

La diferenciación y la discriminación por razón de edad y su impacto en la negociación colectiva

Pablo Gimeno Díaz de Atauri

Profesor permanente laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Complutense de Madrid (España)

pablo.gimeno@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-3484-3968>

Extracto

La edad como factor de diferenciación y posible discriminación en el ámbito laboral presenta unas características jurídicas y materiales –y un nivel de protección normativo– muy particulares. Partiendo de la normativa europea y del marco constitucional español, se examina la complejidad jurídica y práctica de integrar la edad como circunstancia potencialmente protegida. Se estudian los límites de la libertad empresarial en relación con el principio de igualdad, así como la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre la discriminación por edad, evidenciando una tensión entre una concepción bidireccional del principio de igualdad y una lógica tuitiva de colectivos vulnerabilizados. El artículo incorpora un análisis empírico del mercado de trabajo español y europeo para identificar los colectivos potencialmente afectados por discriminación por edad, en particular delimitar los dos «colectivos» generalmente considerados más afectados (juventud y mayor edad). Se constata que las diferencias en acceso, permanencia y condiciones de empleo pueden responder tanto a causas estructurales como a prejuicios sociales. Sobre esta base, se examina el papel de la negociación colectiva como instrumento de gestión de la edad en el empleo, abordando cláusulas sobre acceso, extinción del contrato y jubilación forzosa, destacando los aspectos más problemáticos de la negociación colectiva en España.

Palabras clave: discriminación por edad; principio de igualdad; mercado de trabajo; negociación colectiva; derecho de la Unión Europea; grupos vulnerables; tutela antidiscriminatoria.

Recibido: 21-07-2025 / Aceptado: 17-08-2025 / Publicado: 05-09-2025

Cómo citar: Gimeno Díaz de Atauri, P. (2025). La diferenciación y la discriminación por razón de edad y su impacto en la negociación colectiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 488, 58-98. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24721>

Age-Based Differentiation and Discrimination and Their Impact on Collective Bargaining

Pablo Gimeno Díaz de Atauri

Lecturer in Labour and Social Security Law.

Complutense University of Madrid (Spain)

pablo.gimeno@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-3484-3968>

Abstract

Age is a factor that can lead to discrimination in employment and has specific legal and practical characteristics, as well as a distinct level of normative protection. Drawing on European legislation and the Spanish constitutional framework, this article examines the legal and practical complexities of recognising age as a protected characteristic. It explores the limits imposed on entrepreneurial freedom by the principle of equality, as well as the jurisprudential and doctrinal evolution concerning age discrimination. This reveals a tension between a bidirectional conception of equality and a protective logic oriented towards vulnerable groups. An empirical analysis of the Spanish and European labour markets is included to identify groups potentially affected by age-based discrimination. This analysis particularly delineates the two age-related collectives most considered to be at risk: young people and older workers. The findings suggest that disparities in access to employment, job retention and working conditions may be caused by structural factors and social biases. Based on these findings, the article then assesses the role of collective bargaining as a tool for managing age in employment, paying particular attention to clauses relating to recruitment, contract termination, and mandatory retirement. It highlights some of the most problematic aspects of Spanish collective bargaining in this regard.

Keywords: age discrimination; the principle of equality; the labour market; collective bargaining; European Union law; vulnerable groups; anti-discrimination protection.

Received: 21-07-2025 / Accepted: 17-08-2025 / Published: 05-09-2025

Citation: Gimeno Díaz de Atauri, P. (2025). Age-Based Differentiation and Discrimination and Their Impact on Collective Bargaining. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 488, 58-98. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24721>

Sumario

1. Introducción
2. El contexto constitucional de la igualdad y no discriminación y la edad como característica eventualmente protegida
3. La edad en el mercado de trabajo: en busca del colectivo protegido
4. El tratamiento normativo específico de la edad como factor de diferenciación o discriminación
 - 4.1. El derecho comunitario de protección por edad
 - 4.2. La específica protección de la edad el derecho interno español y el papel teórico de la negociación colectiva
5. La edad en el clausulado de la negociación colectiva
 - 5.1. Condiciones de empleo y edad
 - 5.2. Extinción del contrato y edad en los acuerdos colectivos: entre premios e incentivos y jubilaciones forzosas
6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: El presente trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación «La dimensión sociolaboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: conceptualización, prevención y reparación». Proyecto PID2021-124979NB-I00 financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE, dirigido por el profesor Mercader Uguina, y del proyecto «La eficacia de la respuesta de la negociación colectiva en la reducción de la desigualdad» dirigido por la profesora Nieto Rojas, y financiado por la UNED.

1. Introducción

La edad es una característica inherente a cualquier ser vivo: en puridad, no es más que el «tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales o vegetales», conforme a la definición que recoge el diccionario de la Real Academia Española (2014). Al mismo tiempo, es una de las primeras características que, junto al sexo y la raza, más directamente se perciben (Organización Panamericana de la Salud, 2022, p. 2), lo que puede dar lugar a un tratamiento diferencial basado en prejuicios positivos o negativos, basados en las características que se atribuyen de las personas que en función de esa variable observada. Así, puede esperarse que una persona joven tenga poca paciencia o que una de más edad carezca de la energía o fuerza suficientes para determinadas tareas.

La integración de esta variable –edad– en el análisis clásico de la discriminación supone no pocos problemas jurídicos y prácticos. En este trabajo, en una primera sección, con el objetivo de analizar tanto el impacto de la negociación colectiva en el tratamiento de la edad como la influencia de la regulación jurídica y su aplicación jurisprudencial en el contenido de dicha negociación, se realiza una construcción jurídica de la igualdad y no discriminación, para determinar el encaje de la edad en los parámetros tradicionales. La consideración de «colectivos» víctimas potenciales del trato discriminatorio requiere además un análisis fáctico, pues resulta imprescindible saber cuáles son las condiciones materiales y jurídicas de la prestación laboral, así como los problemas (o no) de acceso al empleo, que ocupa el siguiente apartado. Con ese marco conceptual y estadístico, se realiza un análisis de la legislación nacional y comunitaria como marco de la negociación colectiva en la materia.

El trabajo tiene como fin último delimitar el marco normativo en el que opera y puede operar la negociación colectiva. Para ello se hace un recorrido por la normativa comunitaria en materia de discriminación por razón de edad y las particularidades de la regulación española, no siempre en estricta transposición de aquella. Se presta particular atención a la lógica de la doble vertiente del derecho antidiscriminatorio, sobre la clásica distinción en nuestro sistema jurídico entre interdicción de la discriminación y derecho a la igualdad.

Sobre esa base, a la que se dedican los tres epígrafes que siguen a esta introducción, se ha realizado un análisis de algunos aspectos de la negociación colectiva, sin ánimo de exhaustividad. La amplitud de la materia requeriría un trabajo mucho más extenso del que aquí resulta posible, y puede encontrarse ya abordada en algunas monografías individuales y colectivas que se han ocupado de la relación entre igualdad y negociación colectiva, ya sea sobre cuestiones directamente relacionadas con la edad (Domínguez Morales, 2018; Fernández Domínguez y Agra Viforcós, 2022), ya sea con carácter general, pero incluyendo

esta variable (Lousada Arochena, 2005; Sánchez Trigueros, 2016). Por ello, se ha optado por una aproximación selectiva, analizando una muestra de cláusulas vinculadas directa o indirectamente a la edad, incluidas en convenios colectivos de distinto nivel –sectorial y de empresa–, primando convenios más recientes, que actualicen o complementen las perspectivas ya desarrolladas en los trabajos señalados. No se pretende, por tanto, una revisión exhaustiva del conjunto de la negociación colectiva vigente, sino apuntar algunas tendencias significativas, así como problemas jurídicos reales y potenciales que se derivan del uso de la edad en los acuerdos alcanzados. El objetivo es detectar riesgos de discriminación no siempre evidentes, y ofrecer algunas claves interpretativas desde el marco normativo y jurisprudencial previamente analizado.

Finalmente, el trabajo concluye con una reflexión crítica sobre la coherencia entre el principio de igualdad y las prácticas convencionales, valorando en qué medida la negociación colectiva contribuye –o podría contribuir– a una gestión más equilibrada y no discriminatoria de la edad en el ámbito laboral.

2. El contexto constitucional de la igualdad y no discriminación y la edad como característica eventualmente protegida

La protección de las personas trabajadoras frente a la discriminación constituye posiblemente uno de los principales límites al derecho constitucional a la libertad de empresa. Es claro que, entre particulares, con carácter general, no opera en la contratación y determinación de condiciones pactadas el derecho a la igualdad. Las empresas y las personas trabajadoras pueden libremente decidir si quieren vincularse por medio de un contrato de trabajo y, en su caso, el contenido –inicial o novado– del mismo. Así, la fijación de horarios, jornadas, salarios, la promoción o elección de centros de trabajo, la fijación de vacaciones, la asignación de determinadas tareas, dentro de los límites legales y en su caso de los pactados en la negociación colectiva, no requieren un tratamiento igualitario. Dicho de otro modo, con carácter general, cabe un comportamiento no solo discrecional sino incluso arbitrario en la fijación empresarial de las condiciones señaladas. No obstante, no puede ignorarse que el ámbito de las relaciones laborales es un escenario clave para constatar el cumplimiento de los mandatos constitucionales de búsqueda de igualdad efectiva (Correa Carrasco, 2007, p. 73).

Así, el enunciado del inciso inicial del artículo 14 de la CE es claro: «Los españoles son iguales ante la ley»; la igualdad opera frente al legislador, no frente a los particulares, a quienes ni siquiera se exige la objetividad que sí se requiere a la Administración pública en el artículo 102 de la misma norma fundamental. Así, tempranamente el Tribunal Constitucional (TC) estableció que en nuestro ordenamiento jurídico existe «un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los

mínimos legales o convencionales» (STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2), afirmación lógicamente aplicable al resto de condiciones de trabajo.

Sin embargo, el sistema constitucional no se queda ahí: por una parte, existe una prohibición explícita de la discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; además, los poderes públicos –incluyendo el Poder Judicial– tienen encomendada la misión constitucional de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Ello lleva a que, bien por efecto de las prohibiciones explícitas de discriminación en la Constitución española (CE) –cuestión sobre la que de inmediato se volverá– o en otra norma, bien por mandatos igualmente normativos (de derecho internacional, comunitario, disposiciones con rango legal o incluso convenios colectivos), puedan establecerse límites al ejercicio de la libertad empresarial. Como señaló la STS de 23 de septiembre de 2003 –rec. 786/2002, ECLI:ES:TS:2003:5652–, en las relaciones laborales «la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación». Pero fuera de ello, las decisiones empresariales relativas a la contratación, organización, modificación y retribución del trabajo no son actos reglados, sino que no solo por el marco que genera la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, sino incluso por el juego general de la autonomía de la voluntad, gozan de un amplísimo margen. Ello supone que, en principio, no será precisa la justificación de los motivos de la diferencia, sino que incluso siendo explícitos pueden resultar, desde la perspectiva subjetiva de la persona que se vea afectada, injustos. La interdicción en este caso, al tratarse de operadoras del ámbito privado, no es de la arbitrariedad –que afecta a los poderes públicos conforme al art. 9 CE–, sino de discriminación.

En la configuración de esta noción cobra especial interés el inciso final del artículo 14.1 de la CE antes transcrito, la referencia a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Obviamente, no puede interpretarse en un sentido ni estricto ni absoluto. La interpretación estricta debe rechazarse porque el término «cualquier circunstancia» haría inviable cualquier trato distinto, cualquier regulación que establezca condiciones del tipo que sea para su aplicación (Padrós i Reig, 2022, p. 4); llevaría a una homogeneidad contraria en su extremo a la economía de mercado y a la propia noción de desarrollo personal: circunstancias personales en su más amplio sentido son la formación y experiencia, la habilidad o destreza y otras características que desde una perspectiva productiva son en último término la causa del contrato. Se hace preciso, por tanto, delimitar cuál es el contenido de esa expresión, y, en lo que aquí interesa, el encaje de la edad en esa fórmula. En este sentido, también acudiendo a la primera jurisprudencia constitucional, la STC 75/1983, de 3 de agosto, estableció con claridad que:

La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad.

Sin embargo, inmediatamente después reconoce que «la edad es en sí un elemento diferenciador», en el sentido de ser una eventual causa que legítimamente justifique un tratamiento diferenciado.

Y es que, como se ha apuntado antes, la toma de consideración de los factores de discriminación como elemento diferenciador de situaciones jurídicas o tratamientos empresariales tampoco es una prohibición absoluta: como todo derecho, encuentra su límite en la ponderación con otros bienes jurídicamente relevantes que entren en consideración, por lo que incluso por los motivos expresamente reflejados cabe establecer diferencias, siempre que supere el conocido juicio de proporcionalidad.

Debe hacerse notar que, en su lógica inicial, la tutela antidiscriminatoria parte de una lógica tuitiva de un colectivo vulnerable –o, más propiamente, vulnerabilizado–. Así, la STC 128/1987, de 16 de julio, en doctrina expresamente reiterada por la STC 19/1989, de 31 de enero, señala que:

[...] la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución.

En este planteamiento, no sería el sexo el factor protegido, sino el sexo femenino, no cualquier *raza*, sino las personas racializadas –típicamente las no caucásicas–...

