derecho social emergente del envejecimiento activo, debe permitir el pleno desarrollo personal, laboral y humano. Este derecho debe contrastarse con la jurisprudencia garantista frente al hecho discriminatorio basado en la edad, en la que ha integrado criterios para legitimar el uso de la edad como fundamento de tratamientos diferenciados. El contenido esencial al principio de no discriminatorio en razón de edad refuerza el necesario juicio de razonabilidad, justificación, legitimación y proporcionalidad, dado que nos fuerza a analizar más allá de los rasgos legitimadores y proporcionales, el acceso efectivo de estas personas al principio de igualdad y no discriminación, que evalúe los perjuicios sociales y el impacto de dichas medidas en el acceso a los bienes sociales relevantes en especial al empleo. La cercanía con la edad de jubilación ordinaria no implica que su estrategia vital deba pasar por el retiro, especialmente si tiene carácter prematuro, por lo que el factor reparador deberá valorar las especiales dificultades que estos trabajadores tienen para el empleo. El abandono del mercado de trabajo a edades cercanas a los 60 años implica una extraordinaria dificultad a la hora de retornar al mercado laboral. Debe tenerse en cuenta que el tratamiento dado a estos trabajadores sigue el esquema clásico de los acuerdos de prejubilación, que tan nefastos efectos sociales han tenido en nuestro país.

Cuando el TJUE se cuestiona si establecer una edad obligatoria de jubilación contradice el principio de no discriminación por edad, va a poner en contraste los derechos en colisión de las distintas generaciones implicadas. De este modo, solo cabe imponer la jubilación forzosa cuando quede justificada en base a una política de empleo, que se manifieste como *necesaria y que responda efectivamente a objetivos de interés general*[64], esto es siempre que, se asegure la finalidad perseguida por las políticas de empleo - *en relación con una situación de paro, y se garantice que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, sin que ello supusiese, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*[65].

La edad aparece de este modo, como fundamento a tratamientos diferenciados, siendo las causas legitimadoras de distinta naturaleza. El contenido esencial al principio de no discriminación en base a la edad requiere integrar necesariamente el mandato general del artículo 9.2 CE, por el que los poderes públicos deben promover las condiciones de igualdad real y efectiva en conexión con el derecho emergente de envejecimiento activo. Ello implica que debe analizarse el impacto que tienen dichas medidas sobre el ejercicio de los derechos de estos trabajadores, en especial al trabajo, y sobre el acceso al conjunto de los bienes sociales relevantes, en especial al desarrollo de su actividad profesional en el mercado laboral. Integrar esta perspectiva va a reforzar el marco garantista para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad, pero también el principio de igualdad de oportunidades real y efectiva para todos los sujetos de nuestra sociedad.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Tovar, J., Olmo Gascón, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo,* Bomarzo, 2007.

Ballester Pastor, Mª.A.: *La trasposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español,* Tirant Lo Blanch, 2010.

Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, CEC, 2003.

Castro Medina, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma*, Atelier, 2023.

Crespo Garrido, Mª.; Moretón Sanz, Mª.F.: *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social,* colex, 2010.

López Cumbre, L.: *La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacio de la Villa,* Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, nº 102.

Maldonado Molina, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación,* Tirant lo Blanch, 2002.

Molina Navarrete, C.: *Trabajadores mayores y políticas de envejecimiento en las grandes empresas a propósito del nuevo marco de buena gobernanza societaria de la diversidad de edad laboral* en Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación: *El envejecimiento de la población trabajadora: balance crítico de la situación y propuesta de mejora*, Lettera Publicaciones, 2018.

Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A.: *Envejecimiento activo y vida laboral,* Comares, 2019.

Monereo Pérez, J.L.; Ortega Lozano, P.: *Prohibición de discriminación*, Temas Laborales, nº 145, 2018.

[64] STJUE 13 de septiembre de 2011, Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.,Asunto C-447/09.

[65] STJUE 28 de febrero de 2018, Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen, Asunto C-46/17.

Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. *Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social*, en Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J.L., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares. 2017.

Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: *El derecho a la protección de las personas de la tercera edad,* en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Directores) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002.

Perán Quesada, S. *El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa,* Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia Volumen:27, 2022.

Perán Quesada, S.: *La edad como factor discriminatorio*, en Perán Quesada, S.; Vila Tierno, F. (Directores), *La protección social de las personas mayores, retos para el S.XXI. Estudio comparado de los países Latinoamericanos y del Sur de Europa*, Bomarzo, 2022.

Perán Quesada, S.: *El envejecimiento activo desde la perspectiva de género*, en Monereo Pérez, J. L.; Maldonado Molina, J. A. (Directores), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, 2021.

Perán Quesada, S.: *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales,* Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

Quesada Segura, R.: *Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social,* XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Vida Soria, J.: *Articulo 41 Seguridad Social,* en Alzaga Villamil, O. (Director) *Comentarios a la Constitución*, Edersa, 1984.

Viquira Pérez, C.: *La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros,* en Cabeza Pereiro, J., Cardona Rubert, B. (Coordinadores), *edad, discriminación y derechos,* Aranzadi, 2019.