Sin embargo, frente a esta construcción, es fácil probar que en realidad, cuando el tribunal argumenta así, lo hace, en la práctica, en aras a la búsqueda de la igualdad efectiva, asumiendo que, con carácter general, son las personas en las que dicha condición (sexo, raza, religión, nacimiento...) toma determinados valores (mujer, no caucásico, religión no católica, extranjería...) las que reciben un tratamiento menos favorable. Así, ya en los primeros años de la década de 1980 el TC, analizando normativas predemocráticas de naturaleza tuitiva hacia la mujer –lejos aún de la lógica de la acción positiva– se plantea la admisibilidad de tratamientos favorables a la mujer. Así, en la lógica del –actualmente denunciado por España– Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89), en una concepción de que la mujer, en cuanto que «responsable del hogar», no debiera realizar trabajo nocturno, se establecía en el ámbito del Personal Auxiliar Sanitario titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social (conforme a su Estatuto, aprobado por Orden ministerial de 26 de abril de 1973) una diferenciación: mientras que determinado tiempo de trabajo era considerado como ordinario para los varones, para las trabajadoras se concebía como extraordinario, con la consiguiente mayor retribución. Pues bien, enjuiciando tal diferencia, señala la STC 81/1982, de 21 de diciembre (a la que se remite en idéntico supuesto la STC

98/1983, de 15 de noviembre) que la «carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el art. 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión el nacimiento y las opiniones».

Así, sin entrar en los detalles del razonamiento en el caso concreto, el fallo del tribunal es significativo, pues en su segundo ordinal reconoce «el derecho de los [hombres] demandantes del amparo a no ser discriminados, ni en el salario ni en el resto de su contenido de sus relaciones laborales con respecto al personal femenino que realiza idéntico trabajo y posee idéntica cualificación». En la STC 103/1983, de 22 de noviembre, enjuiciando la diferencia de requisitos para el acceso a prestación por viudedad del varón que de la mujer (entiéndase que procedentes de un matrimonio formado por personas de distinto sexo, pues faltaban dos décadas para el reconocimiento legal del matrimonio entre personas de mismo sexo), señala que:

No se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el art. 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del art. 14 de la Constitución.

En este caso, no encuentra el tribunal justificación a la diferencia (rechaza que sea suficiente la economía procesal que supone la mayor probabilidad histórica y sociológica de la mujer de encontrarse en situación de necesidad que justifique la presunción *iuris et de iure* frente a la exigencia de acreditación de tal circunstancia en los hombres) y declara, por tanto, la nulidad del artículo 160 de la versión entonces vigente del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social.

No obstante, debe señalarse que ya en esos primeros años aparecieron acreditadas opiniones doctrinales poniendo en cuestión este carácter omnidireccional de la tutela antidiscriminatoria (o bidireccional, en el caso del sexo biológico). Así, valorando el primero de los casos, se rechazó que la voluntad o intención del poder constituyente en la redacción del artículo 14 de la CE o su aplicación por el legislativo a las relaciones laborales en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores «tuvieran en mente una discriminación contra el varón», sino que se pretendía erradicar «normas y prácticas que discriminaban abiertamente contra la mujer, y contra las que pretendidamente favorables a esta (...) [que] también producían efectos discriminatorios, al dificultar su empleabilidad» (Alonso Olea, 1984).

Pese a estas consideraciones críticas, que ya aparecían implícitamente, en lo que se podría calificar como una proto-perspectiva de género en el voto particular de Rubio Llorente a la última resolución mencionada, lo cierto es que una década después el TC se reafirma en «carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos» (STC 229/1992, de 14 de diciembre), sin perjuicio de reconocer que la discriminación histórica de la mujer

y el juego del artículo 9.2 de la CE pueden justificar tratos diferenciados más favorables a esta. En paralelo, se va a ir construyendo una línea argumental más matizada. Así, se centra la noción de discriminación en la

explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE (STC 128/1987, de 16 de julio).

Ello supone que la construcción jurídica de la noción de discriminación se sustenta sobre el especial desvalor que merece el tratamiento desfavorable no por razón de la característica personal o social protegida, sino por la pertenencia a un colectivo determinado, aglutinado en torno al valor que en él tiene la señalada característica. Así, explícitamente se ha sostenido que «discriminación por razón del sexo halla su razón concreta [...] en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina» (STC 166/1988, de 26 de septiembre, en doctrina reiterada expresamente en la STC 17/2003, de 30 de enero). Así, convive en la jurisprudencia constitucional española una doble visión: desde lo que se ha llegado a calificar como una «doctrina categórica» (Mercader Uguina, 2022, p. 7) sobre el carácter tuitivo de un determinado colectivo para el que la característica protegida toma determinado valor –en ese caso, sexo *femenino*– a la naturaleza bidireccional (o más genéricamente omnidireccional, cuando no se trate de características binarias o cuasibinarias, como el sexo biológico), se puede encontrar también un modelo que trata de aunar ambas visiones. Desde esta lógica, aunque la tutela antidiscriminatoria prohíbe con carácter general cualquier clase de trato diferenciado por los motivos incluidos en el artículo 14 de la CE (y los que puedan incluirse en el «cualquier otra circunstancia personal o social»), esta prohibición encontraría una excepción en la consecución de la igualdad efectiva a la que mandata el artículo 9.2 de la CE, justificando así, de forma limitada y finalista, la acción positiva, una desigualdad de trato tolerada como medio para alcanzar la igualdad material:

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio» [...] (STC 229/1992, de 14 de diciembre).

Este equilibrio imposible –la prohibición de discriminación es bidireccional, pero es legítimo establecer diferencias que perjudiquen al colectivo o colectivos históricamente favorecidos– solo puede resolverse a través de una construcción algo más matizada. El rechazo de la construcción acerca del «varón discriminado» en ya extendida expresión del profesor

Alonso Olea (así, con expresa referencia a los trabajos de 1984 también en Cristóbal Roncero, 2025, pero la expresión está ampliamente consolidada en la doctrina) conlleva, en lo que aquí interesa –dejando al margen los supuestos en que el hombre no es discriminado en cuanto tal sino por asociación o de forma refleja, que constituyen categorías que no sirven a la determinación del ámbito de protección de la «edad»–, un camino posiblemente más interesante a los efectos de este trabajo, el de la *desigualación* del varón cuando exista un válido *tertium comparationis* (Mercader Uguina, 2022). En esta lógica, no se trata ya de considerar el sexo con carácter general como elemento de discriminación, sino simplemente de valorar si, en un tratamiento normativo o de los poderes públicos, es aceptable dar distinto trato a dos sujetos que se encuentran en la misma situación, o dicho de otro modo, desde la perspectiva del sexo, sin que el sexo sea realmente la variable protegida. Ello explica que no pueda darse tratamiento sin más justificación a quien ejerciendo el mismo derecho o llevando a cabo idénticas actuaciones pertenezca a un sexo o a otro. Como acertadamente se ha dicho (en relación con la protección frente a los tratos desfavorables por enfermedad), es imprescindible determinar un colectivo o grupo social afectado por la discriminación directa o indirecta, pues de otro modo «se estaría confundiendo la discriminación con la injusticia» (Álvarez del Cuvillo, 2022, p. 107).

Así, resulta lógico que, conforme a la doctrina mayoritaria, la prohibición de discriminación se refiere únicamente a los tratamientos desfavorables que sufren personas particularmente expuestas o vulnerables precisamente por su pertenencia o adscripción a un grupo, a un colectivo que se define por ciertas características personales, históricas o sociales (entre otros, Domínguez Morales, 2018, p. 44; Monereo Pérez *et al.*, 2022, p. 13); es precisamente esa pertenencia y tratamiento extendidamente (en el tiempo o el espacio) negativo lo que justifica la específica cautela, la mayor intensidad protectora para esas personas particularmente vulnerables en razón de su pertenencia a un grupo definido por características personales o sociales frente a diferenciaciones que son intolerables, y por ello, exigen una protección reforzada, tanto desde el punto de vista de su ámbito aplicativo de referencia como de su tutela. En este sentido, también en otros sistemas jurídicos se ha concebido la discriminación como defensa de colectivos, pudiendo destacarse que, precisamente en materia de edad, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América consideró que «la vejez no define un grupo *discreto e insular*... que necesite "una protección extraordinaria frente al proceso político mayoritario"» (Massachusetts vs. Murgia, tomada de McCann, 2005, p. 362), lo que no impide que ese estado tenga la consideración de pionero en la tutela por razón de edad, por medio de diversas leyes de derechos civiles (Serrano Argüello, 2011, p. 20). La confusión de las tutelas del derecho a la igualdad y a la no discriminación produce importantes disfunciones, esencialmente en lo relativo a la justificación de tratamientos diferenciales, como ha puesto de manifiesto la doctrina precisamente frente a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación e incluso la STC 84/2024, de 5 de junio, que avala la constitucionalidad de aquella (Desdentado Daroca, 2024).

En paralelo a la construcción constitucional de la noción de no discriminación es imprescindible en este punto hacer referencia a la construcción del principio de no discriminación en el ámbito comunitario, pues la terminología puede llevar a error. En la vigente Versión

consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece el artículo 10 que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». A diferencia del artículo 14 de la CE, aquí sí se hace mención expresa a la edad como factor de discriminación, pero el mandato se acota de forma mucho más clara. No es esta una prohibición genérica a todas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas de la Unión, sino a sus propias instituciones. De hecho, en el artículo 19 del TFUE se autoriza a las instituciones con poder legislativo de la Unión para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», exigiendo unanimidad del Consejo y aprobación por el Parlamento Europeo. Igualmente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se establece una prohibición genérica de discriminación en su artículo 21 en sus dos apartados:

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular 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.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

En este caso, resulta de interés subrayar el elemento «pertenencia a una minoría nacional», pues apunta precisamente a esa lógica unidireccional del derecho antidiscriminatorio. Es cierto, sin embargo, que pudiera utilizarse igualmente en sentido contrario, pues solo en ese caso se menciona la minoría. Debe tenerse en cuenta que por minoría nacional podemos entender «grupos numéricamente más reducidos, en el marco de la población general, los cuales se encuentran en una posición no dominante, y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, lingüísticas o religiosas, diferentes de las del resto» (Porras Ramírez, 2023, p. 71); de este modo no es más que una acumulación de rasgos en un grupo humano (etnia, lengua, religión) que ya se encuentran protegidos por la expresión general.

De cualquier forma, no puede ignorarse que las disposiciones de esta carta tampoco se dirigen directamente a la ciudadanía (ni a las empresas), pues el artículo 51 de la CDFUE, al definir su ámbito de aplicación, es claro: sus destinatarios son las instituciones de la UE y los Estados en la aplicación del derecho comunitario.

Ello no resta importancia a la legislación y acción de la UE, que, como se verá, tiene una trascendencia evidente en el tratamiento de la edad como factor de distinción en el tratamiento jurídico de las relaciones de trabajo, pero ya en sede de derecho derivado.

Dicho de otra forma, la lógica estrictamente «discriminatoria» se regirá en las relaciones nacionales por las disposiciones de derecho interno, en las que se incorporará, en su caso, el derecho derivado de la Unión Europea. En este, al menos en la utilización por parte del

TJUE, la referencia discriminatoria, aplicando las directivas de igualdad de trato, no es siempre tan estricta (Domínguez Morales, 2018, p. 43), pero tampoco es relevante a los efectos que aquí nos ocupan, porque en el caso de las directivas comunitarias se analizará fundamentalmente si la normativa de los Estados se ajusta o no a los mandatos de aquellas, por lo que a tal contenido habrá que atender.

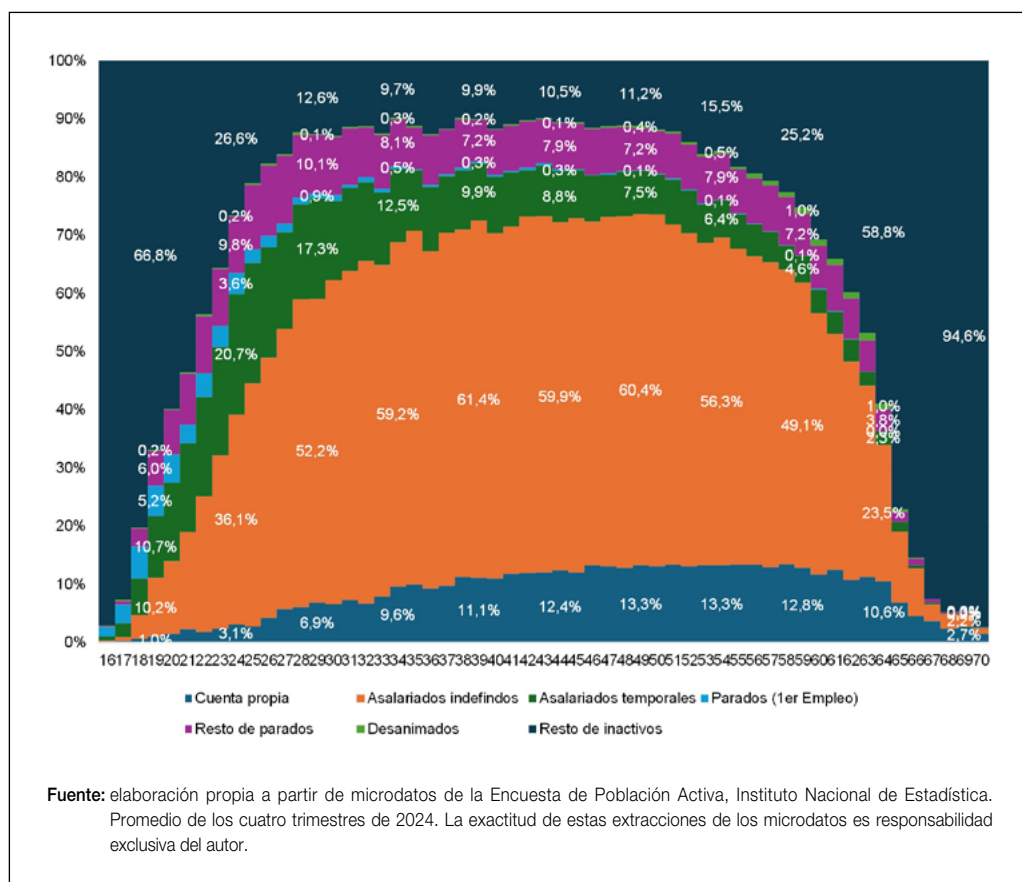
Retomando la aplicación al derecho nacional, dado que la tutela antidiscriminatoria tiene un alcance más amplio que el mandato de tratamiento igualitario y una protección reforzada, se hace preciso determinar en qué medida la edad puede englobarse en esas características personales o sociales a las que hace referencia el artículo 14 de la CE. La concepción de la discriminación como una consideración colectiva de «fenómenos sociales que crean víctimas discriminadas por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas» (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2022, p. 16) exige acotar con claridad los límites que determinan la pertenencia a estos. Es lo que acertadamente se ha llamado perspectiva social de la regulación del más amplio y aglutinante derecho antidiscriminatorio, que enfoca su operatividad sobre la «reproducción de las desigualdades sistemáticas que sitúan a determinados grupos sociales en una posición estructural de subordinación o exclusión», en oposición a la perspectiva individual que atiende a los tratamientos desfavorables de causa arbitraria o ilegítima, y que atiende a la lógica de una igualdad puramente formal (Álvarez del Cuvillo, 2022, p. 90).

El principal problema metodológico, en este punto, resulta delimitar cuál es el colectivo protegido, o al menos, cuál es la característica determinante de la inclusión en él. Con carácter general, los motivos de discriminación, tanto explícitos como los incluidos en expresiones genéricas, tienen lo que podemos calificar, en lenguaje matemático, un valor discreto. O se es hombre o se es mujer (o eventualmente intersexual); una persona será caucásica, o subsahariana o de determinada zona de Asia; tendrá o no una discapacidad (sin perjuicio del grado), será heterosexual, homosexual, bisexual... pero con la edad la categorización resulta mucho más compleja. No es que toda persona tenga una edad –también ocurre con la ideología o la afiliación sindical toda vez que la no afiliación también se protege–, es que es un rasgo constantemente cambiante –cada día se tiene una edad distinta– (Serrano Argüello, 2011, p. 22; Herranz González, 2022, p. 34; Domínguez Morales, 2018, p. 276) y que además no permite delimitar con claridad cuál es el colectivo de personas que se ve desfavorecido o favorecido por ese rasgo. Incluso admitiendo la existencia de grupos de edad que, a determinados efectos, puedan tener esa consideración social o histórica de desprotección (jóvenes, personas maduras, ancianos), la pertenencia o no a dichos colectivos no es tampoco una cuestión que pueda determinarse de forma automática o clara: no hay un momento determinado –salvo que la norma así lo haga, pero en tal caso habrá que valorar si la clasificación que sustenta la distinción de régimen jurídico aplicable tiene suficiente sustento– en el que se entre o salga, de forma objetiva de ninguno de los grupos señalados; las distinciones basadas en la edad no se vinculan a patrones históricos de subordinación grupal, por lo que no afectan a la dignidad humana con la misma intensidad que lo hacen otras categorías clásicas de discriminación, como el sexo o la raza (Numhauer-Henning *et al.*, 2017, p. 155).

3. La edad en el mercado de trabajo: en busca del colectivo protegido

En cada momento vital la relación con el mercado de trabajo es diversa, sin que este hecho implique por sí mismo la existencia de discriminación. Tanto desde la perspectiva de la persona trabajadora, que no tendrá los mismos objetivos en su relación laboral o productiva en su juventud, con menores a cargo o cuando se aproxime su jubilación –por poner algunos ejemplos–, como desde la perspectiva empresarial, que buscará diferentes perfiles para distintos puestos –la experiencia se correlaciona fuertemente con la edad, al margen de otras características sobre las que puedan existir prejuicios más o menos fundados como la responsabilidad, la actualización de conocimientos, la capacidad de adaptación...– las contrataciones pueden tener diferentes características diversas a lo largo de la vida de la persona.

Gráfico 1. Mapa general de la situación del mercado de trabajo por edad en el año 2024



Un primer análisis, tomando al conjunto de la población, muestra con claridad que la participación en el mercado de trabajo alcanza los niveles más elevados en las décadas de los 30 y 40 años de vida. Así, desde los 18 años de edad se inicia una progresiva entrada en el mercado de trabajo (o muy incipientemente en los 2 años anteriores en los que con anterioridad a alcanzar la mayoría de edad ya se permite el acceso al trabajo), que se mantiene en niveles muy elevados hasta alcanzar la edad legal de jubilación, pero con un progresivo declive a partir de los 50 que se acelera al cumplir los 60 años.

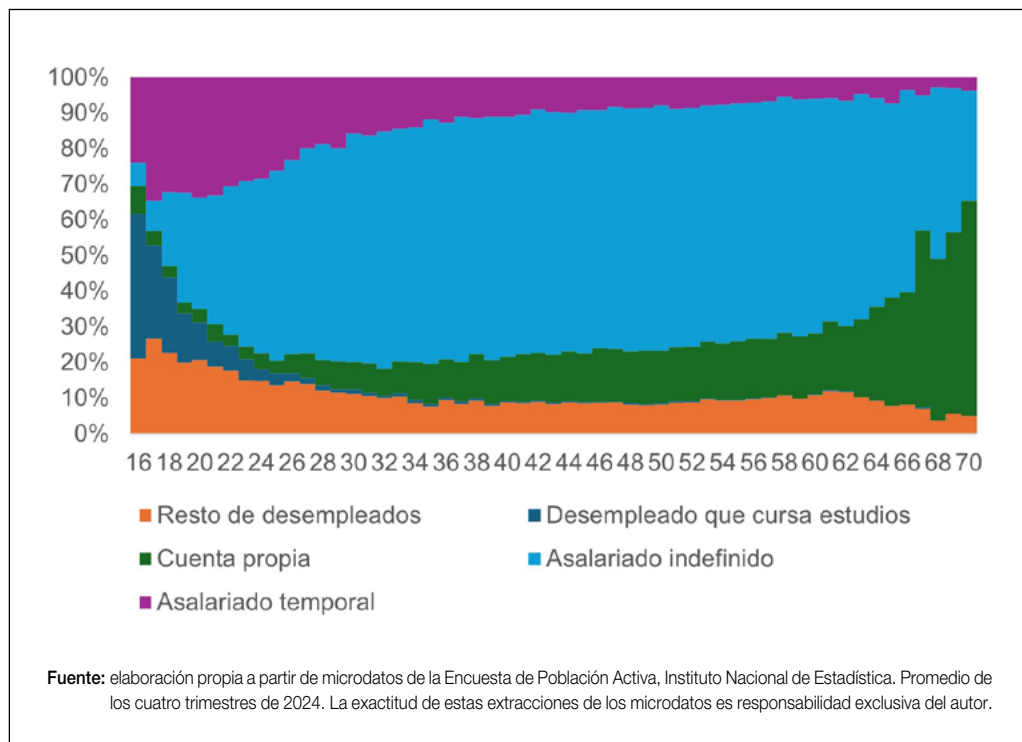
En esta primera panorámica de la población española se observa también que el empleo indefinido no alcanza su máximo hasta aproximadamente los 40 años, momento en el que en torno al 60 % de la población se encuentra en esta situación. El empleo por cuenta propia, de la misma forma, va creciendo progresivamente hasta situarse en torno al 12 o 13 % pasada esta edad. Este primer gráfico muestra cómo en las primeras etapas de la vida profesional el desempleo representa a una parte relativamente pequeña de la población total, pero muy elevada de las personas que forman parte de la población activa. Ello conlleva que las tasas de desempleo sean especialmente altas en la población juvenil, aunque este hecho puede ser matizado, como luego se verá, si se atiende a las características que tiene esta población parada.

Como primera hipótesis pueden distinguirse, por lo tanto, tres grandes grupos de edad que corresponden con lo que de manera tradicional ha servido para delimitar la población potencialmente discriminada por razón de edad. Por una parte, hasta los 30 años la población juvenil va incorporándose con plenitud tanto al empleo como a la estabilidad, y en el otro extremo, la población trabajadora de más edad (personas maduras), que puede considerarse a partir de los 50 años. El grupo intermedio sería de este modo la población privilegiada o no beneficiada por razón de edad.

Debe tenerse en cuenta que este grupo supone poco más del 40 % de la población entre 16 y 65 años, por lo que con esta diferenciación o clasificación estaríamos incluyendo en los grupos potencialmente discriminados a la mayoría de la población. Esto no es, en contra de lo que intuitivamente pudiera resultar, un elemento realmente relevante a los efectos que aquí nos ocupa. También la población femenina es mayor que la masculina y esto no impide que se haya considerado que existe discriminación contra las mujeres en la sociedad en general y en el mercado de trabajo en particular.

Por otro lado, como se ha señalado más arriba, los límites entre estos grupos rozan inevitablemente la arbitrariedad, pues el análisis no variaría en lo sustancial, aunque moviéramos las barreras entre los diferentes colectivos. El porcentaje de personas desempleadas con 29 y 30 años en el año 2024 es prácticamente idéntico –la diferencia es del 0,06 % sobre el total–, y algo similar ocurre en el salto de los 49 a los 50 años. Estas diferencias son también muy reducidas en el resto de las variables relativas a la estabilidad en el empleo o a la consolidación en el puesto de trabajo.

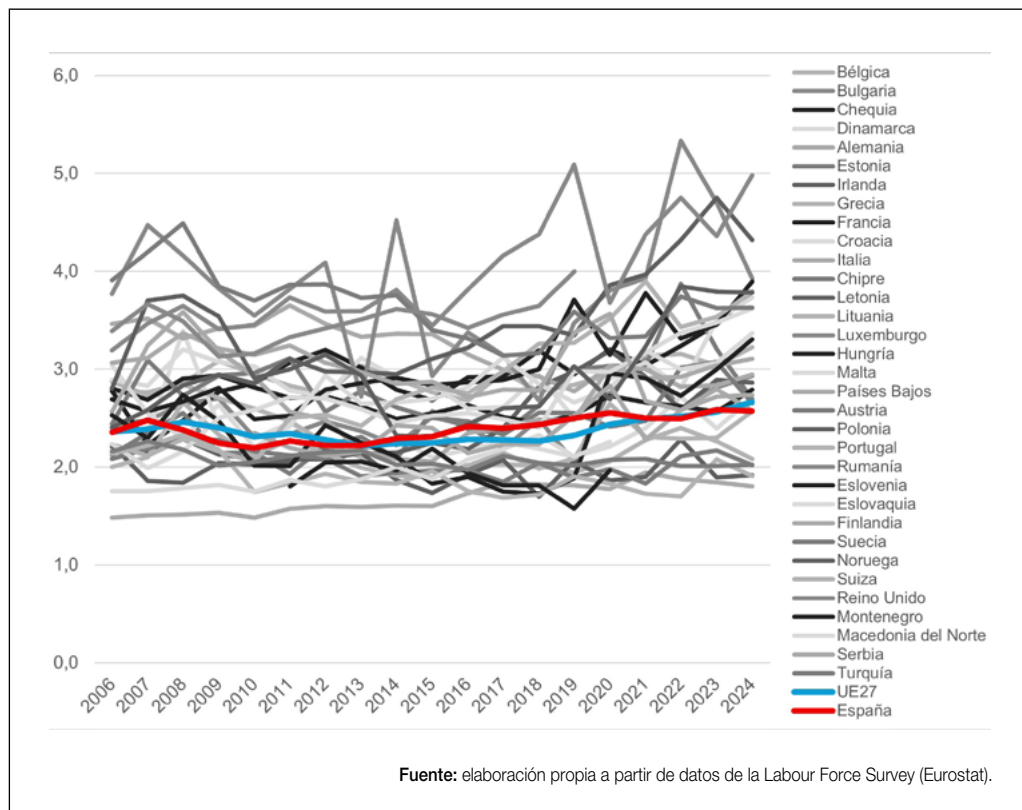
Gráfico 2. Clasificación de la población activa, por edad en el año 2024



Si excluimos a la población inactiva (Gráfico 2), que no participa en el mercado de trabajo (ni como ocupada ni como desempleada), es posible comenzar a detectar algunos elementos relevantes para analizar la influencia de la edad. Así, en la población juvenil se observan tasas de desempleo significativamente superiores a las del resto de la población. Conviene subrayar, en primer lugar, que no se trata de un fenómeno específico del mercado de trabajo español. Al ampliar el foco al conjunto de Europa, los datos de Eurostat (Gráfico 3) permiten realizar algunas reflexiones útiles para valorar la posible existencia de discriminación en el empleo juvenil.

En todos los países para los que hay datos disponibles –se presenta información de 34 Estados, no solo miembros de la UE– la relación entre las tasas de desempleo juvenil y adulto es superior a 1, lo que implica que el desempleo juvenil siempre supera al de la población adulta, aunque con variaciones notables: mientras que en Alemania es 1,6 veces superior, en varios Estados se sitúa en torno al cuádruple. En el caso de España, cuya evolución se destaca en el Gráfico 3, la ratio entre el desempleo juvenil y el adulto ha permanecido razonablemente estable en los últimos cuarenta años, oscilando entre 1,99 y 2,59, a pesar de que los niveles generales de desempleo han variado considerablemente (del 8,3 % en 2007 al 26,2 % en 2014, con un 11,4 % en 2024 como dato más reciente).

Gráfico 3. Tasa de desempleo juvenil (16-24) como proporción de la tasa de población del colectivo adulto (25-49) en Europa



Esta estabilidad relativa sugiere que la reducción del desempleo juvenil está estrechamente vinculada a la evolución del desempleo general, lo que podría cuestionar la eficacia de medidas específicas excesivamente focalizadas en este colectivo. No obstante, esta información no permite concluir la existencia o inexistencia de discriminación. Si existiera un rechazo injustificado a la contratación de jóvenes, este se habría mantenido prácticamente constante a lo largo del tiempo. Al mismo tiempo, tampoco se aporta información sobre el valor de su trabajo: si la menor experiencia u otras características objetivas implican una productividad inferior, no se trataría de discriminación, sino de una lógica empresarial orientada a la eficiencia. La «pérdida de atractivo» de la plantilla con el envejecimiento –con razón o sin ella– es un hecho en la práctica de muchas empresas (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022, p. 284). De hecho, el fundamento implícito de las subvenciones a la contratación de jóvenes, o de modalidades contractuales que reducen sus costes laborales (ya sea mediante salarios más bajos o menores indemnizaciones por extinción), parte de la presunción de un menor valor económico de su aportación. De lo contrario, estaríamos ante

una ventaja competitiva injustificada para las empresas beneficiarias, que distorsionaría la competencia al alterar artificialmente la estructura de costes.

Por otra parte, puede observarse en el Gráfico 2 que una parte significativa del desempleo juvenil corresponde a personas que, simultáneamente, están cursando estudios reglados. Esta circunstancia da lugar a dos reflexiones relevantes. En primer lugar, la empleabilidad de estos jóvenes puede verse limitada por restricciones de disponibilidad horaria derivadas de la continuidad de su formación, así como por unas aspiraciones profesionales que se alinean con competencias aún en proceso de adquisición. Todo ello puede hacer que sus candidaturas resulten, objetivamente, menos atractivas para las empresas si se les ofrece la misma retribución que a otros perfiles, tanto por su limitada disponibilidad temporal como por la falta de cualificación formal consolidada.

En segundo lugar, esta situación puede reflejar una problemática ajena al funcionamiento del mercado de trabajo y más vinculada a la profundidad del Estado social y su capacidad para garantizar la igualdad de oportunidades. El hecho de que jóvenes que aún se encuentran inmersos en la formación reglada figuren como demandantes activos de empleo –condición necesaria para ser considerados personas paradas según la Encuesta de Población Activa– revela una necesidad económica no cubierta adecuadamente por el sistema de becas. Se trata de jóvenes que requieren recursos adicionales para poder continuar su proceso educativo, no solo para afrontar el pago de tasas académicas, sino también para garantizar su propia subsistencia o la de sus familias.

En el otro extremo del espectro etario, la población de mayor edad no parece enfrentarse, con los datos de 2024, a tasas de desempleo especialmente elevadas, pero sí muestra dificultades crecientes para mantenerse en el empleo asalariado. A partir de los 60 años, disminuye de forma notable la proporción de personas activas que trabajan por cuenta ajena, mientras que aumenta, aunque solo en términos relativos, la proporción que lo hace por cuenta propia. El análisis de las causas de esta evolución es complejo, ya que los datos disponibles no permiten determinar en qué medida la salida del empleo asalariado obedece a decisiones voluntarias o a factores externos.

Cabe suponer que, en algunos casos, se produzcan transiciones voluntarias hacia el autoempleo, motivadas por la experiencia acumulada o por la posibilidad de emprender proyectos propios en la fase final de la trayectoria profesional. Sin embargo, los datos agregados correspondientes a 2024 no reflejan una tendencia generalizada en ese sentido: el número absoluto de personas que trabajan por cuenta propia también disminuye con la edad, aunque de forma menos acusada que en el empleo asalariado. Ese año, el número de personas ocupadas por cuenta propia con 65 años era apenas algo superior a la mitad de quienes lo estaban con 60 años; y a los 70 años, solo se registraban unas 8.000 personas trabajando por cuenta propia, lo que equivale a menos del 10 % del total correspondiente a los 60 años.

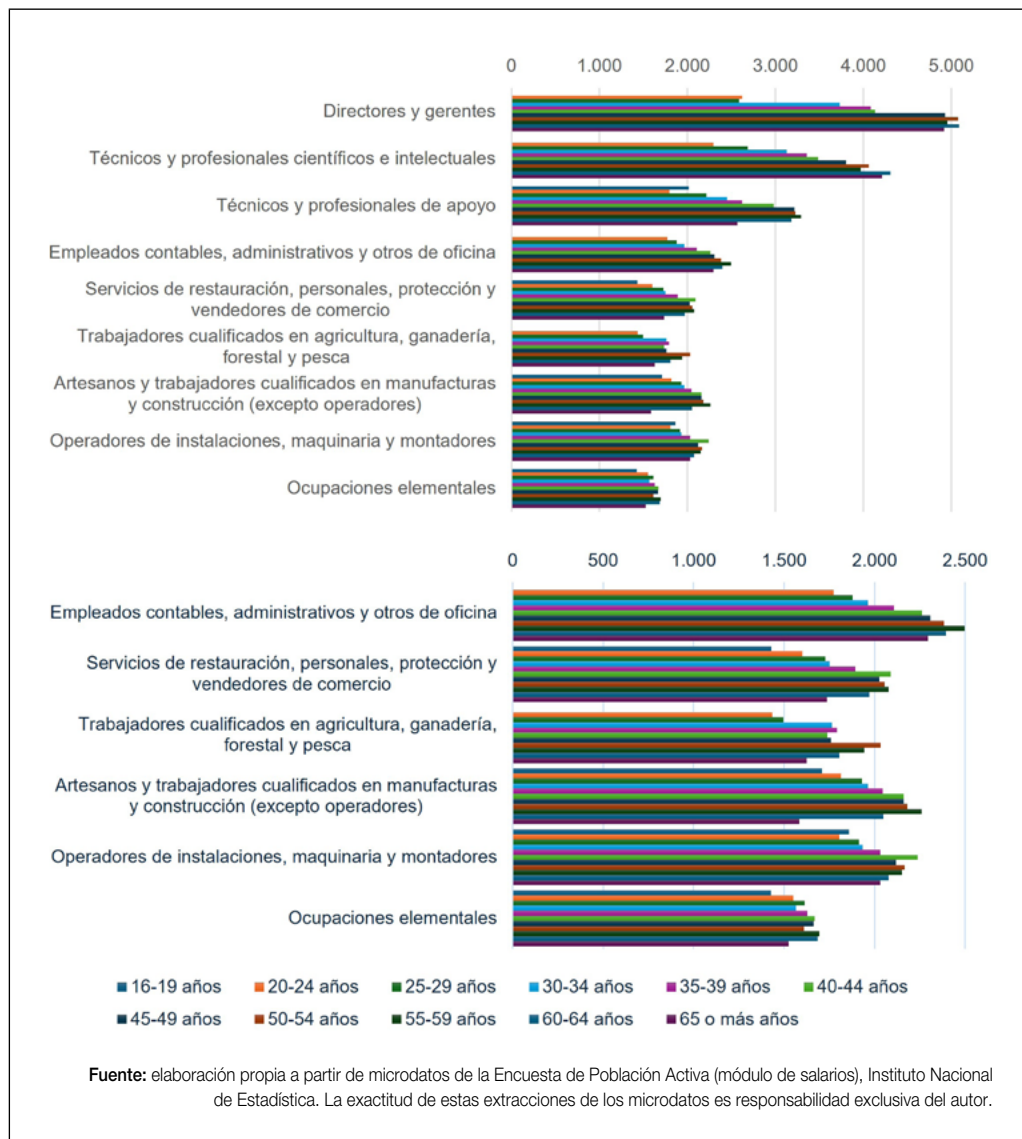
Esta caída menos intensa del trabajo autónomo podría deberse, en parte, a que quienes logran permanecer activos en edades avanzadas lo hacen mediante fórmulas más flexibles. No obstante, el hecho de que la reducción del empleo por cuenta ajena sea mucho más pronunciada podría ser indicativo de un fenómeno de discriminación por razón de edad, en la medida en que las empresas parecen valorar de forma decreciente la capacidad productiva de las personas mayores, frente a aquellas que sí consiguen mantenerse activas a través del autoempleo, del empleo familiar o de fórmulas cooperativas.

Al margen del acceso y permanencia en el empleo, resulta claro que las discriminaciones por razón de edad (como cualesquiera otras) pueden darse también dentro del empleo. Es complejo establecer marcos generales para aspectos como la asignación de tareas, promoción profesional u oportunidades de crecimiento, pero existe una variable fundamental para la que sí se dispone de cierta información, que es el salario. En este punto resulta imprescindible subrayar que correlación no implica causalidad, o lo que es lo mismo, que el hecho de que las personas jóvenes perciban retribuciones menores no tiene por qué estar provocado por su edad, sino que pueden concurrir otros muchos elementos que condicionen los niveles salariales.

Hecha esta salvedad, el Gráfico 4 pone de manifiesto, con carácter general, que las personas jóvenes y de más edad perciben retribuciones menores, atendiendo a la publicación que realiza el Instituto Nacional de Estadística cruzando datos de la Encuesta de Población Activa con los disponibles para los entrevistados en las fuentes tributarias, a partir del impuesto sobre la renta de las personas físicas. La menor retribución de personas jóvenes es especialmente clara en las ocupaciones de mayor grado de responsabilidad y cualificación. Debe tenerse en cuenta que aquí se tratará, con carácter general, de personas cualificadas y con niveles elevados de exigencia profesional, si bien es obvio que dentro de estas agrupaciones existen puestos de muy diferente naturaleza. De cualquier forma, puede observarse cómo en los primeros años los niveles salariales son muy inferiores a los que se alcanzan en momentos posteriores. Así, en el grupo de directivos y gerentes se observa cómo hasta los 29 años el salario medio mensual ronda los 2.550 euros, a partir de esa edad y hasta los 45 años se eleva hasta una horquilla en torno a los 4.000 euros y en la última etapa profesional alcanza los 5.000, siempre en términos mensuales. Sin embargo, debe señalarse que en estos puestos de mayor exigencia de cualificación y responsabilidad no se observa un declive significativo para las personas en las últimas etapas de su carrera profesional.

En ocupaciones intermedias, sin embargo, sí que se aprecia una caída significativa del nivel de las percepciones salariales a partir de los 60 años; así, en todos los demás grupos el salario medio para el grupo de 60 a 64 años es inferior al del grupo inmediatamente anterior, siendo especialmente intenso en Artesanos y trabajadores cualificados en manufacturas y construcción, excepto operadores (9,3 % inferior), Trabajadores cualificados en agricultura, ganadería, forestal y pesca (7,1 % inferior) y Servicios de restauración, personales, protección y vendedores de comercio (5,1 % inferior). Únicamente en el caso de las ocupaciones de menor cualificación (las llamadas «Ocupaciones elementales») no puede apreciarse un patrón claro en la relación edad-salarios.

Gráfico 4. Retribución media de asalariados con jornada completa por grupos de edad según niveles de ocupación (año 2023)



Evidentemente, estos diferenciales no suponen por sí mismos una decisión directa de la empresa de retribuir en menor o mayor medida en función de la edad. En primer lugar, porque no se trata, de ningún modo, de una comparación de puestos de trabajo de igual valor, en el sentido del artículo 28 del ET y el artículo 4 del Real Decreto 902/2020, de 13

de octubre (RD 902/2020), referidos ambos al sexo como elemento diferencial, pero lógicamente aplicables a cualquier comparación eventualmente discriminatoria, como expresamente –en relación con el art. 14 CE y el art. 28 ET (1980)– dispuso la STC 31/1984, de 7 de marzo, sino simplemente de ocupaciones iguales, dentro de las que pueden existir muy importantes diferencias y tratarse de empresas que, para cualquier nivel, tengan niveles retributivos más o menos elevados que la media. Y en segundo término, porque entre el 50 y el 60 % de las personas trabajadoras cubiertas por convenios colectivos de trabajo registrados tienen incluida en la estructura salarial complementos vinculados a la antigüedad, según la estadística de convenios colectivos que publica el Ministerio de Trabajo y Economía Social. Y, por último, porque desde una perspectiva económica, resulta razonable que el salario tienda a evolucionar con la edad, como reflejo tanto de la experiencia acumulada como del posible deterioro o desajuste de ciertas capacidades respecto a las exigencias del puesto (Kredler, 2014).

4. El tratamiento normativo específico de la edad como factor de diferenciación o discriminación

4.1. El derecho comunitario de protección por edad

El artículo 10 del vigente TFUE establece que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] edad [...]». Esta expresa inclusión de la edad entre los factores prohibidos de discriminación se remonta al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, que incluyó esta expresión como artículo 6A. En iguales términos, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón [...] de edad». Como consecuencia de ello, no puede sorprender que la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluyera igualmente la edad en su ámbito de aplicación en su artículo primero, y con ello la aplicabilidad del conjunto de sus disposiciones protectoras.

Este conjunto normativo ha permitido al TJUE establecer la prohibición de discriminación por razón de edad (con las importantes excepciones que más adelante se exponen) no solo en eficacia directa vertical (Estados-particulares), sino también el efecto directo horizontal (entre particulares, es decir, en lo que aquí interesa, en las relaciones empleadora-persona trabajadora) (Preciado Doménech, 2019, pp. 411-412). Es decir, la prohibición de discriminación por edad deriva directamente del derecho originario y no requiere de transposición de la directiva: «el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario» y, por tanto, «corresponde a los jueces nacio-

nales [...] garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena» en relación con la interdicción de la discriminación por razón de edad (STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, *Mangold*, §75 a 77). Esta doctrina del efecto directo ha sido, por tanto, una interpretación constante que se ha usado por el TJUE de forma consistente.

La directiva recoge ya en su preámbulo la edad como una característica de particular fragilidad personal en relación con el trabajo; sin perjuicio de que la directiva establezca una protección acotada (vertical) al ámbito de la ocupación y el empleo y aspectos conexos como la protección social, frente a la horizontalidad de los mandatos de los tratados es precisamente ese el ámbito que aquí interesa. Como se ha señalado, el mundo de las relaciones laborales se emplea como banco de pruebas de la normativa en materia de igualdades (Serrano Argüello, 2011, p. 19), posiblemente por su relevancia cuantitativa y la base esencialmente desigual sobre la que se construyen los vínculos contractuales de la relación asalariada e incluso gran parte del trabajo autónomo. La edad, en la lógica de la directiva, aparece a menudo vinculada a la discapacidad, entendiendo implícitamente que la discriminación procede de una pérdida progresiva de productividad, vinculada a un deterioro físico (González Ortega, 2001, pp. 95-96). No obstante, ello no impide entender incluidas en su protección los tratamientos desiguales e injustificados que se produzcan hacia personas jóvenes, o de cualquier otra edad, si este es (directa o indirectamente) el motivo de aquella diferenciación.

La directiva, como es sabido, tiene un ámbito de aplicación subjetivo extenso, cubriendo tanto el empleo público como el privado, sin atender a la naturaleza laboral o funcional de la relación (art. 3) e incluyendo tanto el acceso a la ocupación como la determinación de las funciones y clasificación profesional, y, en general, todas las condiciones de trabajo, mencionándose expresamente las relacionadas con la retribución y el despido.

Debe recordarse que el concepto de *discriminación* en la directiva no es realmente el mismo en estrictos términos técnico-jurídicos que el manejado por el derecho interno español. No aparece aquí vinculado de forma inequívoca a la protección de colectivos vulnerabilizados, sino a una lógica de motivos en los que, con carácter general, no se puede fundamentar un trato distinto. Así, se parte en la propia norma de la posibilidad de tener en cuenta estos factores: no solo porque se permita, por ejemplo, que se tomen en consideración expresamente en determinados ámbitos como las fuerzas armadas (en las que edad y discapacidad pueden excluirse por parte de los Estados miembros, art. 3.4), sino porque se asume para determinados puestos cuando «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante», añadiendo además la necesidad de que el objetivo sea legítimo –sin explicar o al menos dar indicaciones acerca de qué motivos son aceptables desde esa lógica de *legitimidad*– y el requisito exigido (la edad, en este caso, pero aplicable en general). Dicho de otro modo, la directiva parte de la viabilidad de la diferenciación por edad y no de su prohibición, sin perjuicio de la carga explicativa o justificativa exigidas (González Ortega, 2001, p. 103).

De hecho, en el caso de la edad, la posibilidad de diferenciar en la normativa es aún más explícita. El artículo 6 de la directiva, que bajo el explicativo título de «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad» dispone en su primer apartado que:

[...] 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.

Inmediatamente, establece la directiva una serie de supuestos explícitos en los que admite el trato diferencial, que no tienen, además, ánimo de exhaustividad, pues se señala que «podrán incluir, en particular» una serie de excepciones, constituyendo lo que se ha calificado como una lista ejemplificativa y generosa de finalidades legítimas de trato no favorable por razón de edad (Preciado Domènech, 2019, p. 415). Así, en primer lugar, se hace referencia al establecimiento de ciertas condiciones de acceso al empleo, de empleo y trabajo, incluso despido «para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo», con la finalidad de favorecer su inserción profesional o garantizar su protección. En este grupo de justificaciones de trato diferenciado resulta sorprendente la mezcla de nociones introducidas, pues junto con la edad se incluye la presencia de personas a cargo, que aunque tenga correlación con la edad es independiente de esta; así, normalmente en los últimos años de *juventud* y primeros de la *edad adulta* a efectos laborales –la que en principio no sufre un peor trato–, se tendrán a cargo menores, y en la última etapa de esa *edad adulta* y durante los periodos de *trabajo maduro* o de *más edad* se tendrán personas mayores a cargo; no obstante, la atención de personas dependientes con discapacidad, al extenderse durante toda la vida del dependiente y poder ser también entre miembros de una misma generación (hermano o hermana dependiente a cargo), resulta difícil de identificar con una edad determinada.

Más allá de ello, el margen de actuación que se ofrece a los Estados es relativamente amplio, pues ciertamente cualquier flexibilización de condiciones –es decir, desprotección– hará más atractiva la contratación de unas personas en contraposición a otras, al reducir los costes implícitos o explícitos de la relación laboral. Es decir, si no se produce un aumento de la demanda de trabajo, lo que se hará con estas diferenciaciones por edad es desviar unas contrataciones que normalmente se habrían realizado a determinadas personas hacia otras, por razón de la edad que tengan; se busca así compensar una desigualdad material en la probabilidad de encontrar empleo o mantenerse en él con una desigualdad legal, aun cuando pueda producirse un cierto efecto análogo al muy estudiado «peso muerto» de las subvenciones: contrataciones que se hubieran hecho de todas formas –la juventud y la mayor edad pueden reducir las posibilidades de contratación, pero no las eliminan– se harán en peores condiciones. En palabras del propio TJUE (STJUE de 22 de noviembre de

2005, asunto C-144/04, *Mangold*), «la finalidad clara de esta normativa es facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo» (§59).

En las dos siguientes letras de este primer apartado (b y c) se establecen expresas autorizaciones para restringir o incluso impedir el acceso al empleo por razón de edad en perjuicio de los colectivos supuestamente protegidos. En primer lugar, se permite exigir edades mínimas –u otras variables correlacionadas como experiencia o antigüedad– para acceder al empleo o determinadas ventajas, supuesto cuya finalidad no se explicita, pero que por su naturaleza puede estar relacionada tanto con la protección de las personas –trabajadoras o terceros– como con la productividad. Esa lógica, en cualquier caso, no es ajena a nuestro sistema: ya en la STC 31/1984, de 7 de marzo, se admitió la constitucionalidad de un salario mínimo interprofesional inferior para las personas trabajadoras de menos de 18 años como mecanismo de promoción de su empleo, aunque específicamente señala, para salvaguardar la igualdad, que debe ser interpretado «en la inteligencia de que las reducciones salariales no se aplican cuando los trabajadores jóvenes realizan un trabajo que comporta una experiencia y un esfuerzo y, en definitiva, un trabajo de igual valor, al que realizan trabajadores de más edad».

En el otro extremo de la vida laboral –y aquí resulta complejo encontrar una finalidad distinta al interés económico y empresarial–, se autorizan las edades máximas para acceder al empleo basadas en «los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación». Obviamente, no se refiere a los requisitos de formación que reúna la persona candidata –más probables cuanto mayor sea su edad, simplemente por haber dispuesto de más tiempo para adquirirlos– sino a la curva de aprendizaje interno, a la formación de capital humano específico en el seno de la propia empresa que haga poco rentable (o no rentable) contratar a una persona que no vaya a tener cierta continuidad en la empresa: se permite prohibir el acceso al empleo a quienes no vayan a *amortizar* la inversión que suponen unos primeros años menos productivos en la empresa (administración) contratante.

Así, puede traerse a colación la STJUE de 12 de enero de 2010 (C-229/08) que, precisamente analizando la directiva citada, validó la restricción de no haber superado los 30 años para acceder al cuerpo de bomberos de un determinado *land* alemán con argumentos relacionados con la «vida útil» de la persona contratada para el cuerpo. La argumentación en este caso está directamente relacionada con la utilidad que se puede extraer de quien supere el proceso selectivo para el cuerpo en el medio plazo:

[...] las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, que incumben al servicio técnico medio de bomberos, únicamente pueden llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes. Los funcionarios de más de 45 o de 50 años realizan otras tareas. A fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos, puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de

dicho servicio sea capaz de cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico y que, por lo tanto, tengan menos de 45 o de 50 años. Además, el destino de los funcionarios de más de 45 o 50 años a tareas menos exigentes desde un punto de vista físico exige que estos sean sustituidos por funcionarios jóvenes. Pues bien, la edad a la que se contrata al funcionario determina el tiempo durante el cual podrá cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico. El funcionario contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás deberá seguir una formación de dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período mínimo de entre 15 y 20 años. Por el contrario, si es contratado a la edad de 40 años, dicho período será como mucho de entre 5 y 10 años.

No puede dejar de llamar la atención que se ignoran las características individuales de los individuos, y asume como inevitable un declive físico con la edad, o la propia dedicación (¿forzosa?) a otras tareas al alcanzar los 45 o 50 años que se indican. De esta forma, se considera que contratar a alguien para prestar servicios «como mucho entre 5 y 10 años» es suficientemente poco deseable como para justificar la prohibición de contratar. En todo caso, no puede aceptarse acríticamente cualquier restricción de este estilo, pues si la profesión a la que se accede no requiere capacidades físicas que se vayan a deteriorar presumiblemente en edades superiores, como ocurre en el caso de comisarios o comisarias de Policía, la exigencia de no tener más de 30 años no tendrá una justificación suficiente y, por tanto, será contraria a la directiva (STJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-304/21). Aunque la rentabilidad no es el único criterio, la diferencia de trato debe estar vinculada a una condición física objetivamente exigible –asociada a la edad– que constituya un requisito profesional esencial y determinante para alcanzar los objetivos legítimos de operatividad (Menéndez Sebastián, 2017, p. 544) lo cierto es que se niega el acceso al empleo por razón de edad, cuando otras personas de esa misma edad están desarrollando (se entiende que adecuadamente) las funciones correspondientes.

Es cierto, en todo caso, que en ocasiones el tribunal trata de hacer un trazo más fino; aunque no atiende a las características particulares de cada individuo, sino que permite atribuir a quienes integran un colectivo (mayores de determinada edad) unas ciertas características futuras (un declive incompatible con el trabajo en un periodo no suficientemente largo), sí que ha atendido a la exigencia de las funciones que se deban realizar, incluso entre cuerpos policiales de diferente ámbito (Menéndez Sebastián, 2017, p. 545).

En términos similares se pronuncia el TJUE en casos de profesiones cualificadas y su acceso en edades relativamente próximas a la jubilación, aceptando como válidas las exclusiones del acceso a la profesión notarial a los 60 años en Alemania (STJUE de 17 octubre de 2024, asunto C-408/2023, *Anwaltsnotarin*) e incluso 50 en Italia (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-670/18, *Comune di Gesturi*).

En cualquier caso, los objetivos de política de empleo y protección deben existir, sin que sea admisible cualquier trato menos favorable con el objetivo de potenciar el empleo

basado exclusivamente en la edad; así, en el citado asunto *Mangold* (STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04) se rechazó la admisibilidad de la contratación temporal sin causa por el mero hecho de que la persona contratada tuviera más de 52 años, sin atención a su relación con el empleo; además, la razonabilidad del tratamiento distinto se enjuicia no solo desde la existencia de un fin legítimo, sino que requiere una coherencia interna, una adecuación de medios a los fines buscados, lo que permite al tribunal analizar si la restricción, ventaja o desventaja establecidas sirven o no para lograr el objetivo que el legislador nacional se ha planteado (STJUE de 18 de junio de 2009, asunto C-88/08, *Hutter*, y explícitamente en la STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kücükdeveci*, §37). De hecho, resulta interesante tener en cuenta que tanto en el asunto *Hutter* como en *Kücükdeveci* no se analiza estrictamente un problema de trato distinto a trabajadores de diferente edad, sino a trabajadores de igual edad para los que se establecen condiciones de trabajo diferenciadas en atención a la edad que tenían cuando ocurrieron determinados hechos (la adquisición de experiencia profesional y la entrada en la empresa, respectivamente). La edad se utiliza como parámetro retrospectivo, como término de referencia para determinar los efectos presentes de algo ya ocurrido. En estos casos la justificación de la medida resulta particularmente compleja, pues se utiliza la edad con la que algo ocurrió como parámetro para aplicar efectos después con independencia de los años cumplidos en ese momento, lo que hace complicado que tenga el efecto útil perseguido.

No es necesario, por el contrario, que el objetivo planteado por la normativa nacional sea único; en reiteradas ocasiones (SSTJUE de 6 de mayo de 2010, asunto C-160/10, *Kohler*; de 21 de julio de 2011, asunto C-159/10, *Fuchs*; y más recientemente, SSTJUE de 21 de abril de 2020, asunto C-670/2018, *Comune di Gesturi*, y 17 de octubre de 2024, asunto C-408/2023, *Anwaltsnotarin*) ha indicado que pueden plantearse diferentes finalidades de forma simultánea, siempre que se mantenga la coherencia y que, al menos alguno de ellos, tenga entidad suficiente para ser considerado como legítimo a los efectos de la directiva.

Por otra parte, debe señalarse que cuando la edad sea una condición para acotar el acceso a derechos y se establezca en diferentes niveles (p. ej., jubilación) según el colectivo al que se pertenezca, el ámbito de enjuiciamiento desde la perspectiva de la legitimidad de la distinción habrá que hacerlo en función de la condición que determina dicho acceso diferenciado, sin que entren aquí en juego los parámetros específicos de la discriminación por razón de edad (STJUE de 17 de octubre de 2024, asunto C-349/2023, *Zetschek*) y teniendo en cuenta que la directiva no tiene por objeto las discriminaciones por razón de la categoría profesional o del lugar de trabajo (Sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-262/14, *SCMD*).

Una cuestión adicional que resulta relevante para el análisis y que tiene particular incidencia potencial en el marco de la negociación colectiva es el de las situaciones en las que la legislación establece un régimen jurídico diferenciado a partir de su entrada en vigor, no aplicable –o al menos no íntegramente– a las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad (ya sean laborales, funcionariales, estatutarias o de cualquier otra naturaleza, dado el ámbito de aplicación de la directiva). Dicho de otro modo, la cuestión que debe resolverse es en

qué medida la convivencia de dos regímenes jurídicos aplicables a los sujetos que prestan servicios por cuenta ajena idénticos, con la única diferencia entre ellos de haber iniciado su relación bajo una u otra normativa es aceptable desde la perspectiva de la directiva. El punto de partida, en este caso, es el de la admisibilidad, pues por sí misma esta distinción no toma en consideración ninguna de las características prohibidas. Sin embargo, el hecho de depender la aplicación del sistema menos favorable –generalmente el nuevo, pues es normal que en la negociación se preserven situaciones más ventajosas frente a modificaciones regresivas de las relaciones laborales– del momento temporal de acceso supone una alta probabilidad de que las personas de más edad tengan mejores condiciones que las más jóvenes. Así, la STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-301/21) plantea con claridad la primera afirmación y apunta la segunda (§55):

La Directiva 2000/78 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional nueva se aplique únicamente a situaciones nacidas con posterioridad a su entrada en vigor, ya que tal circunstancia resulta únicamente del efecto temporal de la aplicabilidad de una ley nueva y no constituye, como tal, una discriminación indirecta por razón de la edad.

Esa última expresión deja por tanto abierta la posibilidad de considerar que puede existir discriminación indirecta por razón de edad, pero de forma relativamente acotada: implícitamente se indica que solo si la nueva normativa tiene un impacto desproporcionado en el colectivo de determinada edad (típicamente más joven) puede entenderse que, por sus efectos más que por su estricta formulación, la medida puede resultar discriminatoria. En la práctica, más allá de empresas con políticas de contratación muy enfocadas a personas jóvenes (de modo que toda la plantilla con mejores condiciones sea de edades superiores), es difícil que se entienda que existe discriminación. Especialmente, si se enfoca desde la perspectiva de la conservación de derechos y la potenciación, precisamente, de la contratación de nuevas personas jóvenes, resulta poco probable que se considere que la diferencia de condiciones no sea admisible en el marco de la directiva.

En lo referente a la terminación del contrato por cumplimiento de determinada edad –jubilación forzosa–, debe destacarse que la inclusión de esta posibilidad como excepción en la directiva no es explícita. La mención a las condiciones de despido se hace en el artículo 6.1 a) «con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas»; claramente este supuesto hace alusión a condiciones de despido *ex ante* que hagan más atractiva su contratación (que es lo que podría favorecer a dichas personas), no la justificación de su pérdida de empleo. Es solo en la genérica expresión del primer párrafo de ese mismo apartado, la existencia de una «finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo», lo que podría justificar las extinciones por razón de edad. Aquí pueden entrar intereses generales vinculados al empeoramiento del desempeño por edad, cuando pueda ponerse en juego la seguridad de terceros –lo que estaría asumiendo una pérdida cuasi automática de capacidad al superar determinada edad– o el reparto de empleo.

Sobre esto último, es necesario hacer un pequeño apunte. En la doctrina jurídica, así como en el contexto sociopolítico, se ha aceptado con carácter general que la salida de personas de más edad del mercado de trabajo supone la creación automática de puestos de trabajo para personas jóvenes. Así, se ha dicho que «en la medida en que el empleo es un bien escaso, siempre se han acatado con naturalidad otras reglas que emplean la edad como criterio de segregación de colectivos a efectos del necesario reparto del trabajo», afirmandose que en estos casos la ausencia de «contaminación» o sospecha discriminatoria se extiende a las medidas adoptadas con «el fin de equilibrar el mercado laboral, y repartir equitativamente el trabajo existente» (Menéndez Sebastián, 2017, p. 529).

Sin embargo, debe señalarse que la evidencia empírica no soporta la afirmación de que expulsando a trabajadores de más edad se potencie la contratación de más jóvenes. La llamada falacia de la cantidad fija de trabajo (*lump of labour fallacy*) ha sido ampliamente estudiada en relación con diferentes políticas públicas (restricción de la inmigración, reducciones de jornada y también jubilaciones) sin demostrar que haya un impacto automático (con carácter general, y tono divulgativo, véase la entrada bajo seudónimo Mercado, 2012; en particular, para España y en relación con las políticas de jubilación anticipada y el empleo juvenil Boldrin *et al.*, 2008). Dicho de otro modo, la literatura económica muestra que expulsar a trabajadores de más edad por medio de políticas de jubilación forzosa no supone necesariamente la creación de empleo joven.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que estas políticas sí se han llevado a cabo y el TJUE ha tenido ocasión de valorar en qué medida existía la adecuación de medios y fines y legitimidad de estos últimos. Así, en la STJCE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005, asunto *Palacios Villa*), referida precisamente al caso español, admite como conformes a la directiva las legislaciones nacionales que habilitan a la negociación colectiva para establecer cláusulas de jubilación forzosas condicionadas al derecho de la persona afectada a una pensión de jubilación y vinculadas a una «finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo» y que «los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios». Como se ha señalado con acierto, siendo indiscutibles estas afirmaciones, elude el tribunal analizar las justificaciones reales (y no meramente declaradas) de las extinciones, que bien podrían responder a intereses económicos y empresariales de amortización de plantilla (Tomás Jiménez, 2013, p. 508), aunque sí exige al tribunal nacional valorar la adecuación de medios y fines que, como se acaba de señalar en el párrafo anterior, resulta cuando menos discutible, sino simplemente inexistente.

En todo caso, no deja de resultar sorprendente que el TJUE se mueva en parámetros ajenos a la propia literalidad de la directiva: si en esta se exige que la restricción por edad (o por otra característica protegida) se base en «un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado», el órgano jurisdiccional de la Unión Europea ha resuelto los conflictos con razonamientos de trazo relativamente grueso. Es paradigmático el §65 de la STJUE de 13 de septiembre de 2011

(asunto C-447/09, *Prigge et al.*) cuando afirma, valorando la conformidad al derecho comunitario de la cláusula convencional que adelantaba la jubilación de pilotos:

Al fijar en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de líneas aéreas incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo n.º 5a ya no poseen las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional autorizan el ejercicio de dicha actividad, con determinadas condiciones, hasta la edad de 65 años, los interlocutores sociales impusieron a estos pilotos un requisito desproporcionado en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

Como puede apreciarse, la Gran Sala del TJUE acepta acríticamente como referencia la edad de 65 años como momento de pérdida de capacidad prevista en la normativa, pero rechaza los 60 años del convenio, siendo igualmente arbitrarios los límites; sorprende especialmente cuando existe una alternativa individualizable –reconocimientos médicos que verifiquen el mantenimiento de las capacidades físicas y mentales necesarias para el desempeño– que no se matice en modo alguno, aun *obiter dicta* (pues realmente no era el objeto del proceso) esa automaticidad, especialmente cuando la propia resolución rechaza la seguridad aérea como justificación para el tratamiento diferenciado por edad, al no estar recogido por la directiva. De hecho, debe señalarse que en un supuesto parecido –aunque no idéntico– una década después el tribunal matiza la argumentación, al señalar que, en ámbito más concreto (una empresa vinculada a la seguridad nacional), no es necesariamente contraria a derecho comunitario la limitación a los pilotos a partir de los 60 años, estableciendo en este caso que corresponde al órgano jurisdiccional nacional establecer si «habida cuenta de la naturaleza específica de las actividades desarrolladas por DQ y de los requisitos físicos impuestos a los pilotos empleados por esta sociedad» resulta adecuado establecer esta automaticidad en la extinción. No obstante, no puede dejar de subrayarse que se está admitiendo la generalización de una presunción de pérdida de capacidad basada en las características del colectivo, anulando así la individualidad de cada persona, que puede estar o no afectada por ese deterioro a esa edad.

Debe señalarse adicionalmente que el TJUE no mantiene un criterio homogéneo en esa aceptación acrítica de edades de jubilación obligatoria o forzosa; aunque en casos como los señalados para España en el asunto *Palacios Villa* de forma explícita o en la normativa relativa a pilotos acepte la existencia de una edad discrecional de 65 o 60 años, se acepta la justificación estatal sin entrar en mayores consideraciones (todo lo más, remitiendo al intérprete nacional), en otros entra de lleno a valorar la justificación y medidas atenuadoras del perjuicio para las personas afectadas. Así, en el adelanto de la edad de jubilación obligatoria de los 70 a los 62 años del personal judicial en Hungría (STJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto C-286/2012, *Comisión/Hungría*) toma en consideración argumentos ajenos a los criterios de la directiva. Así, exceden del análisis sobre la adecuación y necesidad de los medios, y se valora, por ejemplo, que a quienes les afecta disfrutaban hasta

ese momento de una «excepción que les permitía permanecer en sus funciones hasta la edad de 70 años, lo que les hizo albergar la esperanza fundada de que permanecerían en sus funciones hasta esa edad» (§67), la imposibilidad de adoptar medidas «en particular de naturaleza económica y financiera» de quienes repentinamente ven adelantada la edad de jubilación (§70) o que los «intereses de los afectados por el descenso del límite de la edad de jubilación no fueron tenidos en cuenta de la misma forma que los de los demás empleados de la función pública, para los que dicho límite de edad ascendió» (§74); son todos ellos argumentos que evalúan cuestiones distintas a los parámetros de la norma: la proporcionalidad del daño o la comparación con otras categorías (no por edad), lo que expresamente ha sido rechazado por el TJUE, al exceder del ámbito de la directiva, y que por otra parte no se exigen con carácter general. Así, en la STJUE de julio de 2012 (asunto C-141/11, *Hörnfeldt*) expresamente se falla que no se opone a la directiva una normativa que permite la extinción atendiendo exclusivamente a la edad, si responde a los objetivos legítimos de política del empleo «sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado». En todo caso:

Todo ello lleva a una notable falta de predictibilidad de la validez de las diferencias: junto a la diversa profundización en el análisis de medidas y la diversidad de parámetros valorados, lo cierto es que el Tribunal deja amplias facultades a los estados para elegir, en cada caso, las medidas adecuadas entre muchas opciones posibles, e incluso sostener la adecuación de la medida (Menéndez Sebastián, 2017, p. 542); No obstante, debe señalarse que, con carácter general, la jubilación forzosa se interpreta como un mecanismo idóneo (en el marco comunitario, aunque ya hemos señalado que la literatura económica no lo avala) para el reparto del empleo (Menéndez Sebastián, 2017, p. 552) habiéndose avalado este tipo de pactos en la negociación colectiva con aval legal, además de en el ordenamiento español (*Palacios Villa*, citado); el alemán (STJUE de 12 de octubre de 2010, asunto C-45/09, *Rosenblatt*), el de Reino Unido (STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, *Age Concern England*) y de Suecia (STJUE de julio de 2012, asunto C-141/11, *Hörnfeldt*).

4.2. La específica protección de la edad el derecho interno español y el papel teórico de la negociación colectiva

La inicial –y posiblemente insuficiente– transposición de la Directiva de igualdad de trato se produjo en nuestro ordenamiento por medio de una ley de las llamadas de acompañamiento a los presupuestos (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), que con poco interés reprodujo algunos mandatos del legislador comunitario (Álvarez del Cuvillo, 2022, p. 87) en cuyo artículo 34, con una confusa acumulación conceptual, se afirma, en lo que aquí interesa, que «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón [...] [de] la edad». Asimismo, se modificó el artículo 4 del ET (1995) en relación con el derecho a la no discri-

minación, aunque debe señalarse que la prohibición de discriminación «por la edad dentro de los límites enmarcados por esta Ley» se recogía ya en la primigenia versión de 1980. Asimismo, el artículo 17 del ET, en todas sus versiones desde aquella hasta el vigente texto refundido de 2015, bajo el título de «No discriminación en las relaciones laborales», declara nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que den lugar «a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad».

De cualquier forma, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (la Ley 15/2022, en adelante), nace, tras un largo proceso político (comenzado más de una década atrás), con la vocación (declarada en su preámbulo) «de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas», si bien, como se ha señalado más arriba en este trabajo, partiendo de la existencia de un único «derecho a la igualdad de trato y no discriminación» (Desdentado Daroca, 2024) en el no infrecuente solapamiento de lo que en realidad son dos derechos diferenciados, que en esta norma ha llevado a lo que gráficamente se ha llamado disolución de la discriminación directa en el principio de igualdad (Álvarez del Cuvillo, 2022, p. 109).

Un primer análisis meramente cuantitativo nos muestra que la edad aparece mencionada en dieciséis ocasiones en el texto de esta nueva norma, si bien solo siete de ellas lo son en la parte dispositiva (es decir, en nueve ocasiones se hace referencia a ella en el preámbulo). De estas, tres lo son refiriéndose a la mayoría o minoría de edad y las cuatro restantes aparecen unidas a otras causas de discriminación en ámbitos específicos. Dicho de otro modo, en realidad, no puede decirse que tenga un tratamiento específico y diferenciado en el modelo particularista por el que ha optado el legislador (en el sentido de especificar causas –aunque no exactamente colectivos– más allá del «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» cuyo significado se ha analizado más arriba). No hay, por tanto, una reproducción expresa de las normas de la directiva relacionadas con la justificación de las diferencias de trato por razón de edad (el art. 6); indirectamente, en el precepto dedicado a la negociación colectiva (art. 10 Ley 15/2022) se establece la posibilidad de «establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley», lo que, de conformidad con el apartado séptimo del artículo 6 de la Ley 15/2022 (que se refiere precisamente a las medidas de acción positiva), puede interpretarse en un sentido genérico como finalidad legítima a esos efectos, pues solo pueden establecerse mientras «subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican» y los medios tienen que ser adecuados («razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan»).

Es cierto, de cualquier manera, que esta norma se integra en un amplio y poco estructurado conjunto de normas que directamente se refieren a la igualdad por múltiples causas (García Murcia, 2022, pp. 11-12), lo que se ha dicho que supone «obviar o reforzar definiciones previamente establecidas en numerosas normas con contenido antidiscriminatorio»

(López Cumbre, 2023, p. 15). De esta forma, dado el efecto directo incluso horizontal de la directiva, en su consideración de principio general del derecho de la Unión y la propia tutela constitucional de la igualdad, la novedad de la norma en factores como la edad que ya estaban expresamente protegidos es más sistemática que material, y entrará en juego el clásico juicio de proporcionalidad, que requiere, como es sabido, la legitimidad de la medida, la idoneidad de esta, la adecuación de medios a los fines y, en último término, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de los intereses en conflicto. Tal vez por ello se ha afirmado que es una ley con «cierta vocación divulgativa» (García Salas, 2023, p. 67), sin perjuicio de la innegable relevancia de la inclusión expresa de algunas causas de discriminación, que en poco afectan al contenido de este trabajo.

En cualquier caso, pese a la falta de mención específica o mandatos suficientemente precisos para la negociación colectiva, lo cierto es que aparece el doble cariz de la tutela antidiscriminatoria (Monereo Pérez *et al.*, 2022, p. 26): la positiva (promoción de la igualdad material) y la negativa (remoción de obstáculos que la impidan). El problema fundamental, al disponerse la prohibición absoluta de tratos «desfavorables» por razón de edad en el artículo 17 del ET y la consideración de la edad como elemento de discriminación subraya la importancia de la falta de definición de los colectivos protegidos: toda acción «favorable» por razón de edad que dé una ventaja a las personas desfavorecidas por pertenecer al colectivo de ciertos años cumplidos supondrá un trato «desfavorable» a quienes tengan diferente edad, sea directa o indirectamente. A la luz de los datos expuestos, en los que se ha demostrado que no hay «saltos» significativos entre edades, esto es especialmente problemático, pues si la medida correctora es eficaz, las personas que por haber nacido unos días antes o después no entren en la protección se verán en situaciones de igual desprotección de hecho, a lo que se sumará la de derecho.

Con acierto se ha apuntado que la norma pierde ocasión de ampliar herramientas que faciliten la convivencia de bienes jurídicos protegidos en los conflictos que puedan surgir con la libertad de empresa: la configuración del ajuste razonable como medida exclusivamente dirigida a las personas con discapacidad desaprovecha la oportunidad de establecer un mecanismo general que atienda al equilibrio entre las necesidades organizativas y las personales derivadas de la edad u otros factores protegidos (García Salas, 2023, p. 67). Así, sin llegar a ser discapacitantes, la merma de fuerza, agilidad, resistencia u otras características personales que pueden darse con la mayor edad podrían verse compensadas por esta vía, espacio en el que, además, la negociación colectiva –con su capacidad de adaptación al sector o empresa– podría tener una especial capacidad de acción.

En relación con la regulación colectiva, poco más se encuentra en el ordenamiento jurídico respecto a la edad. Al margen de la ya consolidada vinculación entre negociación colectiva y principio de igualdad –aunque en el análisis de constitucionalidad sea frecuente que el juicio se realice desde la perspectiva de la discriminación (Domínguez Morales, 2018, p. 111)–, la única referencia directa a la edad en la negociación colectiva aparece (y desaparece) en relación con la jubilación forzosa.

Inicialmente, se reconocía una amplísima libertad en la disposición adicional quinta del ET de 1980 («En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»), disposición expresamente avalada por la STC 58/1985, de 30 de abril («no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación»). Posteriormente, esta disposición fue derogada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Aunque la norma no contenía una prohibición expresa, se interpretó –con no pocas discrepancias en la doctrina científica y en la jurisprudencia de suplicación– que no era posible establecer este tipo de cláusulas en la negociación colectiva posterior, por falta de cobertura legal, al entenderse que «la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de ley establecida en el art. 53.1 CE». Esta interpretación se vio reforzada por consideraciones de política legislativa, como los cambios en la situación del empleo o los riesgos para la sostenibilidad del sistema de pensiones. No obstante, se aceptó la validez de las cláusulas ya vigentes en el momento de la derogación (STS de 9 de marzo de 2004, rec. 765/2003).

Ello condujo a una nueva intervención del legislador –de distinto signo político– mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio, que permitió nuevamente la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, aunque condicionada a su vinculación con políticas de empleo y a la garantía de acceso a la pensión. Tras un nuevo cambio de Gobierno, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, estableció una prohibición ahora sí expresa de este tipo de pactos, declarando nulas y sin efecto las cláusulas de jubilación forzosa, aunque mantuvo la vigencia temporal de las ya pactadas (disp. trans. decimoquinta). En el año 2018, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, recuperó de nuevo –aunque de forma condicionada a políticas de empleo– la posibilidad de que la negociación colectiva incluyera este tipo de cláusulas. Finalmente, se llegó a la regulación actualmente vigente, contenida en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, bajo el título «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», introducida por la 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.

En esta redacción vigente se introducen importantes novedades. Por una parte, se establece una norma de derecho necesario relativo, al fijarse en 68 años la edad mínima para aplicar la jubilación forzosa por convenio, más allá de la edad legal ordinaria del sistema de Seguridad Social. Por otra, se incorpora una fórmula de igualación material con perspectiva de género: en sectores donde las mujeres se encuentran infrarrepresentadas (por debajo del 20 % en el correspondiente código CNAE a efectos de accidentes de trabajo),

se permite a los convenios colectivos aplicar la edad legal ordinaria de jubilación como referencia para la jubilación forzosa, siempre que dicha medida se vincule a la contratación efectiva de mujeres.

5. La edad en el clausulado de la negociación colectiva

5.1. Condiciones de empleo y edad

El acceso al empleo es uno de los elementos básicos para alcanzar la igualdad en el trabajo, pues sin llegar a ser contratada, difícilmente podrá una persona tener iguales condiciones que otras asalariadas de la misma edad. Lógicamente, es irrelevante la reproducción de normas de derecho necesario (como la exigencia de haber cumplido 16 años para el ingreso al trabajo o de no haber superado los 30 años para el contrato de formación en alternancia del Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (código 99000355011982, BOE de 13 de octubre de 2023).

Más allá de estos preceptos sin contenido material propio, las políticas de contratación vinculadas a la edad en la negociación colectiva plantean en la práctica importantes dificultades de justificación en los términos expuestos, pues la acción favorable, como se ha señalado, genera un efecto comparación inmediato con personas de diferente edad. Así, nuestros tribunales han tenido que enfrentarse a cláusulas que incluso formalmente justificadas no han superado los cánones de legalidad o proporcionalidad. Es un ejemplo claro la siguiente, recogida en el Convenio colectivo para el sector de las colectividades de Cataluña para el año 2013 (código de convenio núm. 79100055012013):

Artículo 24. Nuevo nivel retributivo. Mientras perdure la actual situación de crisis económica en la que nos encontramos y siempre que la tasa de desempleo supere el 15 % (SEPE), las empresas con el objetivo de fomentar la creación de empleo y contribuir con ello a paliar la elevada tasa de paro juvenil, podrán realizar contrataciones a trabajadores/as menores de 35 años y por un período máximo de 3 años. Finalizado dicho período, las empresas reconocerán el nivel propio de las funciones realizadas, adecuando a la misma el salario correspondiente a dicha categoría.

En este caso, la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 304/2014), confirmando la STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2014 (rec. 90/2013), consideró que la posibilidad de contratar a personas por una retribución inferior por el mero hecho de no alcanzar cierta edad en el momento de la contratación no resultaba aceptable, pues «no basta con una previsión condicional tan vaga como la persistencia de una situación de crisis», añadiendo que lo que se «consigue es evidentemente una contratación más barata pero probablemente no tanto para favorecer a un sector laboral sino más bien en detrimento de la contratación en general», apoyándose además en la STJUE de 9 de septiembre de 2015 (asunto C-20/13, *Unland*).

Debe señalarse, de cualquier forma, que este tipo de doble escala, siquiera temporal, es relativamente infrecuente en estos términos, si bien la mayoría de edad sí que se utiliza en diversos convenios como referencia para la fijación de condiciones de contratación. No son extrañas las cláusulas que protegen a menores de edad, en materia preventiva –lo que encuentra perfecto acomodo, en principio, en la especial sensibilidad que reconoce el art. 27 LRPL–, pero en ocasiones también se atiende a esta lógica tuitiva en otro tipo de cláusulas. Así, puede destacarse la prohibición de que se vean afectados por cambios urgentes de jornada para atender «necesidades imprevistas y coyunturales de trabajo» en citado Convenio estatal de artes gráficas. La finalidad de protección al menor resulta, a mi modo de ver, legítima, y el perjuicio para el resto de la plantilla resulta marginal, de forma que superará el juicio de proporcionalidad.

Menos claras, por el contrario, resultan otras ventajas relacionadas con la edad, como la exoneración de servicios nocturnos obligatorios a mayores de 55 años en el Convenio colectivo de Ekialdebus, SL (código 20100262012013, BO Gipuzkoa de 13 de enero de 2023), en la que la justificación resulta menos evidente, al no vincularse a ningún otro elemento relacionado con la protección de la salud u otro bien jurídico concreto. Tal vez menos problemático, al no suponer un perjuicio para terceros –el trabajo nocturno no realizado por estas personas de más edad será realizado, de forma obligatoria, por personas de menos edad, salvo adscripción voluntaria– es la reducción de jornada anual que se reconoce en algunos convenios por medio de mayores vacaciones: «dos días complementarios de vacaciones al personal que durante el año cumpla 61 años de edad, tres días a los que cumplan 62 y cinco días a los que cumplan 63, 64, 65 o más años» (Convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería, SL, código 90014002012002, BOE de 2 de octubre de 2023, o en términos similares, el II Convenio colectivo de la empresa Quirón Prevención, SLU, código de convenio 90103382012019, BOE de 19 de julio de 2023).

El principio –en realidad derecho– a igual remuneración por trabajo de igual valor presenta en la práctica algunos problemas cuando se categorizan puestos en función de la edad y no de la experiencia real. Así, plantean serias dudas expresiones como «Trabajadores menores de 18 años que se inician en la actividad laboral» en la descripción del grupo profesional y nivel retributivo más bajos en la empresa (Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, código 99004935011982, BOE de 7 de diciembre de 2023). Debe hacerse notar que, a la lógica y razonable condición de la falta de experiencia, criterio sin duda admisible para una diferenciación retributiva, se añade la edad, lo que puede dar lugar a situaciones en que dos personas que inician su actividad profesional, una mayor de 18 años y otra menor, tendrán –conforme a las tablas del convenio– distinta remuneración, lo que sin otros elementos justificativos será claramente discriminatorio. Iguales problemas presenta la utilización de la mayor edad en la definición de categorías, pues supone una exclusión implícita de las personas menores, como ocurre en el Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (código 99001305011981, BOE de 1 de noviembre de 2023), en el que en dos categorías

del Grupo de administrativos –oficial de segunda y auxiliar– se comienza la definición por «es la persona mayor de dieciocho años que...». Idéntica consideración puede hacerse para el «Especialista» del Convenio colectivo de la Asociación Grupo de Empresa Renault Valladolid para los años 2023, 2024, 2025 y 2026 (código 47001512012004, BOP Valladolid de 15 de enero de 2024), definido como «el operario/a mayor de dieciocho años que mediante la práctica de una o varias actividades o [...] ha adquirido la capacidad suficiente»; lo relevante será esa capacidad, posiblemente poco frecuente en personas muy jóvenes, pero no su edad. La misma reflexión es aplicable a aquellos convenios que utilizan la menor edad para categorizar como la inclusión en un grupo profesional de «carácter especial» que incluye a quienes «estén acogidos a contratos formativos en cualquiera de sus modalidades vigentes, o para aquellos que, siendo menores de 18 años[,] no se acojan a ningún contrato formativo» (VII Convenio colectivo de la empresa Recuperación de Materiales Diversos SA, código 90100742012012, BOE de 19 de julio de 2023). En ese caso, la equiparación se realiza de forma que se vinculan supuestos con habilitación legal expresa para condiciones menos favorables (en aras de una mayor empleabilidad) a personas o supuestos no recogidos por la legislación, sin mayor justificación.

Es más habitual que las referencias a la edad en los convenios colectivos no se dirijan a las personas trabajadoras, sino a personas a su cargo, en el marco de la acción social o de medidas para facilitar la conciliación. Cuando estas cláusulas se limitan a reproducir, adaptar o mejorar el régimen legal, su tratamiento negocial no suele presentar problemas. Sin embargo, conviene llamar la atención sobre un tipo específico de cláusulas: aquellas que supeditan determinadas ventajas –cuya naturaleza jurídica o clasificación no tiene especial relevancia a estos efectos– a que la persona a cargo tenga una determinada edad.

Habitualmente se emplea como referencia la mayoría o minoría de edad (18 años), aunque en algunos casos se amplían los límites. Así, por ejemplo, se permite el uso gratuito del transporte colectivo de la empresa hasta los 23 años para quienes acrediten estar en situación de desempleo o cursando estudios, y que convivan con sus progenitores (Convenio colectivo de la empresa Sociedad Concesionaria Interurbano Tolosa Buruntzaldea, SL, código 20104542012023, BO Gipuzkoa de 8 de mayo de 2023).

En otros supuestos, la ventaja se reconoce a la propia persona trabajadora, pero para el acompañamiento de un familiar u otra persona vinculada. Se prevén, por ejemplo, licencias para acompañar a hijos menores de edad o a padres mayores de 65 años (IV Convenio colectivo de la empresa Mediapost Spain, SL, código 90100632012012, BOE de 28 de diciembre de 2023; Convenio colectivo 2024-2025 de Arroyo, SA, código 47000892011991, BOP Valladolid de 25 de junio de 2024; Convenio colectivo 2024-2025 de Valladolid Automóvil, SA, código 47000582011981, BOP Valladolid de 5 de junio de 2024). En ocasiones, los márgenes se restringen aún más, por ejemplo, fijando como límite los 12 años para los hijos o los 70 años para los progenitores (Convenio colectivo del sector de pastelería, confitería, bollería y repostería industrial de Valladolid para los años 2024-2025-2026, código 47000095011982, BOP Valladolid de 20 de junio de 2024).

Lo cierto es que en todos estos casos se atiende exclusivamente a la edad, sin considerar la necesidad real de acompañamiento. En el caso de menores, esta previsión puede parecer razonable –aunque cabe cuestionar si ciertas reducciones excesivas de edad no resultan injustificadas–, pero en el caso de personas mayores resulta más discutible. En términos generales, una persona de 65 a 70 años puede conservar la autonomía y movilidad necesarias para acudir por sí misma a una cita médica. Fijar un umbral de edad sin atender a la situación concreta o al objetivo de la medida puede traducirse en un tratamiento arbitrario por razón de edad.

Así, quien tenga a su cargo un menor con más edad de la prevista en convenio o cuyos progenitores no alcancen la edad indicada quedará excluido del derecho a la licencia, simplemente por razón de la edad de la persona protegida. Esto permite argumentar que, «debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley [Ley 15/2022], es objeto de un trato discriminatorio», es decir, que existe una discriminación por asociación. Por tanto, este tipo de cláusulas debe analizarse con cautela.

5.2. Extinción del contrato y edad en los acuerdos colectivos: entre premios e incentivos y jubilaciones forzosas

La mejora del régimen legal de indemnizaciones por extinción del contrato es, obviamente, una posibilidad al alcance de la negociación colectiva, pero como el resto del clausulado, debe respetar los principios de igualdad y no discriminación, siendo este un ámbito en el que la edad aparece mencionada con frecuencia. Así, es lógico que se indemnice en mayor medida a quien ha prestado servicios durante más tiempo, lo que guardará una correlación con la edad; sin embargo, no es la mayor edad sino el mayor compromiso, o tal vez la mayor pérdida de capital humano específico (aprendizaje o experiencias que solo tienen valor en esa organización productiva) lo que explica las diferencias.

Sin embargo, cuando además del tiempo en la empresa se tiene en cuenta la edad, la distinción resulta más problemática; así ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (código 79000275011992, DOGC de 5 de enero de 2023) se reconoce una indemnización por extinción (salvo despido procedente declarado por sentencia firme, acceso a jubilación o incapacidad permanente) de entre dos mensualidades para quienes tengan al menos una antigüedad de diez años y siete mensualidades a partir de los treinta y cinco años de prestación de servicios. Esta cláusula no requeriría más atención si no fuera porque, además, se exige que la persona que cesa tenga 50 o más años, sin que se vincule, expresa o implícitamente, a la mayor dificultad de encontrar otro empleo. En estas circunstancias, la ventaja no parece encontrar particular justificación, pues incluye ceses voluntarios, en los que no parece razonable presumir una situación de especial vulnerabilidad. Este tipo de cláusulas,

que no son infrecuentes (enumera varias de ellas, sin cuestionar expresamente su validez, Domínguez Morales, 2018, p. 316), se conciben como una ventaja con una cierta tradición en nuestro sistema.

Distinta estrategia negocial es la de incentivar la jubilación anticipada; en este caso no existe restricción de derechos, pero sí una ventaja que se hace depender de la edad. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo provincial de transporte de viajeros por carretera de Salamanca (código 37000875012000, BOP Salamanca de 19 de enero de 2023) premia con seis mensualidades a quienes accedan a dicha situación a los 63 años y con cuatro si es a la edad de 64. En este caso, debe recordarse que la edad de jubilación no es ya única, pues al margen de haberse elevado progresivamente hasta los 67 años (en el año 2027), variará según se alcancen o no los treinta y ocho años y medio de cotización (también en 2027). Al margen de la aplicación de la disposición transitoria séptima LGSS, lo cierto es que pueden generarse situaciones en las que a igual adelanto de jubilación (dos años, tres años) el beneficio otorgado por el convenio se haga depender única y exclusivamente de la edad, lo que puede plantear problemas desde la perspectiva de la igualdad –difícilmente habrá aquí esa colectividad desfavorecida–, pues la distinción es arbitraria. En los casos en que se establece una escala decreciente de «premios de fidelización» para quienes causen baja voluntaria (Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, Código 99001465011981, BOE de 22 de marzo de 2023), de modo que si aquella se produce a los 60 años, se percibe hasta cuatro veces más que si es a los 65, las dudas son claras. Pese a su denominación, no es la fidelidad lo que se premia, sino abandonar la empresa, bajo la premisa de «cuanto antes, mejor»; la finalidad, por tanto, es deshacerse de trabajadores de más edad, sin compromiso alguno de creación de empleo. Resulta difícil en este caso encontrar la justificación legítima que exige la directiva, pues se produce una comparación desfavorable tanto para trabajadores más jóvenes (de 59 o menos) que han permanecido el mismo tiempo fieles a la empresa antes de cesar como para los de más edad, que cuanto mayores sean al extinguir su contrato, menor cantidad recibirán. Y siendo la causa «edad» una de las prohibidas por las legislaciones española y comunitaria, resulta difícil admitir este trato diferencial.

Por el contrario, no resulta problemática la utilización de la edad como referencia para indemnizaciones extintivas cuando se utiliza como parámetro objetivo del daño. Así, la determinación de una cantidad por año o fracción superior a seis meses que queden hasta cumplir los 65 años de edad a la persona que pierda su empleo por pérdida del permiso de conducir (Convenio colectivo de la empresa Salamanca de Transportes, SA, 2020-2023, Código 37000032011983, BOP Salamanca de 11 de mayo de 2022) responde a una causa objetiva y evidente: cuanto más tiempo falte para la jubilación (al menos para la edad más temprana en que se contempla la jubilación ordinaria), mayor será el perjuicio sufrido. No es, por tanto, propiamente la edad lo que utiliza el convenio para diferenciar, sino el tiempo que resta hasta un momento fijado por el legislador, y respondiendo de forma proporcionada a una pérdida de ingresos.

Sobre las cláusulas de jubilación forzosa, la legalidad resulta clara cuando el texto del convenio se ajuste a lo dispuesto a la disposición adicional décima, que encaja bien en las previsiones de la directiva y ha sido aceptada, en versiones menos restrictivas, por el TC. En este punto, cabe quizá recordar que nada obsta a que la edad en la que se impone la jubilación exceda la prevista en la legislación de Seguridad Social –por ejemplo, el III Convenio colectivo estatal de notarios/notarias y personal empleado (código 99018195012010, BOE de 3 de julio de 2024) o el Convenio colectivo del Banco de España para los años 2021 y 2022 (Código 90000622011981, BOE de 5 de agosto de 2022) la elevan a 70 años–, si bien la mayor parte de los convenios consultados se limitan a mantener las referencias legales a la edad. Es cierto, en cualquier caso, que se plantean problemas prácticos interesantes, como los relacionados con el conocimiento por la empresa del cumplimiento de requisitos legales (y la eventual exigencia de entrega de la vida laboral) o la calificación de la extinción a efectos de despidos colectivos, pero son cuestiones que exceden el objeto de este trabajo.

6. Conclusiones

El punto de partida de cualquier trabajo sobre la edad como factor diferenciador se encuentra en el hecho de que esta no presenta las mismas características jurídicas que otros motivos clásicos de discriminación (como sexo, raza o religión), debido a su naturaleza cambiante, continua y difícil de encuadrar en colectivos jurídicamente protegidos de forma estable.

El derecho antidiscriminatorio español y europeo, en una lógica de tutela discriminatoria multinivel, diluye en gran medida la protección. Se abren diversas excepciones que autorizan tratos diferenciados por edad, formalmente justificados, objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y bajo el prisma de la proporcionalidad, pero en la práctica se hacen importantes concesiones a una visión que prima la rentabilidad empresarial y establece las vías para desprenderse de trabajadores de más edad; ello no obstante, las tensiones de los sistemas de pensiones llevan al mismo tiempo a ciertas restricciones, que en los últimos años han endurecido las posibilidades de jubilación forzosa en el sistema español.

La negociación colectiva, en cuanto herramienta autónoma para la fijación de condiciones laborales, utiliza en ocasiones la edad como criterio para establecer diferencias de trato, pero a pesar de una abundante jurisprudencia comunitaria, constitucional y ordinaria, aún es posible encontrar cláusulas que plantean serias dudas acerca de su encaje en la lógica de la tutela de la discriminación por razón de edad.

Así, a lo largo de este trabajo se han expuesto ciertas cláusulas convencionales que plantean riesgos jurídicos claros o potenciales desde la perspectiva del principio de igualdad, ya sea por establecer ventajas o desventajas sin justificación objetiva suficiente, por anclar la diferenciación en estereotipos o por no tener en cuenta la proporcionalidad de las

medidas. En particular, resulta necesaria una reflexión –pues en otros ámbitos doctrina y jurisprudencia ya han realizado valiosas aportaciones y determinado límites– en lo relativo a la edad de menores, progenitores u otras situaciones análogas como criterio para generar derechos de cuidados: la fijación arbitraria de edades puede resultar en un supuesto de discriminación por asociación.

El marco normativo y jurisprudencial actual exige que la utilización de la edad como criterio de diferenciación en la negociación colectiva explicita los fines perseguidos para poder llevar a cabo correctamente el juicio de proporcionalidad, lo que obliga a revisar críticamente las cláusulas vigentes a la luz del derecho interno y europeo. En las cláusulas analizadas se han detectado problemas tanto de legitimidad del objetivo perseguido (en general implícito) como de idoneidad de los medios utilizados y, en fin, la proporcionalidad entre estos y aquel.

Referencias bibliográficas

- Alonso Olea, M. (1984). Varón discriminado II. En *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social: Tomo I*. Civitas.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2022). La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 165, 87-120.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2022). Edad, discriminación positiva y «kaldor-hicks». *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 5, 283-296. <https://doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.13>
- Boldrin, M., García Gómez, P. y Jiménez Martín, S. (2008). Social security incentives, exit from the workforce and entry of the young. *Documentos de Trabajo (FEDEA)*, 42, 1-39.
- Correa Carrasco, M. (2007). Mercado de trabajo y principio de igualdad. *Trabajo. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 20. <https://doi.org/10.33776/trabajo.v20i0.76>
- Cristóbal Roncero, R. (2025). Del «varón discriminado» a la actual legislación antidiscriminatoria. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 27(1), 171-180. <https://doi.org/10.5209/foro.98989>
- Desdentado Daroca, E. (9 de julio de 2024). Reflexiones críticas a propósito de la STC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. <https://www.aedtss.com/reflexiones-criticas-a-proposito-de-la-stc-89-2024-de-5-de-junio-la-necesaria-de-limitacion-entre-el-principio-de-igualdad-y-la-prohibicion-de-discriminacion/>
- Domínguez Morales, A. (2018). *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*. Ediciones Cinca.
- Fernández Domínguez, J. J. y Agra Viforcós, B. (2022). *Jubilación forzosa en la negociación colectiva: Estudio de su ordenación jurídica antes y después de la reforma de 2021*. Tirant lo Blanch.

- García Murcia, J. (2022). La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 25(2), 11-22. <https://doi.org/10.5209/foro.87777>
- García Salas, A. I. (2023). Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación. *LABOS: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4, 66-85. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7931>
- González Ortega, S. (2001). La Discriminación por razón de la edad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 59, 93-124.
- Herranz González, R. (2022). El edadismo o discriminación por edad y sus clases. En IMSERSO (Ed.), *La discriminación por edad de las personas mayores: Las múltiples caras del edadismo* (pp. 31-48). Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).
- Kredler, M. (2014). Experience vs. obsolescence: A vintage-human-capital model. *Journal of Economic Theory*, 150, 709-739. <https://doi.org/10.1016/j.jet.2013.08.003>
- López Cumbre, L. (2023). Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres: ¿Concurrencia o necesidad? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64, 1.
- Lousada Arochena, J. F. (2005). El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos. *Aranzadi Social*, 5, 1301-1314.
- McCann, R. M. (2005). Age discrimination in employment. En R. B. Hudson (Ed.), *The new politics of old age policy*. Johns Hopkins University Press.
- Menéndez Sebastián, P. (2017). Discriminación por razón de edad. En J. García Murcia (Dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: Un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia* (pp. 527-586). Thomson Reuters Aranzadi.
- Mercader Uguina, J. R. (2022). ¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate. *LABOS: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3(2), 4-21. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7060>
- Mercado, J. de. (8 de junio de 2012). Aprendiendo a sumar (I): La falacia de la cantidad fija de trabajo. *Nada es Gratis*. <https://nadaesgratis.es/mercado/aprendiendo-a-sumar-i-la-falacia-de-la-cantidad-fija-de-trabajo>
- Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (2022). Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 4, 11-42.
- Numhauser-Henning, A., Julén Votinius, J., Zbyszewska, A. y Numhauser-Henning, A. (2017). Chapter 7. Equal treatment and age discrimination – inside and outside working life. En *Elder Law. Evolving European Perspectives* (pp. 151-178). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781785369094.00017>
- Organización Panamericana de la Salud. (2022). *Informe Mundial sobre el edadismo*. Pan American Health Organization (PAHO). <https://doi.org/10.37774/9789275324455>
- Padrós i Reig, C. (2022). Las otras discriminaciones: Apariencia, edad y peso. *Revista General de Derecho Constitucional*, 37, 9.

- Porras Ramírez, J. M. (2023). Las minorías en la Unión Europea: La tensión entre la demanda de reconocimiento y la preservación de la identidad nacional. *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, 11(2), 2.
- Preciado Domènech, C. H. (2019). La discriminación por razón de edad. En M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia* (pp. 431-454). Francis Lefebvre.
- Real Academia Española (2014). Tiempo. En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª edición [versión 23.8 en línea]. <https://dle.rae.es/edad>
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2022). Los contornos de la discriminación. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 162, 11-18.
- Sánchez Trigueros, C. (Ed.). (2016). *El principio de igualdad en la Negociación Colectiva*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Serrano Argüello, N. (2011). La edad como factor de discriminación en el empleo. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 12, 17-43.
- Tomás Jiménez, N. (2013). Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo. En *Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS): Las políticas sociales entre crisis y post-crisis. Celebrado el 6 y 7 de junio en la Universidad de Alcalá, 2013* (pp. 503-514). Universidad de Alcalá.

Pablo Gimeno Díaz de Atauri. Profesor permanente laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid, acreditado para el acceso al cuerpo de profesores titulares de Universidad por la ANECA; doctor en Derecho y licenciado en Derecho y en Economía, desarrolla su investigación en el ámbito del Derecho del Trabajo y la protección social, habiéndole sido reconocidos dos sexenios de investigación. Ha participado en diversos proyectos nacionales y europeos sobre digitalización, inteligencia artificial y relaciones laborales, en distintas posiciones (miembro, coordinador, investigador principal). Sus publicaciones plantean un enfoque metodológico jurídico-económico, especialmente enfocado en el impacto real de las políticas y prácticas legislativas sobre el mercado y las condiciones de trabajo. Es asimismo coordinador del blog especializado «El Foro de Labos». <https://orcid.org/0000-0002-3484-3968>